



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE

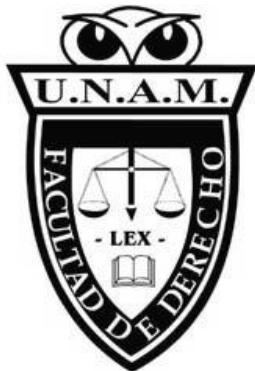
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

GUSTAVO EDUARDO LÓPEZ MENDIZÁBAL

DIRECTOR DE TESIS:

JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ



MÉXICO DISTRITO FEDERAL

2015



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central

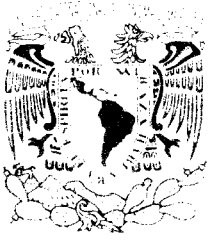


UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**OFICIO INTERNO: SEMCIV53/2015
ASUNTO: Aprobación de Tesis.**

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, U.N.A.M.,
P R E S E N T E.**

El alumno, **LÓPEZ MENDIZÁBAL GUSTAVO EDUARDO**, quien tiene el número de cuenta **303102865**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad del **DR. JORGE ALFREDO DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ**, la tesis denominada **“CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE”**, y que consta de **181** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

**“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, D. F., a 19 de mayo del 2015.**

Lic. José Marcos Barroso Figueroa.
Director del Seminario, turno matutino.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, con amor respeto y admiración, quienes con su formación en un hogar lleno de libertad de pensamiento, apoyo ilimitado y esfuerzo desmedido, han contribuido para materializar el primer escalón de mi vida profesional, son ellos quien realmente merecen el reconocimiento por la ardua labor de toda una vida. A mi hermana, con cariño, por toda la compañía, amor y momentos que hemos vivido juntos.

A mi familia, por todos los momentos vividos a su lado.

A Don Eduardo A. Martínez Urquidi, notario 56 del Distrito Federal, enseñarme la dignidad del oficio notarial.

Al licenciado Gabriel Cervantes Origel, amigo y mentor, por todo el conocimiento transmitido y el tiempo y afecto compartido.

Al licenciado Oswaldo Resinas Hernández, amigo y mentor, por todo el conocimiento transmitido.

A la licenciada Ana Laura Martínez Miranda, amiga y mentora, por todos los conocimientos y concejos compartidos.

Al Doctor Julián Güitrón Fuentesvilla, por el tiempo, opiniones y conocimiento transmitido para la realización de este trabajo.

A Miguel Ángel Beltrán Lara, notario 169 del Distrito Federal, por el tiempo y ayuda aportada a la realización de es curso.

A Don Jorge Alfredo Domínguez Martínez, notario 140 del Distrito Federal, por todo su tiempo, comprensión y conocimiento vertido para la dirección de este trabajo, por inculcar en cada estudiante el amor el Derecho.

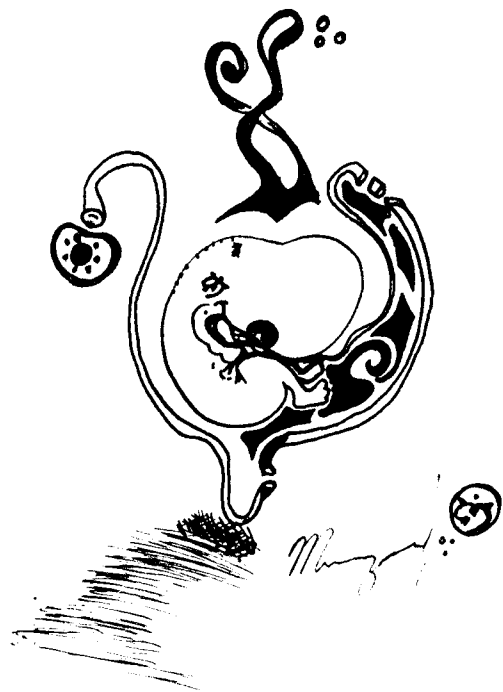
A todo los maestros de la H. Facultad de de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, como

reconocimiento a su hermosa labor al servicio del conocimiento.

A la H. Facultad de de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en la cual se forjan mentes libres, trabajando por el bien común, con enfoque humanista, y siempre al servicio de la "Justicia".

A todos ellos.

Gracias.



PRÓLOGO

A lo largo de los anales de la historia el ser humano se ha destacado por ser una de las creaciones más versátiles, complejas y hasta el momento, más racionales de la naturaleza. La evolución humana u hominización explica el proceso de evolución biológica de la especie desde sus ancestros hasta el estado actual, mismo que sigue siendo materia de estudio. Este proceso requiere un análisis interdisciplinario en el que se aúnen conocimientos procedentes de ciencias tan variadas como la genética, la antropología física, la paleontología, la arqueología, la lingüística, la geo-cronología, la sociología, la medicina y las ciencias jurídicas, por citar algunas. Todas con la intención de develar los misterios y las piezas faltantes en el rompecabezas humano, permitiendo comprender el intrincado camino recorrido por nuestra especie.

Desde primeros seres homínidos bípedos como el Sahelanthropus techa diensis con una antigüedad de 6 ó 7 millones de años; el Orrorin tugenensis, con unos 6 millones de años antes; y el Ardipithecus de hace aproximadamente 5,5 y 4,5 millones de años pasando por el género Australopithecus de hace 4 y 2,5 millones de años; el Homo rudolfensis y Homohabilis; Homo ergaste, cuyos fósiles más antiguos datan de hace aproximadamente 1,8 millones de años, el Homo erectus y Homo heidelbergensis neandertales; y el Homo rhodesiensis en África que sería el antepasado del hombre moderno; así como el Homo neanderthalensis, al llamado Homo sapiens.

Los homínidos han mostrado la adaptabilidad no sólo biológica sino también social, tecnológica, cultural, económica y teológica que les permitió expandirse en todo el planeta. De esta manera, han impactado y modificado su entorno en favor de su propia subsistencia hasta llegar a las fronteras más lejanas e inimaginables como el fondo del mar, la carrera espacial e incluso el interior de nuestro propio ser. Al estudiar y comprender el funcionamiento biológico, en sus más profundos secretos como la genética humana, logramos romper las barreras que la naturaleza estableció como un control de las especies.

Cada beneficio adquirido con cada avance tecnológico es regulado por la infinita sabiduría de la naturaleza oponiendo nuevas barreras al avance insaciable de la vorágine humana. En estos tiempos logramos curar enfermedades y problemas, como los de reproducción y en ocasiones posponer la misma muerte, perpetuando generación tras generación las aspiraciones humanas. Aspiraciones que sólo se ven limitadas por las posibilidades de nuestra propia inteligencia. En este punto en el cuál la inteligencia humana logra lo impensable, es que comprendemos la importancia del Derecho como herramienta indispensable en nuestro desarrollo en un intento por equilibrar y pretender impedir causarnos daños colaterales. También es cierto que todo en el universo tiene un orden y un por qué y que en ocasiones a pesar de toda nuestra inteligencia no alcanzamos a prever, padeciendo las consecuencias de nuestras acciones. Debemos destacar que no es posible frenar el desarrollo de la humanidad, pues sería frenar la naturaleza inquisitiva y dinámica, al igual que la inventiva humana. Por eso debemos ocupar cada una de las herramientas generadas por la evolución del mejor modo posible, este es el caso del Derecho para

regular el tema que nos ocupa: la maternidad gestante, la cual explicaré más adelante en el curso de este curso.

Antes de adentrarnos en la maternidad gestante es indispensable contextualizar de dónde surge esta figura, cuál es la necesidad de las personas para utilizar este método, esta razón está intrínsecamente relacionada con la historia humana o más bien la historia humana es producto de ésta.

Al hablar del instinto más básico, el deseo de todos los seres vivos es el de trascender al tiempo, de perpetuar los genes para dar vida a la próxima generación que a su vez realizará la misma acción continuando un ciclo interminable. Desde el surgimiento de la reproducción sexual los seres han combinado genes generando adaptabilidad en la descendencia. Esta manera práctica de preparar a los organismos para enfrentar situaciones como las enfermedades o errores biológicos volviéndolos más aptos, es en principio la base de toda la sociedad, y uno se preguntaría en qué se relaciona esto con el tema en cuestión. Permítanme decir que el humano al evolucionar volvió los procesos más complejos al verse rodeados de cultura, religión y tecnología. En el pasado era imposible que un organismo naturalmente no-pto para procrear realizara la trascendencia de genes pero gracias a la tecnología, como los métodos de inseminación artificial, esta brecha se cierra cada día un poco más. Así mismo, al no ser los problemas totalmente subsanables, las técnicas se han diversificado atacando los padecimientos y ante toda esta oleada surge la cuestión de ¿qué es correcto? ¿Qué es factible? y cuáles son las directrices que como humanidad debemos establecer para dirigir nuestro destino siendo esta última la motivación central de este trabajo.

INTRODUCCIÓN

Uno de los avances de la ciencia médica más trascendente es el de la reproducción asistida y lo conveniente de su utilización. Dentro de estos métodos de reproducción, encontramos uno por más controversial, "La Maternidad Gestante", con frecuencia escuchamos opiniones respecto de ¿qué tan moral es?, si ¿es legal o no?; pero para entender la compleja problemática debemos empezar entendiendo tanto el procedimiento como la finalidad que este persigue, adentrarnos en el marco teórico, jurídico, y contexto social que en esta figura inciden. Es por ello que en la presente tesis analizaremos sistemáticamente los diversos aspectos que convergen, desde las generalidades de que es familia, parentesco y filiación, los antecedentes de estas figuras, su historia, conceptualización, evolución legislativa, hasta las formas que conocemos en la actualidad.

En el segundo capítulo nos avocamos a comprender que es la "Reproducción Asistida" sus variantes, marco normativo, diferencias y similitudes a fin de comprender con posterioridad la "Maternidad gestante";

El tercer capítulo es en el cual una vez que la reproducción asistida es comprendida como un conjunto de métodos para subsanar las deficiencias reproductivas, permite adentrarnos en la "Maternidad Gestante", comprender el concepto, la metodología, lógica, orígenes, posturas, variantes, diferencias tanto fácticas como jurídicas y los efectos que cada una conlleva.

Es el capítulo cuarto donde analizaremos las propuestas, las leyes existentes que rigen esta figura tanto nacional como internacionalmente, tendremos una panorámica de las diferentes ideas respecto al tema que nos ocupa, visiones de cómo se da tratamiento a la "Maternidad Gestante" en diferentes territorios y sociedades (Rusia, Ucrania, Francia, Alemania, EUA, etc.), recomendando prestar mucha atención al contexto de la filiación en las diferentes legislaciones.

La quinta unidad es la encargada de exponer temas como la ética, bioética, mercantilización, tráfico y trata de personas, criterios y determinación de la filiación, demás aspectos a ser tomados en cuenta al hablar de la "Maternidad Gestante" debido a lo análogo de las situaciones y la lógica que les da origen, pudiendo ser esta lógica la que les resuelva de igual modo.

Otros temas que poco se han analizado pero que debe sin duda hacerse, es el ámbito de validez del Derecho en lo público y lo privado, su armonización, delimitación e interpretación, a fin de ser eficaces a la hora de tutelar el método materia de nuestro escrito.

Como todo proceso pretende un fin, nuestro fin es el "Contrato de Maternidad Gestante", que como clara manifestación de lo expuesto hasta esta sexta unidad debe ser explicado, calificado y clasificado por

diversos parámetros ya jurídicos ya teóricos, que darán naturaleza y sustento al mismo. La correcta conceptualización de nuestro contrato, la definición de las obligaciones que de su objeto nacen así como el tipo al que pertenecen, permitirá entender el papel que cada parte desarrollará dentro del contrato, los derechos, obligaciones que se les atribuye según la fuente de la obligación. Otro estudio ineludible es el de sus elementos y presupuestos, los que nos aseguran que un contrato cumpla con los requisitos de licitud confiriendo existencia y validez al acto pretendido.

Séptima unidad, podemos decir que es la epítome del trabajo realizado, ya que conjuntando todos los elementos que esta investigación ha recopilado se formula el "Modelo de Contrato de Maternidad Gestante", bajo la primicia de que " lo que es justo es cierto" respaldado por las leyes de la materia (Código Civil para el Distrito Federal, Código Civil Federal, Ley del Notariado, Ley General de salud y la aprobada aun q aun no promulgada Ley de maternidad Subrogada para el Distrito Federal). Y una moral esgrimida por datos científicos relativos a la medicina ginecológica moderna.

Con el avance en las nuevas técnicas de reproducción, el ser humano ha intentado corregir alteraciones, que a lo largo de la historia ante el punto de vista de los parámetros médicos, son tomados por defectos. Sin embargo, la maternidad gestante es posible gracias a estos métodos, esto quiere decir que es posible de facto.

Basado en el sistema jurídico positivista que establece parámetros de actuación previendo situaciones posibles, el contrato de maternidad gestante toma relevancia respondiendo a una de estas situaciones y dando al humano la capacidad de elección. (Discrepo cuando a este principio se le llama libertad¹) Elección que pueden ser tomada al amparo de los nuevos conocimientos científicos en apoyo de la razón y la justicia permitiendo tener una mayor certeza, "porque lo que es justo es cierto".

Cómo cierto es que el contrato de maternidad gestante nace para intentar tutelar los posibles problemas de fondo y forma que provengan de la utilización de los métodos de reproducción asistida en la modalidad de maternidad gestante. A futuro se volverá una herramienta jurídica para el orden público impactando colateralmente no sólo al Derecho de la Familia, si no que producirá resultados positivos en la visión de la maternidad Al mismo tiempo, cumplirá con el fin primario del derecho que es servir como una herramienta de orden social afrontando los conflictos devenidos de la convivencia en esta.

Puesto lo anterior, daremos inicio al desarrollo de nuestro tema.

¹ *Considero que la libertad y el Derecho no son ideas que puedan coexistir en un espacio y tiempo, pues la libertad es absoluta lo cual impide que sea restringida, por lo que las normas jurídicas no son compatibles ya que establecen una tutela (y el derecho actúa restringiendo las libertades, por medio de la imposición del derecho de cada sociedad) sancionando, permitiendo el actuar, dando lo anterior un marco de elección dentro de lo que es socialmente aceptado y en algunos casos más de una opción obteniendo distintos resultados. A falta de una norma que la prevea, también ha dado soluciones, como el principio de lo que no es prohibido está permitido, y en esto se ve reflejada la autonomía de la voluntad de las partes.*

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES

I. FAMILIA

1. CONCEPTO DE FAMILIA.

La familia puede ser observada desde muchos puntos y desde diversos ángulos. Es un concepto cuya esencia la hace participar en el contenido de una pluralidad de ciencias y disciplinas como son la Religión, la Sociología, la Política, la Economía, el Derecho y otras más. La Familia ha tenido una presencia protagónica, determinante en la historia con permanencia y evolución de la humanidad misma.

Para DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ--: no se trata ciertamente de un concepto jurídico, es un fenómeno de la naturaleza humana, ofrecerse al otro miembro y recibir de éste lo que a su vez pueda dar, según corresponda a sus respectivas características sexuales; procrear, formar a la descendencia sometida a la autoridad de los formadores hasta alcanzar con esta formación condiciones de autosuficiencia y así sin desconocer los lazos con los progenitores y el respeto que estos siempre merecen, independizarse para formar otro núcleo familiar y en ello dar lugar a la renovación del ciclo. En tales condiciones es que se entiende a la familia como semilla de la sociedad y su desarrollo la hace influir en todas esas disciplinas y ciencias apuntadas.²

LÓPEZ FAUGIER se refiere a la familia como la forma nuclear básica o núcleo primario de la sociedad en su libro "*La prueba científica de la filiación*": "No ha sido un concepto estático..."³ a lo largo de la historia humana sino de modo cambiante dependiendo del tiempo y lugar en el que ha sido empleado, "...ha adquirido características especiales auto conformándose, reduciendo y extendiendo su estructura y funciones sin poderse sujetar definitivamente a una forma o significado conceptual, esto por los procesos de desarrollo psíquico, social, y biológico en los que el ser humano participa diariamente..."⁴

La familia y su caracterización: "La familia como producto cultural ha exhibido a través del tiempo fisionomías de muy diversa naturaleza, por lo que su concepto no es unívoco. La denominación, en efecto, nos remite a agrupaciones sustancialmente diferentes: patrilineales (agnaticias) o matrilineales

² Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil, Familia 1a. ed., Edit. Porrúa, 2008, p. 1.

³ López Faugier Irene, La prueba científica de la filiación, 1a. ed., Edit. Porrúa, 2005, p. 1.

⁴ *Ibidem*.

(cognaticias), patrilocales o matrilocales, familia gens, de orientación u origen, familia conyugal, matrimonial o extramatrimonial, ensamblada, mono parental y segmentaria etc.”⁵

"Numerosos autores, por el contrario, sostienen una concepción naturalista de la familia."⁶ Dicha tesis, consideraba a la familia una institución natural, un agregado natural o un organismo natural, era entendida como algo nacido espontáneamente por virtud de la misma naturaleza, “como los hongos”, acota DIEZ PICAZO, fue cuestionada por tener anotaciones ideológicas. Por ejemplo, razona que esta concepción tiene un supuesto erróneo: "...interpretar que la familia es una abstracta entidad intemporal y eterna, con lo que se desconocen los diferentes modelos familiares que han existido a lo largo de la historia."⁷

La familia es una institución de las estructuras sociales condicionadas por leyes "económicas", "sociales", "biológicas" y "psicológicas", que se definen de modo particular en el sistema de relaciones en el contexto del hogar. El grupo familiar interviene en la formación de motivos y comportamientos implicados en la salud, en el desencadenamiento y recuperación de la enfermedad, en las decisiones sobre el uso de servicios profesionales, y constituye la red de apoyo más potente y eficaz en el ajuste a la vida social.

La propia naturaleza del grupo familiar, la convivencia y las relaciones familiares estrechamente vinculadas con la salud, hacen de la familia un blanco permanente para las intervenciones, aspecto que se magnifica ante la adversidad, las crisis económicas y otras situaciones de carácter general o particular que agregan vulnerabilidad a la salud de la familia.

La familia goza de los beneficios que emanan del carácter socialista del Estado y de la materialización concreta de los principios de equidad y justicia social del proyecto revolucionario, pero aún se identifican en ella necesidades de atención, dado los profundos cambios económicos y sociales que han repercutido en su estabilidad, sus relaciones y patrones de vida.⁸

La familia, vista con enfoque sistémico, 'vive' en una macro-estructura, que incluye elementos de naturaleza ecológica, representados por el ecosistema en su concepción más amplia, así como la cultura y elementos de índole socioeconómico, en correspondencia con la formación económico-social a que pertenezca, de la cual, además, constituye la célula fundamental de la sociedad, que puede y debe complementarse con otras instituciones, pero jamás podrá ser sustituida por ellas. A la familia, vista desde ese ángulo, se le plantean por tanto variadas exigencias. Primeramente, al ser considerada célula social, se le otorga la cualidad de unidad mínima de la sociedad, pero a la vez se le da valor como sistema social y se reconoce su complejidad como organismo vivo. Por otra parte se reconoce la importancia de la familia como institución, siendo imposible ser reemplazada por ninguna otra, dado su papel rector en el proceso de socialización de los individuos, proceso cambiante a través del tiempo y en las distintas sociedades.

⁵ Mizrahi Mauricio Luis, Familia Parentesco Y Matrimonio, Edit. Astrea, 1998, p. 1.

⁶ Loc. cit.

⁷ Óp. cit., p. 2.

⁸ Lauro Bernal Isabel, rev. Cubana Med-Gen Integr, 15 de octubre de 2004. En: *Mat riz de Salud del Grupo Familiar*, obtenido de matriz de salud del grupo familiar: http://bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol20_3_04/mgi06304.htm

Su carácter institucional la ubica en una estrecha relación con la sociedad, no sólo por constituir el mejor espacio de vínculo e intermediación entre el individuo y el sistema social, sino como espacio privilegiado para la acción de políticas sociales y económicas.

En ese entorno más cercano al individuo, que media entre lo cultural en general y el sujeto, y al que algunos autores denominan micro-estructura, se incluyen elementos como, la presencia, calidad y facilidad de acceso a instituciones educacionales, de salud, culturales, deportivas, de cultura física, la cantidad y calidad del transporte, el acceso a una alimentación adecuada, así como el clima y el ingreso familiar, poniendo entonces a la familia en el plano de asegurador por excelencia, del acceso de los individuos a las facilidades sociales, para lo cual deberá poner en funcionamiento sus propias potencialidades como grupo humano. Por otra parte, en el plano individual, están presentes tanto el componente biológico como el psicológico de los sujetos miembros de la familia. En éste se incluye la regulación persona lógica del individuo, sobre las instancias biológica, macro y micro-estructurales. El resultado de dicha regulación podrá constatarse en el estilo de vida, cuando se refiera a un sólo individuo y en el modo de vida, como expresión de las regularidades de los estilos de vida de los sujetos pertenecientes a la familia. Es evidente que para analizar a la familia, se hace necesario combinar las interrelaciones de indicadores a nivel macro y micro-social, así como sus características grupales, donde no pueden quedar excluidas las de sus miembros como individualidades inter-conexas. Por eso su estudio se torna complejo e involucra a muchas ramas del saber humano, haciéndolo necesariamente interdisciplinario e integrador según las tendencias actuales en el estudio de las ciencias humanas. Entonces, considerando todos estos elementos y apreciando además las coyunturas históricas concretas de la sociedad en sí, deberemos privilegiar la investigación que tome en consideración cada elemento y de ahí la premisa de estudiar a la familia partiendo de su condición como sistema de intercambio.⁹

A). ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA FAMILIA.

"La palabra familia tiene su origen en las tribus latinas, derivada del vocablo latino de '*famulus*', cuyo significado es sirviente, término que derivó en '*famel*', voz perteneciente a la lengua de los Oscos que habitaban la Italia central, que en su sentido primitivo no se refiere a la connotación presente que refiere a la pareja unida en matrimonio y sus hijos..."¹⁰, -"explica LÓPEZ FAUGIER".

Al analizar las definiciones anteriores podemos observar guardan características de gran similitud, y todas consideran a la familia como una institución "*sui generis*" de ámbito multidisciplinario, amorfa, de máxima relevancia social por las funciones desempeñadas, como el núcleo primario donde el ser humano desarrolla toda su vida, el cual se modifica estructuralmente en el transcurso de la vida.

Los autores RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA y COHEN CHICUREL en su libro "*Derecho de familia*" nos dicen: "el término familia ha sido estudiado multidisciplinariamente" debido a su gran impacto en lo social, económico, teológico, filosófico y jurídico. También nos habla de términos unívocos, equívocos y análogos. Hacemos énfasis en lo anterior debido a que según- RICO ÁLVAREZ y coautores, -la palabra

⁹ Castellón Castillo, S. y Ledesma Alonso, E. "El funcionamiento familiar y su relación con la socialización infantil, Proyecciones para su estudio en una comunidad suburbana de Sancti Spíritus, Cuba", en Contribuciones a las Ciencias Sociales, Julio, 2012, www.eumed.net/rev/cccss/21/

¹⁰López Faugier Irene, óp. cit., p. 1.

familia es una palabra análoga con diversos significados atribuidos en el orbe que nos ocupa: el Derecho. A continuación menciono y defino cada uno de estos significados:

a). Analogado biológico: "Desde el punto de vista de la biología genética familia es el conjunto de seres que por compartir determinadas características de ADN, pueden ser agrupados y diferenciados de otros. El autor y sus coautores también analizan, que conforme al sentido genético de la palabra familia un adoptado no quedaría vinculado por este concepto."¹¹

b).Analogado económico: Los autores mencionan que: "desde el punto de vista económico el concepto familia es uno de los tres factores de consumo de bienes, entendiéndose a la misma como todas las personas que habitan bajo un mismo techo. En este concepto podemos observar inocua importancia de la familia genética, sin embargo tomará forma más adelante cuando analicemos la maternidad gestante, sus implicaciones en la vida de los seres humanos y la importancia de la reproducción como forma de trascender. "¹²

c). Analogado religioso: "Desde el punto de vista religioso, familia es el grupo de personas que están unidas por un orden espiritual. También se hace la observación de que puede discrepar entre unas religiones y otras y de los órdenes familiares impuestos por las normas jurídicas."¹³

d). Analogado jurídico: En este rubro los autores abordan un sentido estricto y uno amplio del término familia. "En sentido estricto familia comprendía sólo las personas que había bajo la potestad de un *paterfamilias* y en sentido amplio eran todos los bienes y las personas subordinadas a un *paterfamilias*. D'ORS entiende el término familia como el conjunto de personas que integran la casa (*domus*) que se hayan bajo la potestad (*potestas*) de un cabeza de familia (*paterfamilias*).¹⁴

La definición de la familia puede partir de dos fuentes: la ley y la doctrina." En relación con la primera: La familia es la institución social, permanente, compuesta de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado de concubinato; por el parentesco por consanguinidad, adopción, o afinidad."¹⁵

Desde un punto personal la "Familia" es una "idea" afectiva, debido a esto forma un núcleo de convivencia cotidiana, la cual sirve como base o guía en la interacción del individuo con la sociedad.

2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO FAMILIA.

¹¹ Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, Derecho de Familia, 1a. ed., Edit. Porrúa, México 2011., p. 2.

¹²Loc. cit.

¹³ Ibídem.

¹⁴ Ibíd., p. 5.

¹⁵ López Faugier Irene, óp. cit., p. 24.

A lo largo de la historia la familia ha sufrido una serie de cambios derivados de los factores que la rodean. Sin ponerse de acuerdo sobre una línea única de evolución los historiadores y estudiosos han emitido hipótesis con respecto a cómo pudo el humano llegar hasta la amplia gama de estructuras familiares de hoy en día. LÓPEZ FAUGIER--: nos introduce en la teoría emitida por el etnógrafo norteamericano Lewis Henry Morgan en su obra titulada "*La sociedad antigua*", en donde dicho autor divide la evolución en el salvajismo, la barbarie y la civilización. Éstas a su vez en periodos inferior, medio y superior sucesivamente tratando de dar una lógica a la evolución de las relaciones familiares.

A). TEORÍA DE LEWIS HENRY MORGAN.

Las diversas formas de la familia surgidas a lo largo de la evolución del género humano son las siguientes: consanguínea, punalúa, sindiásmica, patriarcal y monógama. En la familia consanguínea según el autor, prevalece una total promiscuidad pues se basa en la unión de parejas entre hermanos y hermanas propios y colaterales en un grupo. Este sistema se presentó por la pobreza del lenguaje y la indiferencia a los parentescos y fue conocida por las primeras misiones americanas, implantadas en 1820 en las islas hawaianas, en donde las tribus vivían en un completo estado de salvajismo, en el cual la reproducción se daba sin tener en cuenta algún tipo de parentesco etapa que no duraría para siempre, con el tiempo y la evolución de las ideas sobre el parentesco en primer grado colateral dejaron de unirse a sus propias hermanas y parientes colaterales para tener parejas comunes; en este tipo de familia cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, jurista en materia de Derecho familiar analiza a la par la teoría propuesta por Morgan con los razonamientos de Federico Engels, y claro los propios, mostrándonos otra visión del tema, cosa importante para la comprensión de la evolución y conceptualización actual de la familia, del cual compulso lo siguiente:

En esta familia, los cónyuges se encuentran divididos por generaciones. Se consideran a todos los abuelos y las abuelas como marido y mujer, así mismo sus hijos con los hijos de sus hijos, en las generaciones venideras, constituirán cadenas de cónyuges comunes.

(...)

De acuerdo con Engels 'en esta forma de familia, los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos excluidos entre sí de los deberes del matrimonio'... Algunos autores dicen que no hay pruebas de la existencia de la familia consanguínea, sin embargo, según ENGELS, siguiendo a Morgan expresa: lo que nos obliga a reconocer que debió existir en el sistema de parentesco hawaiano que aún reina en toda la Polinesia y que expresan grados de parentesco que sólo han podido nacer con esta forma de familia.¹⁶

¹⁶ Güitrón Fuentevilla Julián, Derecho familiar, Edit. Universidad Autónoma de Chiapas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 1988., p. 43.

Con la familia punalúa se puede constatar la reprobación de las relaciones sexuales entre hermanos. En ella los hijos son descendientes comunes del grupo, aunque siempre se establecía un lazo más estrecho entre la madre y los descendientes. Se ha comprobado la existencia de la familia punalúa a través de los estudios antropológicos realizados en el siglo antepasado en la Polinesia, lugar de origen de los ascendientes de las tribus de Hawái. La transición de la familia punalúa se produjo por la exclusión gradual de los hermanos y hermanas propias y colaterales. Sin embargo, en ambas prevalecieron las uniones por grupo, en donde la paternidad era incierta, dando lugar a la filiación por vía materna. Así destaca el matriarcado como primera forma de organización familiar al sólo poderse saber certeramente quien era la madre de cada individuo.

GÜITRÓN FUENTEVILLA dice--"la diferencia fue la prohibición de relaciones sexuales entre hermanos descendientes de la misma madre y grados colaterales cercanos, generando núcleos familiares más extensos." También alude a ENGELS: "afirma respecto a la familia punalúa que de acuerdo con las costumbres hawaianas cierto número de hermanas carnales o más lejanas (es decir en primero o segundo grado y otros grados) eran mujeres comunes de sus maridos comunes, de los cuales quedaban excluidos sus propios hermanos, esos maridos no se llamaban entre sí hermanos, pues ya no tenían necesidad de serlo, sino punalúa, es decir compañero íntimo..."

Después de la familia punalúa surge la familia sindiásmica en el estadio inferior de la barbarie. En su organización se encuentran por primera vez características propias de una relación monogámica, al ser la relación más o menos permanente de un hombre con una mujer. Dicha relación se establecía en función de la procreación. Es de hacer notar las restricciones eran sólo para la mujer, el hombre podía ser polígamo.

A la familia sindiásmica le siguió la familia patriarcal en el periodo superior a la barbarie, la cual perduró hasta después de la civilización. La característica esencial de la familia patriarcal fue la autoridad ilimitada del padre sobre los demás miembros del núcleo familiar, además sólo a él le correspondía practicar la poligamia, derecho vetado por completo a las mujeres. Este tipo de familia fue característica en Roma, Grecia e Israel, marcando el tránsito de familia sindiásmica a familia monógama, esto gracias a la legitimación de la filiación paterna.

La familia monógama aparece en el periodo superior a la barbarie hasta la actualidad constituyéndose mediante la unión de un hombre y una mujer, en la cual se establecen lazos duraderos.

B).NEGATIVA A LA TEORÍA DEL ORIGEN DE LA FAMILIA EN LA PROMISCUIDAD PRIMITIVA.

Según explica LÓPEZ FAUGIER, "la posición de otro sector de la doctrina integrado por SALUSTIANO DEL CAMPO, ERICH FROMM, JORGE ZANCHEZ AZCONA, JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, ALBERTO PACHECO, LUIS LEÑERO OTERO Y AUGUSTO CESAR BELLUSCIOSE se manifiestan a favor de la inexistencia de pruebas para determinar que una secuencia uniforme de etapas a través de las q la familia ha pasado o debe pasar, han puesto de relieve que todo lo dicho con relación al origen y evolución de la familia son puras suposiciones. Algunas parecen ser conjeturas más probables pero ninguna demostrada científicamente."¹⁷

En su libro intitulado "*La Prueba Científica de la Filiación*", la autora también menciona argumentos vertidos por los autores detractores de la teoría del origen de la familia creada por Lewis, estos argumentos tampoco son absolutos por lo referido líneas atrás transcribimos por. GÜITRÓN FUENTEVILLA "existe este tipo de orden familiar aún en la polinesia".

Considerando las nuevas teorías del surgimiento del hombre en líneas paralelas de evolución, podríamos mediar entre las posiciones mencionadas hasta el punto de suponer que se pudieron originar, como la doctora Faugier menciona, que en vista del entorno donde se a desarrollo la familia tuvo diversas respuestas permitiendo su adaptación y subsistencia.

C).EL CONCEPTO DE FAMILIA EN DERECHO ROMANO.

La institución de la familia romana guarda una gran relación con nuestro Derecho, debido al sistema jurídico y las influencias de índole social y religioso se permearon y dominaron. Aún hoy en día tienen un peso relevante en nuestra sociedad y en la ciencia jurídica, la cual lucha interminablemente por adaptarse a los cambios diarios. Ejemplo de esto es la variabilidad en los factores creadores de la familia y los diferentes esquemas adoptados por esta institución. Actualmente no se tiene en nuestro Código Civil para el Distrito Federal un concepto de lo que es familia. Como ya lo hemos mencionado, esto genera una desarmonización lógica entre las cuestiones fácticas y las jurídicas imposibilitando la correcta tutela la vida dentro del Derecho de Familia. Para contrarrestar esta situación es indispensable comprender el pasado de nuestro sistema legal, analizando los procesos históricos.

También considero que si analizamos el proceder del Derecho en oposición a los procesos sociales, nos damos cuenta que estos actúan de modo muy distinto, siendo el Derecho un proceso lógico (sistematizado, previsorio) el proceso social tiene que ver con situaciones espontaneas, venidas del conjunto de factores convergentes en la cotidianidad y la convivencia en determinado tiempo y lugar."La familia patriarcal monogámica es el antecedente y modelo de la familia moderna. Este sistema tuvo sus más profundas características en la cultura romana durante la república, en el esplendor del imperio y su decadencia. La época medieval dominada por el cristianismo sólo ayudo a institucionalizarla."¹⁸"De acuerdo con las características de la familia patriarcal monogámica, como su nombre lo dice, es la figura

¹⁷López Faugier Irene, óp. cit. pp. 4, 5, 6, y 7.

¹⁸ López Faugier Irene, óp. cit., P. 10.

preponderantemente paterna, por lo que tiene autoridad suprema, fungiendo en el imperio romano como representante en las actividades económica, religiosa, política y jurídica de un grupo de parientes."¹⁹

D).EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA EDAD MEDIA.

Respecto a la edad media GÜITRÓN FUENTEVILLA menciona:

"en la edad media la familia fue un organismo económico que tenía como fin principal bastarse a si mismo...en el desarrollo de las industrias domesticas.

a grandes rasgos este panorama es el que imperó entre la gente de menos posibilidades en la Edad Media, sin embargo, en cuanto a la organización feudal, la familia presentaba características muy diferentes, la situación en general era buena para el primogénito pero pésima para los demás y las mujeres. Esto debido al temor de desmembrar el poderío y el acervo patrimonial de un señor en varios de sus hijos...se calificaba a la propiedad desde un punto de vista familiar y no individual..."²⁰

a). Alta Edad Media.

"La falta de organización política de un poder soberano derivó en la existencia de regionalismos regulatorios en materia familiar bajo el concepto germano conocido como *zippe* que se refiere a los lazos de sangre, pero poniendo especial atención en los provenientes del progenitor."²¹

b).Baja Edad Media.

"En esta etapa la iglesia se propuso terminar con la dispersión normativa familiar regulando como primer paso el matrimonio, modelándola en torno a la unión sacramental de un hombre y una mujer y a la descendencia procedente de esta unión influyendo en otros ámbitos del Derecho de Familia."²²

E).EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO NAPOLEÓN.

Una de las finalidades de Napoleón fue sustraer poder a la iglesia secularizando el régimen normativo de las instituciones civiles, lo que es particularmente evidente en el caso del matrimonio y el registro civil. El Código Civil Francés reguló el Derecho de Familia sin establecer una definición de familia o de relaciones jurídicas familiares. "La doctrina formuló conceptos propios a partir de la regulación que preveía el citado

¹⁹ Loc. cit.

²⁰ Güitrón Fuentevilla Julián, óp. cit., p. 62.

²¹ Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, óp. cit., P 5

²² Ibídem.

ordenamiento sobre el concepto de familia, afirman PLAINOL y RIPERT. Es el conjunto de personas que están unidas por el matrimonio o por la filiación y también, pero excepcionalmente, por la adopción."²³

"se debe a Napoleón Bonaparte la amplia reglamentación sobre la familia, sin embargo, respecto a los hijos naturales, afirmaba: 'El Estado no tiene necesidad de bastardos', asimismo estableció una autoridad marital casi absoluta..."²⁴

F).CONCEPTO DE FAMILIA CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE 1857 Y LEYES DE REFORMA DE 1859.

El legislador de 1857 no reglamentó a la familia. Su estudio se refirió sólo al matrimonio, dándole un carácter religioso; fue cuando Ignacio Cominform renunció a la Presidencia de la Republica y Benito Juárez, que en ese tiempo era Presidente de la Suprema Corte, lo sustituyó por ministerio de ley, solucionando la situación planteada...Juárez dio las Leyes de Reforma Política, Económica y Religiosa, resultando que el 8 de julio de 1859 se dictara la Ley Reglamentaria del Matrimonio, quitándole su carácter Religioso y considerándolo una institución de Derecho Civil... Fue definitiva la ley dada por Juárez en los destinos del matrimonio, pues en este tiempo tenía el control absoluto el Derecho Canónico, y originando que el matrimonio fuera considerado como acto indisoluble, pues a pesar de la implantación del matrimonio civil la influencia de la iglesia siguió hasta 1914 cuando Venustiano Carranza fue el autor de la Ley de Divorcio Vincular en México.²⁵

Y filiación de hijos nacidos dentro del mismo excluyendo a los que no cumplen este precepto, esto impulsado y reglamentado por ideas morales más y no por leyes certeras -menciona GÜITRÓN FUENTEVILLA-: se veía a la familia desde el punto de vista del vínculo religioso, por lo cual no se tenía más idea de familia., excepto la originada del matrimonio y la consanguineidad como fuentes principales, por ende sólo atiende al parentesco.- refiere DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, - he idea con la cual congeniamos "Debido al fuerte arraigo de ideas religiosas".

G).CONCEPTO DE FAMILIA CONFORME AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA 1870.

"Tomando como antecedente las Leyes de Reforma de 1859 y los ordenamientos Civiles franceses y españoles de la época, tuvieron los legisladores del Código Civil de 1870 la fuente de sus inspiración en ellos, permitiendo de acuerdo con la política individualista y liberal la promulgación de un código con ese corte.

²³ Marcel Plainol Y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, 3ª. Ed., México Harla, 1997, p. 103.

²⁴ Güitrón Fuentevilla Julián, óp. cit., p. 62.

²⁵Ibíd., p. 62.

(...)

Es el Código Civil de 1870, en cuanto a la familia, reglamenta el matrimonio, el parentesco, la paternidad, la filiación y la separación de cuerpos, que fue una especie de divorcio entre otras cuestiones.

Consideramos de gran interés, que por ser el primer Código Civil de la República, referirnos ampliamente a sus disposiciones, o indirectamente han seguido influyendo las leyes civiles posteriores.

... podemos percatarnos en este código que el legislador del 70 no le dio mayor importancia a la familia, pues la preocupación era proteger al individuo y no tomar en cuenta el interés social..."²⁶

A nuestro criterio este código no aportó un concepto de familia directamente pero mantiene indirectamente la idea canónica de familia y su constitución por lo que proyecta las leyes desde este parámetro, impidió la pluralidad de formas en la familia, un detalle social importante es esta separación de cuerpos, pues a criterio de un servidor, es un punto de quiebre en la visión futura de la familia que surge con el divorcio vincular en la ley de 1914.

H).EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1884.

Este mantuvo la esencia del Código Napoleón casi en su totalidad, a excepción de lo conducente a la adopción. Esto debido a que el código no reconoció la adopción como una de las formas generadoras de relaciones jurídicas familiares como es el caso del parentesco o el matrimonio. En el libro titulado "*Derecho de familia*" de los autores RICO ÁLVAREZ, GARZA BANDALA Y COHEN CHICUREL mencionan en referencia al tema: "De acuerdo con las disposiciones que dicho ordenamiento preveía en materia familiar se puede interpretar que el legislador consideró como familia al conjunto de personas vinculadas entre sí por relaciones de matrimonio o parentesco".²⁷

Para GÜITRÓN FUENTEVILLA el mencionado código fue una copia del código de 70 sin ninguna aportación en materia familiar, con excepción de la libre testamentación, pero casi todo fue una repetición a tal punto menciona el autor, "se repitieron hasta los errores".

I).LEY DE DIVORCIO 1914.

"Siguiendo el pensamiento enunciado, podemos afirmar que la Ley de Divorcio de 29 de diciembre de 1914, dada en Veracruz por Don Venustiano Carranza, tuvo como fundamento la realidad social que era inoperante para regular esta institución conforme lo hacía el Código Civil de 1884...fue esta Ley el inicio de una etapa en materia familiar, pues rompió con los tradicionales moldes de la indisolubilidad del matrimonio..." como podemos ver esta etapa fue determinante para la socialización del Derecho familiar y del Derecho en general.

J).EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

²⁶ *Ibíd.*, p. 94.

²⁷ Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, *óp. cit.*, P 5.

Este ordenamiento no manejó ningún concepto de familia y del mismo modo que el ordenamiento precedente, este reconoció al matrimonio y al parentesco como las fuentes para generar relaciones jurídicas familiares. Con la diferencia de reconocer, regular y atribuir efectos a la adopción dentro del Derecho de familia, punto relevante para nuestro tema, así como la desaparición de las diferencias entre los hijos nacidos fuera de matrimonio." Esta fue a grandes rasgos, la esencia de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, la cual es un gran adelanto pues pudo haber sido base para una protección jurídica absoluta a los intereses fundamentales de la sociedad y del Estado, es decir, los intereses de la familia mexicana y habrá contribuido a sus desarrollo integral..."²⁸

K).CONCEPTO DE FAMILIA CONFORME AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1928.

A pesar de que los legisladores de este código pretendieron darle un perfil social en palabras de GÜITRÓN FUENTEVILLA-se plasmó en el código menos leyes útiles en comparación la cantidad de buenos deseos expresados en la motivación de dicho código, siendo esto un verdadero desatino, no alcanzando el espíritu social de las leyes familiares. Cosa a resaltar para nuestro tema es el haber equiparado de los hijos nacidos de matrimonio y los que no, que junto con el divorcio, matrimonio, alimentos, adopción dibujaron el panorama a legislar por las siguientes generaciones y la forma en la cual se realizó influyó por ende el concepto de familia hasta la redacción actual del Código Civil.

L).CONCEPTO DE FAMILIA CONFORME AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE DE 2000.

"El Código Civil vigente no establece un concepto de familia de manera clara y unívoca. Tradicionalmente se afirma que dicho ordenamiento contiene un concepto de familia en sentido amplio y otro en sentido restringido."²⁹

a). Concepto de familia conforme al Código Civil vigente en sentido amplio.

Las reformas al Código Civil publicadas en mayo del año 2000 adicionaron el Título Cuarto Bis al Libro Primero de dicho ordenamiento, contiene disposiciones generales sobre el Derecho de Familia. Dentro del Título citado no se incluyó una definición de familia, sino de relaciones jurídicas familiares:

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

Por "relación jurídica familiar" debe entenderse el vínculo de Derecho por el cual un miembro de la familia está sujeto a observar una conducta determinada en provecho de otro miembro de la familia. Las

²⁸ Güitrón Fuentevilla Julián, óp. cit., p. 107.

²⁹ Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, óp. cit., P. 9.

relaciones jurídicas familiares sólo pueden establecerse entre personas pertenecientes aún núcleo familiar. Con base en dicho principio se construye el concepto de familia en sentido amplio: Conjunto de personas entre las cuales existen relaciones jurídicas de familia.

Relaciones jurídicas de familia y familia en sentido amplio son ideas conceptualmente distintas, sin embargo existe un lazo indisoluble entre ambas debido, luego entonces la segunda se define en función de la primera. Consecuentemente es válido concluir que aquello da origen a las relaciones jurídicas familiares da origen a la familia en sentido amplio.

b). Concepto de familia conforme al Código Civil vigente en sentido restringido.

“Un sector de la antropología ha considerado que familia en sentido amplio es una creación artificial que no atiende a la naturaleza real del ser humano como especie mamífera. Para dicho sector, la palabra familia debe reservarse para designar el conjunto integrado por la pareja y sus hijos al que consideran como la verdadera unidad biológica humana...”³⁰

Como podemos observar el artículo 338 dice: **“La filiación es la relación que existe entre el padre la madre y su hijo formando el núcleo primario de la familia...”** Este artículo nos permite generar una idea de cuál es el núcleo básico de la sociedad o la familia primaria reconocida por nuestro ordenamiento. Además da forma al concepto restringido de familia y a su vez la construcción social conocida como familia extendida al entrelazarse sus miembros por medio de las relaciones generadoras como son el matrimonio, el concubinato, el parentesco y la sociedad de convivencia en núcleos primarios consecutivos.

³⁰Loc. cit.

II. PARENTESCO.

1. CONCEPTO DE PARENTESCO.

El código civil para el Distrito Federal no prevé ningún concepto para el parentesco, sin embargo la doctrina sí ha dado una definición. RICO ÁLVAREZ y coautores definen: como la situación jurídica vinculante de dos o más personas físicas en razón de supuestos de consanguinidad, afinidad y adopción simple.

El artículo 292 C.C.D.F. Sólo reconoce tres tipos de parentesco: afinidad, consanguinidad y civil. Este artículo es claro en dar al parentesco legal una importancia y reconocimiento sobre los lazos sociales o religiosos de parentesco descartando cualquier efecto que se pudiera generar, al dar un orden a los efectos que de estos surgen, lo cual se ve reflejado en el ámbito de los alimentos, la patria potestad y las sucesiones entre otros.

Afirma ROJINA VILLEGAS- "El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de Derecho. Ya hemos indicado que el estado jurídico se diferencia del hecho jurídico en virtud de que en el primero siempre encontramos una situación jurídica permanente que toma en cuenta la norma de Derecho para condicionar en forma constante una serie o conjunto de consecuencias jurídicas..."³¹

"Las tres formas de parentesco (por consanguinidad, afinidad, o por adopción) deben estar declaradas y reconocidas por la ley, aún cuando podríamos pensar que los vínculos derivados de la sangre los impone la naturaleza."³²

Verbigracia el restringir los grados de parentesco y de los efectos derivados de éste en vista del reconocimiento hecho por la ley, tiene por consecuencia directa un mayor control de los mismos.

³¹Rojina Villegas Rafael derecho civil mexicano t. 1, 2 ed., Edit. Porrúa, México 1975, p. 602.

³² Ibídem.

2. EVOLUCIÓN DEL PARENTESCO.

Al crecer los grados de parentesco la familia se volvió una institución cada vez más compleja, y variada en su conformación. La mayoría de los autores refieren la evolución de este proceso en diversas culturas, retomando a GÜITRÓN FUENTEVILLA explica: los estudios realizados por ENGELS, quien apoyado en los descubrimientos de Lewis H. Morgan teorizó al respecto del parentesco y la evolución en algunas de las culturas originarias o destacadas de la historia. En este trabajo mencionamos sólo al parentesco en la cultura romana por considerarlo el referente directo más antiguo para la materia de nuestro estudio, por lo cual sugerimos consultar "Derecho Familiar" para más conocimiento del tema.

A). DERECHO ROMANO.

En el Derecho Romano se conocieron tres tipos de parentesco: el parentesco agnaticio, el parentesco cognaticio y el parentesco por consanguinidad.

a)."El parentesco agnaticio o civil era la situación jurídica que unía a personas sujetas a la potestad de un *pater familias*, o que estarían sujetas de no haber fallecido el antecesor común".³³ "La sujeción a un mismo *pater familias* derivaba de la descendencia biológica y de otras causas como el matrimonio *in manu* o la adopción".³⁴ "Dicho parentesco era relevante en materia de sucesión legítima y de tutela y tuvo mayor reconocimiento por el *ius civile*".³⁵

b)."El parentesco cognaticio o natural era la situación jurídica que unía a personas que descendían de un progenitor común, independientemente de que fuese masculino o femenino. Dicho parentesco era relevante en materia de impedimentos de matrimonio y tuvo mayor reconocimiento por el Derecho Pretorio".³⁶

c)."El parentesco por afinidad consistía en la situación jurídica que unía a los cognados del hombre y la mujer que contraían nupcias".³⁷

.GÜITRÓN FUENTEVILLA, explica de ENGELS la "*GENS*" Iroquesa, negando el razonamiento por el cual las culturas americanas son contemporáneas a la grecorromana por ser esta última más antigua, por lo cual no pudo derivar de la forma de organización familiar de las tribus americanas la conocida "*GENS*" Griega o las "*GENTES*" Romanas, aún cuando las dos comparten el rasgo de ser un grupo de parientes sanguíneos. La apalabra latina gens, usada por Morgan para designar al grupo consanguíneo, se deriva de la raíz común aria "*GAN*" el cual significa engendrar. Otros sentidos de gens son- "*genos*" en griego, "*djanos*" en sanscrito, "*kuni*" en ingles y "*Küne*" en medio alto alemán, y también quiere decir engendrar parentesco y descendencia.

³³ Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, óp. cit., P. 19.

³⁴ ÓP. cit., pp. 2, 4, 10, 38.

³⁵ Loc. cit.

³⁶ Óp. cit., P. 21

³⁷ Ibíd.

Acota GÜITRÓN FUENTEVILLA: "En Grecia y Roma, gens se empleó para designar al grupo familiar descendiente de un tronco común, en este caso sería el padre de la tribu, y el núcleo de ella ligado por instrucciones de carácter religioso, o social."³⁸

B).CÓDIGO NAPOLEÓN.

Éste reconoció tres tipos de parentesco, de igual forma que el Derecho Romano, el cual surgía de personas que descendían de un tronco común, el cual tenía un efecto en materia de alimentos; el parentesco en línea recta sin limitación de grados, como el impedimento para contraer nupcias; y el colateral hasta el tercer grado. También limitó en materia sucesoria hasta el duodécimo grado y la patria potestad hasta el primer grado. La adopción o parentesco ficticio generó efectos similares al parentesco consanguíneo, entre el adoptante y el adoptado. No se estableció que el parentesco por afinidad surgiese entre los parientes consanguíneos de los cónyuges. Éste sirvió para regular actos y la intervención en ellos. En ocasiones generaba obligación alimentaria.

C).CÓDIGO CIVIL DE 1870 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.

El Código Civil de 1870, en cuanto a la familia, reglamenta el matrimonio, el parentesco, la patria potestad y la filiación...

Consideramos de gran interés, por ser el primer Código Civil de la Republica, referimos ampliamente a sus disposiciones, o indirectamente han seguido influyendo las leyes civiles posteriores.

(...)

Lo más sobresaliente de la legislación sobre parentesco es el artículo 192 cuando expresa:

'Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o por copula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón', ¿que quiso significar el legislador con la frase 'cópula ilícita'? Suponemos que sin decirlo sentó las bases para el concubinato pues al no ser de matrimonio consumado, el parentesco lo hizo surgir de una relación sexual, entre no casadas...³⁹

D).CÓDIGO CIVIL DE 1884 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.

³⁸ Güitrón Fuentevilla Julián, p. 47.

³⁹ *Ibíd.*, pp. 94, 95, 97.

El código de 1884 sólo reguló el parentesco por consanguinidad y el parentesco por afinidad.

En este, al igual que el Código Napoleón, dispuso: "el parentesco por consanguinidad vinculara a personas descendientes de un mismo progenitor". Sus principales efectos jurídicos también tenían lugar:

- a). En materia de alimentos, limitando al parentesco consanguíneo en línea recta sin limitación de grado y en línea colateral hasta el segundo grado;
- b). En materia de impedimentos para contraer matrimonio, limitando en iguales términos que el Código Napoleón;
- c). En materia sucesoria, limitando el parentesco consanguíneo hasta el octavo grado; y
- d). En materia de patria potestad limitada en el parentesco consanguíneo hasta el segundo grado.

"El parentesco por afinidad surgía por el matrimonio consumado o por copula ilícita entre varón y los parientes de la mujer, y la mujer y los parientes del varón. El parentesco por afinidad sólo daba lugar a limitaciones y no originaba la obligación alimentaria entre los vinculados por él.

El código civil de 1884 no permitió la adopción.⁴⁰ El parentesco que surgía por la relación sexual al margen del matrimonio es controversia I y nos resulta algo casi absurdo como narra. GÜITRÓN FUENTEVILLA: Otro error, repetido por el legislador de 84, es el consagrado en el artículo 183, al establecer el parentesco de afinidad por el hecho de una relación sexual, al margen del matrimonio. Dice el artículo 183: 'Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o no, o cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón'. Esta disposición es absurda como hemos señalado anteriormente, pues es infantil crear un parentesco por el hecho de una copula ilícita.⁴¹

E).LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Reguló el parentesco consanguíneo y el parentesco por afinidad en los términos del Código Civil de 1884 incluyendo la obligación alimentaria con la salvedad de que no se puede cumplir con esta obligación por parte del deudor alimentario incorporando a su familia al ex-cónyuge. La ley sobre relaciones familiares de 1917 reglamentó por primera vez la adopción, sin embargo no dispuso que entre adoptante y adoptado existiera algún tipo de parentesco. Dicha ley sólo estableció que entre las personas indicadas habría los mismos derechos y obligaciones que correspondían al padre y al hijo natural sin que los demás efectos se extendieran a los demás miembros de la familia.⁴²

3. TIPOS DE PARENTESCO EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE.

En el Código en comento, esta institución está regulada como en el anterior. Sin embargo, como se han dado efectos de parentesco al concubinato y a la adopción, la ley recoge esta realidad y encontramos una reglamentación distinta a la tradicional en estos aspectos. En primer lugar, el ordenamiento ratifica que los parentescos que el mismo reconoce, son por consanguinidad, afinidad y civil. El primero se da entre personas que descienden de un tronco común, lo mismo ocurre -esta es una nueva hipótesis- cuando el hijo es producto de reproducción asistida y surge con el asentimiento de los sujetos participantes en ella. Podría tratarse de una pareja de cónyuges, de concubinos o de dos personas que

⁴⁰ Fausto Rico Álvarez Patricio Garza Bandala y Mischel Cohen Chicurel, óp. cit., p. 21.

⁴¹ Güitrón Fuentevilla Julián, óp. Cit., p. 99.

⁴² Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, óp. cit., p. 21.

hagan vida en común y que la mujer sea inseminada artificialmente. La ley establece el parentesco por consanguinidad, si han consentido en ella, quienes han sido objeto de la misma.⁴³

A).PARENTESCO POR AFINIDAD.

La ley conceptúa como parentesco por afinidad como:

Artículo 294 C.C.D.F. El parentesco por afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos.

Con las reformas al Código Civil publicadas en el año 2000 se introdujo una regulación autónoma del concubinato, por lo mismo fue necesario ajustar la definición de parentesco por afinidad a fin de ser comprendida la situación jurídica existente entre cada concubino y los parientes consanguíneos del otro. Sin embargo, las modificaciones alteraron sustancialmente la definición del parentesco por afinidad haciendo imprecisa la determinación de las personas vinculadas por éste.

B).PARENTESCO CIVIL.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal guarda la definición legal de parentesco civil en su artículo 390 y otros correlativos:

Artículo 390. La adopción es el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye, de una manera irrevocable, una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado.

Es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, el cual le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra en el seno de una familia.

Artículo 295. El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410. Del que se compulsa lo siguiente:

Artículo 410-D. Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y el adoptado.

⁴³ Güitrón Fuentevilla Julián, Nuevo Derecho Familiar En el código civil mexicano, Distrito Federal del año 2000., Ed. Porrúa, México 2003., p. 179.

Se dejan los derechos pre-existentes entre los parientes consanguíneos para no confundir el estado civil de la persona en el núcleo social, pues al no ser sustraído de éste e insertado en otro no desaparecen los vínculos previos con sus familiares.

C).PARENTESCO CONSANGUÍNEO.

Artículo 293 C.C.D.F. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común...

Es decir toda persona con un ascendiente en común tiene un parentesco consanguíneo, aún cuando nuestra ley en caso de los parientes colaterales, restringe los efectos legales hasta el cuarto grado:

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

En este mismo artículo encontramos a los procuradores reconocidos como parientes consanguíneos por la ley y excluye a los donadores de células germinales, aún cuando estos tendrían realmente un vínculo sanguíneo con los productos de tales técnicas de reproducción. A su vez confiere parentesco a los que tengan o no un vínculo genético. Esto afirmaría la supremacía legal por encima de la biología abriendo paso para moldear un contrato de Maternidad Gestante, cuestión abordada en el desarrollo de esta tesis.

Originalmente el parentesco por consanguinidad era el que vinculaba personas físicas unidas entre sí un lazo biológico sanguíneo, actualmente existen tres conceptos de parentesco consanguíneo, mismos que se describen en el punto siguiente.

4. PRINCIPALES EFECTOS DEL PARENTESCO.

A).PARENTESCO CONSANGUÍNEO.

El parentesco consanguíneo genera derecho a alimentos, o en su caso, la obligación de proveerlos (artículos 303, 304,305, 306,315, 1368-V, 1373-IV y relativos). Igualmente trae consigo el derecho de heredar en sucesión legítima (artículos 1602-I, 1607, 1630 y relativos).

En ocasiones dicho parentesco trae consigo impedimentos o prohibiciones. Como vimos en su momento, los parientes consanguíneos no pueden contraer matrimonio (artículo 156-III); un pariente consanguíneo no puede ser curador de quien se desempeñe como tutor (artículo 458); tampoco pueden ser nombrados tutores o curadores quienes trabajen en los Juzgados de lo Familiar o integren los Consejos Locales de Tutela; los ascendientes, descendientes y hermanos no pueden adquirir por compra ni arrendar los

bienes del pupilo (artículo 569); y el asociado deberá abstenerse de votar en una asamblea si el interés requiere una decisión que es de su interés directo o de sus ascendientes, descendientes o hermanos (artículo 1679).

(...)

Además, el parentesco consanguíneo impone el deber de presentar para la anotación del nacimiento (artículo 55) y trae consigo el desempeño de la tutela, del cargo de depositario y de representante del ausente (artículos 483, 653, 657).

(...)

El parentesco consanguíneo es tomado en cuenta para la calificación de la violencia física o moral, pues puede violentarse con fuerza física o amenazas contra el directamente afectado o contra sus parientes de esa clase (artículos 245-II y 1819).⁴⁴

a). Parentesco consanguíneo en sentido estricto. En sentido estricto del parentesco consanguíneo es la situación jurídica vinculante a personas que descienden de un tronco común como refiere el artículo 293.

b). Parentesco consanguíneo producto de la reproducción asistida artículo 293: "...también se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo esta que haya procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida..."

B).PARENTESCO POR AFINIDAD.

En algunas situaciones, el parentesco por afinidad es tratado por la ley al igual que el consanguíneo. En otras situaciones tiene un radio de acción considerablemente más reducido, para el orden legal pasa inadvertido y por ende no genera las consecuencias atribuidas a la consanguinidad, y en otras la misma ley le niega expresamente dichos efectos. Así por ejemplo, la obligación alimentaria no se genera entre parientes afines, a pesar de no estar señalado expresamente en la ley, es decir no hay indicación expresa al efecto en el catálogo de sujetos vinculados en esa relación. Por el contrario, la obligación alimentaria sí se da entre cónyuges, entre concubinos y entre parientes consanguíneos y por adopción, e inclusive entre divorciados llegado el caso (artículos del 302 al 307). El derecho a heredar no se da entre parientes afines, así lo indica el artículo 1603: El parentesco de afinidad no da derecho a heredar. Otra diferencia de la ley sobre el parentesco por afinidad que en línea recta y sin limitación de grado es impedimento para contraer matrimonio (artículo 156-f). V); supuesto en el cual las consecuencias de la afinidad aún después de extinto el matrimonio que lo genero...⁴⁵

⁴⁴ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, óp. cit., p. 661.

⁴⁵ Ibídem., p. 665.

C).PARENTESCO CIVIL.

Al parentesco por adopción se le calificó como parentesco civil cuando en el Código Civil se dispuso que la adopción tuviera efectos sólo entre el adoptante y el adoptado. Como en la actualidad la adopción, en su modalidad de adopción plena que como regla general está prevista en la ley y que trae como consecuencia, que los efectos vinculatorios de parentesco se den entre adoptado, el adoptante, los consanguíneos esté y los descendientes de aquel, lo que ha traído la equiparación de la adopción al parentesco por consanguinidad, y la referencia más evidente se circunscribe a lo establecido en el artículo 410-D del Código, por así plantearlo el artículo 495 del mismo ordenamiento.⁴⁶

a). Equiparación del parentesco por consanguinidad en el caso de adopción plena:

Artículo 293. En el caso de la adopción, se equipara al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado y el adoptante, los parientes de este y los descendientes de aquel, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Este supuesto no es englobado en el caso de una tercería genética referido principalmente a alguno de los procuradores por el uso de un método de reproducción asistida y se análoga a cuando la madre que gesta dona también un óvulo por circunstancias en las cuales la procuradora no tenga células germinales fértiles.

Artículo 293 C.C.D.F. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo esta que haya procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida...

Esto con las excepciones mencionadas en el artículo 410-D del Código Civil para el Distrito Federal:

...para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y el adoptado...

Esto incide en el matrimonio, alimentos, sucesiones, nombre, domicilio, patria potestad, sólo por mencionar algunos.

Artículo 338 BIS. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

⁴⁶ Ibidem., P. 666.

III. FILIACIÓN

1. CONCEPTO DE FILIACIÓN.

La institución jurídica de la filiación puede ser definida desde cuatro puntos de vista de acuerdo con la LÓPEZ FAUGIER: "Primero atendiendo a la raíz latina de la cual procede, es decir, por su significado etimológico; en segundo lugar por su significado gramatical; en tercer lugar desde su perspectiva biológica y finalmente por su significado jurídico, para lo cual me referiré a la ley y la doctrina".⁴⁷

GÜITRÓN FUENTEVILLA- "Es el vínculo que se establece entre el padre y el hijo, y entre este y la madre. De ahí surge la filiación consanguínea o adoptiva. Jurídicamente, esta relación, esta relación implica más deberes y obligaciones por cumplir de parte de los progenitores, que derechos otorgados. La filiación que no se establece voluntariamente, puede ser objeto de un juicio donde se determine si es o no hijo o hija..."⁴⁸

A).SIGNIFICADO ETIMOLÓGICO.

"La palabra filiación deriva del vocablo latino *'filiatio ōnis'*, perteneciente a su vez a la raíz *filius*, cuyo significado es hijo."⁴⁹ Por lo cual desde el punto de vista etimológico se destaca la posición de hijo en la relación con sus progenitores.

B).SIGNIFICADO GRAMATICAL.

El Diccionario de La Real Academia Española la define de esta forma: Procedencia de los hijos respecto de los padres. En este caso, se considera también la relación paterno-filial desde el punto de vista del descendiente, reservando las denominaciones maternidad y paternidad para aludir a la calidad de madre o padre.

C).SIGNIFICADO BIOLÓGICO.

El vínculo biológico es el elemento natural, primario e indispensable para poder hablar del elemento jurídico de filiación.

⁴⁷ López Faugier Irene, óp. cit., pp. 92, 93 y 94.

⁴⁸ Güitrón Fuentevilla Julián, Nuevo Derecho Familiar, en el código civil mexicano, p. 229.

⁴⁹ Cfr. Real academia española, Diccionario de la lengua Española, p. 619

D).SIGNIFICADO JURÍDICO.

"La definición jurídica de filiación puede partir de dos fuentes; la ley y la doctrina. En cuanto a la primera es necesario señalar que los antiguos códigos civiles antecedentes de nuestra legislación vigente no definieron dicha institución. Sin embargo, en la actualidad el Código Civil para el Distrito Federal la define en su artículo 338."⁵⁰

¿Qué es la filiación? Esta pregunta intenta ser contestada por el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dice: la filiación es la relación existente entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia.

Al revisar este artículo encontramos en su primer párrafo nos indica qué relación guarda el padre, la madre y el hijo: "La filiación es la relación existente entre el padre o la madre y su hijo". ¿Es entonces un producto de las aportaciones de ambos? El supuesto no menciona directamente de dónde surge esta relación. El siguiente artículo 338 Bis dice: "La ley no establece ninguna distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen". Así el origen no tiene relevancia para establecer esta relación. En la segunda parte nos indica; esta relación forma el núcleo primario de la sociedad": la familia, por lo tanto adquiere una relevancia suprema reflejada en el espíritu de las leyes familiares.

RICO ÁLVAREZ y coautores, en su obra multicitada en esta tesis, hace una analogía de la familia con la filiación en un sentido restringido donde menciona al conjunto integrado por la pareja y sus hijos, considerado como la verdadera unidad biológica humana. Del mismo modo hay teóricos disidentes concuerdan con este punto de vista. "Un sector de la sociología y la antropología ha considerado que la familia en sentido amplio es una creación artificial que no atiende a la naturaleza real del ser humano como especie mamífera."⁵¹

Las expresiones "familia en sentido restringido" o "familia nuclear", han sido utilizadas para designar el grupo compuesto por los progenitores y los hijos que se encuentran bajo su dependencia. El concepto de familia nuclear es reconocido en el siguiente numeral del Código Civil. Artículo 338: "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia."⁵²

Los artículos antes referidos, no sólo reflejan un concepto sobre la filiación. Nos muestran como un simple concepto de nueve letras englobamos la situación jurídica más estrecha con respecto al parentesco, específicamente el consanguíneo. Y en el ámbito de las relaciones jurídicas familiares el núcleo originario del cual surge toda la estructura familiar y social gira en torno al proceso reproductivo humano, por el cual se detona una serie concatenada de situaciones, relaciones, estados, deberes,

⁵⁰ López del Carril Julio, Legitimación de Hijos Extramatrimoniales, Edit. De Palma, Argentina 1960., pp. 3 y 4: Estrada Alonso Eduardo, Las Uniones Extramatrimoniales en el Derecho Civil Español, 2da Edit. Civitas., España 1991, p. 27. En: López Faugier Irene, óp. cit. P. 93.

⁵¹ Pérez Duarte Alicia y Noroña, "perspectivas socio- jurídicas de las relaciones familiares" en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, año XIX, núm., 59 mayo – agosto, año 1987, p. 568. En: Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, óp. cit., P. 9.

⁵² Ibídem.

derechos y obligaciones dentro del ámbito jurídico (relaciones jurídicas). Sin embargo, al cambiar el mundo surgen nuevas situaciones y posibilidades sociales, tecnológicas, económicas, además de todos los demás aspectos integrantes de la vida del ser humano en la tierra. Como he mencionado con antelación, el humano modifica cada aspecto de su vida volviéndola más compleja a cada instante al introducir factores nuevos en los procesos. Por lo tanto, la tutela que ejercida por el Derecho ejerce sobre estos factores debe avanzar de manera veloz para estar a la altura de cada situación surgida.

Muestra de esto son los Artículos 292 y 293 del Código Civil para el Distrito Federal los cuales examinaremos a continuación:

Artículo 292. La ley reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.

En lo concerniente a la maternidad gestante, dos de los supuestos de parentesco pueden dar lugar a la filiación, como expresa LLOVERAS NORA al hablar de la filiación: "... el nacimiento de un ser presupone la unión sexual fecunda de un hombre y una mujer, en acto de amor, generosidad y realización de sus propios proyectos, que son en la mayoría de los casos, los de la comunidad en que ambos se desarrollan..."

La ley recoge esa realidad biológica como hecho al cual signa consecuencias de distinto orden, organizando el sistema de filiación con la regulación estimada adecuada al tiempo histórico social en el cual las normas se dictan.

El Derecho se perfila nítidamente como un instrumento ordenador de la vida humana el cual la sociedad ha puesto particular énfasis para consecución de sus fines. En el sentido vulgar la filiación es la procedencia de los hijos respecto de sus padres. Esta procedencia de los hijos requiere determinar quiénes son sus padres, es decir su origen, el principio de su historia, de quienes se sigue su vida. El Derecho hace suyo ese sentido corriente del término, la filiación ingresa al Derecho de Familia por la puerta ancha de la vida. La filiación entonces es el vínculo creado por la relación natural de la procreación. Moderadamente, la adopción crea una relación jurídica de filiación por oposición al nexo biológico. El interés del menor impregna el sentido de la adopción.

La existencia de menores carenciados física y espiritualmente, de filiación desconocida, mostró la necesidad de admitir la adopción como vínculo de filiación, a fin de proporcionar condiciones adecuadas de desarrollo físico y espiritual a la infancia y a la adolescencia privadas de ella.

La clasificación de las filiaciones realizada por la ley no surte efectos diferenciadores entre los hijos por naturaleza o por adopción. "Es decir, por el vínculo biológico que funda la relación jurídica de la filiación o por disposición de la ley en virtud de razones que hacen necesaria la institución de la adopción plena."⁵³

⁵³Lloveras Nora, Patria Potestad y Filiación, Ediciones De palma Buenos Aires, 1986, p. 2.

Explica LLOVERÁS NORA- hay otras clasificaciones para la filiación como son la matrimonial o extra matrimonial; para la ley son iguales en efectos jurídicos en el del Código Civil para el Distrito Federal. En su artículo 338 Bis dice: "La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, sin importar su "origen". Aunque visto desde la perspectiva de LÓPEZ FAUGIER, esto no señala la igualdad de los descendientes ante la ley. Sin embargo, esta norma se refiere a la igualdad de los derechos derivados de la filiación y no propiamente a la igualdad de las filiaciones. Es decir, en ningún momento señala la igualdad de los descendientes ante la ley, en realidad no existe. Tal como se puede corroborar en lo establecido en los artículos 58,63 y 65 del Código Civil para el Distrito Federal, en los cuales se contiene la clasificación implícita de los descendientes de progenitores desconocidos y los de matrimonio de los expósitos.

A lo antes mencionado, si bien es cierto contiene una distinción implícita como lo menciona LÓPEZ FAUGIER, es meramente circunstancial, por conlleva los mismos derechos reconocidos por la ley entre estas clasificaciones hasta donde el caso en particular lo permita. No pueden ponerse los apellidos paterno y materno a un niño del cual no se sabe su origen, ni darle derechos sucesorios por esta diferencia habida entre un niño expuesto y uno del que es conocido su origen. Por ello es se considera la discriminación o distinción dicha originada no de una circunstancia jurídica, sino de una situación fáctica que es insuperable.

2. EVOLUCIÓN DE LA FILIACIÓN.

La filiación es la necesidad convertida en norma del deseo humano de identidad y de dar un rostro a nuestro propio ser, siendo esta la afirmación más poderosa hecha por el individuo, es el "yo soy", pues implica la conciencia de existir y ocupar un volumen o área en el complejo fenómeno del tiempo y el espacio; sin embargo ¿cómo podríamos afirmar "el ser"? como individuos sin saber de dónde surgimos. Cada humano es el resultado de un cúmulo de factores, genes, ambientes, tiempo y espacio, en pocas palabras vivencias personales. Este conjunto de variables nos definen como unos seres individuales y nos vuelve irrepetibles, "únicos"; Esto ha sido comprendido por el humano desde sus primeros intentos fallidos en la larga caminata evolutiva humana. Al desarrollar una mente inquisitiva el humano ha observado, analizado, registrado y empleado el conocimiento obtenido y es por ello es de suma importancia la filiación: núcleo primario, vínculo con nuestro pasado para forjar la identidad en el presente y proyectarla hacia el futuro. La pregunta presente a continuación es, ¿qué diferencia hay entre la filiación actual y la filiación anterior?

En el pasado remontándonos al Derecho Romano, se decía la madre siempre era cierta "*mater semper certa est*", por el sólo hecho del nacimiento; se creía que por esta circunstancia, la madre no tenía alternativa de negar al hijo; en aquella época, si bien podía darse la sustitución de infante o la simulación de un embarazo, al no descubrirse, el aforismo latino se aplicaba. Respecto del hombre, desde entonces se disponía que el padre del hijo era el esposo de la señora "*pater ist est quod nuptia demostrant*". Así

por la confianza del hombre en la mujer, se deriva la paternidad de este. En México, existe un refrán: "Los hijos de mis hijas mis nietos serán, los hijos de mis hijos quien sabe de dónde vendrán". La filiación basaba en un hecho de confianza y posteriormente en diferentes hipótesis legales, en las que el común denominador era aleatorio; es decir no se podía determinar con la certeza de la actualidad, la verdadera filiación del hijo o la hija.⁵⁴

"Hacemos nuestras las expresiones parlamentarias vertidas en el Senado de la Nación, al debatir la presente ley en el sentido de que la ciencia jurídica ha mutado su sistema de razonamiento, el cual partía del vínculo de los padres y ello marcaba al engendrado con las características valiosas o disvaliosas de la conducta de ellos".⁵⁵ Hasta llegar a un momento jurídico en el cual el origen del engendrado no discrimina la gama de derechos surgidos de la filiación. "La actitud de la ley, hacia el régimen aplicable a los hijos procreados fuera del matrimonio, presenta marcadas diferencias según la época. Como lo hemos apuntado en más de una ocasión, si nos remitimos a regímenes legales anteriores, de no mucho tiempo atrás, su situación era de clara desventaja, comparativamente con la aplicable a los calificados como hijos legítimos, quienes siempre han sido beneficiados con el mejor trato del orden legal".⁵⁶

A).LA FILIACIÓN EN EL DERECHO ROMANO.

"En Roma la filiación surgía de tres modos: por nacimiento, por arrogación y por adopción. La doctrina romanista suele referirse a los modos de adquirir la patria potestad y no a las maneras en que surgía la filiación."⁵⁷

Por lo que el nacimiento era la forma natural, la arrogación y la adopción eran los medios artificiales. En caso del primero, operaban tres formas de establecer relación paterno-filial: por nacimiento de hijo después de seis meses de iniciado el vínculo matrimonial, hasta diez meses de extinto el vínculo y que el padre hubiere aceptado al hijo o lo hubiere reconocido. La madre no tenía ese problema gracias al principio de *Mater Semper certa est* - que significa "la madre siempre es cierta".

En Grecia y Roma donde el principio constitutivo de la filiación fueron las creencias, la unidad de los miembros de la familia provino de algo más poderoso que el nacimiento, el sentimiento o la fuerza física, pues se basó en la religión del hogar y de los antepasados. De este modo, el descendiente consanguíneo dejaba de considerarse como tal si había renunciado al culto o se había emancipado. Sin embargo, el adoptado podía incorporarse a la familia como un verdadero descendiente, aún cuando no tenía el nexo de sangre, ya que poseía algo mejor: la comunidad del culto.

En cuanto a las mujeres, las antiguas familias griegas y romanas presentaban ciertas particularidades. Tal era el caso de que cuando una mujer se casaba debía renunciar a la religión de su padre, pues el matrimonio la desligaba completamente de su familia de origen y debía entrar a la potestad marital, con lo cual asumía la categoría jurídica de hija del marido, obligándose con ello a profesar la religión y rendir culto a los antepasados de su cónyuge. Así, la familia sólo se continuaba como culto por vía de los varones. El ingreso de un hijo en la familia se consideraba un acto religioso, en el cual el nuevo integrante debía ser aceptado primeramente por el padre.⁵⁸ El nacimiento sólo formaba el lazo físico, la

⁵⁴ Güitrón Fuentevilla Julián, Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil mexicano, p. 229.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, *óp. cit.*, p 473

⁵⁷ Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, *óp. cit.*, P. 331.

⁵⁸ López Faugier Irene, *óp.cit.*, p. 86.

declaración del padre constituía el lazo moral y religioso. Esta formalidad era obligatoria tanto en Grecia como en Roma."⁵⁹

Para efectos de filiación el nacimiento se dividía en categorías pues había diferencia en cuanto a lo jurídico-explica MÉNDEZ COSTA- mencionan RICO ÁLVAREZ y coautores: "Las distinciones entre los hijos en razón de las circunstancias en que nacieron quedaron definidas hasta el Derecho Justiniano". Este último dice: la división se realizó en apego a los habidos dentro y fuera del matrimonio, legítimos e ilegítimos y estos últimos se clasificaron a su vez en cuatro categorías:

- a). *liberi naturali*: los hijos de concubina;
- b). *liberi spurii*: los nacidos de mujer de vida baja o deshonesto;
- c). *liberi adulterini*: los nacidos como el cognado del adulterio; y
- d). *liberi incestuosi*: los nacidos de una unión incestuosa.

MÉNDEZ COSTA explica- que los únicos hijos extramatrimoniales que tenían ciertos derechos eran los *liberi naturali*. Sólo se permitía la adopción a quien no tuviera hijos para prevenir se extinguiera el núcleo familiar. Adoptar un hijo era entonces velar por la perpetuidad de la religión doméstica.

B).LA FILIACIÓN. EN EL CÓDIGO NAPOLEÓN.

"La filiación podía originarse de manera natural a través del nacimiento o de manera artificial por medio de la adopción. La filiación natural podía establecerse de tres maneras: por medio de la presunción de paternidad, a través del reconocimiento de hijos y en virtud de la investigación judicial. El código Napoleón presumía hijos del varón a los nacidos durante el matrimonio o dentro de los 300 días posteriores a la disolución".⁶⁰ La filiación materna no requería presunción alguna cuando la mujer daba a luz durante los periodos señalados, para esto bastaba con acreditar el alumbramiento y la identidad del hijo para reconocer el vínculo con la madre.

"Para que la filiación quedara establecida respecto a los nacidos fuera del matrimonio, necesariamente debía verificarse un reconocimiento paterno y materno o llevarse a cabo una investigación judicial."⁶¹ Güitrón Fuentes considera - este periodo de la historia propicio decadencia por más de un siglo en materia de organización familiar, debido a la visión poco social de Napoleón Bonaparte al afirmar: "El estado no tenía necesidad de hijos bastardos", no empatando con la realidad social. La ideología de este código afectaría la legislación mexicana estancando prolongado hasta "Venustiano Carranza".

⁵⁹De Coulanges Fustel, óp. cit., p. 34. En: López Faugier Irene, óp. cit., p. 87.

⁶⁰Pianol y Ripert, en: Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, óp. cit., p. 333.

⁶¹Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, óp. cit., p. 333.

C).CÓDIGO CIVIL DE 1870, PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.

Dicho ordenamiento contiene una marcada diferencia entre el estatus de los considerados hijos legítimos y los no legítimos- comenta DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ- respecto la relación observable entre la discriminación recaída sobre los hijos y lo maligna de la relación de la cual estos procedían, según las ideas religiosas fuertemente arraigadas en la época.

En cuanto a la filiación en el código de 1870 GÜITRÓN FUENTEVILLA comenta: " Tomando como antecedente las Leyes de Reforma de 1859 y los ordenamientos civiles franceses y españoles de la época, tuvieron los legisladores del Código Civil de 1870 la fuente de su inspiración en ellos, permitiendo de acuerdo con la política individualista y liberal la promulgación de un código con ese corte...

También estableció el mencionado ordenamiento la diferencia entre hijos legítimos e hijos naturales y se limitó la legitimación de los hijos a los llamados naturales o sean nacidos de una pareja la en el momento de la concepción no hubieran tenido impedimento para contraer matrimonio.

La patria potestad se limita a sus ejercicio por el padre a falta de este, la madre, el abuelo paterno..."⁶²

D).LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO 1884.

La filiación sólo podía originarse de manera natural por el hecho biológico del nacimiento. El Código Civil de 1884 previó tres maneras para que el vínculo filial quedara establecido: a través de presunciones de filiación, por medio de reconocimiento o designación de hijos y en virtud de acciones de investigación de paternidad o maternidad. Se presumían hijos de los cónyuges a los nacidos después de 180 días de contraído el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la disolución.

Para que la filiación quedara establecida respecto de los hijos ilegítimos era necesario su reconocimiento o designación, o el ejercicio de la acción de investigación de paternidad o maternidad. El reconocimiento era una figura aplicable a los hijos naturales, mientras que la designación procedía a los espurios.⁶³ Por su parte. GÜITRÓN FUENTEVILLA comenta sobre esta ley lo siguiente:

"La lucha de clases de la Revolución de 1910 motivo, como resultado positivo, la promulgación por parte de Carranza de la Ley de Relaciones Familiares, la cual se dio, igual que la Ley de divorcio de 1914, al margen del Código Civil de 1884, el cual estaba en vigor en esa época. Es decir la Ley sobre Relaciones Familiares fue autónoma de Código Civil, promulgada con objeto de regular mejor la familia y sus instituciones principales...

Un precepto con gran sentido protector de la familia y en especial de los hijos, fue el 128, que a la letra dice: 'El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles

⁶² Güitrón Fuentevilla Julián, Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil mexicano, óp. cit., p. 99.

⁶³Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, óp. Cit., p. 333.

en favor de los cónyuges mientras dura, y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de su celebración, durante él, y 300 días después de la declaración de nulidad, si no se hubieren separado antes los consortes, o desde la separación de estos en caso contrario.'

Aún cuando el legislador no aclaró cuando un matrimonio es de buena y cuando es de mala fe, nos interesa más, que el resultado del mismo favorezca ampliamente a los hijos...Desapareció también la barrera de los hijos naturales, haciendo extensiva la legitimación a los hijos nacidos extra matrimonio...

Siempre con espíritu de igualar a la mujer con el hombre, le otorgó a estos iguales derechos para ejercer la patria potestad. Asimismo, no permitió la investigación de la maternidad y de la paternidad, excepto en algunos casos."⁶⁴

E).LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

La filiación podía originarse por nacimiento y por adopción. La filiación por nacimiento podía establecerse por presunciones, reconocimiento de hijos y por investigación de paternidad o maternidad. En términos similares a los previstos por el código Civil de 1884. La gran aportación de la ley sobre Relaciones Familiares de 1917 fue dar el primer paso para borrar las distinciones entre los hijos en virtud de las circunstancias de su nacimiento.

F).CÓDIGO CIVIL DE 1928.

Desde el principio dispuso que la filiación pueda originarse por el nacimiento y por la adopción.

Al igual que sus antecesores, el Código Civil de 1928 dispone que la filiación por nacimiento puede establecerse de tres maneras: por presunciones de filiación, por reconocimiento de hijos y por acciones de investigación de paternidad o maternidad. Por primera vez se admitió la aplicación de las presunciones de filiación a los hijos nacidos del concubinato.

El legislador de 1928 se propuso ir más allá que la ley sobre Relaciones Familiares. En lugar de eliminar únicamente las distinciones entre los hijos ilegítimos, suprimió cualquier distinción sustantiva entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio.⁶⁵

"Un acierto de esta ley en cuanto a la paternidad fue la equiparación valiosa de los hijos habidos fuera del matrimonio y los legítimos, la presunción de paternidad del hijo nacido durante los 300 días a la disolución del matrimonio, pruebas de filiación, reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio aún que encontré referencia del proceso legislativo de este año no inciden directamente en el tema de

⁶⁴Güitrón Fuentevilla Julián. Derecho familiar, pp. 103, 104 y 105.

⁶⁵Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel. óp. Cit., p. 335.

estudio, por ser en materia de divorcio, matrimonio, declaratoria de ausencia, alimentos, adopción, y demás cuestiones familiares"⁶⁶.

3. MARCO LEGAL ACTUAL DE LA FILIACIÓN EN MÉXICO.

La regulación de la filiación en el Distrito Federal fue alterada en más de un 65% por las modificaciones del año 2000. Una considerable mayoría de los preceptos rectores sufrieron cambios en su texto. Además, también un buen número fue derogado. Ciertamente la tendencia en estas reformas fue acabar de una vez por todas con cualquier diferencia entre un hijo y otro, según su origen, sea matrimonial o extramatrimonial, con cambios substanciales al respecto.

El título séptimo del Libro Primero de nuestro ordenamiento, originalmente identificado como "De la paternidad y filiación", ahora es simplemente "De la filiación" para que comprenda también a la maternidad.

El Capítulo I, en un principio: "De los hijos del matrimonio", actualmente se denomina: "Disposiciones Generales", con la pretensión de suprimir la fórmula alusiva al matrimonio, aún cuando se alude a este en varios de sus preceptos. El Capítulo II: "De las pruebas de la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio", en la actualidad es simplemente: "De las pruebas de la filiación de los hijos", con la misma finalidad que el Capítulo I. El Capítulo III, que estaba destinado a la legitimación, actualmente está derogado. Por último, el Capítulo IV antes intitulado: "Del reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio" hoy es: "Del reconocimiento de hijos".

Como puede observarse, la tendencia es insistir en la paridad por todos los frentes. Ya no se menciona a la paternidad y la filiación, sino sólo filiación seguramente para no hacer menos a la maternidad, para desaparecer la fórmula de los hijos de matrimonio y sustituirla por la de disposiciones generales con el fin de erradicar cualquier distinción cuyo factor de calificación sea el matrimonio. Aún cuando el contenido del capítulo aluda constantemente a esos hijos, igualmente se suprime la fórmula de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio para dejar sólo la filiación de los hijos, aún cuando esto último sea un pleonasma, pues no hay más filiación que la de los hijos. Congruente resulta la desaparición de la alusión a los hijos nacidos fuera de matrimonio. Así, de la denominación de cada capítulo se desprende la supresión de cualquier referencia a los posibles nacimientos dentro o fuera de matrimonio, para abolir terminantemente cualquier diferencia entre unos hijos y otros.

Aunado a lo anterior, cabe citar la intención del legislador, ligera por cierto, pues como veremos, es de resultados superficiales, que es la de regular las consecuencias de la reproducción asistida, con inclusión de preceptos que hacen referencia a la utilización de métodos relacionados con la filiación.

Precisamente por todas estas innovaciones vividas en la parte relativa a la filiación que muestran una posición con particularidades antes ajenas a la ley, decidimos en oportunidad anterior dejar para las reflexiones y consideraciones actuales la presentación de la figura como la posesión de estado de hijo, el reconocimiento, la investigación de la paternidad, la reproducción asistida y otros aspectos cuya esencia podría ser observada más objetivamente y con mejores resultados prácticos a la luz de la regulación actual.⁶⁷

⁶⁶ Güitrón Fuentesvilla Julián, Derecho familiar, óp. Cit., pp. 103, 104, 105.

⁶⁷ Domínguez Martínez Jorge Alfredo, óp. Cit., pp. 482 y 483.

A).CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El tratamiento constitucional del tema de interés es el siguiente:

Artículo 4. 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.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme la fracción VXI del artículo 73 de esta constitución.⁶⁸

B).CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Los siguientes artículos conciernen a la filiación en el Código Civil:

Artículo 292. La ley reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.

Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

Artículo 295. El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410-D.

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.

Artículo 298. La línea recta es ascendente o descendente: I. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede; II. Descendente es la que liga al progenitor con los que de él proceden. La misma línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.

Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provengan ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio el ex cónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Artículo 325. Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con

⁶⁸V. gr. Constitucionalmente los padecimientos de infertilidad son tutelados, la manera en que se redacten los artículos podrá restringirlos efectos que estos mismos generen, ejemplo de lo dicho observamos en el artículo 3.1.3.1. de la Ley General de Salud. En su apartado de La fertilización Asistida como en el artículo 40 del reglamento.

su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.

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

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

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

Artículo 330. En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad, debe deducir la acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento.

Artículo 331. Si el cónyuge varón está bajo tutela por cualquier causa de las señaladas en la fracción II del artículo 450, este derecho podrá ser ejercido por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el cónyuge varón después de haber salido de la tutela, en el plazo señalado en el artículo anterior, mismo que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.

Artículo 332. Cuando el cónyuge varón, habiendo tenido o no tutor, hubiere muerto incapaz, los herederos podrán impugnar la paternidad, en los casos en que podría hacerlo el padre.

Artículo 333. Los herederos del cónyuge varón, excepto en los casos previstos en el artículo anterior, no pueden impugnar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, cuando el cónyuge no haya interpuesto esta demanda. En los demás casos, si el cónyuge ha fallecido sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán para interponer la demanda, sesenta días contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia.

Artículo 335. El desconocimiento de un hijo, de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo.

Artículo 336. En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el Juez de lo Familiar atenderá el interés superior del menor.

Artículo 337. Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.

Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

Artículo 338 Bis. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

Artículo 339. Puede haber transacción o compromiso en árbitros sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente adquirida pudieran deducirse, salvo aquellos casos en que este Código señale lo contrario.

Artículo 340. La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

Artículo 341. A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.

Artículo 343. Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;

II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y

III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.

Artículo 344. La declaración de nulidad de matrimonio, haya habido buena o mala fe en los cónyuges al celebrarlo, no afectará la filiación de los hijos.

Artículo 345. No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al padre. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo.

Artículo 346. Las acciones civiles que se intenten contra el hijo por los bienes que ha adquirido durante su estado de hijo, aunque después resulte no serlo, se sujetarán a las reglas comunes para la prescripción.

Artículo 347. La acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes.

Artículo 348. Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que trata el artículo anterior:

I. Si el hijo ha muerto antes de cumplir veintidós años.

II. Si el hijo presentó, antes de cumplir los veintidós años, incapacidad de ejercicio y murió después en el mismo estado.

Artículo 349. Los herederos podrán continuar la acción intentada en tiempo por el hijo, y también pueden contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle su filiación.

Artículo 350. Los acreedores, legatarios y donatarios tendrán los mismos derechos que a los herederos conceden los artículos 348 y 349, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles.

Artículo 351. Las acciones de qué hablan los tres artículos que preceden, prescriben a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo.

Artículo 352. La condición de hijo no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada.

Artículo 353 Bis. Aunque el reconocimiento sea posterior los hijos adquieren todos sus derechos desde la fecha de nacimiento que consta en la primera acta.

Artículo 353 Ter. Pueden gozar también de ese derecho a que se refiere el artículo anterior, los hijos que ya hayan fallecido al celebrarse el matrimonio de sus padres, si dejaron descendientes.

Artículo 353 Quáter. Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada.

Artículo 360. La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que la así lo declare.

Artículo 361. Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio.

Artículo 362. El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial.

Artículo 363. El reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayor edad.

Artículo 366. El reconocimiento hecho por uno de los padres, produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor.

Artículo 367. El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento.

Artículo 368. El Ministerio Público tendrá acción contradictoria del reconocimiento de un menor de edad, cuando se hubiere efectuado en perjuicio del menor.

La misma acción tendrá el progenitor que reclame para sí tal carácter con exclusión de quien hubiere hecho el reconocimiento indebidamente o para el sólo efecto de la exclusión.

El tercero afectado por obligaciones derivadas del reconocimiento ilegalmente efectuado podrá contradecirlo en vía de excepción.

En ningún caso procede impugnar el reconocimiento por causa de herencia para privar de ella al menor reconocido.

Artículo 369. El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:

I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil; II. Por acta especial ante el mismo juez;

III. Por escritura Pública; IV. Por testamento;

V. Por confesión judicial directa y expresa.

El reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.

Artículo 370. Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 de este Código, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad.

Artículo 371. El Juez del Registro Civil, el juez de primera instancia en su caso, y el notario que consientan en la violación del artículo que precede, serán castigados con la pena de destitución de empleo e inhabilitación para desempeñar otro por un término que no baje de dos ni exceda de cinco años.

Artículo 372. El cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste.

Artículo 374. 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 ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

Artículo 375. El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor ni el que esté en estado de interdicción, sin el de su tutor, si lo tiene, o del tutor que el Juez de lo Familiar le nombrará especialmente para el caso.

Artículo 376. Si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra del reconocimiento cuando llegue a la mayor edad.

Artículo 377. El término para deducir esta acción será de dos años, que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió.

Artículo 378. La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.

Artículo 379. Cuando la madre contradiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedará aquél sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente.

Artículo 380. Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el Juez de lo Familiar, oyendo al padre, madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre el interés superior del menor.

Artículo 381. Si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guarda y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos, y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público.

Artículo 382. La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la 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.

Artículo 385. Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

Artículo 386. No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal.

Artículo 387. El hecho de dar alimento no constituye por sí sólo prueba, ni aún presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas.

Artículo 388. Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.

Artículo 389. El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:

I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca; II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley; IV. Los demás que se deriven de la filiación.

Artículo 390. La adopción es el acto jurídico por el cual el Juez de lo Familiar constituye de una manera irrevocable una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, al mismo tiempo que establece un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado.

Observamos en esta redacción como la ley pretende dar el estatus de hijo biológico al adoptado confiriéndole similitud⁶⁹ de derechos al adoptado y al adoptante. Es un derecho del menor, de naturaleza restitutiva, le garantiza vivir, crecer y desarrollarse de manera íntegra, en el seno de una familia procurando el desarrollo más pleno y familiar posible.

En el contrato en cuestión se pretende aplicar una dinámica, similar por analogía en los efectos facticos observables al aplicar un contrato de maternidad gestante.

Artículo 391. Podrán adoptar:

- I. Los cónyuges en forma conjunta, que al menos tengan dos años de casados;
- II. Los concubinos en forma conjunta, que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años;
- III. Las personas físicas solteras mayores de 25 años;
- IV. El tutor al pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración; y
- V. El cónyuge o concubino al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida al menos de dos años.

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla con el requisito de edad a que se refiere este capítulo, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años de edad cuando menos.

En todos los casos ambos cónyuges o concubinos deberán comparecer ante la presencia judicial en el procedimiento de adopción.

Artículo 392. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en caso de que los adoptantes sean cónyuges o concubinos.

A juicio del juez y previa motivación, se puede dispensar el requisito de la edad y lo relativo a la diferencia de edad en cualquier adopción, especialmente cuando se atienda al interés superior de la persona adoptada.⁷⁰

Artículo 393. Podrán ser adoptados: I. El niño o niña menores de 18 años:

- a) Que carezca de persona que ejerza sobre ella la patria potestad;
- b) Declarados judicialmente en situación de desamparo o bajo la tutela del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal;
- c) Cuyos padres o abuelos se les hayan sentenciado a la pérdida de la patria potestad; y
- d) Cuyos padres o tutor o quienes ejerzan la patria potestad otorguen su consentimiento. II. El mayor de edad incapaz.

⁶⁹N. b. He utilizado la palabra similitud de modo intencional porque la ley no debe pretender igualar los derechos entre los individuos sino las circunstancias que generaran como efecto la legislación aplicada.

⁷⁰ E. g. Los presupuestos para la adopción pueden servir de presupuestos especial para la pareja procuradora.

III. El mayor de edad con Plena capacidad jurídica y a juicio del Juez de lo Familiar y en atención del beneficio del adoptante y de la persona adoptada procederá a la adopción.

Artículo 394. Podrán ser adoptados dos o más hermanos o incapacitados simultáneamente por un sólo matrimonio, concubinato o una sola persona. El juez en todo momento valorará la convivencia de los hermanos para darlos en adopción.

Artículo 395. La adopción produce los efectos jurídicos siguientes:

I. Constitución plena e irrevocable entre adoptado y adoptante de todos los derechos y obligaciones inherentes entre padre e hijos consanguíneos;

II. Constitución del parentesco consanguíneo en los términos del artículo 293 de este Código;

III. Obligación de proporcionar al adoptado un nombre y apellidos de los adoptantes, salvo que por circunstancias específicas y a juicio del Juez se estime inconveniente; y

IV. Extinción de la filiación entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.

Artículo 396. Los hijos adoptivos y los consanguíneos, así como los hijos adoptivos entre sí, serán considerados en todo momento hermanos entre sí.

Artículo 397. Son requisitos para la adopción:

I. Que resulte benéfica para la persona que pretende adoptarse;

II. Que el adoptante tenga más de 25 años cumplidos al momento que el juez emita la resolución que otorgue la adopción y tenga 17 años más que el adoptado;

III. Que el adoptante acredite contar medios suficientes para proveer la subsistencia y educación del menor, como hijo propio;

IV. Que el solicitante de la adopción exponga de forma clara y sencilla las razones de su pretensión;

V. Que el solicitante de la adopción demuestre un modo de vida honesto, así como la capacidad moral y social para procurar una familia adecuada y estable al adoptado; y

VI. Que ninguno de los adoptantes haya sido procesado o se encuentre pendiente de proceso penal por delitos que atenten contra la familia, sexuales, o en su caso contra la salud.

Estas mismas calidades se exigirán a quien adopte conjuntamente.

La autoridad velará para que el adoptado goce de las garantías necesarias para su debida integración a una familia, sin que se ponga en peligro su libre y debido desarrollo o se atente contra sus derechos humanos.

Artículo 398. Para que la adopción proceda deberán manifestar su consentimiento, en sus respectivos casos:

- I. Quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor que se pretende adoptar;
- II. El tutor del que se va a adoptar.

Un fenómeno extraño observable en este método es el manejo de la patria potestad y la tutela surgida respecto a la gestante durante la gestación desarrollando una relación cambiante pre-natal y pos-natalmente sin caer en la figura del abandono del menor por "no ponerlo en peligro" y mediante un trámite ante la autoridad familiar en el primer caso. Y en el caso de la maternidad gestante al especificarse a las circunstancias fácticas del contrato en mención supliría por excepción la filiación se basa en la mujer que dio a luz "gestante", la madre "procuradora" a su vez puede ser o no madre "genética".

En el caso de estar en presencia de una subrogación en los derechos genéticos de la misma "Gestante" el vínculo genético se ve exaltado pues al interpretar en conjunto estos artículos y encuadrarlos con las circunstancias específicas de esta figura vemos, si estudiamos el artículo 293 citado a continuación, nos da la solución: "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."

Esto refiere al valor dado al vínculo genético mismo que puede verse como argumento en contrario "cierto es", pero interpretando las disposiciones en conjunto conserva el efecto filial bajo el principio de voluntad así como lo refuerza en todo momento otorgando la mayor calidad como hijo, verbigracia el "Estado de hijo".

- III. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos ni tutor; y
- IV. El menor si tiene más de doce años.

En el caso de las personas señaladas en las fracciones I y IV, el consentimiento deberá otorgarse invariablemente de manera libre e informada, para este efecto deberá hacerse de su conocimiento de manera amplia y exhaustiva todas las consecuencias jurídicas y psicosociales implicadas en la adopción. El juez contará con amplias facultades para comprobar que el consentimiento fue otorgado en las condiciones señaladas.⁷¹

⁷¹V. gr. Como observamos en el texto anterior que los cambios en las leyes afectan diversos aspectos, en cuanto al alcance de las regulaciones filiales, da paso a la homologación del término y frente a la discriminación por la fuente de esta, otorgándonos la igualdad de derechos también anulando una marca social que veía castigar con una carga moral al producto de una relación no matrimonial. Pero al volver más generales los conceptos en la redacción de la ley equiparó las fuentes de la filiación permitiendo aun las más complejas como es el caso de la "MATERNIDAD GESTANTE".

Y es en este momento en que nos damos cuenta que establecer la filiación la evolucionado ya no sólo se pueden usar métodos presunciones basados en la fe ahora tenemos técnicas científicas como la prueba del ADN. Estos supuestos deben ser empleados como su nombre lo dice en casos de excepción a las características circunstanciales cotidianas como en el caso de la determinación de paternidad y en el específico de la

4. FORMAS DE GENERAR FILIACIÓN.

"La filiación, en estricto sentido no admite clasificaciones porque todos los hijos gozan de igualdad." ⁷² Sin embargo, el artículo 338 Bis. Menciona: "la ley no establece ninguna distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera sea su origen". Así el origen no tiene relevancia para establecer esta relación desde el punto de vista de la forma como ordenamiento indica la determinación de la filiación y el modo de atacarse o impugnarse, se puede clasificar de la siguiente forma:

Artículo 292. La ley reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.

Filiación matrimonial, antes llamada legítima: se presenta cuando el hijo concebido dentro del matrimonio de sus padres o cuando la concepción del hijo sucede ante de dicho matrimonio, pero los padres, que luego se casan entre sí, le dan la calidad de legítimo.

Noción general de filiación etimológica: según el diccionario de La Lengua Española, filiación, del latín *filiatio*, es la procedencia de los hijos respecto a los padres o sea que es vínculo entre padre o la madre y el hijo, originado principalmente de la procreación.⁷³

Filiación extramatrimonial: es la que existe en los casos en que la procreación tiene lugar sin que entre los padres exista matrimonio. En algunas ocasiones es una filiación legal (por ejemplo frente a la madre soltera por el hecho del nacimiento, se tiene calidad de hijo extramatrimonial), pero en otras ocasiones es voluntaria (frente al padre varón, en cuanto se necesita reconocimiento expreso) o judicial (porque se deba proferir una sentencia que declare el vínculo biológico y jurídico).

Filiación adoptiva: se produce en virtud de un acto solemne e imita la paternidad.

Filiación asistida: recibe este nombre la filiación que se establece con la aplicación de técnicas de reproducción asistida. Por procreación artificial o fecundación artificial, dice la congregación para la doctrina de la fe.⁷⁴ "Se entenderá aquí los diversos esfuerzos o acciones encaminados para lograr la concepción de un ser humano por vía diversa a la unión sexual del varón con la mujer".⁷⁵

Este tipo de filiación nos es de interés por ser la causa de nuestra tesis, debido a su complejidad, es merecedor de un análisis profundo, pues puede surgir de diversos métodos, todos estos englobados en los métodos de reproducción asistida y aún cuando para los hijos no tiene repercusiones en sus derechos que la ley otorga, dependiendo el método puede generar diversos derechos y obligaciones para sus progenitores, donantes o madres gestantes.

De acuerdo con lo anterior los hijos son matrimoniales (son los legítimos y legitimados), extra matrimoniales y adoptivos. También se pueden clasificar en: filiación natural que comprende a los

"MATERNIDAD GESTANTE" predomina La Autonomía de la Voluntad De las Partes y se refuerza con el Criterio Genético, debido a que se trata de una situación especial se aplica una norma especial.

⁷² Domínguez Martínez Jorge Alfredo óp. cit., pp. 482, 483.

⁷³ Parra Benítez Jorge. La Filiación en el Derecho de Familia, Ed. LEYER, s. f., P. 9.

⁷⁴ Congregación para la doctrina de la fe, " institución sobre respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación" (Donum Vitae). Ciudad del Vaticano, Tipografía poliglota Vaticana 1987., p 21. : en ibídem p., 24.

⁷⁵ Parra Benítez Jorge. óp. cit., p .25.

matrimoniales y extra matrimoniales; así como la filiación legal que se da por adopción y producto de la reproducción asistida.

Estos últimos proceden de los diversos métodos dependiendo del método pueden ser: matrimoniales (utilización de estimulación ovárica, inseminación artificial o *in-vitro* dentro de un matrimonio) y extra matrimoniales, (por utilización de métodos legales como la inseminación artificial o *in-vitro*, es de mencionar es, permitida para mujeres y parejas heterosexuales excluyendo a las parejas homosexuales). Este tema, asentado en el propio artículo 293 del parentesco, muestra una inconsistencia en las leyes, acaso o es más bien uno de esos problemas de opinión más de índole moral y no tanto legal dentro de lo basto del tema. Hay que aceptar; los alcances de legislar a favor de la utilización de métodos de reproducción asistida para el caso de parejas del mismo sexo, no difieren mucho de la realidad actual, tampoco se ha protegido a los menores de los efectos de quedar sin la protección de su familia o nacer en familias disfuncionales. Es algo imposible para el estado sin la concomitancia de una ideología social más desarrollada.

IV CONCEPTOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD

1. CONCEPTO DE MATERNIDAD.

La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista; primero atendiendo a la raíz latina procedencia, esto es su significado etimológico; en segundo lugar por su significado gramatical; en tercer lugar desde su perspectiva biológica; y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

A).Etimológico.- "La palabra procede del latín '*mater*'/'*matris*', la cual a su vez deriva del griego '*mater*'/'*matros*', cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título *mater* fue conferido a 'Minerva', 'Diana' y 'Vesta', y todas ellas reputadas diosas 'vírgenes'. Por ese motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta" ⁷⁶

"Con posterioridad en Roma se denominó con el término *paterfamilias* a la esposa del *paterfamilias*, no con el objeto de conferirle el mismo estatus dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, porque bien sabido es que la religión no colocaba a la mujer en un rango especial".⁷⁷

B).Gramatical.- De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española maternidad significa: "Estado o cualidad de 'madre', mientras el vocablo madre tiene las siguientes acepciones: 'Hembra que ha parido', 'Hembra respecto de su hijo o hijos', 'Mujer casada o viuda, cabeza de su casa'".⁷⁸

C).Biológico.- "La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto del punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en éstas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual se presenta por el hecho del parto, y de la identidad del descendiente. De tal forma que la maternidad es un vínculo dogmático..."⁷⁹ Pues es un principio en toda relación de filiación.

⁷⁶ Cf. De Coulanges Fustel. En: López Faugier Irene, óp.cit., p. 276.

⁷⁷ Loc. cit.

⁷⁸Ibídem., P 277.

⁷⁹ Álvarez Caperochipi, José, Curso de Derecho de Familia, T. II, Edit. Civitas, España. En: López Faugier Irene óp. cit., p. 277.

"El carácter de dogmático en la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivadle embarazo y lactancia".⁸⁰

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 el cual une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o la ficción de la ley (adopción).

En nuestra legislación el único ordenamiento jurídico en el cual queda definida la maternidad es el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, cuyo artículo 184 señala: "La relación entre padre e hijo se llama paternidad; y entre madre e hijo, maternidad".

"Desde el punto de vista doctrinal, la maternidad es el estado civil de la madre respecto de los descendientes que ha dado a luz, o ha incorporado a su familia por un acto de voluntad."⁸¹

De acuerdo con esto definiciones se observa que: el concepto aportado por el Código Familiar del Estado de Hidalgo es muy amplio, se refiere simplemente a la relación entre madre y descendiente; sin distinguir la forma como se constituye esta relación. Situación contraria ocurre con las cuestiones doctrinales, las cuales son más específicas al definir esa relación como el estado civil de la madre respecto al hijo o hija consanguíneo, es decir al que ha dado a luz, es así como el estado civil de la madre respecto del hijo o hija adoptivo es aquel incorporado a su familia por acto de voluntad.

2. CONCEPTO DE PATERNIDAD.

La paternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista; primero atendiendo a la raíz latina de la procedencia, esto es, su significado etimológico; por su significado gramatical; en tercer lugar desde su perspectiva biológica; y finalmente por su significado jurídico tanto en la ley como en la doctrina.

A). Etimológico.- "La palabra padre procede de la palabra latina *pater/patris*, la cual a su vez deriva del griego *patér/patrós*, cuyo significado es padre. El vocablo es el mismo en griego, latín y sanscrito por ello se infiere su procedencia en el tiempo en que los antepasados de los helenos, italianos e indios, aún vivían juntos en Asia Central. En principio, la idea de paternidad no se asociaba a esta palabra pues la antigua lengua tenía otra tan antigua como *páter* para designar al padre, dicha palabra era *ganitar o genior*, es decir, 'engendrador' y también formaba parte de los idiomas de los griegos, romanos e indios".⁸²

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ Valverde y Valverde Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, p. 405. En: López Faugier Irene, *óp.cit.*, p. 278.

⁸² Cf. De Coulanges Fustel, p. 61. En: López Faugier Irene *óp. cit.*, pp. 196, 197.

"Así la palabra *pater* desde el punto de vista religioso como jurídico, tenía un sentido diverso al conocido con posterioridad conocido en las culturas antiguas. En la lengua religiosa, se aplicaba a todos los dioses denominando de esta forma a Júpiter, Neptuno, Apolo, Baco, Vulcano y Plutón, a quienes los antiguos no consideraban sus progenitores, al contrario pues siempre se pensó que el género humano existía antes de ellos".⁸³

En la lengua del Derecho, el vocablo *pater* se aplicaba en varias situaciones, en algunos casos se utilizó para denominar a aquellos que no dependían de otros y ejercían autoridad sobre una familia y sobre un dominio. También con el mismo se denominó a quienes no estaban casados y no tenían descendientes e incluso a quienes ni siquiera estaban en edad de contraer matrimonio. Los poetas muestran su adjudicación a cuanto se quería honrar, por ello no contenía la idea de paternidad sino de poder, autoridad y dignidad majestuosa con la que se utilizaba esta palabra. Posteriormente las culturas antiguas denominaron al padre con dicho vocablo, convirtiéndose poco a poco en su nombre más corriente, en virtud de la indubitable potestad por él ejercida en la familia, así como por el sentimiento de veneración que se le tenía como pontífice y soberano de este núcleo.⁸⁴

B). Gramatical.- De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, paternidad significa: Calidad de padre. Mientras el vocablo padre tienen las siguientes acepciones: Varón o macho que ha engendrado; varón o macho respecto a sus hijos; principal y cabeza de una descendencia, familia o pueblo.⁸⁵

C). Biológico.- "Si bien es cierto que cada individuo es descendiente de un padre y una madre, incluso cuando alguno de ellos o ambos sean desconocidos, la maternidad antecede necesariamente a la paternidad, pues este vínculo se identifica jurídicamente mediante presunciones que parten de una maternidad cierta. La maternidad resulta del parto, mientras la paternidad se deriva, después de la relación entre madre y descendiente".⁸⁶

D). Jurídico.- "Desde el punto de vista jurídico, la paternidad 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 filiación de la ley (adopción). Así también la filiación es la relación real o supuesta del padre con su descendiente".⁸⁷

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 61 y 62.

⁸⁵ Real academia española, real diccionario de la lengua, pp. 1116 y 11154.

⁸⁶ Cf. José Álvarez Capero chipi, *óp.cit.*, p. 67.

⁸⁷ Cf. *loc. cit.*

CAPÍTULO SEGUNDO

REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1. CONCEPTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

La ley General de Salud no se define que se entiende por reproducción humana asistida, ni determina cuales son estas técnicas. Podemos entender la reproducción asistida o fecundación artificial como la técnica de tratamiento para contrarrestar la esterilidad o infertilidad y conlleva una manipulación de los gametos.

El concepto de reproducción asistida es muy amplio, ya que conlleva la intervención humana en cualquier parte implicada en el proceso reproductivo como por ejemplo:

- Proceso de la ovulación
- La espermatogénesis (formación de espermatozoides)
- Manipulación del óvulo y/o espermatozoides
- Manipulación de los embriones

A raíz del siglo pasado, después de grandes avances médicos y tecnológicos, de pronto nos encontramos a la puerta del futuro humano; la biotecnología, tuvimos forma de manipular la esencia del propio ser humano, paso a paso, lo hasta entonces sólo imaginado y teorizado en novelas de ficción o pensamientos vagos de hipótesis científicas tomó forma definida y fue posible ¿qué pensar en ese momento?, ¿qué nuevo panorama vislumbraban o imaginaban los científicos?, ¿qué Efectos repercutirían en la vida diaria? Hoy en día tenemos un panorama más avanzado de los efectos causados por la manipulación tecnológica implica, y por ello también tenemos la responsabilidad de enfrentarlos y legislarlos para llevar a buen puerto este proceso evolutivo.

En la actualidad es posible afirmar: la procreación humana asistida salió de la esfera de la ciencia ficción planteada originalmente por ALDOUS HUXLEY, en su novela "*Un Mundo Feliz*". El fenómeno reproductivo, artificial o semi-artificial, es una realidad compleja y nos lleva a la reflexión sobre la necesidad del surgimiento del nuevo corpus normativo, denominado Bioderecho.

"Ante el desfase normativo que presenta la ciencia jurídica respecto a dichos fenómenos, consideramos insoslayable abordar el tema desde una perspectiva incluyente"⁸⁸ "Creemos sinceramente que resulta ineludible para médicos, abogados y para la sociedad en general, el promover una transformación del orden jurídico actual"⁸⁹ Destacamos que aquello que para unos representa un acto natural, es decir el acto sexual como vía de procreación, para otros es un acto terapéutico, un procedimiento médico asistido; en nuestro caso y lamentablemente, se encuentra deficientemente regulado por lo jurídico. Hoy, gracias al avance tecnológico, nos enfrentamos a diferentes opciones de generación de vida, nuevas formas; aunque existen en la realidad biológica, siguen aún ausentes de la realidad jurídica. "El primer gran problema al respecto a las técnicas es justamente su esquematización, resulta altamente compleja. Para algunos la distinción radica en si la técnica se practica intracorpórea o extracorpórea...".⁹⁰ "Nosotros por el contrario hemos preferido esquematizarlas por el grado de complejidad de cada una de ellas...".⁹¹ "La reproducción asistida es uno de los medios que permiten generar filiación jurídica artificial y se utiliza cuando uno o ambos integrantes de la pareja padecen de problemas de infertilidad o esterilidad...".⁹²

Por reproducción asistida puede entenderse cualquier procedimiento encaminado a facilitar la procreación humana. La definición propuesta fue formulada en términos amplios con el fin de comprender cualquier acción encaminada a auxiliar a la reproducción humana desde el consumo de medicamentos los cuales posibilitan la interacción sexual entre hombres y mujeres, hasta el sometimiento a procedimientos de inseminación artificial o fecundación *in vitro*.

A).MARCO NORMATIVO.

La Ley General de Salud establece los parámetros para la donación de órganos, tejidos y células gametos, la reproducción asistida es un tema poco analizado y se limitó a la permisión de manera homóloga y heteróloga. Al respecto en su artículo 330 sólo menciona: está prohibido el trasplante de gónadas (órganos reproductores de los animales que producen los gametos) o tejidos gonadales.

"Las primeras disposiciones sobre reproducción asistida aparecieron en el Código Civil con la reforma de 2000

La relación entre la reproducción asistida y la filiación se reguló en el artículo 293." ⁹³ así como el artículo 162 en su redacción también contiene disposiciones sobre la reproducción asistida, y el cual compulso a continuación:

⁸⁸ Mateo Martinet Ramón, Bioética y Derecho, Barcelona, Ariel 1987, p., 86. En: Héctor A. Mendoza C., Reproducción Humana Asistida, primera Ed., Edit. Fontamara 2011., p. 47.

⁸⁹ N. Messinade Graciela, Gutiérrez Estrella, Bioderecho Argentina, Abledo Perrot 1988., p. 22. En: Héctor A. Mendoza C., óp. cit., p. 47.

⁹⁰ Díaz de Terán Velazco Má. Cruz, Derecho de Nueva Eugenesia, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra .2005, p. 54. En: óp. cit., p. 48.

⁹¹ Mendoza, C. Héctor A., óp.cit., p. 48.

⁹² Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio y Cohen Chicurel Mischel, óp. cit., p. 375.

⁹³Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio, Cohen Chicurel Mischel, óp. cit., p. 375.

Artículo 162. "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 señale la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges."

Esta redacción permite a las parejas empleen los métodos de reproducción asistida y al no discriminar sobre el sexo de las parejas o la forma de reproducción, parece abrir las puertas a la procreación de las parejas del mismo sexo. Sin embargo, al analizar el artículo 293 la redacción no es clara en lo respectivo a la técnica de maternidad gestante, ya que ésta puede darse de dos formas, homóloga, y heterónoma. Conforme a la redacción no parece impedir a las parejas emplear alguna de las dos técnicas, se encuentren unidas en concubinato o matrimonio para procrear y atribuirles efectos legales. Sin embargo, la ley aprobada en el Distrito Federal en su articulado es clara en los requisitos que debe cumplir la pareja, así como la forma que debe cumplir, excluyendo a las parejas de mismo sexo y dejando en una laguna la posibilidad de que una mujer sola realice estos métodos.

En el artículo 293 del Título Sexto (Capítulo uno que se refiere al parentesco). En el Distrito Federal, por ejemplo, el Código Civil hace mención a este tipo de técnicas, donde menciona: "se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre o la mujer, o sólo esta, 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."

El texto actual del artículo citado suple la laguna que originó la redacción anterior, al referirse abstractamente "al hombre y la mujer o sólo a ésta y no a los cónyuges o concubinos"⁹⁴ También delimita el marco de acción de las técnicas de reproducción asistida al cual sólo pueden sólo puede ser recurrida por: parejas un hombre y una mujer o la mujer en lo individual. Al decir "el hombre y la mujer" se menciona a la pareja ya sea por concubinato o matrimonio, o "sólo ésta" se refiere a la madre soltera, no da cabida a que el hombre fuera del concubinato o matrimonio pueda generar filiación por alguno de los métodos antes señalados, (ya sea al hacer aportación genética para asumir el papel de progenitor como en la maternidad gestante quitándole la calidad de procurador)⁹⁵.

En el caso de la tercería genética refiere: "La donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida", tampoco generaría filiación.

⁹⁴ *Ibidem.*, p. 376.

⁹⁵ N. b. Encontramos nuevamente que la ley atribuye como principio rector de la "filiación" el de la "voluntad" de las partes creo que el razonamiento del legislador es que un hijo deseado es tolerable, se piensa en supuestos como la capacidad de las partes, si estas deben estar casadas o si la "Gestante" debe ser soltera, cuan de la mano debe tomarse "la voluntad de las partes" con "el bien superior del menor". en un plano secuencial uno piensa en que sucederá en caso contrario cuando un menor producto del contrato presenta una anomalía, por la que ninguna de las partes quisiera hacerse cargo de Él, y es aquí donde la determinación de la filiación debe ser firme para que no exprese confusión sobre quién debe hacerse responsable y con el mismo criterio de "autonomía de la voluntad de las partes" si seguimos la redacción del artículo. 293 los procuradores deben asumir la patria potestad al igual que si fueran "los gestantes".

En el caso de las parejas de mismo sexo, sólo la técnica de maternidad gestante en su especie heterónoma permitiría la procreación, esta redacción no permite el generar filiación al menos para uno de los cónyuges, si lo interpretamos en sentido estricto, no los menciona como cónyuges o concubinos, lo cual permitiría fueran del mismo sexo al no especificar. Sin embargo, la redacción "el hombre y la mujer (se entiende que debe mantenerse la forma de aportación natural de los gametos uno masculino y uno femenino) que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores", en este párrafo, no deja claro si atribuirse el carácter de progenitores en lo individual. Sin embargo tomando lo interpretado anteriormente, consideramos debe ser en pareja en cuanto a su sentido reproductivo. Esto excluiría a uno de los cónyuges en la pareja del mismo sexo para ser tomado como procurador siendo la pareja mencionada conformada por dos féminas.

El artículo 326 menciona el reconocimiento de los hijos, en cuyo caso el varón "no 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". (Título séptimo que habla sobre la filiación).

El artículo citado fue duramente criticado, principalmente por la imprecisión de su redacción," el hijo producto de reproducción asistida y quienes la consientan" la expresión y "a quienes la consientan" era sumamente amplia, comprendiendo un sin número de personas, desde el tercero quien aportaba células germinales hasta los médicos y enfermeras encargados de los procedimientos clínicos respectivos.

En septiembre de 2004 fue reformada la disposición de referencia para quedar en los siguientes términos:

Artículo 293...También se da parentesco por consanguinidad, entre en hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores...

La norma transcrita resolvió parcialmente los problemas de ambigüedad existente en el texto anterior. Sin embargo, limitó la filiación asistida a los cónyuges y concubinos, dejando sin regulación la verificada entre personas solteras.

En febrero de 2007 volvió a reformarse el artículo 293 para alcanzar su redacción vigente:⁹⁶

Tabasco es el estado donde se regula con más precisión la aplicación de las reproducciones asistidas. Los legisladores de esa entidad tuvieron la intención de legitimar y legalizar la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y cualquier otro método de reproducción asistida, pero lo limita a parejas casadas y a las que viven en unión libre que no tengan ningún impedimento para casarse. Además, su Código Civil establece obligatorio el consentimiento de ambos miembros de la pareja como condición para acceder a la asistencia reproductiva, y reconoce como motivo de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja. De igual manera aborda la diferencia entre la madre biológica y la sustituta o subrogada, y en caso de ser necesario se reconocerá a la mujer contratante como la madre legal.

⁹⁶ Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio, Cohen Chicurel Mischel, óp. cit., pp. 375 y 376.

2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Consisten en auxiliar, transformar o sustituir procesos destinados a ocurrir espontáneamente en el aparato genital femenino por medio de una manipulación ginecológica. No genera modificación alguna en el patrimonio genético del embrión humano. El recurso a la procreación artificial tiene la función de otorgar una de las materias primas más importantes para la ingeniería genética, es decir, los gametos.

A).ESTIMULACIÓN OVÁRICA.

Consiste en estimular hormonalmente a la mujer para aumentar su capacidad de producción de óvulos, provocando una poli ovulación, aumentando así la posibilidad de fecundación por la célula masculina. Esta técnica puede ser combinada ya sea con medios artificiales o naturales, para lograr la fecundación.

B).INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

"Consiste en la intervención médica para depositar el semen en la vagina, en el cuello uterino .o en el interior de la cavidad del útero o matriz. Sin embargo, no logra resultado alguno en los casos de esterilidad femenina debida a problemas insolubles en las trompas de Falopio; de esterilidad masculina secundaria por reducción del número de espermatozoides; de esterilidad de origen inmunológico; y finalmente en los casos de esterilidad sin diagnóstico. Supuesto este último que alcanza una gran cantidad de parejas".⁹⁷

"En principio se define la expresión inseminar como el hacer llegar el semen por medio de cualquier artificio al óvulo. También se define como una técnica de baja complejidad en vista de la dificultad del procedimiento, con dos finalidades lograr la fecundación y por consiguiente el embarazo. Esta técnica implica una forma de inseminación no convencional pues no es necesaria la relación sexual entre hombre y mujer".⁹⁸

"Las tres formas básicas de este procedimiento son las siguientes: inseminación intravaginal, misma que implica colocar el semen extraído previamente en la parte superior de la vagina mediante el uso de una jeringa; inseminación intracervical, aquí el material biológico masculino se deposita en el cuello del útero;

⁹⁷ Martínez Stella Maris, manipulación genética y derecho penal. Edit. Universidad Buenos Aires Argentina 1994., p. 40.

⁹⁸ Mendoza C. Héctor A. óp. cit., p. 48.

y por último, la inseminación intrauterina, en la que el material masculino se inyecta directamente en el útero".⁹⁹

"Aunado a lo anterior, debe destacarse que en esta técnica primordialmente se utiliza el semen del esposo o pareja de la mujer, aunque ésta no es la única alternativa posible. Efectivamente, dicha técnica permite eventualmente, que una mujer sea inseminada con espermatozoides de otro hombre que no sea su pareja e incluso, técnicamente no existe ninguna limitante para que sea inseminada una mujer soltera o sin pareja estable".¹⁰⁰

En cuanto a dar lugar a alguna discusión, a más de ser de índole moral proveniente de cualquier tendencia ética, jurídicamente según el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, compulso lo siguiente: "Se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre o la mujer, o sólo esta, 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". Así no hay lugar a generar algún vínculo filial en caso de una tercería genética por parte del donante y por consiguiente tenga algún derecho referente a la paternidad, esto por no cubrir el supuesto de procurar para atribuirse el carácter de progenitor.

a).HOMÓLOGA.

Consiste en hacer llegar el semen, por medio de cualquier artificio, al óvulo. También se define como una técnica de baja complejidad en vista de la dificultad del procedimiento con dos finalidades: lograr la fecundación y por consiguiente el embarazo. Esta técnica implica una forma de inseminación no convencional pues no es necesaria la relación sexual entre hombre y mujer. Esta se realiza con las aportaciones de la pareja estable sin discriminar concubinos o matrimonio.

También llamada "inseminación artificial intraconyugal" es sin duda la más antigua, tendiente a asegurar la descendencia de los cónyuges. Básicamente consiste en depositar espermatozoides en la vagina, en el cuello del útero o en el propio útero.

Luego de experimentación con animales, y al ser descubierto el semen masculino, se realizó como acción terapéutica al finalizar el siglo XVIII. Así, en 1791, Hunter, médico inglés, obtuvo un embarazo utilizando este procedimiento. En pocos años más se realizó la primera experiencia en Francia, y también tuvo un resultado exitoso. Los motivos de la aplicación de la técnica radicaban en problemas vinculados a las relaciones sexuales entre los cónyuges.¹⁰¹

Características:

⁹⁹ Messina de Estrella Gutiérrez Graciela N., Bioderecho Argentina, Albledo-Perrot, 1998., p. 22. En: Héctor A. Mendoza C. óp. cit. p. 48.

¹⁰⁰ Martín Mateo, et al Bioética y Derecho, Barcelona, Ariel 1987. En: Mendoza C. Héctor A., óp. cit. p. 48.

¹⁰¹ Loyarte Dolores Y E. Rotonda Adriana, Procreación Humana Artificial Desafío Bioético, Edit. De Palma Buenos Aires Argentina 1995., p. 108.

- En esta forma de inseminación no es necesaria la relación sexual entre la pareja estable (realizan una comunidad de vida).
- Los gametos son aportados por el hombre y la mujer de una pareja definida como estable por vía homóloga, este artículo excluye la posibilidad de una tercería genética (gametos ajenos a la pareja)
- Ataca sólo problemas relacionados con la fertilización, ya sea por incapacidad de lograr la relación sexual o derivados del recorrido de los espermatozoides.

b).HETERÓLOGA.

Se caracteriza por la intervención de una célula extraña a las células de la pareja o tercería genética, no representa mayor problema por no contemplarse algún efecto filial o de parentesco.

El donante o tercero genético aporta una célula cuya función será sustituir a la célula defectuosa de la pareja pudiendo así combinar gametos a fin de lograr la reproducción. Si analizamos esta situación, pudiese presentar problemas a la hora de determinar la filiación, pero en el Distrito Federal el Código Civil ha previsto esa situación en sus artículos:

Artículo 162. 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 señalados por la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Artículo 293 del Título sexto (Capítulo uno se refiere al parentesco). En el Distrito Federal, por ejemplo, el Código Civil hace mención a este tipo de técnicas, donde menciona “Se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre o la mujer, o sólo esta, 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”.

Artículo 326. El reconocimiento de los hijos, en cuyo caso el varón no 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. (Título séptimo que habla sobre la filiación).

Por lo cual, cualquier reclamo en la paternidad del hijo por parte del tercero o el desconocimiento de la misma por el procurador no procedería, además de tomar en cuenta el artículo concerniente a la paternidad del hijo de la mujer casada.

Artículo 374. 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 ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

DOLORES LOYARTE y E. ROTONDA se refieren a ésta como inseminación artificial condonación de esperma de tercero (I.A.D.). Texto el cual se transcribe a continuación:

"Los datos de la primera (A. I. D.) Inseminación artificial con donante se remonta a 1884 cuando el ginecólogo inglés Pancoast, realizó esta técnica por primera vez. Los descubrimientos ya mencionados sobre el ciclo femenino y la congelación de esperma, aceleraron la utilización de la técnica y permitieron la disociación entre la donación del semen y su utilización mediante la creación de los bancos de esperma. Lógicamente, surgieron voces críticas ante esta técnica, entre otras, las autoridades de la iglesia católica. Fue así cuando aparecieron los primeros bancos de semen del mundo".¹⁰²

C).FECUNDACIÓN *IN-VITRO*.

Es la técnica terapéuticamente aconsejable para la mujer que, produciendo óvulos en forma normal y en posesión de un útero apto para la gestación, no obtienen un embarazo debido a problemas de cualquier índole en sus trompas de Falopio, lo que impide que el óvulo fecundado llegue al útero.

En estos casos, mediante un procedimiento médico llamado laparoscopia se obtienen varios óvulos de la mujer tratada, se les coloca con esperma en un medio de cultivo a 37 grados centígrados durante 12 a 18 horas, esperando que la fecundación tenga lugar.

Una vez lograda se aguarda el momento propicio y se transfiere el pre-embrión

"Se considera que el número óptimo de embriones implantados es tres, o a lo sumo cuatro, en el útero de la mujer"¹⁰³. Esta transferencia tiene lugar de las 48 a las 72 horas posteriores mediante un carácter transcervical. En caso de implantación del pre embrión, dicha implantación ocurrirá en los dos o tres días posteriores, siendo detectable el embarazo dos semanas después.

"Vale aclarar que previamente la mujer habrá debido ser estimulada con hormonas con el fin de asegurar una ovulación múltiple, aumentando así las posibilidades de éxito de la técnica".¹⁰⁴

"En un principio, la obtención de óvulos se realizaba mediante laparoscopia, lo que suponía la utilización de anestesia general. Posteriormente se comenzó a experimentar con otro procedimiento de obtención

¹⁰² Dolores Loyarte Y Adriana E. Rotonda, óp. cit., p. 113 y 114.

¹⁰³ Lopata Alexander. Conceptis in human *in vitro* fertilization and embryo transfer, en "Fertility and sterility", volumen. 40. 3 septiembre 1983. En: Martínez Stella Maris, manipulación genética y derecho penal, Edit. Universidad Buenos Aires Argentina 1994. p. 39 y 40.

¹⁰⁴ Conf. Trounson, A. O., Leeton J. F., Wood, C., Weeb, J., y Wood, J. Pregnancies in human by fertilization *in vitro* and embryo transfer in the controlled ovulatory cycle, "science", vol.212, año 1981, pág.681. En: Martínez Stella Maris, óp. cit., p. 40.

de óvulos por ultrasonido, que permite ubicar el o los folículos que contienen óvulos, mediante una aguja que se inserta en la pared abdominal de la mujer, llegar a ellos extrayendo los óvulos a través de la aguja. Operación que permite la utilización de anestesia local. En la actualidad se realiza la recolección de óvulos, en su gran mayoría, mediante el sistema de ecografía por vía vaginal, lo que asegura una utilización mucho menor de anestésicos y la recuperación casi inmediata de la paciente."¹⁰⁵

a).HOMÓLOGA.

En esta modalidad de inseminación la característica es que los gametos aportados corresponden única y exclusivamente a la pareja, no sólo procura la procreación sino que involucra a sus padres o progenitores desde el punto de vista genético.

Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

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

En este artículo no se habla específicamente del modo de aplicación que deberá observarse para realizar la fecundación *in-vitro*, por lo que las restricciones pueden variar dependiendo de caracteres como, estado civil, sexo, etc.

b).HETERÓLOGA.

La característica es la inseminación extra corporal o *in-vitro* con una célula suplente, de la que presenta defectos y procedente de la pareja.

"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".

De igual manera, en este artículo no se especificó el modo de realización de la técnica en cuestión, pero no lo prohíbe aún cuando esto contraría con la ley aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, no promulgada a la fecha. Por lo tanto, da pie para que se pueda realizar una tercera genética, frente a la donación de gametos no concede efecto jurídico alguno.

¹⁰⁵ Loc. cit.

“...Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida...”

“...el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora...”

Se observa claramente en el párrafo antes transcrito, la intención es que dar efectos jurídicos a las parejas que pretendan la gestación y nacimiento de un menor con esta técnica reproductiva Sin tener que analizar otros artículos que evitarían una confusión de derechos, como el artículo 374. 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 ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo

D).CLONACIÓN.

“Las técnicas de clonación se definen como procedimientos de reproducción realizados sin que intervenga la unión de células sexuales, mediante el cual se obtiene un ser que es genéticamente homogéneo a otro”.¹⁰⁶ “En general, clonar significa obtener uno o varios individuos idénticos a partir de una célula somática o de un núcleo de otro individuo, de modo que los individuos clonados son idénticos o casi idénticos al original”.¹⁰⁷ Por lo mismo en la clonación no se engendra un ser, se le fabrica.

Los experimentos de clonación en vertebrados son relativamente recientes, en primer lugar Briggs y King, con la clonación de ranas en 1952, luego a Gurdon en la década de los setenta, cuando logró colecciones de sapos de espuelas idénticos. Sin embargo la admiración científica comenzó cuando el equipo de Lan Wilmut, del Instituto Roslin de Edimburgo comunicó que había logrado una oveja por clonación a partir de una célula diferenciada de un adulto. El proceso (que aún presenta un alto índice de fracasos) esencialmente consiste en obtener un óvulo de una oveja, eliminarle su núcleo, sustituirlo por un núcleo de célula adulta (en este caso de las mamás), e implantarlo en una tercera oveja que sirve como “madre de alquiler” para llevar el embarazo.¹⁰⁸ Para LAÑES se pueden identificar tres tipos de clonación según el método:

a) La partición o fisión de embriones tempranos, en la cual dice que los individuos son muy semejantes entres sí, pero diferentes a sus padres. Por ello no se considera clonación en sentido estricto.

¹⁰⁶ SAMBRIZZI, Eduardo A. La filiación en la procreación asistida, Buenos Aires: el derecho, 2004., p. 41. En: Jorge Parra Benítez óp., cit. p. 68.

¹⁰⁷ LAÑES PAREJA Enrique, clonación: aspectos científicos. Artículo en internet: [www.urg.es/ejanez/Biotecnologia/clonacion .html](http://www.urg.es/ejanez/Biotecnologia/clonacion.html). En: Parra Benítez Jorge. óp. cit., p. 68.

¹⁰⁸Ibidem.

b) La para-clonación es la transferencia de núcleos procedentes de blastómeros embrionarios o de células fetales en cultivo a óvulos no fecundados enucleados, y a veces a cigotos enucleados. El progenitor de los clones es el embrión o feto.

c) La clonación verdadera, que se efectúa por transferencia de núcleos de células de individuos ya nacidos a óvulos o cigotos en nucleados. Da origen a individuos casi idénticos entre sí (salvo mutaciones somáticas) y muy parecidos al donante (del que se diferencian en mutaciones somáticas y en el genoma mitocondrial, que procede del ovulo receptor)¹⁰⁹

“La posibilidad de provocar un proceso partenogenético se conoce como clonación o clonado, y básicamente, consiste en lograr el desarrollo del gameto femenino en forma autónoma, estimulado por cualquier medio”.¹¹⁰

¹⁰⁹Lañez Pareja, Enrique, Clonación: Aspectos Científicos, artículo en el internet: www.urg.es/ejanez/biotecnología/clonación.html. En: Parra Benítez Jorge, óp. cit., p. 68.

¹¹⁰N. b. También se llama clonación o clonado la obtención de copias idénticas de un gen mediante las técnicas de ingeniería genética molecular (Conf. La cadena, J.R., Glosario, óp. Cit., p. 185. En: Maris Martínez Stella, óp.cit. p. 45.

CAPÍTULO TERCERO

LA MATERNIDAD GESTANTE

1. CONCEPTO DE MATERNIDAD GESTANTE.

De inicio podemos decir, el término más conveniente para nombrar este método de reproducción es el de "Maternidad Gestante" atendiendo al supuesto y en cualquiera de las modalidades, con o sin subrogación por parte de la madre gestante; si hay o no una tercería genética, este término es tan amplio como todos los supuestos, debido a que el fin es la gestación de un hijo en favor de terceros; la entrega de ese hijo a los procuradores con el fin de que se atribuyan la calidad de progenitores. También hemos observado que dentro de las modalidades, mismas que explicaremos más adelante, surgen problemas para determinar la filiación pues debe determinarse en cada supuesto concreto qué tendencia se tomará para hacerlo, ya sea la genética y la pro-creacional o la gestacional.

La razón y el sentido común se rebelan ante lo que ha dado en llamarse alquiler de vientres¹¹¹, cuestión a la cual antes hemos hecho referencia, mediante la cual se conviene con una mujer, habitualmente mediante el pago en dinero, en gestar un óvulo de quien encargo al niño (aunque también puede ser de tercera persona) fecundado con gametos ya sea del marido de aquella o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó. Se produce de tal manera una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación para procurar satisfacer un deseo de ser madre, en sí mismo es ciertamente loable, no tiene un carácter absoluto, no pudiendo emplearse cualquier medio para satisfacerlo.

"Puede también ocurrir un caso semejante, es el que con mayor frecuencia se produce, que consiste en que además de su útero, la llamada madre portadora o sustituta¹¹² también aporte sus óvulos. Aunque se dice que este supuesto no es característico de esa figura o al menos no es el genuino".¹¹³

¹¹¹N. b. Se ha calificado poco jurídica esta terminología, debido a que el ser humano no se alquila (Ó Callaghan Muñoz, Xavier, en el prólogo del libro de Martínez-Pereda Rodríguez, J. M. Massigoge Benegui, J.M. La Maternidad portadora subrogada o de encargo en el derecho español. En: A. Sambrizzi Eduardo. La Procreación Asistida Y La Manipulación Del Embrión Humano. Abledo Perrot Buenos Aires, p. 109.

¹¹² N. b. También se denomina madre subrogada o gestante entre los nombres más comunes

¹¹³Zannoni, Eduardo A, Derecho de Familia T. II, 2da Ed., pp. 490 y 491, p. 1062; Loyarte, Dolores-Rotonda, Adriana E., Procreación humana artificial: un desafío bioético. cit., p. 319 Weigmaster, Adriana M., "Maternidad subrogada" en Derecho de Familia Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 3 Buenos Aires 1989, p. 20 II; Sapena, Josefina, Fecundación artificial y derecho, cit. en Derecho, cit., p. 139. Que afirma que en este caso no se está en presencia de un mero alquiler sino de una compra venta de niños; Silva Ruiz Pedro F. "Manipulación de embriones humanos" cit. en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina Y jurisprudencia, no. 7, p. 87; Martínez Pereda Rodríguez

Pasaremos a considerar ahora los casos en que no se respeta la unidad del proceso de maternidad, es decir, genéricamente los casos en que podemos hablar de una madre genética, una madre gestacional o una madre social, todo esto por acuerdo premeditado. Tratamos entonces el tema de las llamadas madres sustitutas o portadoras o subrogadas, entendiendo por tal "la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena". Como se ha señalado, una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda mediante **contrato** ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.¹¹⁴

"En el Derecho comparado se les denominó de muy variadas maneras: '*subrogate mothers*' (madres subrogante) en los Estados Unidos, '*mere porteuse*' (madre portadora) en Francia. También se les ha llamado 'madres sustitutas', 'madres termo'¹¹⁵ o se ha hablado de 'maternidad de sustitución', 'gestación por cuenta de otro' o 'alquiler de vientres'. Estas distintas denominaciones aluden a dos supuestos particulares"

A).MATERNIDAD GESTANTE SIN SUBROGACIÓN.

Es el caso de la mujer gestante, acepta ser inseminada con el semen de un hombre casado el cual no es su esposo para procrear un hijo genéticamente compatible por ser suyo el óvulo, y que una vez que este hijo ha nacido, la madre cede la custodia en favor del padre y además renuncia a sus derechos materno-filiales con fines de adopción.

B).MATERNIDAD GESTANTE CON SUBROGACIÓN.

Caso contrario al del párrafo anterior, la variación en el método es que el producto del embarazo no compartirá lazos genéticos con la Gestante, con la excepción lógica de que la gestante sea pariente consanguíneo de alguno de los Procuradores.

2. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS.

La frase "maternidad subrogada", en ocasiones se sule erróneamente por otras como maternidad sustituta, suplente, acogedora o de alquiler, se ha acuñado para designar los supuestos en el cual una mujer, la portadora o subrogada, accede, a cambio de compensación o sin ella, a gestar y alumbrar a una criatura a petición o a cuenta de una persona o pareja comitente, con la intención de entregárselas cuando nazca.

J.M.-Massigoge Benegui, J. M., La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español, cit. p. 68. Quienes manifiestan que el fenómeno genuino se manifiesta en contraste entre lo genético y lo biológico entre la fecundación y el parto. En: A. Sambrizzi Eduardo, óp. cit., p. 110.

¹¹⁴ Martínez Vidal., Las Nuevas Formas De Reproducción Humana: Estudio Desde La Perspectiva Del Derecho Civil Español, Universidadde Valencia. Editorial Civitas., p. 180 En: Loyarte Dolores Y E. Rotonda Adriana. Procreación Humana Artificial Desafío Bioético Edit. De Palma Buenos Aires Argentina 1995., p. 319.

¹¹⁵ Ramos Rodolfo, Fecundación Asistida Derecho, Edit. Juris rosario 1992, p. 18. En: Dolores Loyarte Y Adriana E. Rotonda Óp. cit. p. 319.

La subrogación viene precedida de un contrato suscrito por la portadora y los padres comitentes en el cual no se incluye cláusulas respecto a la determinación de los derechos filiales sobre la criatura por nacer, al menos no en nuestra legislación, no así en las legislaciones extranjeras en donde sí se permite convenir sobre la filiación. De hecho, ese es el fin medular de este tipo de contrato, de estimarse jurídicamente válido, será el que gobierne o, cuanto menos arroje luz en la resolución de las disputas que pudieran suscitarse acerca de la filiación jurídica del crío. Los contratos de maternidad subrogada pueden surgir en escenarios variadísimos. Sin embargo, cabe resaltar los dos más frecuentes:

a).El primero es aquel en virtud del cual la gestante aporta su óvulo y es inseminada artificialmente con el semen de un hombre comitente o con el del esposo o pareja de una mujer comitente. Se trata de un ejemplo clásico de subrogación tradicional (*traditional surrogacy*) en el que la portadora, además de gestar al crío, está genéticamente vinculada a él.

b).El segundo escenario es en el cual la gestante ofrece su útero para recibir un embrión en cuya concepción no ha intervenido aportando su ovuló, por tratarse del fruto de la fertilización *in vitro* del óvulo y del espermatozoide de la pareja comitente. Ello constituye un caso de “subrogación gestacional” (*gestational surrogacy*) cuyo rasgo característico es: la carencia de vínculo genético de la gestante con la criatura. Dicha modalidad específica de subrogación gestacional ha aumentado en los últimos años, tendencia que tiene vocación de continuar toda vez que sirve para atender la arraigada y frecuente aspiración de que los padres estén enlazados genéticamente a sus hijos.

De la exposición anterior se deriva la forzosa conclusión de que al menos en los casos de subrogación gestacional resulta impreciso el uso de la frase “maternidad subrogada”. Subrogar es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”. En consecuencia, aquí sería más atinado referirse a “gravidez subrogada” o “útero subrogado”, pues de lo realmente se trata es de “prestar” o “sustituir” el útero y no la maternidad o la cualidad de madre.

3. ORÍGENES DE LAS NOCIONES MODERNAS ACERCA DE LA SUBROGACIÓN.

Los orígenes del concepto moderno de la maternidad subrogada han sido ubicados en tiempos bíblicos. En apoyo de dicha conclusión se citan pasajes del Antiguo Testamento de la Biblia que narran historias que podrían interpretarse como supuestos primitivos de 'subrogación'. Por ejemplo, se relatan las historias de Saray, Lía y Raquel quienes cedieron sus esclavas a sus esposos para que concibieran hijos y aquellas los criaran como propios.

Algunos han rechazado enérgicamente el que se trace el origen de la subrogación a la Biblia por el fundamento de que los referidos pasajes meramente ilustran ejemplos de relaciones adúlteras 'consentidas'. En cualquier caso, queda claro que en aquellos estadios históricos no cabía hablar de verdaderos contratos de subrogación tal y como se conocen hoy en día.

El primer contrato de maternidad subrogada, del que se tiene constancia en los Estados Unidos, ocurrió en California a mediados de los años setenta, cuando una mujer a cambio de compensación económica accedió a gestar y a dar a luz una criatura a solicitud de una pareja que requirió sus servicios a través de la publicación de un anuncio de periódico.

Para las postrimerías de la década de los años ochenta, la subrogación ya se practicaba en varios estados de los Estados Unidos. De hecho, para esa misma época el tema de la maternidad subrogada acaparó la atención de los medios de comunicación nacionales e internacionales gracias a la notoriedad pública que adquirió el famoso caso de *In re Baby M.*, en el que el Tribunal Supremo de Nueva Jersey dictaminó que en dicho estado los acuerdos de maternidad subrogada eran nulos y en consecuencia no podían ser vinculados jurídicamente.

No existen informes estadísticos oficiales que permitan determinar cuál es el número de nacimientos en los Estados Unidos producto de acuerdos de maternidad subrogada. Sin embargo, se calcula que entre finales de los años setenta y principios de los noventa la cifra total rondaba los cuatro mil. Se estima que la cifra ha aumentado significativamente en los últimos años.¹¹⁶

Consideramos que utilizar el término subrogación no cabe en cuanto a determinar aspectos, más bien son de índole filial por referirse al devenir de un producto de la reproducción asistida vía un contrato de maternidad gestante. Sin embargo, si contemplamos el aspecto de la procuración mencionada en el Código Civil para el Distrito Federal art. 293, segundo párrafo del cual compulso lo siguiente:

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

Esta técnica de reproducción asistida se conoce de diversas maneras: maternidad sustituta, maternidad portadora, maternidad subrogada, maternidad de encargo. Sin embargo, congenio con LÓPEZ FAUGIER quien dice-- "el término correcto es maternidad gestante". --Si partimos de la base gramatical el vocablo "gestar" significa llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto, deducimos es este el nombre correcto del método de reproducción asistida, cuya técnica médica consiste en implantar en el útero de la mujer un embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto. Si buscamos el significado eficaz de las palabras el diccionario nos indica lo siguiente:

A). Maternidad sustituta.

Sustitución: v. f. Acción y efecto de sustituir.

¹¹⁶Labadie Jackson Glenda, Artículo: Bioética y Derecho De Familia: Acotaciones y Clareos Acerca de la Gravidéz Subrogada. Revista: Revista Jurídica De La Universidad De Puerto Rico, Vol. 76, No. 4, 2007, San Juan, Puerto Rico, pp. 1295, 1296.

Sustituir: v.- tr. (lat. Substituyere) poner o ponerse a persona en lugar de otra.

Sustituto: (a).-n. persona que hace las veces de otra en el desempeño de un empleo, o cargo etc.

B). Maternidad portadora.

Portar: v.tr. (lat. Portare) llevar o traer. Portar un paquete.

C). Maternidad de encargo.

Encargar: 1.-v .tr. Y pron. Poner una cosa al cuidado de uno. 2.- decirle a alguien que haga algo. 3.- encargarle o pedirle a alguien que le suministren o sirvan algo. V. 4.- (Argentina y México) quedar embarazada.

Encargo: 1.- (a). n. m. Acción y efecto de encargar. 2.- poner una cosa al cuidado de uno. 3.- estar embarazada.

Encargado: 1.- adj. El que ha recibido un encargo. N. 2.- persona, la que tiene a su cargo, establecimiento, negocio, etc. en representación del dueño o interesado.

D). Maternidad Subrogada

d1).v. tr. Y pron. DER. Sustituir una persona o cosa en una relación jurídica

"La idea de subrogación. La palabra subrogación evoca la idea de una sustitución, sea de una cosa por otra, sea de una persona por otra. En el primer caso es real, en el segundo es personal. Ahora bien, el pago puede ser la ocasión de una subrogación personal".¹¹⁷

Analizando el significado de cada concepto podemos apreciar el énfasis en uno o varios de los elementos que caracterizan el término "maternidad gestante" siendo este último el más apto para acoplarse a esta técnica reproductiva, y desarrollado para hablar específicamente de la sustitución personal de la gestante en la gestación del producto. Aunque la maternidad no es un tema jurídico de origen, sino social y biológico con efectos colaterales en el ámbito jurídico. Debido a esto, un término principalmente jurídico no es el más apto para hacerle frente, sin tomar en cuenta los efectos que no se pretende que haya (sustitución en los derechos de la madre biológica con la gestante y en efecto la ley de la materia para el Distrito Federal, indica que genera un tipo de tutela del menor y su bienestar).

La subrogación es un término jurídico que puede referirse a la sustitución de una persona o cosa en una relación jurídica, se orienta a la transmisión de las obligaciones y no es tan específico para referirnos al

¹¹⁷Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 21a. Ed. Edit. Porrúa, p. 590.

tema en cuestión; aunque sí a una de las modalidades de ésta que sería la Maternidad Gestante con Subrogación; Esta misma lógica sería aplicable a los demás conceptos explicados.

Como ya se ha mencionado en la maternidad gestante, pese a las modalidades, el fin es la gestación. Gestación, ha de realizarse en favor de un tercero, cada modalidad tiene sus diferencias y particularidades en cuanto a procedimiento y derechos surgidos, lo que lo hace tema de estudio a profundidad debido a lo complejo que puede ser el tema.

4. POSTURAS PRINCIPALES SOBRE LA SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE.

Como hemos podido constatar en las exposiciones referidas con anterioridad, no existe una definición o planteamiento certero de cuándo se considera existente la subrogación o no, ya que en todos los casos se puede considerar que hay derechos subrogados, pero no contemplan que la donación de células en nuestro sistema no da pie a efectos filiales entre las partes. Encontramos principalmente dos posturas, mismas que a continuación expongo:

A).MATERNIDAD GESTANTE SIN SUBROGACIÓN O TRADICIONAL.

En este caso la maternidad es más compleja, pues no sólo la mujer portará al hijo de la pareja sino también donará su célula reproductiva en sustitución de la célula femenina infértil, por lo cual no sólo se le identifica como madre por dar a luz, también tendrá una relación genética con el producto.

Esto se explicaría con la tercería genética, sería el factor generador de la subrogación, siempre y cuando se siga la tendencia genética para determinar la filiación, pues de no ser así la filiación se atribuye con los supuestos ya mencionados. Una mujer embarazada, que dé a luz y que la identidad del menor corresponda con el producto del alumbramiento.¹¹⁸

Elementos esenciales:

- a). Esta se caracteriza por la donación de la gestante, de una célula germinal; sólo portará el producto también guarda relación genética.
- b). Genéticamente es posible disociar la maternidad en cuanto a su genética de la madre procuradora aunque debido a la complejidad de estos tratamientos ya no es regla general.

B).MATERNIDAD GESTANTE CON SUBROGACIÓN O GESTACIONAL.

¹¹⁸N. b. Considero que la subrogación no se debe definir por la carga genética que tenga el producto sino por las obligaciones que la gestante adquiere por llevar al hijo de la pareja procuradora, pues de no ser así es posible decir que en ambos casos existe subrogación.

En ésta se pretende implantar un embrión de una pareja a una mujer la cual no guarda genéticamente relación con el producto. Este método se realiza por medio de fertilización *in-vitro*, no se puede llevar a cabo por vía de inseminación artificial o estimulación ovárica. La inseminación artificial no entra en este supuesto porque las aportaciones de gametos serán conjuntadas extracorpóreamente e implantadas, como ya se explicó, por un método de fecundación *in-vitro* en el cuerpo de la madre gestante.

Estimulación ovárica: ese supuesto no concuerda con el problema a corregir, la gestante no es la que tiene problemas de infertilidad o para conllevar la gestación. Ésta sólo pretende gestar al producto al ser fértil y apta para lograr la gestación. Este tipo de maternidad gestante a su vez acepta otra división: referente a la tercería genética, a cual iniciaremos precisando que en términos de técnica médica, la inseminación homóloga y meteoróloga son lo mismo. Sin embargo, en la segunda hipótesis, el nuevo componente es realmente de carácter jurídico-social y radica en la fecundación es producto de un gameto masculino o femenino extraño. Es decir, biológicamente ajeno a la pareja. Así, esta técnica implica la inseminación de la mujer mediante la donación de esperma u óvulos, generalmente por problemas de esterilidad.

Elementos esenciales:

- 1.- El producto es resultado de las aportaciones de los procuradores.
- 2.- Esto excluye a la gestante de relación genética con el producto y en algunos casos puede abarcar a la pareja procuradora.

“La maternidad se atribuye a la madre parturienta porque la ley hace referencia a la verdad biológica, lo ha hecho teniendo en cuenta la realidad incontrastable del parto. Sin embargo, con el acceso a las nuevas técnicas, la realidad biológica es ahora más compleja, puesto que no pueden coincidir en la realidad genética”.¹¹⁹ Aludiendo a lo explicado por DOLORES LOYARTE y E. ROTONDA: “La fecundación se produce con material genético distinto y ajeno a la madre portadora, y hay disociación de la maternidad pro-creacional de la gestacional y luego de esta última con la social. Allí estamos en presencia de una verdadera maternidad subrogada”.¹²⁰

Sobre la misma discusión encontramos a otra experta en el tema, LÓPEZ FAUGIER menciona-- ambos casos estamos en presencia de subrogación atendiendo a la genética, la cual llama tradicional, y al reconocimiento legal de la mujer parturienta a la cual cataloga de gestacional, siendo el punto fino de estas divisiones la aportación del óvulo. Se complica al adentrarnos en cuestiones como las tercerías genéticas, consideramos que el espíritu de la ley no pretende debatir ni incursionar en estos tipos debido a la redacción de los artículos referentes al parentesco y a la filiación encontramos a la donación de óvulos no da derechos filiales por lo cual desestimaría siquiera la existencia de la llamada subrogación y

¹¹⁹ Loyarte Dolores y E. Rotonda Adriana, óp. cit., p. 320.

¹²⁰ Ibídem., p. 319.

concretaría este punto diciendo: los derechos reproductivos y personales de la gestante con los derechos del menor y los de la pareja procuradora, ya están delimitados. La ley permite que las partes decidan el desarrollo del contrato de mérito en cuanto a los derechos personales, así como los sexuales, reproductivos, incluso patrimoniales, pero no permite contrariar con los de orden público. Verbigracia, las partes no determinan sobre filiación; la gestante no puede frenar el desarrollo de la gestación de manera arbitraria o con posterioridad de lo mandado en el Código Penal. Es en este punto donde vemos el sentido de la ley y la interpretación de ésta, en su conjunto, clarifica los estándares de este contrato.

5. TIPOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD DERIVADA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE.

Al converger la realidad jurídica con la social observamos a las leyes del universo interactuar inevitablemente sobre nuestras vidas, cambiando concepciones milenarias respecto de lo que somos; la forma que tendremos a futuro; donde nos encontraremos en veinte años con referencia al universo. Menos contemplada, pero sin duda importante, es la forma que tendrán las conformaciones sociales primarias como la familia nuclear: "la hembra, el macho de la especie y sus crías" parecen un tipo de "familia" en inminente extinción, fungibles ante la libre sexualidad y la tecnología pudiendo engendrar vida sin necesidad del principio genético-sexual; entonces, qué acontecerá en ese mismo momento en el mundo jurídico, bueno pues éste definirá quién es quién en el nuevo orden, mismo que a continuación explicamos del modo más simple posible.

A). Madre biológica. La definición del concepto referido en esta técnica es complejo de definir, por ser un término ambiguo según lo siguiente: los elementos necesarios para considerar una madre como biológica no son inherentes, se ha disociado la gestación del menor de la carga genética, por lo cual, el término "biológica" es muy amplio conteniendo conceptualmente la genética y la gestación. Al interpretar la ley de modo estricto, ésta se centraría en el conflicto de determinar quién tendrá preferencia en el supuesto como madre biológica; el alumbramiento o la carga genética. Y de allí habría la diferenciar, si será preferente una u otra en el contrato para reclamar la maternidad del producto.

Se puede decir que los supuestos son ambivalentes en su significado pero giran en relación a la estabilidad de la pareja estableciendo los parámetros de identificación a cada tipo de paternidad. La fijación de la paternidad resultará ser de efecto declarativo con base a la intención de las partes, el bien superior menor" y la genética.

"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”.

B).Padre biológico - La paternidad biológica consiste en considerar padre a quien aportó su carga genética para la gestación del menor, de igual forma a la de la madre guarda una relación genética con el producto. Antes, la paternidad al ser cuestión de fe se presumía con supuestos de temporalidad de hechos, hoy en día se puede declarar por medio de técnicas científicas, volviendo una relación de derivación colateral a una relación de probación directa.

C).Madre gestante - "La definición de maternidad gestante es limitada ya que el término 'gestar' significa 'llevar o sustentar' la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el parto".¹²¹

D).Procurador - Como nos refiere el Código Civil, el procurador en el uso de "técnicas de reproducción asistida" es algo confuso. De acuerdo con la forma de empleo es la "interpretación para determinar la paternidad o maternidad", tomando en cuenta la "intención" de la ley o el legislador para atribuir o no algún derecho a las partes. Esto toma relevancia mediante la redacción del artículo 293:

"...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..."

En primera instancia parece ser el fin de la redacción el conferir derechos a los que con intención de ser progenitores ocupen "métodos de reproducción asistida" sea cual sea el método empleado, pues no hay ordenamiento prohibitivo al respecto. Este razonamiento literalmente puede dirimir el problema de determinar la filiación del menor, desechando la filiación basada en la teoría "gestacional" o la "filiación genética". Al observar la "intención" como "máxima" de la filiación, simplifica y delimita claramente la misma, de lo contrario podríamos generar confusión de derechos entre las partes concurrentes en el ya mencionado "contrato". Lo cual sería en esencia contrario a la naturaleza del "Contrato de Maternidad Gestante", no pretende que otra parte que no sean los "procuradores" genere "vínculo" alguno con "el producto".¹²²

Este razonamiento no es ajeno, muchos de los razonamientos lógico-jurídicos del Código Civil se basan en la declaración de derechos hecha por la ley al observar la "intención" verbigracia (la "buena fe" o "mala fe", así como los fines perseguidos por las partes, son más importantes para la ley por sus "efectos" realmente por el origen y la lógica de ésta). Otro ejemplo de lo comentado lo podemos

¹²¹ López Faugier Irene, Aspectos Legales y Éticos De La Maternidad Gestante, Revista de la Facultad de Derecho U.N.A.M. número especial México D.F., pp. 23 a 28.

¹²²N. b. Los elementos para aseverar esto, es que no es requerida la realización de un contrato de "Maternidad Gestante" para lograr la reproducción, es necesario para la clarificación de la "intención" las partes al llevar a cabo la concepción y gestación del menor atribuyendo derechos y obligaciones bien delimitadas a cada participante.

encontrar en la adopción, se observa con claridad otorgar un estatus de hijo al adoptado, más allá de si realmente tiene o no un vínculo genético o gestacional (el vínculo genético con las excepciones del artículo 410-D del Código Civil, por lo cual la ley lo ha equiparado en los efectos de Derecho al hijo consanguíneo.

En el caso de seguir la tendencia "gestacional", sería imposible el contrato materia de este curso, pues aunque genéticamente no se relacione el "producto" con la "gestante", la ley conferirá una presunción de maternidad, y como ya se explico en el párrafo anterior, generaría efectos no deseados ni lógicos al realizar un contrato de este tipo.

En el caso de sustentar la filiación con la "identidad genética", en los casos de "maternidad subrogada" con "tercería genética" la identidad del producto no corresponderá con uno de los miembros de la pareja que procuró el nacimiento, convirtiéndose éste en adoptante o vinculando a quien no desea obtener este efecto, como sería el caso de un donante de gametos. Es necesario hacer referencia de una limitante en cuanto la forma observable en los "procuradores", conforme a la siguiente redacción traída del artículo 293: "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...".

Al redactarse de este modo parece permitir el empleo sólo en parejas heterosexuales o en mujeres solteras, pero no faculta a parejas de mismo sexo. Ya que define que sólo reconocerá efectos al hombre y mujer la mujer que procuren por lo cual los esquemas homosexuales no caben en el supuesto, mismo que se ve reforzado al no permitir tercerías genéticas.

CAPÍTULO CUARTO

SITUACIÓN ACTUAL DE LA MATERNIDAD GESTANTE EN LA LEGISLACIÓN

1. APLICACIÓN DEL MÉTODO DE MATERNIDAD GESTANTE EN NUESTRO PAÍS.

En México, el único estado donde la gestación subrogada es legal es el estado de Tabasco, donde desde 1997 se hicieron reformas al Código Civil para incluir las figuras de gestación subrogada y madre gestante, asegurando la paternidad legal de los padres contratantes que con ayuda de una gestante tienen un hijo. En Tabasco, el artículo 92 del Código Civil regula la gestación subrogada como un supuesto de filiación y determina qué debe entenderse por madre gestante sustituta y madre subrogada. A pesar de estar aprobada, la Ley de Maternidad Gestante para el Distrito Federal por la Asamblea Legislativa, el jefe de gobierno no ha promulgado dicha ley logrando así que el Distrito Federal tenga al igual que Tabasco, legislación que regule el tema, lo cual no es novedad ya que en la actualidad muchas iniciativas de ley se aprueban para cubrir itinerarios políticos sin llevar a cabo el estudio necesario que los diversos temas requeridos.

Ejemplo de esto es la ley de maternidad gestante, más allá de lograr la armonizar del tema jurídico, existen algunos temas que de facto son imposibles de llevar a cabo en la capital hoy día por ejemplo: temas de infraestructura hospitalaria y de control de los procedimientos que se expresan en las iniciativas y en la aprobada ley; si hay un registro especial para los nacidos de la gestación, o si basta el contrato para presumir la filiación del producto; cómo se controlará o registrará a las portadoras, etc. Jurídicamente que problemas podría acarrear la realización de este método; las primeras son de orden familiar y las segundas del orden civil; En el orden familiar. GÜITRÓN FUENTEVILLA quien expresa las palabras adecuadas y el análisis de los artículos que dirimen cualquier controversia respecto de la filiación del menor:

Resultan ya obsoletas, las hipótesis que vienen desde el Código Napoleón y que siguen vigentes, que por ejemplo, en los supuestos de presunción de hijos de matrimonio, se admita como prueba, que demuestre el hombre, que físicamente había sido imposible tener relaciones sexuales con su cónyuge en los 120 días de 300 que precedieron al nacimiento. Aquí inicia la admisión del ADN, porque al final de este precepto, se dice que también se admite la prueba del avance de conocimientos científicos pueda ofrecer. En esta hipótesis de hijos de matrimonio, es rebatible con la prueba del ADN. La Ley ordena que esta investigación, en el caso específico de la paternidad, se pueda realizar en cualquier tiempo, sobre todo a quien perjudique la filiación y admite como excepción, que esto no procederá, si el cónyuge consintió expresamente en que se aplicara en métodos de fecundación asistida a su Cónyuge.

El nuevo Código Civil termino con las Hipótesis, Historias, incongruencias, argumentos absurdos y los cuento, al darle actualidad a la genética humana y a la biología molecular, ordenamiento que ante la imposibilidad de demostrar quién es el padre o la madre en su caso, del hijo de cuya filiación en conflicto,

de acuerdo al nuevo artículo 325, debe atenderse a que contra las presunciones, se pueden ofrecer pruebas que el avance de los conocimientos científicos, pudiera ofrecer.

La biología molecular, la genética humana, los avances científicos, vienen en auxilio del Derecho familiar específicamente de la familia y sus miembros, para que a través de la prueba del ácido desoxirribonucleico, a eso se refiere las iniciales señaladas, determina quién es el padre o madre del hijo o de la hija. El ADN tiene un margen de error muy remoto, en matemáticas se representa como 0.000000000000000000009 (cero punto veintiún ceros nueve), para que con esa certeza, se sepa quién es el padre y la madre y demás, si ese hijo o hija, corresponde a esa pareja, o a uno de ellos, porque podría darse el supuesto de que la señora este casada, y tenga un hijo con otra persona y el ADN así demuestre su esposo no es el padre. Esto que parece una fantasía, se convierte en realidad con las pruebas de genética molecular citadas.¹²³

2. MARCO JURÍDICO RELATIVO A LA MATERNIDAD GESTANTE.

La maternidad, como lo hemos expuesto a lo largo de esta tesis, es un proceso donde converge una gran variante de situaciones de Derecho muy compleja, las cuales se desarrollan sucesivamente, por lo cual esta unidad la abordaremos gradualmente a manera de un embarazo.

El nacimiento de un ser conlleva en sí a una serie de procesos sociales, naturales, morales y jurídicos los cuales el humano ha regulado como aceptables o no aceptables. Sin embargo, algo en lo cual uno debe poner especial atención es la capacidad de las normas de cambiar conforme cada época, lugar y sociedad. Encontramos similitudes y diferencias, marco del pensamiento y concepto de lo que el conjunto de seres humanos desarrollados en similitud de situaciones pueden llegar a concebir como una sociedad funcional y como bueno o malo.

Otros estados han legislado en la materia prohibiendo la práctica o no dando reconocimiento al contrato que regula sus términos.

A).CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Artículo 4°.-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.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

¹²³ Güitrón Fuentesvilla Julián, Nuevo Derecho Familiar, en el código civil mexicano Distrito Federal del año 2000., Edit. Porrúa México 2003., pp. 232, 233, 234.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el País, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

4a. Las medidas que el Consejo haya puesto en vigor en la Campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan;

XVII. Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, tecnologías de la información y la comunicación, radiodifusión, telecomunicaciones, incluida la banda ancha e Internet, postas y correos, y sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la ciudad capital.

B).CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En el Código Civil del Distrito Federal, los artículos 162, 293, 326 y 329 se refieren al derecho de los cónyuges a emplear métodos de reproducción asistida y a las relaciones de parentesco y filiación la cual pueden darse aún por medio de fecundación asistida, de la siguiente manera:

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

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier

método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges:

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

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

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

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

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

C).CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En tanto, el Código Penal para el Distrito Federal establece en los artículos 149 a 153 sanciones o conductas relacionadas con prácticas de reproducción asistida de la siguiente manera:

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 de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

Artículo 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Artículo 153. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.

D).LEY GENERAL DE SALUD.

La ley general de salud refiere respecto a las técnicas "FIV" no concretamente a la "maternidad gestante" estas disposiciones le rigen por estar englobado como " método de reproducción asistida" de la ley compulso lo que es del tenor literal siguiente:

TÍTULO DECIMOCUARTO

Donación, trasplantes y pérdida de la vida

CAPÍTULO I

Disposiciones Comunes

Artículo 313. Compete a la Secretaría de Salud:

I. El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado denominado Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, y II. La regulación y el control sanitario sobre cadáveres.

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

I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

(Reforma en Diario Oficial de 7 de mayo de 1997 5 Reforma en Diario Oficial de 7 de mayo de 1997 8 Reforma en Diario Oficial de 26 de mayo de 2000 18 Reforma en Diario Oficial de 30 de junio de 2003.)

II. Cadáver, el cuerpo humano en el que se haya comprobado la pérdida de la vida;

III. Componentes, a los órganos, los tejidos, las células y sustancias que forman el cuerpo humano, con excepción de los productos;

IV. Componentes sanguíneos, a los elementos de la sangre y demás sustancias que la conforman;

V. Destino final, a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables;

VI. Disponente, a aquél que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte;

VII. Donador o donante, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes;

VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;

IX. Feto, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

X. Órgano, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos;

XI. Producto, a todo tejido o sustancia extruida, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este Título, la placenta y los anexos de la piel;

XII. Receptor, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos;

XIII. Tejido, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función, y

XIV. Trasplante, a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo.

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

I. La extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células;

II. Los trasplantes de órganos y tejidos;

III. Los bancos de órganos, tejidos y células, y

IV. Los bancos de sangre y servicios de transfusión. La Secretaría otorgará la autorización a que se refiere el presente artículo a los establecimientos que cuenten con el personal, infraestructura, equipo, instrumental e insumos necesarios para la realización de los actos relativos, conforme a lo que establezcan las disposiciones de esta Ley y demás aplicables.

Artículo 316. Los establecimientos a que se refiere el artículo anterior contarán con un responsable sanitario, quien deberá presentar aviso ante la Secretaría de Salud.

Los establecimientos en los que se extraigan órganos y tejidos o se realicen trasplantes, adicionalmente, deberán contar con un comité interno de trasplantes y con un coordinador de estas acciones, que serán supervisadas por el comité institucional de bioética respectivo.

27 Reforma en diario Oficial de 7 de junio de 2005 8 Reforma en Diario Oficial de 26 de mayo de 2000

Artículo 317. Los órganos, tejidos y células no podrán ser sacados del territorio nacional.

Los permisos para que los tejidos puedan salir del territorio nacional, se concederán siempre y cuando estén satisfechas las necesidades de ellos en el país, salvo casos de urgencia.

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

Artículo 319. Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos, células y cadáveres de seres humanos, aquella que se efectúe sin estar autorizada por la Ley.

CAPÍTULO II Donación

Artículo 320. Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título.

Artículo 321. La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

Artículo 322. La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes.

En la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación.

La donación expresa, cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte.

Artículo 323. Se requerirá el consentimiento expreso:

I. Para la donación de órganos y tejidos en vida, y

II. Para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas

Artículo 324. Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.

El escrito por el que la persona exprese no ser donador, podrá ser privado o público, y deberá estar firmado por éste, o bien, la negativa expresa podrá constar en alguno de los documentos públicos que para este propósito determine la Secretaría de Salud en coordinación con otras autoridades competentes.

Las disposiciones reglamentarias determinarán la forma para obtener dicho consentimiento.

Artículo 325. El consentimiento tácito sólo aplicará para la donación de órganos y tejidos una vez que se confirme la pérdida de la vida del disponente.

Reforma en Diario Oficial de 26 de mayo de 2000

En el caso de la donación tácita, los órganos y tejidos sólo podrán extraerse cuando se requieran para fines de trasplantes.

Artículo 326. El consentimiento tendrá las siguientes restricciones respecto de las personas que a continuación se indican:

I. El tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente, no será válido, y

II. El expreso otorgado por una mujer embarazada sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

Artículo 327. Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

Artículo 328. Sólo en caso de que la pérdida de la vida del donante esté relacionada con la averiguación de un delito, se dará intervención al Ministerio Público y a la autoridad judicial, para la extracción de órganos y tejidos.

Artículo 329. El Centro Nacional de Trasplantes hará constar el mérito y altruismo del donador y de su familia, mediante la expedición del testimonio correspondiente que los reconozca como benefactores de la sociedad.

De igual forma el Centro Nacional de Trasplantes se encargará de expedir el documento oficial mediante el cual se manifieste el consentimiento expreso de todas aquellas personas cuya voluntad sea donar sus órganos, después de su muerte para que éstos sean utilizados en trasplantes.

CAPÍTULO III Trasplantes

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

Está prohibido:

I. El trasplante de gónadas o tejidos gonadales, y

II. El uso, para cualquier finalidad, de tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos.

Artículo 331. La obtención de órganos o tejidos para trasplantes se hará preferentemente de sujetos en los que se haya comprobado la pérdida de la vida.

Artículo 332. La selección del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud.

No se podrán tomar órganos y tejidos para trasplantes de menores de edad vivos, excepto cuando se trate de trasplantes de médula ósea, para lo cual se requerirá el consentimiento expreso de los representantes legales del menor.

Tratándose de menores que han perdido la vida, sólo se podrán tomar sus órganos y tejidos para trasplantes con el consentimiento expreso de los representantes legales del menor.

En el caso de incapaces y otras personas sujetas a interdicción no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte.

Artículo 333. Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

I. Ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales;

II. Donar un órgano o parte de él que al ser extraído su función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura;

III. Tener compatibilidad aceptable con el receptor;

IV. Recibir información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción del órgano o tejido, por un médico distinto de los que intervendrán en el trasplante;

V. Haber otorgado su consentimiento en forma expresa, en términos del artículo 322 de esta Ley, y

VI.- Los trasplantes se realizarán, de preferencia, entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad. Sin embargo, cuando no exista un donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos: a) Obtener resolución favorable del Comité de Trasplantes de la institución hospitalaria, donde se vaya a realizar el trasplante, previa evaluación médica, clínica y psicológica; b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante, y c) Haber cumplido todos los requisitos legales y procedimientos establecidos por la Secretaría, para comprobar que no se está lucrando con esta práctica.

Artículo 334. Para realizar trasplantes de donantes que hayan perdido la vida, deberá cumplirse lo siguiente:

I. Comprobar, previamente a la extracción de los órganos y tejidos y por un médico distinto a los que intervendrán en el trasplante o en la obtención de los órganos o tejidos, la pérdida de la vida del donante, en los términos que se precisan en este Título;

II. Existir consentimiento expreso del disponente o no constar su revocación del tácito para la donación de sus órganos y tejidos, y

III. Asegurarse que no exista riesgo sanitario.

Artículo 335. Los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en la extracción de órganos y tejidos o en trasplantes deberán contar con el entrenamiento especializado respectivo, conforme lo determinen las disposiciones reglamentarias aplicables, y estar inscritos en el Registro Nacional de Trasplantes.

Artículo 336. Para la asignación de órganos y tejidos de donador no vivo, se tomará en cuenta la gravedad del receptor, la oportunidad del trasplante, los beneficios esperados, la compatibilidad con el receptor y los demás criterios médicos aceptados.

Cuando no exista urgencia o razón médica para asignar preferentemente un órgano o tejido, ésta se sujetará estrictamente a listas que se integrarán con los datos de los mexicanos en espera, y que estarán a cargo del Centro Nacional de Trasplantes.

Artículo 337. Los concesionarios de los diversos medios de transporte otorgarán todas las facilidades que requiera el traslado de órganos y tejidos destinados a trasplantes, conforme a las disposiciones reglamentarias aplicables y las normas oficiales mexicanas que emitan conjuntamente las secretarías de Comunicaciones y Transportes y de Salud.

El traslado, la preservación, conservación, manejo, etiquetado, claves de identificación y los costos asociados al manejo de órganos, tejidos y células que se destinen a trasplantes, se ajustarán a lo que establezcan las disposiciones generales aplicables.

Artículo 338. El Centro Nacional de Trasplantes tendrá a su cargo el Registro Nacional de Trasplantes, el cual integrará y mantendrá actualizada la siguiente información:

- I. Los datos de los receptores, de los donadores y fecha del trasplante;
- II. Los establecimientos autorizados conforme al artículo 315 de esta Ley;
- III. Los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en trasplantes;
- IV. Los pacientes en espera de algún órgano o tejido, integrados en listas estatales y nacional, y,
- V. Los casos de muerte cerebral.

En los términos que precisen las disposiciones reglamentarias, los establecimientos a que se refiere el artículo 315 de esta Ley y los profesionales de las disciplinas para la salud que intervengan en trasplantes deberán proporcionar la información relativa a las fracciones I, III, IV y V de este artículo.

Artículo 339. El Centro Nacional de Trasplantes, cuya integración y funcionamiento quedará establecido en las disposiciones reglamentarias que para efectos de esta Ley se emitan, así como los Centros Estatales de Trasplantes que establezcan los gobiernos de las entidades federativas, decidirán y vigilarán la asignación de órganos, tejidos y células, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. Asimismo, actuarán coordinadamente en el fomento y promoción de la cultura de la donación, para lo cual, participarán con el Consejo Nacional de Trasplantes, cuyas funciones, integración y organización se determinarán en el reglamento respectivo.

Los centros estatales proporcionarán al Registro Nacional de Trasplantes la información correspondiente a su entidad, y su actualización, en los términos de los acuerdos de coordinación respectivos.

Artículo 340. El control sanitario de la disposición de sangre lo ejercerá la Secretaría de Salud a través de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios.

Artículo 341. La disposición de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas con fines terapéuticos estará a cargo de bancos de sangre y servicios de transfusión que se instalarán y funcionarán de acuerdo con las disposiciones aplicables. La sangre será considerada como tejido.

Reforma en Diario Oficial de 26 de mayo de 2000 18 Reforma en Diario Oficial de 30 de junio de 2003

Artículo 342. Cualquier órgano o tejido que haya sido extraído, desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito y que sanitariamente constituya un desecho, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final se hará conforme a las disposiciones generales aplicables, salvo que se requiera para fines terapéuticos, de docencia o de investigación, en cuyo caso los establecimientos de salud podrán disponer de ellos o remitirlos a instituciones docentes autorizadas por la Secretaría de Salud, en los términos de esta Ley y demás disposiciones generales aplicables.

F).TABASCO.

En nuestro país, el Código Civil del Estado de Tabasco en el artículo 92 en sus párrafos primero, cuarto y quinto establece la referencia expresa a la Maternidad Sustituta y Subrogada, señalándola como una excepción a la presunción tradicional relativa al hijo de la mujer casada.

Dicho artículo de manera textual señala:

Artículo 92.- Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentará en el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotará la hora, día, mes, año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado. Si el padre o la madre o ambos piden por sí o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar éste y se mencionará en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará únicamente el nombre del que lo presente. 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 en 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.

G).COAHUILA.

Por su parte, el Código Civil de Coahuila en su artículo 491, la maternidad se le atribuye a la mujer gestante, y establece lo siguiente:

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.

H).SAN LUIS POTOSÍ.

En San Luis Potosí, los artículos 1160 y 1474 del Código Civil permiten el acceso a las técnicas de reproducción asistida, sin hacer mención expresa a la Maternidad Subrogada:

Los preceptos citados se transcriben a continuación:

Artículo 1160. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte de la o el autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 180 del Código Familiar para el Estado.

Para los efectos de este artículo se consideran concebidos durante el matrimonio los embriones procreados por voluntad de la pareja con fines de reproducción asistida, estándose a lo dispuesto por el artículo 1474 de este Código.

Artículo 1474. Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado embarazada, lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan derecho a la herencia, o un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

Igual procedimiento se seguirá en el caso de existencia de embriones fecundados *in vitro* por voluntad de las o los cónyuges, y no gestados a la muerte del padre.

Se podrá implantar embriones con material genético del padre después de su muerte sin embargo, no se podrá atribuir la paternidad a éste de no hacerlo dentro del término a que se refiere al artículo 240 del Código Familiar para el Estado.”

I).COMO INTERACTÚAN LAS NORMAS EN LA GESTACIÓN.

a).Planeación.

Al tener una relación sexual, los individuos participan de sus derechos sexuales. Estos son derechos del ámbito privado, mientras se lleven a cabo de común acuerdo con las previsiones de ley para la capacidad, y que no se entre en el supuesto de ser sancionado por las leyes.

En el supuesto de llevarse a cabo el embarazo por métodos de inseminación artificial, también nos encontraríamos en el ámbito privado del Derecho. Los derechos reproductivos interactúan para decidir ejercer a futuro derechos más complejos los cuales se ubican en el ámbito público y social. Por ser la filiación consecuencia natural de los derechos reproductivos y tener un alto impacto en el tejido social, la ley protege y regula el cómo se deben ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones¹²⁴ Según ordena la ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, después de consultar con los especialistas, y ellos a su vez resolver en la incapacidad de la procuradora de llevar a cabo la gestación y la gestante, en contrario a la primera, es apta para el proceso de mérito, las partes acudirán con el notario a expresar su voluntad de formalizar el procedimiento.

b).Contratación.

Es en este punto donde el notario solicitará a las partes declaren o documenten lo que formará los capítulos de la escritura, como a continuación se expone:

"Artículo 14. En el otorgamiento del consentimiento para la práctica de la Maternidad Subrogada, la madre biológica, el padre y la mujer gestante, deberán cubrir los siguientes requisitos, con independencia de los que establezca la presente Ley:

I.-Ser habitante del Distrito Federal, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedida por autoridad competente; II.- Poseer capacidad de goce y ejercicio; III.- La madre biológica acredite, mediante certificado médico, que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; IV.- La mujer

¹²⁴ V. gr. En la planeación se ve reflejado el ejercicio de los derechos reproductivos de los individuos además de que en antonomasia, entraría en acción el parentesco y la filiación fundados en los artículos 4 de la C.P.E.U.M., y el artículo 293 del C.C.D.F.

gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación del embrión humano, y manifieste su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el periodo gestacional, y a concluir su relación subrogada, respecto al menor nacido, la madre biológica y el padre con la terminación del embarazo; V.-La mujer gestante cumpla con los requisitos que establecen los artículos 10 fracción III y 11 de la presente Ley, y VI.- De ser el caso, la mujer gestante informe a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en la práctica médica de la Maternidad Subrogada para que manifieste lo que a su derecho convenga. Para los efectos de la fracción III del presente artículo, la Secretaría de Salud expedirá el certificado médico que acredite los supuestos correspondientes; en el caso de la fracción V corresponderá al médico tratante la expedición del documento respectivo.

Presentarán un certificado que, a redacción de la propia ley, deberá ser emitido por la Secretaría de Salud. Mismo que se integrará como un antecedente indispensable en la escritura del notario.

Artículo 15. La madre biológica, el padre y la mujer gestante, acudirán ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de llevar a cabo la práctica médica de la Maternidad Subrogada, quién deberá determinar si están preparados psicológicamente para realizar un procedimiento de esta naturaleza."

Previa valoración realizada por la Secretaría de Salud, expedirá la constancia respectiva que deberá presentarse ante el ya mencionado Notario Público. Siendo condición indispensable para el otorgamiento del consentimiento de las partes que intervendrán en la práctica médica de la Maternidad Subrogada.¹²⁵

El parentesco que guarda la gestante con respecto a los procuradores. Al ver la redacción del artículo, es natural pensar que las partes mediante su acta de nacimiento deberán probar su parentesco mismo que para efectos legales y por no estar expresamente definido en la propia ley se puede tomar la idea que se limite al cuarto grado y que en caso de que no se tenga parentesco la realización del trámite estará directamente apegado al certificado o constancia respectiva:

"Artículo 16. La mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre."

En caso de que no exista una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier mujer en la práctica de Maternidad Subrogada.

¹²⁵E. g. Artículo 3 L.M.S.D.F.- V.- Instrumento para la Maternidad Subrogada: Contrato mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una mujer con capacidad de goce y ejercicio, a gestar el embrión y posteriormente el feto hasta la terminación del embarazo, en beneficio de dos personas, unidas en matrimonio o concubinato, quienes manifiestan también su consentimiento, y que aportan sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y formar un embrión e implantarse en el útero de la mujer gestante.

Artículos aplicados en obvia convergencia con la Ley General de Salud en especial en sus artículos, 313, 314, 314 Bis., 314 Bis 1., CAPÍTULO II.-Donación, 320, 321 ,322.¹²⁶

Así como lo respectivo al objeto y forma del contrato comprendido en el Código Civil para el Distrito Federal, en algunos de sus artículos¹²⁷.

c).Inseminación.

La gestación es el período de tiempo comprendido entre la concepción y el nacimiento. Durante este tiempo, "el bebé" crece y se desarrolla dentro del útero de la madre. La edad gestacional es el término común usado durante el embarazo para describir qué tan avanzado está. Se mide en semanas, desde el primer día del último ciclo menstrual de la mujer hasta la fecha actual. Un embarazo normal puede ir desde 38 a 42 semanas. Los bebés nacidos antes de la semana 37 se consideran prematuros y después de la semana 42 se consideran pos maduros. La edad gestacional se puede determinar antes o después del nacimiento. Antes del nacimiento, el médico empleará una ecografía para medir el tamaño de la cabeza, el abdomen y el fémur del bebé. Esto ayuda a determinar qué tan bien está creciendo el bebé dentro del útero.

¹²⁶E. g. Artículo 320.- Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título.

Artículo 321.- La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes..."

Artículo 322.- La donación expresa podrá constar por escrito y ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes.

En todos los casos se deberá cuidar que la donación se rija por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y factibilidad, condiciones que se deberán manifestar en el acta elaborada para tales efectos por el comité interno respectivo. En el caso de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas se estará a lo dispuesto en las disposiciones jurídicas que al efecto emita la Secretaría de Salud.

¹²⁷E. g. Artículo 1824. Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar;
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Artículo 1825. La cosa objeto del contrato debe:

- 1o. Existir en la naturaleza.
- 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie
- 3o. Estaren el comercio.

Artículo.1826.Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento.

Artículo 1827.El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

- I. Posible;

- II. Lícito.

Artículo 1828. Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

Artículo 1829. No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él.

Artículo 1830. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Forma

Artículo 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades de terminadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Artículo 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cual quiera de ellas puede exigir que sedé al contrato la forma legal.

Artículo 1834. Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó.

A la célula que resulta cuando un espermatozoide penetra el óvulo de la madre se denomina cigoto. El cigoto contiene toda la información genética (ADN) necesaria para convertirse en un bebé. La mitad de esta información genética proviene del óvulo de la madre y la otra mitad del espermatozoide del padre. Una vez fecundado y durante las siguientes 12 horas a la fecundación o concepción, el óvulo fecundado o cigoto permanece como una célula individual. Luego de unas 30 horas se divide para formar dos células y 15 horas más tarde, las dos células se dividen y forman cuatro. Al final del tercer día, el cigoto se ha convertido en una estructura parecida a una baya o mora y tiene 16 células. Esta estructura se conoce como mórula. Las células continúan dividiéndose durante los ocho o nueve días después de la concepción hasta formar un blastocito, a esta etapa se le denomina "blastocisto". Inicialmente se crea un grupo interno de células con una envoltura externa; el grupo interno de células se convertirá en el embrión, mientras el grupo externo pasará a convertirse en las membranas que lo nutren y lo protegen; aunque es apenas del tamaño de la cabeza de un alfiler, el blastocisto contiene cientos de células. El blastocisto es entonces transportado lentamente por una especie de pelos diminutos, llamados cilios, en la trompa de Falopio hacia el útero (proceso que al ser inseminada la gestante no se da de modo natural).

Durante el importantísimo proceso de la implantación, el blastocito debe adherirse al revestimiento uterino de donde podrá obtener los nutrientes de la sangre de la madre. Si el blastocisto no logra adherirse, el embarazo no sobrevivirá.

El blastocisto alcanza el útero alrededor del quinto día y se implanta en la pared uterina aproximadamente al sexto día. En ese momento en el ciclo menstrual de la madre, el revestimiento del útero ha crecido y está listo para brindar soporte al feto. El blastocisto se adhiere fuertemente al revestimiento donde recibe nutrición a través del torrente sanguíneo de la madre. Luego de la implantación se inicia la etapa embrionaria, las células del embrión ahora se multiplican y comienzan a ocuparse de sus funciones específicas. Este proceso se llama diferenciación y conduce a los diversos tipos de células que conformantes de un ser humano (como las células sanguíneas, renales y nerviosas). Hay un rápido crecimiento y las principales características externas del bebé comienzan a tomar forma. Es durante este período crítico de diferenciación (la mayor parte del primer trimestre) el bebé en desarrollo es más susceptible a daños. Los siguientes factores pueden interferir con el desarrollo del bebé:

El alcohol, ciertos medicamentos recetados o drogas estimulantes y otras sustancias que causan anomalías congénitas, infecciones (como rubéola o citomegalovirus), deficiencias nutricionales, radiografías o radioterapia, etc.

d). Aspecto Jurídico le la Implantación.

Los diferentes métodos para lograr la reproducción asistida se han explicado anteriormente.¹²⁸ La ley interpreta las situaciones de facto, muestra de ello son los derechos reproductivos y filiales, que darán pie a toda la concatenación de eventos y los legales que marcarán el inicio de una nueva vida. Esta cuestión es la piedra angular de la discusión: ¿cómo se regula de mejor manera la creación de la vida?, ¿es necesario dividir la reproducción humana en un hecho jurídico y en actos jurídicos? En primera instancia suena como algo descabellado, pero la verdad es que no se puede considerar lo mismo reproducirse de forma sexual a reproducirse de modo asistido, ya que en el primer caso puede tratarse de una situación instintiva poco meditada, y en el segundo caso, es una situación racional, un acto premeditado e informado, situación digna de preguntarnos desde cualquier punto ¿cuál paternidad o maternidad sería la más adecuada? La implantación se da cuando el pre-embrión es colocado o localizado en la gestante siendo esto la frontera de la parte fáctica, es compleja tanto en lo natural como en lo jurídico. MENDOZA C. nos invita a pensar -- no todo lo generado de la concepción de un óvulo con un esperma es en sí un humano, porque esto sería un error, e incluso podría llegar a tener forma humana y no serlo, como lo mencionamos en unidades pasadas, o perder claramente cualquier relación con nuestro concepto de persona. Comprender esto ayudará a clarificar la situación ya que la visión de la ética cambiaría para ser más certera ayudando a crear una realidad jurídica que limite objetivamente la práctica de la maternidad gestante, y devenido de esto se emplee de modo responsable, pudiendo responder a las demandas tanto de las partes necesitadas de esta técnica y voces críticas de la ética y la validez de su empleo. A nuestro entender es un punto fundamental sin caer en vistas moralinas o radicales.

Al iniciarse la implantación, las partes ya tienen derechos y obligaciones constituidos y claramente definidos, pero también hay derechos que, como mencionamos en párrafos anteriores, pueden llegar o no existir debido a que no se han actualizado los supuestos jurídicos necesarios para ello y que irán surgiendo con el desarrollo o no del embarazo. Muestra de esto es la posibilidad conferida a la gestante según las leyes penales del Distrito Federal de abortar y dar marcha atrás sin que las repercusiones sobre su persona sean de índole pena, esto se debe al reconocimiento que hacen las leyes de lo mencionado por MENDOZA C.

Con respecto al aspecto civil sobre si se puede reclamar el pago por daños derivado de la situación antes mencionada, en una interpretación personal, no lo creo porque la gestante no ha ejercido acción ilícita alguna. Es cierto que el producto de la concepción sea tomado por persona para efectos sucesorios de reconocimiento y las obligaciones respectivas por parte de los procuradores (obligaciones filiales), pero al no pasar la barrera de doce semanas la ley da preferencia al derecho de la gestante sobre el del producto. La continuidad del proceso depende preeminentemente de la gestante, cosa distinta pasa con los procuradores quienes no podrían pedirle que aborte, situación que confundiría los

¹²⁸N. b. la Ley de Maternidad Gestante define la transferencia del embrión en su Artículo 3 P. XV. Transferencia de embrión: transferencia de huevo fecundado en cualquiera de sus estadios con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada Fecundación *In vitro* con Transferencia de Embriones, cuyas siglas son "FIVTE" aplicada en su variante homóloga.

derechos: ¿que se resolvería?, ¿quién quedaría con la patria potestad del menor?, ¿sería una renuncia de derechos de los padres?, ¿la maternidad se atribuiría a la gestante? Si ésta quiere preservar al producto; aún en esta situación, serían los procuradores quienes deberán afrontar la paternidad del menor ya que la filiación no se puede convenir según el Código Civil para el Distrito Federal.

a).Segundo mes (de la quinta a la octava semana de gestación): El movimiento es importante para el desarrollo del bebé. Sus experiencias sensoriales influyen en el desarrollo de su cerebro. La siguiente lista describe los cambios específicos que ocurren en el útero:

b).Semana 5 del embarazo (edad gestacional): El cerebro, el corazón y la médula espinal comienzan a desarrollarse, al igual que el tubo digestivo.

c).Semanas 6 a 7 del embarazo (edad gestacional): Las yemas o brotes de brazos y piernas se vuelven visibles, el cerebro se transforma en cinco áreas y algunos nervios craneales son visibles. Comienza el desarrollo de las estructuras del ojo y del oído, se forma tejido que se ha de convertir en las vértebras y algunos otros huesos, el corazón continúa desarrollándose y ahora late a un ritmo regular y la sangre rudimentaria se desplaza a través de los vasos mayores.

d).Semana 8 del embarazo (edad gestacional): Los brazos y las piernas se han alargado y se pueden distinguir las áreas de los pies y de las manos, las manos y los pies tienen dedos (dígitos), pero pueden aún estar adheridos por membranas, el cerebro continúa formándose, los pulmones comienzan a formarse. A partir del segundo mes ya están formados todos los órganos y sistemas orgánicos, el bebé se mueve de modo perceptible su tórax sube y baja rítmicamente como si respirara y puede estirarse y encogerse. A finales del segundo mes el bebé ya mide unos dos centímetros y pesa unos diez gramos.

e).Semana 9 del embarazo (edad gestacional): Se forman los pezones y folículos pilosos, los codos y los dedos de los pies son visibles, todos los órganos esenciales se han comenzado a formar.

f).Semana 10 del embarazo (edad gestacional): Los párpados están más desarrollados, las características externas del oído comienzan a tomar su forma final, continúa el desarrollo de las características faciales, los intestinos rotan. El final de la décima semana marca el final del período embrionario y el comienzo del período fetal.

g).Semanas 13 a 14 del embarazo (edad gestacional): Los párpados se cierran y no se vuelven a abrir casi hasta la semana 28, la cara está bien formada. Las extremidades son largas y delgadas, los genitales aparecen bien diferenciados, los glóbulos rojos se producen en el hígado, el tamaño de la

cabeza corresponde casi a la mitad del tamaño del bebé, puede empuñar los dedos y aparecen los brotes dentarios para los dientes del bebé

Aspecto jurídico.

Para este momento la ley toma sobre el menor la tutela y cambia por completo la situación ya que no se puede interrumpir libremente la gestación. Entran en acción los derechos de goce, y la renuncia de los derechos filiales es imposible. Los padres han cubierto los gastos previos a la fecundación al igual que los gastos hasta el momento. Las obligaciones se van volviendo exigibles conforme es necesario pagar algún gasto requerido por la gestante o el producto para un desarrollo pleno del proceso.

h).Semanas 15 a 18 del embarazo (edad gestacional): La piel es casi transparente, se desarrolla un vello fino en el cabeza denominado lanugo, el meconio se produce en el tracto intestinal, se ha desarrollado más tejido muscular y óseo, y los huesos se vuelven más duros. El bebé comienza a hacer movimientos activos, el hígado y el páncreas producen secreciones líquidas, el bebé hace movimientos de succión con la boca.

i).Semanas 19 a 21 del embarazo (edad gestacional): El bebé puede oír, así como efectuar más movimientos, la madre puede sentir una agitación en la parte baja del abdomen.

j).Semana 22 del embarazo (edad gestacional): el lanugo cubre todo el cuerpo, aparecen las cejas y las pestañas, aparecen las uñas en pies y manos. El bebé está más activo y tiene mayor desarrollo muscular, la madre puede sentir al bebé moviéndose, los latidos cardíacos fetales se pueden escuchar con un estetoscopio.

k).Semanas 23 a 25 del embarazo (edad gestacional): La médula ósea comienza a producir células sanguíneas; se desarrollan las vías respiratorias bajas de los pulmones del bebé, pero aún no producen agente tensio-activo (una sustancia que permite que los alvéolos se abran para el intercambio gaseoso) y el bebé empieza a almacenar grasa.

l).Semana 26 del embarazo (edad gestacional): Las cejas y las pestañas están bien formadas, todas las partes del ojo están desarrolladas y el feto presenta el reflejo prensil y de sobresalto. Se comienzan a formar las huellas de la piel plantar y de la piel palmar, se forman los alvéolos pulmonares.

m).Semanas 27 a 30 del embarazo (edad gestacional): Se presenta un desarrollo rápido del cerebro, también el sistema nervioso está lo suficientemente desarrollado como para controlar algunas funciones corporales y los párpados se abren y se cierran. El sistema respiratorio, aunque inmaduro, se ha desarrollado al punto de permitir el intercambio gaseoso.

n). Semanas 31 a 34 del embarazo (edad gestacional): Se presenta un aumento rápido en la cantidad de grasa corporal, se presentan movimientos respiratorios rítmicos, pero los pulmones no están totalmente maduros, los huesos están completamente desarrollados, pero aún son blandos y flexibles, y el cuerpo del bebé comienza a almacenar hierro, calcio y fósforo.

ñ). Semana 35 a 38 del embarazo (edad gestacional): El lanugo comienza a desaparecer, aumenta la grasa corporal, las uñas de las manos alcanzan las puntas de los dedos.

o). Semanas 39 a 42 del embarazo (edad gestacional): El lanugo desaparece, excepto en la parte superior de los brazos y en los hombros. Las uñas de las manos se extienden más allá de las puntas de los dedos presentándose pequeñas yemas o brotes mamarios en ambos sexos. El cabello de la cabeza ahora es más grueso y áspero.

Al llegar este momento en que el producto llega al punto final de la gestación se darán los efectos más abruptos para el menor ya que deberá ser entregado a sus padres por la gestante.

3. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

A). INDIA.

India se ha convertido en un paraíso para las parejas infértiles. Desde 2002 ese país asiático permite el alquiler de vientres, el negocio de las madres subrogadas. En un país donde la mayoría de la población sobrevive con menos de dos dólares diarios, una oferta de 5 mil euros es muy tentadora. Muchas mujeres de clase baja la aceptan, aunque por el exceso de “trabajo” pongan en riesgo su salud y su vida, y la de los bebés gestados.

Hospitales modernos, una legislación laxa y precios sin competencia, permiten a mujeres de todo el mundo con problemas de fertilidad, a hombres solteros y a homosexuales alcanzar el sueño de ser padres en la conservadora India. “Además existe un gran número de mujeres dispuestas a prestar su vientre a cambio de una remuneración”, explica la doctora Shivani Sahdev, directora de la clínica *Surrogacy Center India* de Nueva Delhi. El proceso cuesta unos 20 mil euros, cuatro veces menos que en Estados Unidos, otro país donde esta práctica es legal. Las madres de alquiler reciben alrededor de 5 mil euros, una fortuna en un país donde 80% de la población vive con menos de dos dólares al día.

Las madres de alquiler deben tener entre 21 y 35 años, estar casadas y tener al menos un hijo propio para confirmar el poder concebir. Proceden de la clase media baja o baja; es decir necesitan dinero. Son mujeres tradicionales, no fuman, no toman alcohol ni se drogan. Eso garantiza la salud del niño. Y llegan

hasta las clínicas a través de agencias especializadas en la búsqueda de vientres de alquiler. Tras la transferencia de los centros de llamadas y los servicios informáticos a India, el mundo en desarrollo comienza a llevar los servicios de fertilidad y madres subrogadas al país asiático. La maternidad subrogada es legal en el país asiático desde 2002, pero no hay una legislación ni un organismo que la regule. Aún sin datos fiables se estiman alrededor de 500 clínicas forman parte de un negocio que mueve entre 250 y 400 millones de euros al año, según la prensa india. Y se desconoce el número de niños nacidos en este contexto.

Al mismo ritmo que crece la industria aumentan las críticas ante un negocio moralmente ambiguo. “Las mujeres no tienen poder de negociación y la falta de regulación lleva a que apenas reciban apoyo legal. Esto facilita su posible explotación. Otros críticos señalan la falta de consideración por la salud de las madres subrogadas. “La salud de la mujer no es la prioridad”, Los médicos en la India implantan hasta seis embriones mientras que en otros países el límite es tres. Esto provoca múltiples fetos y puede crear serios problemas, como el nacimiento de bebés muertos e incluso la muerte de la madre”, continúa la activista. En muchos casos las madres de alquiler deben ingresar a departamentos o centros donde controlan su salud y se aseguran de que no mantengan relaciones sexuales. El departamento que comparte en Nueva Delhi con otra madre de alquiler es pequeño, con dos habitaciones está ordenado y limpio. La clínica paga el departamento y una asistente que cocina y limpia. Y se permite que sus hijos vivan con ellas. “Sólo tenemos que esperar los nueve meses”,

Eso sí, no disponen de libertad absoluta. “En principio no se les permite salir solas. Sin embargo, cada mañana pasean 30 minutos y hacen muchas visitas a la clínica”, explica Jai Singh, responsable de estos departamentos. Algunas madres subrogadas prefieren el anonimato que estas casas les proporcionan, evitando así en su comunidad se conozca el embarazo.

Sin embargo, la falta de libertad y en algunos casos el hacinamiento, hasta 15 mujeres en una casa de dos habitaciones, reportados por la prensa local han levantado críticas.

El gobierno indio prepara una legislación para imponer restricciones al sector. El borrador de la ley se encuentra en el Parlamento desde 2010 prevé la creación de un organismo el cual se ocupará de la búsqueda de las madres, limitará a tres el número de embriones a implantar, a cinco el número de partos, contando con los hijos propios de la madre subrogada, y establecerá la obligatoriedad de un seguro médico para la madre. Y sobre todo se exigirá a los futuros padres un certificado que garantice que el bebé obtendrá su nacionalidad, el mayor escollo legal para los extranjeros que buscan un hijo en la India. India no concede la nacionalidad a los niños nacidos de madres subrogadas. Aunque el padre es español, España niega la nacionalidad porque en el acta de nacimiento de los menores consta otra mujer como su madre. Según la ley española, la madre es la mujer que concibe en su vientre al bebé, es decir: la madre de alquiler debía aparecer en la partida de nacimiento.

Países como Alemania, Francia, Italia, Japón o Israel prohíben la subrogación y no conceden la nacionalidad a los niños nacidos a través de esta práctica. Ciudadanos de estas naciones se han encontrado con problemas a la hora de conseguir la nacionalidad. España, donde está prohibida la maternidad subrogada, naturaliza a los bebés cuando en el acta de nacimiento consta un padre español, donante de esperma, y la madre de alquiler india. Fuentes de la embajada de México en India afirman no se han dados casos de este tipo que impliquen a ciudadanos mexicanos. Al menos en los últimos tres años.

B).RUSIA.

El nacimiento de una nueva vida siempre es una fiesta. Sin embargo, no todos tienen la suerte de experimentar esta alegría. Los avances de la medicina en el campo de las técnicas de reproducción asistida, desconocidos anteriormente, han dado esperanza a aquellas parejas afectadas por el problema de infertilidad. Como suele ser habitual, el progreso científico va por delante de la adaptación jurídica y moral de la sociedad a los logros de la ciencia. Las normas legales están lejos de ser perfectas y siempre van atrasadas respecto al desarrollo social. Esta afirmación es a todas luces justa cuando se trata de las legislaciones actualmente vigentes en el mundo; regulan la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, el seguimiento jurídico de la gestación subrogada y de otros programas de reproducción disponibles. Hoy en día es una de las cuestiones más complejas en la práctica jurídica contemporánea. En el sentido costumbrista la expresión “maternidad subrogada” se entiende a menudo como una gestación realizada “por encargo”. Sin embargo, desde el punto de vista legal y del sentido común, no es así. En este artículo vamos a examinar tanto la gestación subrogada propiamente dicha, como los distintos tipos de maternidad subrogada. Para separar los conceptos vale la pena introducir un término más amplio que abarque todos los casos de gestación “por encargo” lograda con técnicas de reproducción asistida: el de “maternidad reproductiva”.

Ante todo, cabe destacar la legislación vigente rusa es una de las más liberales en el mundo en lo referido a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

Con fundamento en los artículos:

El artículo 35 de la Ley Básica N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”, del 22 de junio 1993, dispone lo siguiente:

“Toda mujer que se encuentra en edad reproductiva, mayor de 18 años, tiene derecho a la fecundación *in vitro* y a la implantación del embrión.

La fecundación *in vitro* y la implantación del embrión sólo se efectuarán en los centros médicos autorizados, siempre que medie el consentimiento escrito de los cónyuges o la mujer sin pareja.

Los datos sobre la fecundación *in vitro* y la implantación embrionaria realizadas, así como sobre la identidad del donante tendrán la consideración de secreto médico.

La mujer tendrá derecho a la información sobre las técnicas de fecundación *in vitro* e implantación del embrión, los aspectos médicos y legales de sus consecuencias, los datos del examen médico-genético, el aspecto y la nacionalidad del donante, la que le ha de suministrar el responsable de la intervención médica.”

De ese modo, cualquier mujer puede ser sometida a una fecundación *in vitro* o una implantación del embrión y hacerse madre subrogada o reproductiva, previo consentimiento de ella y de su marido (si está casada). De entrada hay que introducir una precisión: Con el término de “maternidad subrogada” **en la Ley**, sólo se denomina la gestación de un niño genéticamente “ajeno” a la gestante para una pareja conyugal (es decir, su matrimonio debe hallarse inscrito en el Registro Civil para la fecha de implantación del embrión).

De conformidad con el Código de Familia, se reconocen como cónyuges:

Art. 1: 2. Solamente se reconoce el matrimonio contraído ante un órgano del Registro Civil.

Art. 10. Celebración del matrimonio. 1. El matrimonio se contrae ante órganos del Registro Civil. 2. Los derechos y las obligaciones de los cónyuges nacen a partir de la inscripción del matrimonio por un órgano del Registro Civil.

Para acudir a un programa de gestación por sustitución debe concurrir alguna de las indicaciones médicas especificadas en el punto 7 del Anexo N°. 1 a la Orden del Ministerio de Salud Pública N°. 67 “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”, de 26 de febrero de 2003 (inscrita por el Ministerio de Justicia el 24 de abril de 2003 con el número 4452). Estas son:

Indicaciones de la gestación subrogada:

Ausencia del útero (congénita o adquirida);

Deformación de la cavidad o del cuello uterino debida a alteraciones congénitas del desarrollo o provocada por una enfermedad;

Sinequias de la cavidad uterina que carecen de tratamiento;

Enfermedades somáticas a consecuencia de las cuales queda contraindicada la gestación;

Reiterados intentos fallidos de la FIV cuando, pese a haber obtenido embriones de alta calidad, la transferencia de los mismos no ha conducido a un embarazo.”

No todas las mujeres, ni mucho menos, pueden ser madres de alquiler. El citado Anexo N°. 1 a la Orden ministerial dice lo siguiente: “Podrán ser madres subrogadas las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y que reúnan los requisitos siguientes:

Tener una edad de entre 20 y 35 años;

Tener un hijo propio sano;

Tener una buena salud psíquica y somática.

Así las cosas, desde el punto de vista legal una “madre subrogada” es solamente aquella mujer implicada en un programa de gestación a favor de los cónyuges que son padres biológicos del niño gestado. Otros programas se difieren del descrito, aunque también se sustentan sobre las técnicas de reproducción modernas, no se consideran como “maternidad subrogada” de acuerdo con la legislación vigente. Como se ha destacado anteriormente, en tales casos procede emplear el término de “maternidad reproductiva”, llamando “madres reproductivas” a las mujeres confirmantes de dichos programas. Todas las relaciones derivadas de estos programas sólo se rigen por el Derecho de Familia.

Tratándose de la maternidad subrogada clásica, el principal escollo con que pueden darse los padres biológicos es la posibilidad de que la gestante cambie de opinión y se niegue a dar su consentimiento para que sean inscritos como los padres del nacido, la posibilidad que le otorga el vigente Código de Familia:

Artículo 51, Punto 4. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación *in vitro* o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas.

Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (madre subrogada).

Mientras tanto, la Ley N°. 143-FZ. Sobre las actas de estado civil, del 15 de noviembre de 1997, dice:

Artículo 16. Declaración de nacimiento:

Para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil por declaración de los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en otra mujer con el fin de que lo gaste, simultáneamente con el documento que certifique el nacimiento deberá presentarse un documento expedido por un centro médico en que conste el consentimiento expreso de la mujer que haya dado a luz al niño (madre subrogada) para que dichos cónyuges sean inscritos como los padres del menor.

Entonces, la madre de alquiler puede quedarse con el niño aun cuando no tiene ningún vínculo genético con ella, reconociéndose como su madre oficialmente con todos los efectos jurídicos, civiles que ello entraña. Puede hacerlo debido al afecto generado por hacia bebé o para chantajear a los padres biológicos. Es uno de los peores escenarios para los progenitores, pero no se apresuren a desesperarse. Incluso siendo inscrita en el Libro de Nacimientos, la filiación podrá ser impugnada judicialmente por el padre o la madre de hecho. He aquí lo dicho al respecto por el Código de Familia:

Artículo 52. Impugnación de la paternidad (maternidad)

La filiación inscrita en el Libro de Nacimientos conforme a lo dispuesto por los puntos 1 y 2 del artículo 51 de este Código sólo podrá ser impugnada por vía judicial mediante un recurso interpuesto por la persona inscrita como padre o madre del niño, por el padre o la madre de hecho del niño o por el propio niño cuando llegue a la mayoría de edad, así como por el tutor (custodio) del menor o del progenitor declarado incapacitado judicialmente.

La persona inscrita como padre de conformidad con el punto 2 del artículo 51 de este Código no podrá impugnar su paternidad si en el acto de la inscripción hubiere conocido que, de hecho, no es el padre del niño.

El cónyuge que en la forma prescrita por la ley haya dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación *in vitro* o la implantación del embrión no podrá alegar esas circunstancias a la hora de impugnar su paternidad.

Los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en el útero de otra mujer, así como la madre subrogada (segunda parte del punto 4 del artículo 51 de este Código) no podrán alegar esas circunstancias para impugnar la maternidad o paternidad, una vez que se haya practicado la inscripción de los padres en el Libro de Nacimientos.

Sin embargo, ¿puede un contrato bien redactado entre los padres biológicos y la madre de alquiler prevenir tal desenlace? Para tener validez jurídica dicho contrato sólo puede definir la adquisición y transferencia de derechos y obligaciones civiles. La entrega del niño a sus padres biológicos por la madre de alquiler no puede ser objeto de un contrato, igual un niño no puede ser objeto de negocio. Lo que se puede y se debe hacer es prever en el contrato una compensación económica a la madre de alquiler con el fin de proporcionarle las condiciones más favorables durante el período de gestación y la rehabilitación post-parto. Un contrato bien redactado debe contener una cláusula diciendo: si la madre subrogada decide quedarse con el hijo, no sólo perderá el derecho a la compensación económica, sino también deberá indemnizar a los padres biológicos todos los gastos derivados del contrato. De esta manera, las relaciones entre la pareja contratante y la madre de alquiler pasarán al ámbito del Derecho Civil, garantizando medianamente que la madre subrogada entregue el niño a sus padres, ante la inviabilidad de su postura desde el punto de vista legal.

Todo lo anterior también se refiere a la maternidad reproductiva, con las salvedades de que no serán de aplicación los preceptos del Anexo N°. 1 a la Orden del Ministerio de Salud Pública N°. 67, de 26 de febrero de 2003, "ni se podrá impugnar la maternidad (salvo el caso de donación no anónima de ovocitos). La madre biológica podrá renunciar a la patria potestad pero no perderá la misma hasta lo dictaminado un juez. En caso de que sea privada de la patria potestad, sus padres mantendrán el derecho a comunicarse con el nieto, sin hablar de que con el tiempo la madre misma podrá ser restablecida en sus derechos maternos". Así las cosas, en el caso de maternidad reproductiva la madre biológica siempre tiene una posibilidad técnica de utilizar al menor como instrumento de chantaje.

C).UCRANIA.

Las relaciones entre la madre de alquiler y los clientes están regulados por el contrato firmado según:

El Artículo 1 del Código Civil de Ucrania, que determina que por la legislación civil se regulan las relaciones personales patrimoniales y no mercantiles (relaciones civiles), cuya base está en la igualdad jurídica, declaración de voluntad libre, solvencia patrimonial de sus participantes.

El Artículo 6 del Código Civil de Ucrania, que determina lo siguiente:

1. Las partes tienen derecho a firmar el contrato no previsto por decretos de la legislación civil, sino correspondiente a las bases generales de la legislación civil.
2. Las partes tienen derecho con el contrato previsto por decretos de la legislación civil, ajustar sus relaciones no acordados por esos decretos.
3. Las partes del contrato pueden apartarse de las cláusulas de los decretos de la legislación civil y ajustar sus relaciones de su propia manera.

Las partes del contrato no pueden apartarse de las cláusulas de los decretos de la legislación civil, si esos decretos lo estipulan expresamente, y también en los casos cuando el hecho que las cláusulas de los decretos de la legislación civil son obligatorias sucede de su contenido o del fondo de relaciones entre las partes.

4. Lo pactado por las cláusulas primera, segunda, tercera de este artículo se aplican a los poderes unilaterales.

El Artículo 627 del Código Civil de Ucrania determina la libertad del contrato.

Eso quiere decir, firmar el contrato con lo cual una parte se obliga a prestar a la otra parte los servicios de gestación del niño concebido por el método de fecundación *in vitro*, y la otra parte se obliga a aceptar y pagar eso.,, ,s servicios según correspondan a todos los requerimientos de las leyes.

El Artículo 628 del Código Civil de Ucrania determina lo pactado por el contrato.

El Artículo 629 del Código Civil de Ucrania determina que es obligatorio cumplir con las cláusulas del contrato.

El Artículo 639 del Código Civil de Ucrania determina lo forma del contrato.

B) El Artículo 123 del Código de la Familia de Ucrania estipula los asuntos de procedencia del niño concebido por tecnologías reproductivas. Por lo tanto, la parte 2 de este artículo consta que los cónyuges cuales concibieron el bebé por medio de tecnologías reproductivas están reconocidos como sus padres.

Además los párrafos 2.2. de la cláusula 2. Del Decreto de Ministerio de Justicia de Ucrania n°. 140/5 del 18.05.2003 determina el orden de legalizar los derechos paternales de los cónyuges en la base del acuerdo certificado por notario público para efectuar tales acciones por la mujer que dio a luz al niño.

De tal modo, con esas normas de la legislación vigente de Ucrania los cónyuges que actúan como los clientes bajo el contrato con la madre de alquiler, unívocamente están reconocidos como los padres del niño concebido por tecnologías reproductivas.

Las relaciones entre la madre de alquiler, el cliente y la entidad médica están reguladas por el contrato firmado para hacer el tratamiento de fecundación extra corporal.

Con eso las partes están reguladas por las normas de la legislación ucraniana, mencionadas en el párrafo A), y también:

1. El artículo 4 de la Ley de Ucrania “Bases de la legislación de Ucrania sobre la sanidad pública”, de acuerdo con lo cual unos de los criterios principales de seguridad pública son los siguientes:

El carácter multilateral de economía de la sanidad pública y su financiamiento, concentración de las garantías estatales con la de monopolización y el estímulo de actividades empresariales y competencia;

La descentralización política, el desarrollo de autogestión de las entidades y de independencia de los empleados de sanidad pública en la base legal y convencional.

2. El artículo 48 de la Ley de Ucrania “Bases de legislación de Ucrania sobre la sanidad pública” estipula la aplicación de fecundación asistida y de implantación de embriones de acuerdo con las condiciones y el orden establecido por el Ministerio de Sanidad de Ucrania según indicaciones médicas de la mujer adulta con la cual se hace este tratamiento con tal que los cónyuges firmen su consentimiento por escrito, la reserva de identidad de la donante de óvulos está asegurada y el secreto médico este guardado.

3. El artículo 38 de la Ley de Ucrania “Bases de la legislación de Ucrania sobre la sanidad pública” estipula que el paciente tiene libertad escogiendo un médico y una entidad médica.

4. El artículo 79 de la Ley de Ucrania “Bases de la legislación de Ucrania sobre la sanidad pública” estipula que según la legislación vigente las entidades de sanidad pública, los ciudadanos y sus agrupaciones tienen derecho independiente firmar los acuerdos (contratos) con las personas extranjeras jurídicas e individuales para cualquier tipo de colaboración, tienen derecho participar en la actividad de las correspondientes entidades internacionales, ejecutar la actividad económica externa.

Eso quiere decir que las normas indicadas de la legislación ucraniana regulan la posibilidad para las entidades médicas de entrar en las relaciones contractuales con distintas personas legales e individuales con el motivo de prestarles los servicios médicos, incluso los servicios de fecundación asistida. El Decreto n°. 24 del 04.02.1997 del Ministerio de Sanidad Pública de Ucrania estipula las condiciones de tratamiento de FIV.

El presente documento estipula que:

El tratamiento de fecundación *in vitro* puede ser realizado en las entidades médicas acreditadas (párrafo 1.2.);

El asunto de realizar el tratamiento está permitido bajo una mujer apta cual se dirige a la entidad médica y con la cual debe ser realizado es dicho tratamiento después de firmar la declaración por los cónyuges y después de su examen médico (párrafo 1.3.);

La edad de la mujer para hacer FIV no debe superar 40 años.

Con eso ni el artículo 48 de la Ley de Ucrania “Bases de la legislación de Ucrania sobre la sanidad pública” ni lo pactado por el decreto n°. 24 del 04.02.1997 del Ministerio de Sanidad Pública de Ucrania incluyen las referencias que la mujer, según la declaración de la cual a ella se hace FIV, está obligada a

ser una de los cónyuges quienes dieron su acuerdo para realizar dicho tratamiento y quienes se obligaron a ser padres del bebé futuro.

Por lo tanto, en vista del contenido de las normas de la legislación vigente de Ucrania es evidente que no existen ningunos límites para las entidades médicas en prestación de los servicios de FIV, excepto las contraindicaciones médicas personales para este tipo de tratamiento.

Hay que también constar que:

La Convención de Salvaguardia de los Derechos y Dignidades Humanas sobre la aplicación de biología y medicina: La Convención de los Derechos Humanos y Biomedicina del 4 de abril de 1997 estipula lo siguiente:

Los intereses y el bienestar de cada individuo prevalecen sobre los intereses exclusivos de toda la sociedad y ciencias (art. 2.).

Tomando en cuenta las necesidades y los recursos disponibles, las partes toman medidas correspondientes para asegurar el acceso equitativo al apoyo médico de calidad adecuada bajo su jurisdicción (art. 3.).

El reglamento sobre la fecundación *in-vitro* y la transferencia de los embriones aprobado por la 39 Asamblea Mundial de Medicina (Madrid, España, octubre de 1987) pacta que:

La fecundación *in-vitro* y la transferencia de los embriones es una técnica médica admisible en muchas partes del mundo para tratar la infertilidad. Esa técnica puede ser útil tanto para los pacientes individuales como para la sociedad en general, no sólo reglando la infertilidad sino provocando que las enfermedades genéticas se desaparezcan y los estudios fundamentales en el área de reproducción humana y anticoncepción estén estimulados.

Desde el punto de vista ético y científico, el apoyo médico con la reproducción humana está justificado en todos los casos de infertilidad no curable ni por medicamentación clásica ni por cirugía.

En todos esos casos el médico puede actuar sólo bajo el pleno acuerdo informativo de la donante de óvulos y de las receptoras. Ante todo, el médico tiene que actuar en pro de los intereses del niño que debe ser nacido como el resultado del tratamiento.

Y en esa parte la Asamblea Mundial de Medicina favorece y apoya al tratamiento de fecundación asistida llamado la fecundación *in-vitro*. En lo sucesivo, el reglamento consta sobre los conflictos éticos y legales con el uso de los óvulos de la donante de óvulos, del semen y de los embriones. Sin embargo, en total el uso de los óvulos de la donante de óvulos durante el tratamiento de fecundación *in-vitro* no sólo no está prohibido sino está aprobado por el reglamento tomando en cuenta la necesidad de atender a normas del Derecho Nacional durante el tratamiento.

El reglamento no niega la posibilidad del uso de llamada así paternidad sustituta bajo la cual la mujer da su conformidad con la fecundación asistida para concebir un bebé, quien en lo sucesivo será adoptado por el hombre o por su mujer.

La Asamblea Mundial de Medicina expresa su desaprobación ante los tratamientos de fecundación *in-vitro* en la base de pago.

Por lo tanto, en principio, las relaciones entre el cliente y la madre subrogada no están amonestadas por la Asamblea Mundial de Medicina. Y si el cliente se hace cargo por su propia cuenta de los gastos de sostenimiento de la madre de alquiler durante la gestación, de tal modo que asegure el régimen máximo agradable para el crecimiento del feto, entonces dicha interpretación de los gastos del cliente corresponde por completo a lo pactado por el reglamento.

4. INICIATIVAS DE LEY.

La iniciativa más reciente es cual analizo a continuación pues es esta “LA LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA” dado el primer paso para la conformación de una legislación específica respecto a “LA MATERNIDAD GESTANTE”¹²⁹ en el Distrito Federal, pero el entendimiento de la MATERNIDAD GESTANTE no sólo tiene como reto permitirlo, sino también el de regular los tan diversos aspectos de esta. A continuación analizaremos la ley aprobada por la asamblea del Distrito Federal:

INICIATIVA DE LEY DE GESTACIÓN SUBROGADA DEL DISTRITO FEDERAL TÍTULO 21/03/2010

LEY DE GESTACIÓN SUBROGADA DEL DISTRITO FEDERAL

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO ÚNICO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1o. La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto

Establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Gestación

Subrogada.¹³⁰

Artículo 2o. La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley es:

¹²⁹N. b. Como lo he referido con anterioridad el nombre que considero y el cual coincide la Doctora Irene López Faugier el nombre debe ser el de “MATERNIDAD GESTANTE” como lo explico en el capítulo quinto “QUE ES LA MATERNIDAD GESTANTE” puesto que ya analizamos la figura de la “SUBROGACIÓN”.

En su articulado primero y segundo observamos requisitos de validez y existencia que deben observarse para la realización de este contrato mismos que armonizan con los establecidos en el Código Civil Para El Distrito Federal, la Ley General De Salud, y su reglamento, Código Penal Para El Distrito Federal, mismos que en este trabajo analizamos en el presente capítulo, en su punto 5.7.- distintos aspectos entorno al contrato de maternidad gestante, inciso a).- Bioética y Derecho.

¹³⁰V. gr. Observamos que en este momento el objeto del contrato se confirma lícito por existir un ordenamiento que lo permiten por lo que en consecuencia gestar aun menor se considera licito.

Relativa al Instrumento de Gestación Subrogada como el convenio entre la persona o personas solicitantes de la Gestación Subrogada y la persona gestante.

La Gestación Subrogada se realizará mediante la transferencia de embriones humanos, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide, a una persona para que lleve la gestación. Este proceso se efectuará a favor de una o dos personas solicitantes con quien o quienes al término del embarazo se generan los lazos de filiación con el o los niños nacidos.

Las personas podrán acceder a esta práctica, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados para las personas solicitantes en la presente Ley. En este supuesto, los derechos de filiación con el niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada se producen respecto a la persona o personas solicitantes de la Gestación Subrogada.

La Gestación Subrogada deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada.

La Gestación Subrogada se realizará sin fines de lucro entre las personas solicitantes y la persona gestante; todas las personas involucradas procurarán el adecuado desarrollo del embarazo.

Artículo 3o. Para efectos de esta Ley se define y entiende por:

I. Código Civil: Código Civil para el Distrito Federal;

II. Código Penal: Código Penal para el Distrito Federal;

III. Interés superior del niño: la consideración primordial que ha de otorgarse al ejercicio pleno de los derechos del niño o niños nacidos como consecuencia de la

Gestación Subrogada y al desarrollo de estos respecto de los derechos de cualquier otra persona, como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida del niño o niña, en los términos que establecen los tratados Internacionales ratificados por los Estados Unidos Mexicanos y las leyes aplicables en la materia;

IV. Instrumento para la Gestación Subrogada: Convenio mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una persona con capacidad de ejercicio, para la transferencia de 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;

V. Ley: Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal;

VI. Personas solicitantes: personas con capacidad de ejercicio que se comprometen mediante el Instrumento para la Gestación Subrogada a contribuir y velar, en los términos que señale la Ley, para que el proceso de gestación se lleve a término y a ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones que se derivan de la filiación constituida con el niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada;

VII. Gestación Subrogada: el acuerdo de voluntades entre las partes para la transferencia de embriones humanos en la persona gestante, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide y que concluye con el parto o la terminación del embarazo;

VIII. Médico tratante: médico especialista en reproducción asistida que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la Gestación Subrogada;

IX. Persona gestante: persona con capacidad de ejercicio que, sin fines de lucro, se compromete a permitir la transferencia y eventual implantación de uno o más embriones y a procurar el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de éste, momento en que concluye su obligación subrogada;

X. Personal de salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;

XI. Secretaría de Salud: a la Secretaría de Salud del Distrito Federal, y

XII. Tutela: a la Tutela que establece el Título Noveno del Libro Primero del Código

Civil.

Artículo 4o. La técnica de Reproducción Asistida que dará origen a la Gestación

Subrogada sólo se podrá llevar a cabo en aquellas instituciones de salud públicas o privadas que cuenten con la autorización de la autoridad competente para realizar la transferencia de embriones humanos.

Artículo 5o. En lo no previsto en la presente Ley se estará a lo que establece el Código Civil y el Código Penal, además del Código de Procedimientos Civiles, el Código de Procedimientos Penales, la Ley de Salud todos del Distrito Federal y demás ordenamientos legales.

TÍTULO SEGUNDO

DE LOS MÉDICOS TRATANTES QUE INTERVIENEN EN LA GESTACIÓN

SUBROGADA

CAPÍTULO ÚNICO

DE LAS OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS TRATANTES

PARA LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 6o. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica informarán ampliamente a las partes que intervienen de las consecuencias médicas, biológicas y posibles riesgos de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de la persona gestante.

Las entrevistas informativas deben efectuarse con las partes que intervienen en la Gestación Subrogada, debiendo existir, en formato elaborado por la Secretaría de Salud, constancia por escrito de su realización y garantizando el derecho a la privacidad.

Artículo 7o. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego a la ética y el secreto profesional respecto a la identidad de las personas usuarias de la Gestación Subrogada.

Artículo 8o. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

Artículo 9o. Ningún médico tratante realizará una transferencia de embriones humanos que se derive de la práctica regulada en la presente Ley, sin que exista un Instrumento para la Gestación Subrogada, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las identidades y estas coincidan plenamente con las que establezca dicho Instrumento.

Los profesionales médicos que realicen la práctica de la Gestación Subrogada se sujetarán a las disposiciones que establezcan esta Ley, la Ley General de Salud, la Ley de Salud del Distrito Federal, el Código Penal y demás disposiciones jurídicas aplicables.¹³¹

Artículo 10. El médico tratante que realice la transferencia de embriones humanos deberá certificar, que:

I. La persona o personas solicitantes y la persona gestante se encuentran plenamente convencidos de llevar a cabo el procedimiento para la Gestación Subrogada y recibido toda la información necesaria, y

II. La persona gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental.

Artículo 11. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios respecto de la salud física y mental de la persona gestante para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo su bienestar y el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se realice la implantación del embrión o embriones, además de cerciorarse que no se encuentra embarazada.

A la persona gestante se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Gobierno del Distrito Federal, para comprobar que su entorno familiar se encuentre libre de violencia y favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

Bajo protesta de decir verdad, la persona gestante manifestará, ante la institución de salud donde se pretenda llevar a cabo la práctica de la Gestación Subrogada, que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que no ha participado en más de dos ocasiones en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

Artículo 12. La persona gestante, debido al embarazo en que se sitúa, le corresponderán los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las personas que se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento y durante el puerperio.

Artículo 13. En la atención médica que se le proporcione a la persona gestante, no será objeto de discriminación por parte de las instituciones de salud, el médico tratante o el personal de salud.

TÍTULO TERCERO
DEL CONSENTIMIENTO PARA LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN
SUBROGADA
CAPÍTULO PRIMERO
DE LOS REQUISITOS DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LA
GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 14. En el otorgamiento del consentimiento para la práctica de la Gestación

Subrogada, la persona o personas solicitantes y la persona gestante, deberán cubrir los siguientes requisitos, con independencia de los que establezca la presente Ley:

I. Poseer capacidad de ejercicio;

II. La persona gestante otorgue su consentimiento libre e informado para que se lleve a cabo la transferencia del embrión o embriones humanos, y manifieste su obligación de procurar el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se realice la implantación del embrión, y a concluir su relación subrogada, respecto al niño o niños nacidos y la persona o personas solicitantes con la terminación del embarazo, y

III. La persona gestante cumpla con los requisitos que establecen los artículos 10 fracción II y 11 de la presente Ley.

Artículo 15. La persona o personas solicitantes y la persona gestante, acudirán ante la Secretaría de Salud para manifestar su intención de llevar a cabo la práctica de la Gestación Subrogada, quien deberá realizar una valoración sobre su estado psicológico para realizar un procedimiento de esta naturaleza. La valoración de la Secretaría de Salud no tendrá por objeto disuadir a las personas o persona solicitante y gestante de realizar dicho procedimiento.

Previa valoración que realice la Secretaría de Salud, expedirá la constancia respectiva que deberá presentarse ante Notario Público, siendo condición indispensable para el otorgamiento del consentimiento de las partes que intervendrán en la práctica de la gestación Subrogada.

Artículo 16. La persona gestante preferentemente deberá tener algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes.

En caso de que no exista una persona candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier persona con posibilidades de gestar en la práctica de la Gestación Subrogada.

Artículo 17. La Secretaría de Salud llevará un padrón de personas que quieran someterse a la práctica de la Gestación Subrogada, debiendo guardar la confidencialidad en la identidad de las partes que el procedimiento permita.

CAPÍTULO SEGUNDO
DE LAS FORMALIDADES PARA EL OTORGAMIENTO DEL

CONSENTIMIENTO EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 18. El consentimiento que otorguen las partes que intervienen en la práctica de la Gestación Subrogada deberá realizarse ante Notario Público, mediante el Instrumento para la Gestación Subrogada que para tal efecto disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal.¹³²

El consentimiento que manifiesten las partes debe ser indubitable y expreso.

Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

Dicho consentimiento deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos.

Artículo 19. La persona o personas solicitantes y la persona gestante exhibirán ante el Notario Público la documentación necesaria para acreditar que cumplen con los requisitos establecidos en la presente Ley.

CAPÍTULO TERCERO

DEL NOTARIO PÚBLICO EN EL PROCEDIMIENTO DE LA GESTACIÓN

SUBROGADA

Artículo 20. Previa verificación del cumplimiento de los requisitos de las partes que intervendrán en la práctica de la Gestación Subrogada, el Notario Público, fijará fecha y hora para que otorguen su consentimiento mediante el Instrumento para la gestación Subrogada.

En el otorgamiento del consentimiento se manifestará invariablemente lo siguiente:

I. Que se otorga por todas las partes que intervienen sin fines de lucro, respetando la dignidad humana de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada;

II. La obligación de la persona o personas solicitantes de hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la transferencia de embriones, hasta la total recuperación de la persona gestante certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento;

III. La aceptación de la persona gestante de que, una vez nacido el niño o niños, los lazos de filiación se generarán entre éste o éstos y la persona o personas solicitantes;

IV.- Previa certificación médica, la madre gestante se obliga a proporcionar la leche materna al recién nacido por el término de seis meses, para el buen y sano crecimiento del bebe.

V. La obligación de la persona gestante de entregar, a la persona o personas solicitantes al o los niños después del nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, debiendo establecer el plazo para su cumplimiento, y

¹³² N. b. Este artículo vuelve lícito el contrato de Maternidad Gestante pero esto ¿lo vuelve un contrato solemne?

VI. El conocimiento de las partes sobre el derecho de la persona gestante a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece la legislación penal y sanitaria vigente en el Distrito Federal. Para efectos de esta fracción en caso de decidir sobre la interrupción de la gestación, las partes que intervienen en el procedimiento de gestación subrogada deberán establecer su consentimiento por escrito ante el notario público que inicio el documento para la gestación subrogada

El consentimiento expresado en el Instrumento para la Gestación Subrogada podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar el adecuado desarrollo del embarazo una vez que se confirme la implantación del embrión o embriones, sin que ello implique la vulneración de derechos y del bienestar integral de la persona gestante; además de la reparación del daño moral y, en su caso, una indemnización suficiente o el pago de daños y perjuicios, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la persona gestante que se derive de ésta práctica, de acuerdo a las posibilidades económicas de las personas solicitantes.

Previa firma del Instrumento, el Notario Público deberá consultar el Registro a que se refiere el artículo 24 de esta Ley, constatando que la persona gestante no ha participado en más de dos procedimientos de Gestación Subrogada.

Artículo 21. El Instrumento para la Gestación Subrogada, no contendrá disposiciones que contravengan los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, las leyes federales y locales en materia de protección a la infancia y a las mujeres, salvaguardando en todo momento el interés superior del niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada.

El Instrumento para la Gestación Subrogada no podrá contener las siguientes cláusulas:

I. Limitaciones al acceso de la atención sanitaria prenatal y postnatal por parte de las instituciones de salud públicas a la persona gestante;

II. Limitación al derecho del niño o niños nacidos como consecuencia de la Gestación

Subrogada para conocer su identidad personal, que implica la obligación de acceder a un nombre y apellidos propios y asegurar este derecho incluso mediante nombres supuestos, y

III. Limitaciones al derecho del niño o niños nacidos como consecuencia de la Gestación Subrogada, a la protección del Estado, mediante la aplicación de las disposiciones que al respecto establece el Código Civil.

Artículo 22. El consentimiento otorgado en el Instrumento para la Gestación

Subrogada y la realización de esta práctica, no produce ninguna relación de filiación entre el o los niños nacidos y la persona gestante. En todos los casos los derechos derivados de la filiación serán a favor de la persona o personas solicitantes.

Artículo 23. El Juez de lo Familiar resolverá la situación del niño o niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada, conforme a las reglas sobre patria potestad, guarda y custodia y tutela que establece el Código Civil, en caso de separación o fallecimiento de una o ambas personas solicitantes o durante el desarrollo del embarazo producto de la implantación del embrión a la que se comprometió la persona gestante en los términos de la presente Ley.

Artículo 24. El Instrumento para la Gestación Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado por el Notario Público a la Secretaría de Salud para que lo registre en la base de datos sobre la práctica de la Gestación Subrogada.

Artículo 25. Cualquier conflicto derivado de la aplicación del Instrumento para la Gestación Subrogada, deberá ser resuelto por el Juez de lo Familiar.

TÍTULO CUARTO

DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

CAPÍTULO ÚNICO

DEL CERTIFICADO DE NACIMIENTO DEL NIÑO NACIDO MEDIANTE LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 26. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico tratante en términos de la Ley de Salud para el Distrito Federal.

Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Distrito Federal respecto al certificado de nacimiento y relativas a la madre o a su identidad, se entenderán referidas a la persona o personas solicitantes, en su caso.

El parentesco y filiación entre él o los niños nacidos por Gestación Subrogada y la persona o personas solicitantes de esta práctica son los que surgen por consanguinidad conforme al artículo 293 del Código Civil.

Artículo 27. Los efectos de la Gestación Subrogada son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto.

TÍTULO QUINTO

DE LA NULIDAD, DAÑOS Y PERJUICIOS Y SANCIONES DEL INSTRUMENTO

PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA NULIDAD DEL INSTRUMENTO PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 28. Es nulo el Instrumento para la Gestación Subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;

II. No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley;

III. Se establezcan cláusulas que atenten contra la dignidad de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño o niños nacidos como consecuencia de la Gestación Subrogada, y

IV. Se establezcan cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

Artículo 29. Los supuestos de nulidad a los que se refieren el presente capítulo, se sujetarán a lo establecido en el Título Sexto del Libro Cuarto del Código Civil.

La declaratoria de nulidad del Instrumento para la Gestación Subrogada, no causa efectos respecto a los derechos de filiación entre la persona o personas solicitantes y el o los niños que nazcan como consecuencia de la Gestación Subrogada.

Artículo 30. La persona gestante tendrá derecho al pago de gastos médicos, por parte de las personas solicitantes, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal; La persona gestante estará legitimada para ejercitar todas las acciones civiles antes los Tribunales del Distrito Federal si existe incumplimiento por parte de las personas solicitantes. Para efectos del presente artículo presentará la constancia médica respectiva expedida por la Secretaría de Salud para su valoración por parte de las autoridades correspondientes.

Artículo 31. El Instrumento para la Gestación Subrogada es nulo cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de las personas solicitantes o de la persona gestante; en su caso, la persona que haya sufrido tal vicio del consentimiento, presentará las denuncias correspondientes.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL INCUMPLIMIENTO DE INSTRUMENTO PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 32. El Instrumento para la Gestación Subrogada podrá ser revocado por la persona o personas solicitantes, o la persona gestante, antes de cualquier transferencia de embriones humanos. De la revocación nacerá el derecho de pago de daños y perjuicios.

Artículo 33. En caso de que la persona o personas solicitantes, o la persona gestante incumplan con el Instrumento para la Gestación Subrogada, están obligados a pagarlos daños y perjuicios que causen por su incumplimiento.

CAPÍTULO TERCERO

DE LAS SANCIONES EN RELACIÓN AL INSTRUMENTO PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA

Artículo 34. Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la transferencia de embriones humanos sin el consentimiento de las partes que intervienen, siendo aplicables las penas que establece el Código Penal.

Artículo 35. La persona o personas solicitantes, o la persona gestante que pretendan obtener un lucro en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de las personas que intervienen en la práctica establecida en la presente Ley, el o los niños nacidos como consecuencia de la Gestación Subrogada, o que no cumplan con lo convenido en el Instrumento para la Gestación Subrogada le serán aplicables las disposiciones que establece la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito

Federal, además de las responsabilidades civiles y penales que resulten.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal.

Gaceta Parlamentaria de la A.L.D.F. 21 de marzo de 2010. Núm. 052. Año 01

Segundo Ordinario, Primer Año de Ejercicio. Pág. 77.

SEGUNDO.- La Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Gobierno del Distrito

Federal, expedirá, en un plazo máximo de 60 días, el Instrumento para la Gestación Subrogada a que se refiere el artículo 18 de la presente Ley.

TERCERO.- La Asamblea Legislativa del Distrito Federal realizará, en un plazo máximo de 90 días, las modificaciones y reformas necesarias a la legislación local respectiva para su armonización con las disposiciones de la presente Ley.

CUARTO.- La Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobará los recursos necesarios para la aplicación de las disposiciones de la presente Ley.

5. PAÍSES DONDE ESTÁ PERMITIDA LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL, INCLUSO LA MERCANTIL.

Estados Unidos (en la mayoría de los estados, aunque la legislación varía de un estado a otro), República Sudafricana, Ucrania. De acuerdo con las nuevas leyes ucranianas, los padres biológicos del niño gestado por una madre portadora se reconocen automáticamente como padres del mismo, sin que se requiera el consentimiento de la madre de alquiler.

6. PAÍSES DONDE SÓLO ESTÁ PERMITIDA LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL NO MERCANTIL.

Australia, Gran Bretaña (se pueden cubrir los gastos corrientes de la madre de alquiler), Dinamarca (con serias limitaciones), Israel, España, Canadá, Países Bajos (quedan prohibidas la publicidad del alquiler de vientres, las ofertas de los servicios de madres de alquiler y la selección de estas últimas), algunos estados norteamericanos (New Hampshire, Virginia).

7.-PAÍSES DONDE LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL QUEDA PROHIBIDA.

Austria, Alemania (la responsabilidad recae sobre los médicos y mediadores y no sobre los padres y la madre de alquiler), Noruega, Suecia, algunos estados norteamericanos (Arizona, Míchigan, Nueva Jersey), Francia.

8. PAÍSES DONDE LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL NO SE ENCUENTRA REGULADA EN LA LEY PERO SE PUEDE REALIZAR.

Los países de mención son: Bélgica, Grecia, Irlanda, Finlandia.

CAPÍTULO QUINTO

DISTINTOS ASPECTOS EN TORNO AL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE

1. BIOÉTICA Y DERECHO.

El humano, a lo largo de los tiempos, con el desarrollo de sus capacidades tecnológicas ha impactado su diario vivir en múltiples formas, al facilitar algunos procesos y al complicar otros, pero algo que desde tiempos inmemoriales ha rondado en sus mente es la idea del bien y el mal. Aún cuando la visión de es el bien y qué es el mal se ha modificado, estos conceptos están íntimamente ligados a la utilidad, aceptación y continuación de cada proceso humano. Por lo antes expuesto, considero como inminente, el integrar puntos de vista diversos sobre el proceso denominado maternidad gestante, su empleo, subsistencia y aceptación o desaprobación en los diversos ámbitos en los cuales puede impactar socialmente y sin lugar a dudas, tendrá un peso relevante para la legislación del tema. Legislación a su vez directamente ligada a la moral personal y se reflejará en la moral colectiva e inevitablemente nos lleva a reflexionar sobre la ética de nuestros actos. La etimología del vocablo bioética proviene de las voces griegas *bios* y *ethos*, vida y ética. La disciplina de la bioética centra su atención en la reflexión de los conflictos éticos surgidos con el advenimiento de nuevas tecnologías auxiliares a las ciencias biomédicas. Por lo cual constituye una zona de interés común para biólogos, médicos, filósofos, sociólogos, teólogos y juristas.

En el desarrollo de la bioética han sido determinantes los vertiginosos avances en la ingeniería genética, los cuales han puesto de relieve controversias que eran inimaginables tan sólo hace unas décadas. De hecho, la reproducción sexual asistida suele ser uno de los primero aspectos regulados por los estados que se interesan en normativizar problemas de bioética, ya que remite frontalmente al agudo dilema de si lo que es técnicamente posible es éticamente justificable.

Los diversos y variados escenarios que aportan las técnicas de reproducción asistida constituyen el resquebraje de principios jurídicos tradicionales, particularmente en el área del Derecho de la Persona y las Familias. De ahí que las nuevas realidades representen un desafío a la imaginación del jurista, quien se ha visto en la necesidad de replantear algunas instituciones jurídicas clásicas. En tiempos recientes, lo anterior ha quedado ilustrado nítidamente en las instancias en las que la concepción viene precedida de un contrato de maternidad subrogada.

El artículo despeja algunas interrogantes acerca de la maternidad subrogada que han aflorado en el debate público en Puerto Rico, como consecuencia de la intensa atención que en el último tiempo los medios de comunicación le han conferido a la figura. Es por ello que el objetivo puntúa del presente escrito es allanar el terreno para aquellos que no están familiarizados con tan fascinante tema, de suerte

que provea las herramientas para la discusión informada de los espinosos dilemas que surgen en este ámbito.

Las siguientes líneas marcan con trazos gruesos una visión panorámica de los contratos de maternidad subrogada.¹³³

LÓPEZ FAUGIER en su artículo "Aspectos Legales y Éticos de la Maternidad Gestante" dice:

...por los diversos casos en los cuales se puede aplicar esa técnica, producto del avance de la ciencia, es que existe hoy en día una gran discusión. Primero, con relación a su permisión en el ámbito del Derecho; segundo, respecto a los supuestos en los cuales los sistemas jurídicos podrían excepcionalmente realizar su práctica a las personas infecundas que desean tener descendencia, fuera del proceso natural mediante este procedimiento médico. Ambos aspectos son sin duda muy discutibles, dado que generan importantes consecuencias jurídicas en materia contractual, en el área del Derecho Penal, en relevantes instituciones del Derecho de Familia, como son la filiación y el parentesco, y especialmente tienen impacto trascendente desde el punto de vista ético.

En mi particular visión, considero que aún cuando la maternidad gestante no está explícitamente prohibida en el Distrito Federal, tampoco se puede admitir su práctica de acuerdo con el contexto general de nuestro sistema jurídico, pues este tipo de negocios, pactos o acuerdos que celebran en otros países como Estados Unidos y Francia, son muy criticables para quien esto escribe.

El motivo de esta consideración se debe a que la implementación de la maternidad gestante opera bajo un sistema de contratos, mediante los cuales una pareja (o una persona soltera) contrata con una mujer, para que a título oneroso, le sea implantado en la matriz el embrión obtenido de las aportaciones genéticas de esa pareja (o como ya decía, puede coincidir que la madre gestante sea también quién aporte el óvulo para la obtención del embrión. posteriormente implantado) y lo desarrolle hasta su nacimiento, para *a posteriori* una vez nacido, lo entregue a la pareja o persona soltera solicitante.

De igual manera, no se debe perder de vista que en esta relación contractual generada, tanto la madre como el embrión primero y más tarde el menor, reciben indefectiblemente el trato de cosas. Así, la madre gestante es vista de esta forma, a través de la prestación de su útero, el embrión, aportado por la pareja o el resultante de la inseminación artificial, realizada con las aportaciones genéticas de la madre gestante y el miembro varón de la pareja o de un tercero, es otro objeto del contrato.

Ante estas reflexiones es evidente que en nuestra legislación un contrato relativo a la maternidad gestante no podría tener efectos jurídicos, e incluso sería nulo absolutamente. Cabe destacar que en este tipo de contratos se comercializa con el útero de la madre gestante, lo cual se encuentra prohibido con fundamento en el artículo 327 de la Ley General de Salud, que establece a la letra:

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

Igualmente lo fundamentado en el artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de "Control Sanitario" de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, ya que dicho precepto prohíbe cualquier acto de comercio de órganos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito. Entonces, además de estar frente a la violación de normas de orden público, también resulta que otro de los objetos del contrato como el útero materno, tampoco puede ser

¹³³ Labadie Jackson Glenda, Rev. cit., p. 1292.

objeto del mismo, pues de acuerdo con el artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, la cosa objeto del contrato debe estar en el comercio.

En tercer lugar, y precisamente porque los contratos relativos a la maternidad gestante son contrarios a los artículos 1794 fracción II, 1824, 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, 327 de la Ley General de Salud y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, se considera ilícito en términos del artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal. El cual dispone: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes, o a las buenas costumbres".

Ante estas circunstancias, como el objeto es ilícito, los contratos de este tipo son nulos, tal como lo establece el artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal, al señalar: "La ilicitud en el objeto, el fin o la condición del acto produce su nulidad". Y en este caso se trata de nulidad absoluta, porque dicha nulidad reposa sobre el supuesto de la violación de reglas de orden público y aunque el contrato produciría provisionalmente sus efectos, hasta en tanto no se pronunciara la nulidad judicialmente, la misma no desaparecería por la conformación del contrato.

Sin embargo, además de que el contrato sería nulo absolutamente, existe otra situación que conforme a nuestro Derecho sería intolerable en condiciones normales, e incluso daría lugar a la actualización de una conducta delictiva.¹³⁴

Me refiero al derecho de la madre gestante a concebir un descendiente y luego entregarlo a otra persona, pues normalmente cualquier persona en este supuesto sería objeto de una impugnación penal. Tal como lo determina el artículo 156 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual dispone a la letra:

"El que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla se le impondrá de tres meses a tres años de prisión, sin que resulte lesión o daño alguno. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de patria potestad o de la tutela".

Atendiendo a este precepto, una madre no podría dar a luz un descendiente y luego abandonarlo o entregarlo, estaría cometiendo un delito de abandono de persona, aunque de éste no resultara un daño

¹³⁴ E. g. Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto que pueda ser material el 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. Por su objeto, su motivo o fin sea ilícito; IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

A nuestro parecer estos artículos no prohíben la "MATERNIDAD GESTANTE", pero sí delimitan el campo de acción del multicitado contrato debiendo observarse en dos ámbitos público y privado, como es el caso del objeto, el cual es de orden público, mismo caso es el de la filiación, o los derechos reproductivos y demás cláusulas que se pueden establecer en el contrato de mérito que son de ámbito privado, siendo posible realizarse este contrato siempre y cuando no se contravengan los planteamientos esenciales como se expone en los siguientes casos:

Consentimiento.- Este requisito se manifiesta en el documento que las partes acudirán a realizar ante el fedatario, y que otorgaran bajo los supuestos de estar en aptitud para ello.

Objeto.- Nos indica que el menor no puede ser reducido a objeto del contrato, ya que una persona sólo puede ser sujeto de derechos no objeto de estos, lo que no es el caso de su gestación por lo que no pueda ser objeto de contrato, y más si observamos el artículo que menciona la doctora Faugier: Artículo 327.- Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se registrará por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito"

¹³⁴N. b. Claramente si observamos esta gestación comparte características con una donación según las características que exige la ley de Maternidad Gestante para el Distrito Federal.

Filiación.- Por su parte la filiación no es algo que se lucre o convenga, la ley la reconoce, esa es la fuente principal de la filiación y en sus tipos reconoce a su vez la que nace de la "intención" y la ley la reconoce como consanguínea, la cual ya hemos observado en los análisis del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal. Lo que sí es claro es que en vez de estar en presencia de un acto de ilegalidad contemplamos los efectos de una laguna jurídica causada por contradicción de normas. El objeto real de la contradicción de leyes es que no se clarifica los ámbitos de aplicación de las normas, "un error frecuente".

para el menor. En este caso, además de las penas privativas previstas de libertad, se le sancionaría con la pérdida de la patria potestad.

De igual forma, interesa destacar que los contratos de maternidad gestante configuran otros hechos delictivos, al tener dentro de su objeto la comercialización tanto del útero de la madre como del feto, tal como lo dispone el artículo 462 fracción II de la Ley General de Salud, al siguiente tenor:

"Se impondrá de seis a dieciséis años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a dieciséis mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate: Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos".¹³⁵

En otro orden de ideas, con relación al impacto de la maternidad gestante en instituciones del Derecho Familiar, como la filiación y el parentesco, cabe destacar que lo más relevante en estas instituciones será la imputación de la maternidad, pues debe precisarse si dicha imputación del nexo materno filial se hará privilegiando el nexo biológico o el bio-psíquico del embarazo, es decir con, la madre gestante.

En los países en que se permite la práctica de la maternidad gestante se privilegia el nexo biológico. Sin considerar también la importancia de los nexos bio-psíquicos creados entre el menor y la madre gestante creados durante los nueve meses del embarazo. Ya que si bien los códigos genéticos del menor son determinantes, también su futura personalidad está vinculada a la salud física y psicológica de la madre durante la gestación, influyendo por ejemplo, la buena alimentación y los trastornos emocionales de la gestante.

¹³⁵E. g. Artículo 335.- Al que abandone a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlos, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

Artículo 336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, o de 180 a 360 días multa; privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.

Artículo 156. Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la Obligación de cuidarla, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión si no resultare lesión o daño alguno. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad o de la tutela,

Artículo 158. Al que exponga en una institución o ante cualquier otra persona a un incapaz ¹³⁵de valerse por sí mismo, respecto del cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo, se le impondrá de tres meses a un año de prisión.

Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa ha de expósitos a un menor de doce años que esté bajo su potestad o custodia, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito.

No se impondrá pena alguna a la madre que entregue a su hijo por ignorancia, extrema pobreza, o cuando sea producto de una violación o inseminación artificial que se refiere el artículo 150 de este Código.

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 de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.

Artículo.-151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.

Artículo.-152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.

Artículo.-153. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.

El caso de la figura de abandono no creo que corresponda a la situación pues no se pone al menor en ninguna de los supuestos

Aunado a los graves aspectos contractual, penal y familiar señalados, existen importantes razones de tipo ético encontrados de la maternidad gestante. Existe la reflexión casi generalizada de que dicha técnica médica de procreación, fuera del proceso natural, atenta contra la dignidad de la persona, pues el descendiente no puede ser considerado una mercancía, ni ser objeto de comercio ni de contrato alguno, al tratarse de un ser humano.

Y en cuanto a la madre, se considera que constituye una distorsión deshumanizadora de la maternidad y promueve una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, porque la disponibilidad del Derecho subjetivo de ser madre, dentro de las relaciones jurídicas familiares impide contrato o transacción en esta materia y al ser un acto *intuite personae* debe ser indelegable.

De hecho, en 1983 el comité de Ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido se opuso a la práctica de estos métodos, argumentando los serios trastornos emocionales que pueden sufrir las mujeres sujetas a los mismos, al no poder predecirse de antemano sus actitudes respecto a los descendientes alumbrados por ellas e independientemente de cualquier sentimiento están obligadas a entregarlos.

Por ese motivo, el Consejo de Europa considera que en principio la maternidad gestante debe prohibirse, pero en el caso de insistir en su práctica, sólo podría permitirse en dos supuestos. El primero, cuando se realice sobre una base exclusivamente benévola, y en segundo lugar cuando la madre gestante tuviese la opción de quedarse con el menor una vez nacido éste, si así lo deseara. Dentro de este esquema es lógica la prohibición absoluta de establecer cualquier acuerdo según el cual la madre gestante se comprometa a renunciar al menor alumbrado por ella.¹³⁶

2. RIESGOS IMPLÍCITOS EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

Lo cierto es que la existencia misma de los procedimientos de ingeniería genética en cuanto a la importancia de la posibilidad real de experimentar con material genético humano, como los avances de las técnicas de fecundación artificial que permiten la fecundación y la conservación de óvulos fuera del organismo de la mujer, lleva a reflexionar sobre la vulnerabilidad de bienes jurídicos de máxima jerarquía como la aludida supervivencia de la especie humana o el derecho de cada hombre de ser único e irreplicable, a poseer un patrimonio genético inviolado y a preservar la privacidad de ese patrimonio. Tales reflexiones surgen incontenibles al recordar que es una realidad, si bien en especies inferiores, la posibilidad de obtener un organismo viviente genéticamente idéntico a otro. Este procedimiento, denominado clonación o clonado, en teoría es viable para su implementación en la especie humana, siendo por el momento aplicable exclusivamente por razones técnicas.¹³⁷

“Similares reparos merece la producción de quimeras. En la mitología reciben tal nombre animales monstruosos compuestos de elementos corporales de distintas especies. En el campo de la ingeniería

¹³⁶ López Faugier Irene, Rev. cit. pp. 23 a 28.

¹³⁷ Conf. Ayala, Francisco J., La biotecnología y el futuro de la especie humana, “Revista del centro de estudios Constitucionales, en Madrid 1986. p. 225; Mantovani, Fernando, problemas penales de la manipulación genética, “doctrina penal”. pág 228: Rodríguez delgado, José, M.: El nacimiento lento de los seres humanos. El artificio del hombre, en “Innovaciones científicas en la reproducción humana”, Primer congreso nacional de Bioética, 15-17 de mayo de 1986, Valladolid, editorial San Esteban, Salamanca, 1987, p. 36. En: Martínez Estrella Maris, óp. cit., p. 38.

genética se reserva esa denominación para las variaciones genotípicas que afectan sólo a las células somáticas".¹³⁸

Ampliando el concepto se incluye la creación en laboratorio de híbridos integrados por material genético de especies diversas, entre esas especies puede encontrarse lógicamente la humana.

"Son conocidos los experimentos en tal sentido llevados a cabo en Estados Unidos, donde se logró conservar seis meses un híbrido, producto de combinar material celular humano con células de ratón; en cada híbrido exitoso desaparecía la mayor parte de los cromosomas humanos (no todos) prevalecieron los de ratón, pero, si bien ninguno de tales engendros alcanzó forma corporal, lo cierto es que el material celular híbrido tenía vida".¹³⁹

La magnitud de estos avances demuestra la posibilidad de llevar a cabo programas de eugenesia activa, en los cuales mediante manipulación genética se define el sexo, el color de los ojos o la contextura física de los individuos por nacer. Es más no es desacreditado imaginar la selección hipotética de un individuo perfecto, según los cánones culturales vigentes en determinado momento histórico, y la subsecuente producción, mediante clonación de individuos en serie, idénticos al modelo. O por el contrario, suponer la creación de seres de bajísimo nivel intelectual pero dotados de extraordinaria fuerza física, a los que se destine a la realización de las tareas más rudas. Profundizando el análisis y descartando todo reparo ético, nada quita que con la capacidad económica suficiente se creen conglomerados de tejidos vivos destinados a servir como eventuales bancos de órganos, genéticamente idénticos al patrimonio celular del que aporta el esquema cromosómico a clonar.

El cuadro descrito reclama una serie de reflexiones sobre el tema, ponderando los valores y objetivos en conflicto se marcan las pautas con las que médicos e investigadores deberán desarrollar su tarea. Pautas que sin vulnerar la libertad de ciencia e investigación, ni impedir la creación de novedosas terapias, ofrezcan debida salvaguarda a los bienes jurídicos fundamentales que haya en juego.

A decir de Albín Eser: "No puede tratarse aquí de dar pábulo a una inocente enemistad frente a la tecnología, si no de asegurarse de los posibles riesgos y correspondientes precauciones, antes de que nos deslicemos sin darnos cuenta hacia avances científicos que puedan mostrarse como un camino sin retorno".¹⁴⁰

3. MERCANTILIZACIÓN DEL HOMBRE.

Cuestión crucial en la determinación sobre el empleo o no de este método será el que se le considere gratuito o se permita la actividad mercantil de este servicio. Se pueden encontrar argumentos en defensa de las dos posiciones, pero cómo determinar qué es lo más conveniente para llevar a cabo esta técnica, que abiertamente se permita una remuneración que sea regulada, o prohibir el pago calificando de este

¹³⁸ Conf. Glosario del Primer Congreso Nacional de Bioética celebrado en Valladolid (España) entre el 15-17 de mayo de 1986.

¹³⁹ Cfr. Granfiel, David: *The abortion decision*, Rev. Ed., Garden City, N.Y., Doubleday, 1971, p. 36.

¹⁴⁰ Eser Albín, genética, Gen- Ética, Derecho Genético. Reflexiones político- jurídicas sobre la actuación de la herencia humana., Revista "La Ley", año VII, n. 1937, Madrid, 1986.

tipo de contratos de índole meramente caritativo y regulándolos de un modo poco ortodoxo para intentar equilibrar en Derecho a las partes, claro que esto no garantiza evitar el cobro.

4. DE LA TRATA DE PERSONAS, TRÁFICO DE PERSONAS Y LAS FÁBRICAS DE NIÑOS.

Un punto no expuesto frecuentemente en contra del desarrollo de estas técnicas son las cuestiones referentes a la trata de personas, antes conocida como trata de blancas¹⁴¹. Esto debido a que los derechos humanos antes no tutelaban el Derecho de las personas que no eran de raza caucásica, no reconociéndoles el estatus de personas y por lo tanto no teniendo derechos.

En nuestro país el tráfico de personas y la trata de las mismas, en este momento histórico, es uno de los más graves y lacerantes problemas a resolver; las mafias operan con el respaldo de las autoridades haciendo prácticamente imposible su solución.

De acuerdo con la Oficina de las Naciones Unidas para el control de las Drogas y la Prevención del Delito (ONUDD) y el Reporte de Trata de Personas del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, México está catalogado como fuente, tránsito y destino para la trata de personas para los propósitos de la explotación sexual comercial y del trabajo forzado. Los grupos considerados más vulnerables para la trata de personas en México incluyen a mujeres y niños, personas indígenas y migrantes indocumentados.

Según el gobierno, más de 20,000 niños mexicanos son víctimas de la explotación sexual originada por la trata cada año, especialmente en zonas fronterizas y turísticas. La mayoría de las víctimas tratadas en el país son extranjeras, especialmente para la explotación sexual comercial son provenientes de América Central, particularmente Guatemala, Honduras y El Salvador. La mayoría para tránsito, en el camino a los Estados Unidos y, en un grado inferior, a Canadá y a Europa occidental.

Otro problema es el turismo sexual infantil, que continúa creciendo en México, especialmente en áreas tales como Acapulco y Cancún y ciudades nortteñas de la frontera como Tijuana y Ciudad Juárez. Los turistas extranjeros llegan a menudo de los Estados Unidos, de Canadá, y de Europa occidental. De acuerdo con el diagnóstico (*Human Trafficking Assesment Tool*) realizado por la *American Bar Association* (ABA) en México, se han detectado 47 bandas dedicadas a la trata de personas sexual y laboral, también se ha documentado que las entidades con mayor riesgo de que se cometa este ilícito son el Distrito Federal, Baja California, Chiapas, Chihuahua, Guerrero, Oaxaca, Tlaxcala y Quintana Roo.

¹⁴¹ N. b. Como dato cultural este término tiene un componente de racismo, pues antes sólo las mujeres blancas tenían ciertos derechos por los que se les reconocía como humanos y dado que toda mujer que no era blanca no tenía derechos por consecuencia no podía definirse como trato sólo se mercaba con la reducción de mujeres a un símil de objeto.

En México, de 2005 a 2008, se han detectado más de 300 casos de trata de personas. Se tiene conocimiento que 22 eran extranjeros y fueron apoyados por el Instituto Nacional de Migración (INM) para regular su estancia en el país por su condición de víctimas de trata de personas. En lo referente al ejercicio legislativo, en 2007 se promulgó la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas y su reglamento a nivel federal, publicado en febrero de 2009. También en 2009, 22 estados mexicanos y el Distrito Federal decretaron reformas en su código penal, que tipifican algunas formas de trata de personas, y únicamente el Distrito Federal y Chiapas cuentan con leyes específicas sobre la materia.

En lo que atañe a la acción judicial, la fiscalía especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y la Trata de Personas (FEVIMTRA), dependiente de la Procuraduría 2, derivaron en denuncias penales. También los organismos públicos autónomos y las organizaciones no gubernamentales están realizando acciones concretas con la finalidad de combatir el delito y de atender a las víctimas de la trata de personas. La Comisión Nacional de Derechos Humanos instaló en septiembre de 2009 el Observatorio Nacional contra la Trata de Personas e igualmente estableció el Programa Nacional contra la Trata de Personas en 2007, dentro del cual estableció varios Comités Regionales, quienes mediante un equipo interinstitucional e interdisciplinario, atienden el delito en varias regiones del país. Varias organizaciones como ECPAT y CEIDAS también están unidas en la lucha para erradicar este delito

Otro caso que me gustaría resaltar es una modalidad inhumana conocida como la fábrica de perros, en la que hago énfasis por lo análogo que puede resultar en humanos. Esto que se ha llamado fábricas de mascotas, o en su modo más extendido la fábrica de perros, no son más que granjas o criaderos de animales a los cuales se les tiene confinados, con el único fin de procrear para la comercialización. Sin embargo, las condiciones de irrespeto a la vida animal, el hacinamiento insalubre y los malos tratos son las características fundamentales de estos giros. Se encuentran bajo condiciones que al verlas desgarran las fibras más sensibles de nuestra humanidad por el daño causado a esos animales. Estos casos presentes en nuestra sociedad son exaltados por la falta de seguridad jurídica que se sufre hoy en día.

"Es indispensable que estas realidades, que diariamente impactan, sean contempladas al realizar la labor legislativa previniendo problemas existentes y evitando crear nuevos. Se considera que la mejor forma de prevenirlas es el conocimiento pleno de cómo operan los grupos dedicados a estas actividades ilícitas".¹⁴²

¹⁴² www.tratadepersonas.com.mx/tratamx.html

5. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN JURÍDICA MATERNA.

A).PRINCIPALES ASPECTOS EN LA PROBLEMÁTICA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD SURGIDA DEL MÉTODO DE MATERNIDAD GESTANTE.

¿Qué criterio es el más apto para ser considerado directriz? Para determinar quién será considerado el padre del menor, en la siguiente exposición presento los pros y los contras de cada punto, así como el análisis de sus factibilidades con una comparativa actual.

Artículo 340. La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

Artículo 341. A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.

Artículo 343.- Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I.-Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;
- II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
- III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361

"Constituye una realidad científica y tecnológicamente rebasada que en el proceso de concepción la mujer gestante tenga que inevitablemente ser la misma que aporte el óvulo. Hoy día, la aportación del gameto femenino (maternidad genética), la gestación (maternidad de gestación) y la atribución de la función jurídico-social de la madre (maternidad jurídica) pueden corresponder a diferentes mujeres. Antes de que ello fuera posible, la determinación de maternidad era virtualmente inexpugnable por que la preñez que se manifiesta física y externamente. De ahí, el arraigo, principio de Derecho Romano que establece que "*mater Semper certa est*" (la madre cierta siempre es), asigna la filiación jurídica materna

con base en el parto con el advenimiento de nuevas técnicas asistidas de procreación, se desvanece la relativa facilidad con la que antes se establecía la filiación jurídica materna".¹⁴³

"Métodos de reproducción humana asistida que generan filiación artificial- Consideraciones sobre la maternidad subrogada"-conforme a lo explicado anteriormente, sólo los métodos de reproducción asistida por terceros generaran filiación jurídica artificial. Algunos de dichos métodos son la inseminación artificial heteróloga- En la que un especialista deposita semen de un tercero en los genitales internos de la mujer- y la aportación de óvulos.

Otro método que ha generado gran interés es el de gestación subrogada, consistente en que la mujer aporte su útero para gestar un ser humano. RODRÍGUEZ LÓPEZ "explica existen diversas modalidades de dicha técnica: para efectos de nuestro estudio destaca la gestación subrogada total y parcial.

En palabras de la citada autora, la gestación subrogada es total cuando implica que la mujer contratada sea inseminada aportando sus propios óvulos" y es parcial cuando "la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado *in vitro* que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante."

En doctrina existe mucha polémica en torno a la naturaleza del acto por el que una mujer se obliga a gestar un ser humano así como a la posibilidad que perciba una remuneración por dicho concepto...

Consideramos que cuando la gestación subrogada sea parcial existirá filiación jurídica natural entre quienes aportaron las células germinales respectivas y el producto de la concepción, mientras que - sí aportó el gameto correspondiente con el fin de asumir la paternidad y artificial respecto de la mujer que solicitó los servicios de la gestante.

En términos del artículo 293 antes estudiado, la filiación se establece directamente entre quienes "procuraron" el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores y el producto de la concepción. Consecuentemente, la gestante en ningún momento entablará parentesco con el concebido, ni siquiera cuando hubiere aportado sus óvulos, Si la madre subrogada aporta las células germinales necesarias para la reproducción, guardará vinculación biológica con el concebido pero no jurídica, en virtud de que existe una disposición legal que así lo ordena.

Parte de la Doctrina ha expresado que si la gestante esta unida en matrimonio o concubinato, serán aplicables las presunciones estudiadas en el capítulo anterior, por lo que la filiación con el producto de la concepción quedaría establecida entre la gestante y su marido o concubino. Discernimos del criterio indicado, ya que conforme a lo expresado en el párrafo anterior, la presunción de filiación ni siquiera es aplicable en dicho supuesto, debido a que el referido artículo 293 lo impide tanto por ser regla especial a las mencionadas presunciones como por ser norma posterior a las que prevén estas.

Desde el punto de vista práctico pudiera ocurrir que la gestante incumpla el acuerdo entablado con quienes solicitaron su asistencia y registre a la persona que dio a luz como hijo suyo, al amparo de una apariencia de legalidad, En dicho supuesto opinamos que quienes deben ser considerados progenitores, conforme al mencionado artículo 293, podrían ejercer la acción de contradicción correspondiente.

a).Intención de las Partes.

¹⁴³Labadie Jackson Glenda, Rev. cit., p. 1303.

“El referido criterio fue determinante en algunos casos en los que no existía vínculo genético entre la criatura y la portadora del embrión, lo que evidentemente desembocó en dictámenes judiciales de paternidad o maternidad a favor de la persona o pareja comitente. Algunos tribunales han rechazado dicho criterio por el fundamento de que reconoce muy poco crédito al elemento genético y al de gestación”.¹⁴⁴

Este criterio en Derecho Mexicano es vago, pues podemos observar que hay dos tipos de intención: la finalidad de una norma, y la del actuar de las partes utilizando la ley para un fin en el ámbito particular del Derecho. La primera atribuye igualdad de derechos a los hijos sin observar la situación matrimonial de sus progenitores, lo que en el caso expuesto, no es causa de cuestionamiento, más bien la cuestión es quién debe ejercer la custodia legal del menor y el argumento central se sostendría entre la autonomía de la voluntad de las partes y la intención al realizar el contrato pues es bien explícito el fin del mismo el que una pareja ayudada por un tercero obtenga un descendiente al ser gestado por éste último (autonomía de la voluntad de las partes). La voluntad también debe tomarse en cuenta pues la ley debe tener la intención de atribuir la calidad de hijo a los menores nacidos de estas circunstancias, cuestión cumplimentada en la redacción del siguiente artículo:

Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.¹⁴⁵

"Otra crítica frecuente a la aplicación del criterio de la intención de las partes es que frecuentemente se descarta el análisis de si la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad están sustancialmente reducidas o son virtualmente inexistentes, por la posible situación de desigualdad económica, e incluso psicológica, en la que podría encontrarse una de las partes contratantes".¹⁴⁶

¿Esto se puede conceptualizar como lesión? preguntaría yo. De ser así, qué métodos se deben llevar a la práctica para prevenir el caer en situaciones así. Se debe confiar en un experto en materia jurídica, solución al caso sería la intervención notarial, acudiendo a la realización de este contrato como una garantía institucional y basado en los principios contenidos en artículos como 12, 13, 14, 15 y 15 BIS. 26,

¹⁴⁴ibídem.

¹⁴⁵N. b. Cuestiones como la retención del menor por parte de la gestante, el derecho a ello la exigibilidad de un contrato, también contrarían principios de derecho así quedan poco resueltos ya que los artículos que tratan la cuestión se basan en presunciones que tienen más de dos mil años en uso, por eso es tan importante la intención para determinar quién debe tener derechos sobre el menor, es por ello que la ley al definir la filiación aplica normas especiales a circunstancias especiales confirmando el criterio de autonomía de la voluntad de las partes con el criterio genético.

¹⁴⁶ Labadie Jackson Glenda. Rev. cit., p. 1304.

27, 30, 32, 33 y 42. Así como los demás artículos relativos en la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en el código civil para el Distrito Federal etc.

También importante es la definición de si las cuestiones reproductivas deben ser de índole privadas o se está en presencia de un derecho público y por ende siempre social de primera mano.¹⁴⁷

MENDOZA C., en su libro "*La reproducción humana asistida*", nos habla del pre embrión, una categoría dentro del desarrollo del producto de una concepción, y que al ser genérica es aplicable al caso de la Maternidad Gestante. "Para algunos el embrión merece respeto absoluto desde el momento mismo de la concepción".¹⁴⁸ "Para otros en cambio los derechos del embrión se matizan en función del momento evolutivo en que se encuentre".¹⁴⁹ No obstante, podemos encontrar posiciones más radicales, por ejemplo la que considera que el embrión no posee derecho alguno hasta en tanto no haya llegado al estado de feto.

Efectivamente, la mayoría de los que han abordado este tema lo hacen desde una posición radical, para unos el embrión es persona, para otros es cosa. En la primera hipótesis, el embrión es sujeto de derechos de igual manera que lo puede ser una persona adulta, y en la segunda carece absolutamente de derechos. El problema de estos planteamientos es creer que sólo existen dos extremos opuestos e inconciliables. Esto tiene su origen en la división civilista tradicional entre personas y cosas.

"Desde la óptica civil, todo lo que no es persona es necesariamente cosa, lo que a nuestra opinión, y dados los avances científicos, ya no puede ser así".¹⁵⁰

Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

Este artículo parece decirnos: " la maternidad gestante no es factible al no poder haber convenio entre las partes que la filiación" es algo que la misma ley determina. Sin embargo ¿realmente lo determina? El parámetro es anacrónico ya que uno de los problemas que pretende dilucidar sobre quiénes deben ser reconocidos como padres se determina jurídicamente con base a la intención de las partes a las que se les atribuye suma importancia, dando respaldo a la capacidad del sujeto para ejercer sus derechos y asumir sus obligaciones. Misma cuestión sucede al prohibir la maternidad terminaría graduando la capacidad o sería similar a reconocer la capacidad de todos de negar la capacidad para contratar en el ámbito reproductivo (se graduaría la capacidad de todas las personas) sería como negar la madurez personas para asumir derechos y obligaciones.

¹⁴⁷V. gr. Creo que en este caso se puede tomar como base un criterio cronológico para que las partes decidan en el ámbito privado siendo tomado bajo tutela del Estado al transcurrir el tiempo de gestación de doce semanas como en el caso del aborto.

¹⁴⁸ López Barahona et Mónica. La clonación humana: en *La reproducción Humana Asistida*, Héctor A. Mendoza C. ed. Fontamara. P. 59.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 59.

¹⁵⁰ Mendoza C. Héctor A., *La reproducción Humana Asistida*, edit. Fontamara., p. 59.

Otro aspecto en la voluntad de las partes es, como mencionamos en párrafos anteriores, los casos de filiación devenida del contrato de maternidad gestante, no sólo la voluntad de los procuradores es gestar al producto sino que la misma gestante tiene una voluntad unívoca, y ésta expresa terminantemente su ánimo para gestar al hijo de otro. Lo que se sustenta con la capacidad de ejercicio presupuesto especial que deberá cumplir cualquier mujer que decida ser partícipe de este tipo de contrato.

b).Casos De Adopción y Maternidad Gestante.

¿Permiten analogía algunos artículos y sus presupuestos según la lógica jurídica? Si observamos desde otro punto de vista, una mujer soltera se somete por motivos personales a un procedimiento de inseminación *in-vitro*. Todo comienza con una intención o voluntad, consecuentemente con la anterior voluntad se conjunta la de un sujeto donante de su célula reproductiva, aceptando renunciar a los derechos filiales deberían existir con el menor proveniente del reconocimiento de la ley al vínculo genético. Qué tan distinto sería si dos adultos por medio de contratos expresaran su voluntad, uno de ellos renunciando a sus derechos reproductivos en pro de los derechos reproductivos de otro en un acto meramente caritativo, no perjudica al menor y la ley reconoce válido según dice la transcripción literal del artículo 293:

“...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...”

Después de observar la expresión respecto al hombre que puede atribuirle la misma importancia o no al hecho de formar vínculos genéticos y afectivos, legales, familiares, pero sobre todo una vida junto a su retoño, permitimos que renuncie a éste por mera expresión de la voluntad. ¿Por qué no permitimos a la mujer hacer lo mismo al gestar un hijo destinado desde su concepción por mera expresión de la voluntad?, con todo lo que eso conlleva al ser criado por una madre distinta a la de su alumbramiento.

c).Criterio Genético.

La vinculación genética entre el menor y la comitente donadora el óvulo para la fertilización *in vitro* también ha sido un criterio utilizado para resolver el tipo de conflicto referido. El criterio genético tampoco está exento de críticas. La más frecuente apunta a la posibilidad de invocar idéntico criterio en aquellos casos en los que los donantes de los gametos, sean óvulos o espermatozoides, no correspondan al padre o a la pareja comitente.

“...También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter

de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida. En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo...”

Si lo anterior la ley permite renunciar a la paternidad mediante la aprobación de un vínculo genético a los donantes de células reproductivas, como en el caso comentado en el criterio anterior, observaremos hay un presupuesto especial: la facultad de ejercicio de un individuo renunciando a sus derechos con un menor producto de su genética (esto solucionaría al ser aplicado al contrato de maternidad gestante, la subrogación de derechos filiales por expresión de la voluntad pues no reconoce la ley los derechos del donante).

d).Vínculo Gestacional.

“Algunos tribunales han dictaminado que el parto es el hecho determinante, independientemente de lo que las partes hayan pactado en el contrato de subrogación, o de cuál haya sido la intención inicial de las partes. Los que abogan por este criterio otorgan énfasis al enlace particular que surge entre la gestante y la criatura durante el periodo de gestación”.¹⁵¹

El referido criterio puede desembocar en una visión inconsistente que exija que la filiación materna se determine en base al parto y filiación paterna con base al componente genético. Un argumento que juega en contra de este criterio, como criterio efectivo para determinar la filiación, sería la adopción de un menor por la irrelevancia de la gestación para la ley al equiparar los derechos del adoptado con los del hijo gestado.

e).El Bien Superior del Menor.

Algunos tribunales, al resolver el dilema en cuestión, han aplicado el arraigo al principio del mejor interés del menor, factor que clásicamente protagoniza las determinaciones judiciales que afectan a los menores de edad. Dicho criterio, el cual toma en cuenta quién es la mujer mejor cualificada para satisfacer las necesidades del menor, ha sido criticado porque de manera ordinaria las madres no están sujetas a validar su aptitud para serlo, a menos que surja una disputa de custodia o que se alegue afirmativamente su incapacidad para ello. Además sería complejo poder determinar en un tribunal cuál es la mejor

¹⁵¹ *Ibidem*.

situación para el menor, ya que este criterio es claramente visible cuando alguna de las partes tiene una vida turbulenta. Sin embargo, cuando las partes tienen vidas estables el criterio económico no llega a sustentar cuál es la mejor situación para un menor y su desarrollo en familia.

6. CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE... ¿DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?

La siguiente es la transcripción es una aportación desde el punto de vista femenino, distinto al expuesto por LÓPEZ FAUGIER, el cuál debo confesar no hubiese podido ni imaginar su planteamiento. La lectura de la exposición siguiente me revela su entendimiento como una voz que se alza respecto a la cuestión volitiva del embarazo, los vínculos genéticos o los generados durante la gestación, ¿cuales son más importantes? La capacidad libre y espontánea de la mujer de contratar o de dejar a elección de cada individuo cuestiones como las del contrato de maternidad gestante.

Otro argumento poderoso es el vertido entorno es hasta qué punto incumbe al Derecho Público regular este tipo de contratos convirtiendo la capacidad de la mujer en una capacidad disminuida o graduada como la de un menor emancipado. Así mismo, de permitirse la práctica de estos contratos, qué medida de protección se pondrán para tutelar las garantías de las partes haciendo coincidir lo ético y lo jurídico. Todo esto previo a mediar la definición de cuestiones como la filiación, requisitos de salud básica, alimentos, procedimientos médicos pre y pos parto, terapias, licitud del objeto mediante la definición del mismo, retención del menor, aborto, rescisión del contrato, responsabilidad civil, sólo por ejemplificar un pequeño pedazo del panorama venidero con los avances de la tecnología. Es comprensible el punto de la exponente, no juzgo bueno o malo, sólo analizo lo más objetivamente posible, pues en momentos confusos parece salir en defensa de la voluntad femenina como si el tema hubiera sido tratado unilateralmente por los hombres e incluso impuesto en su regulación.

7. LIBERTAD FEMENINA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS.

A).EL CONTRATO SEXUAL.

Un presupuesto fundamental de la argumentación de SHALEV es la valencia libertadora del contrato. Después de un eclipse de siglo y medio, la filosofía política y jurídica liberal recientemente ha redescubierto el contractualismo y ha buscado nuevamente los presupuestos de legitimidad de la convivencia civil y del ordenamiento político y jurídico. La argumentación de SHALEV puede situarse en este contexto cultural e intelectual.

Tanto en la tradición clásica como en la más reciente, el contrato es el fruto del conjunto de la libertad individual y de la obligación política. A través del contrato, los individuos pasan del estado de naturaleza a la sociedad civil pactando los vínculos a los cuales se obligarán, siendo imperativo entre ellos que lo no pactado no puede ser vinculante. Las objeciones principales al contractualismo, de la parte marxista y

más genéricamente socialista, tienen que ver con la presunción de la igualdad formal que esconde y perpetúa la desigualdad sustancial. El ejemplo fundamental es el del contrato de trabajo, que supone la igualdad de las partes: el trabajador que vende su fuerza de trabajo a cambio de un salario por parte del comprador; el capitalista, por el contrario esconde y perpetúa la desigualdad de condiciones que constriñe como más le convenga. Aún cuando pareciere que el contrato basta para regular a las partes, el marxismo objeta que siempre hay una parte más débil en este ejemplo, el empleado.

Muchas feministas han adoptado una óptica análoga al analizar el matrimonio. El matrimonio se presenta como un contrato entre iguales en el que se entra por libre elección, aunque en realidad muy por el contrario, la elección femenina es obligatoria dada la condición de inferioridad social, económica y cultura de las mujeres que el matrimonio mismo oculta y perpetúa.

PATEMAN critica el contractualismo clásico, al igual que el neo-contractualismo contemporáneo desde otra vertiente: el contrato constituye una relación de subordinación. El contrato social oculta y se hace posible a través de un contrato sexual del que se desconoce su naturaleza y su valencia política.

El contrato, dice PATEMAN, es la forma no sólo de dar legitimidad a la subordinación de las partes, supuestamente libres e iguales a una autoridad, sino también es el modo de constituir la moderna subordinación de las mujeres a un derecho ya no paterno, o sea fundado (mejor legitimado) en la autoridad del padre (por tanto, sobre el estatus de padre), aunque siempre masculino, en tanto que "fraterno".

La cuestión se traslada del problema de la desigualdad al de la subordinación. Relegado a la esfera privada, este contrato sanciona y regula el acceso de los varones a las mujeres (a sus cuerpos) bajo la forma de contrato matrimonial, de contrato de prostitución, etc.¹⁵²

B).ELECCIONES TRÁGICAS.

Una y otra madre se pone de acuerdo con el fin de que la primera lleve en su seno hasta el parto el óvulo fecundado por la segunda. ¿Quién debe ser considerada jurídicamente la madre de la niña que nace?

Algunas dicen: "Depende del acuerdo". Si las dos mujeres deciden libremente que la niña sea la hija de la segunda, la ley no puede más que ratificar la decisión. De igual manera, obviamente, si el acuerdo previera que la niña fuese hija de la primera.

¿Qué ocurre, sin embargo, si una de las dos cambia de opinión en el periodo del embarazo o después del nacimiento? Jurídicamente se deben simplemente reconocer las voluntades tal y como se han expresado en el acuerdo. ¿Qué voluntades cuentan, las expresadas en el momento de la concepción y de la implantación del óvulo fecundado o las manifestaciones que tienen lugar más tarde? En otras palabras, ¿la mujer que no cambia de opinión puede encontrar tutela en la ley?

¿Se complica o no el caso cuando el acuerdo es estipulado entre dos mujeres a través de un auténtico contrato que establece una compensación para la mujer que lleva a término el embarazo o para la que cede el óvulo? ¿Quién tiene la capacidad para contratar, las solteras o las mujeres que tienen una pareja que consiente?

O sea, ¿estos contratos son admisibles, inevitables, necesarios, o bien son inadmisibles y se deben encontrar otros modos para dirimir jurídicamente las cuestiones que nacen de las nuevas tecnologías reproductivas? Y en este caso, ¿en qué principios deben inspirarse los otros modos?

¹⁵²Pitch Tamar. Un derecho para dos, Libertad Femenina Y Nuevas Tecnologías Reproductivas, Edit.Trotta, 2003., p. 40.

¿Quiénes son los sujetos implicados?, ¿de qué sujetos, intereses, bienes puede y/o debe el Derecho hacerse cargo?

Dice Bárbara Duden (1994) que si hay algo que llama la atención hoy en día en el debate público acerca del embarazo, parto, maternidad es la desaparición de los sujetos. El feto se ha convertido en la sacralidad de la vida, la madre es un sistema de abastecimiento del feto. En nuestro proyecto de reforma del código penal, lo que afirma Duden, se encuentra incluso potenciado. Entre los nuevos delitos que allí aparecen, destacan los que se cometen contra la dignidad de la gestación, etc.¹⁵³

La primera de las reflexiones que encontramos es la forma en que el Derecho debe tutelar el embarazo y el parto, si este debe dejarse a elección de quién, y qué cosas deben estar subordinadas a la facultad volitiva del ciudadano que recibe un toque con visión femenina.

El planteamiento de los intereses que pueden ser los que definan la forma en que se desarrollará el Derecho reproductivo en nuestro futuro cercano, la regulación que nuestro código civil tiene con respecto al Derecho reproductivo, y la poca claridad de los principios rectores de estas actividades, han generado debates sobre la validez de su empleo al ser enfocados y sustentados en factores de la esencia humana, caritativa del contrato atacando principal mente la ética, la determinación de la paternidad o el poder de decisión separadamente del hecho natural de quién será determinado como padre del menor ya que no podemos separar a los sujetos del acto de la gestación.

Una gestación sin sujetos, cuya dignidad se define en la ley. Separa al individuo de su cuerpo divide el mismo cuerpo, o mejor aún, recorta y pone bajo tutela una capacidad y construye esta capacidad como proceso en sí mismo, ámbito potencial de intervenciones y decisiones múltiples cuya legitimidad corresponde decidir al Derecho.

¿Por qué se considera necesario tutelar la dignidad de la gestación?, ¿por quién está amenazada esta dignidad? Por los intereses médicos, por los intereses especulativos, etc. ¿Qué se quiere decir con todo esto? Parece que el cuerpo femenino es campo de conflictos en el cual se enfrentan intereses reconducibles a sujetos diversos; que en cualquier modo las mujeres no se encuentran entre estos sujetos (y tampoco, en este caso, los fetos) y o se encuentran con carácter subordinado, como vehículos de la gestación. Que si bien no son los intereses y/o los derechos de las mujeres los que merecen tutela (y tampoco, en este caso, los fetos), la dignidad de la gestación hay que defenderla incluso contra los vehículos de la gestación misma, lo que equivale a decir que no sólo ellos podrían no quererla tutelar (podrían en cambio amenazarla), sino también que no están en grado de tutelarla por sí mismos.

Es un modo de reconocer y decidir sobre un problema dejando intactos los términos en los que el problema se plantea.

El problema es el del crecimiento del espacio de intervención médica y tecnológica en la procreación que se traduce en el crecimiento de la presencia y del poder médico y científico.

La medicalización del embarazo y del parto no es nada nuevo y conocidas son sus ventajas y desventajas. Hoy, no obstante se ha potenciado enormemente gracias al desarrollo de las tecnologías reproductivas el poder de los médicos, la relevancia de sus intereses científicos y especulativos. En Italia resulta particularmente visible, porque no existe todavía normativa en la materia, y cada médico o centro de procreación asistida se regula como mejor cree. La nueva tutela penal de la gestación no hace más que reconocer, y en cierto sentido legitimar, la desaparición de sujetos e incluso cuerpos (femeninos, aunque no sólo) de la escena de la procreación para delegar en el legislador la decisión de lo qué es el

¹⁵³ Pitch Tamar, óp., p. 41.

legítimo hacer, según los médicos. Y aún así, se podría argumentar, como por otra parte hacen algunas y algunos, que el sometimiento a la tecnología del embarazo y parto no sólo da más poder a los médicos, sino también, al menos potencialmente, a las mujeres. En el sentido en que ofrece a las mujeres posibilidades que se traducen fundamentalmente en esto: la liberación del propio cuerpo. O sea, la posibilidad de disponer de sí mismas respecto a las propias capacidades reproductoras, como los varones.

¿Qué tiene de especial tener un cuerpo de mujer, si no es la potencialidad gestante y procreativa? ¿Qué encontramos en el origen de la sujeción femenina, de no reconocer a las mujeres como sujetos con todos los títulos, si no es esa misma potencialidad? Pero incluso, sin llegar a tales afirmaciones, ¿cómo negar que, de por sí, las nuevas tecnologías reproductoras ofrecen simplemente nuevas posibilidades de elección? Con la contracepción, actividad heterosexual y reproducción se habían ya escindido, permitiendo elegir si y cuándo reproducirse. Las nuevas tecnologías separan la actividad sexual de la concepción y ésta última de la gestación, ofreciendo ulteriormente la posibilidad de elegir como reproducirse. Las preguntas son: ¿se trata de posibilidades de elección que se ofrecen a las mujeres? Son posibilidades de elección que, reguladas oportunamente, son susceptibles en cambiar el estatuto jurídico, social y moral, de las mujeres. Y si contestamos afirmativamente a esta pregunta, ¿cuál sería el cuadro normativo más adecuado?¹⁵⁴

Por otra parte, pasando de la ética a la visión de la incapacidad de la mujer para decidir sobre su cuerpo y sobre el producto que gestará nueve meses, se desnaturaliza y se relega el producto de la concepción a ser un mero contenedor según se puede entender en la exposición siguiente: Se suele decir que el debate público está fuertemente marcado por preocupaciones éticas que revelan, con el uso de un lenguaje abstracto, la vida, la dignidad, la incapacidad y la falta de voluntad para asumir la palabra femenina como decisiva en la materia.

Por ello parece necesario plantear otra cuestión: ¿cuántas y qué posibilidades hay de introducir nuevas normas, o de interpretar las que ya existen, en modo tal que permitan reconocer nuevos poderes a las mujeres, en vez de disminuir su esfera de autonomía?¹⁵⁵

Y es aquí donde comienzan las divisiones sobre qué es lo correcto, pues es cierto que la opinión femenina sobre el tema no es la que determina indudablemente el proceder con respecto al tema. En mi opinión, sin afán de relegar al varón a un segundo sitio, al ser la fémica la que nueve meses gesta al producto sufriendo los efectos del embarazo debe ser mayormente considerada en todos los aspectos. Así, los desarrollos científicos y técnicos que se consideran neutrales respecto a los valores, o incluso potencialmente ventajosos para el(los) usuario(s) (disminución de riesgos para la salud, posibilidad de elegir si llevar o no a término el embarazo de embriones o fetos con malformaciones) se traducen en un aumento exponencial del control social sobre la vida de las mujeres y en una complementaria disminución de su autonomía.

Es difícil determinar si tales consecuencias dependen de los avances científicos o del contexto social, cultural y jurídico en el que surgen. De un lado se sostiene que la ciencia y la técnica no son neutrales o sea, que sólo son productos sociales y culturales que están orientados por intereses económicos, y por lo tanto conllevan a modelos de valores históricos y contingentes. Sin embargo, se desarrollan a partir de un paradigma que hace falta de valoración y de la objetividad de los valores, lo que implica un punto de

¹⁵⁴ Pitch Tamar, óp. cit., p. 42.

¹⁵⁵ Óp. cit., p. 43.

vista y una epistemología particular, capaces de construir la realidad según las dicotomías que antes apuntaba.

"Sin embargo, ante esos desarrollos científicos hay al menos dos consideraciones prácticas que se mantiene frente a una postura puramente de rechazo. La primera es que las nuevas técnicas, a pesar de todo, comportan algunas –o muchas- ventajas. Gran parte de nosotras, estando embarazadas, nos hemos sometido voluntariamente a la ecografía. Ciertamente, esto cambia nuestra propia relación con el feto. También para nosotras, el feto se convierte en algo potencialmente externo, visible y susceptible de ser observado (con la ayuda de un experto, esas luces y sombras componen la figura de un feto, siempre y cuando la visión este orientada por alguien. Se trata sin duda, como dice Duden, de una realidad virtual, reconstruirle *a posteriori*, no evidente inmediatamente como una fotografía), separado de nosotras, objeto no sólo de nuestros cuidados, sino también de los del médico, que asume esa responsabilidad. La ecografía, además, potencialmente insta una relación distinta del padre con el embarazo y el feto. La posibilidad de aislar el feto lo descubre a la mirada y a la atención del padre, totalmente excluido antes del proceso interno y misterioso de la gestación. Ofrece al padre una toma de conciencia y una responsabilidad precoz, pero también, al mismo tiempo, una posibilidad de implicación y, por tanto, de intervención en la vida de la madre, mayor y más legitimada. Aumentan las posibilidades de elección, y con ellas los riesgos y las responsabilidades, la posibilidad de encontrarse frente a elecciones trágicas. Sin afrontar la cuestión ética relativa a la elección o no de un "límite" al desarrollo científico y tecnológico, es necesario admitir que las nuevas técnicas amplían las elecciones posibles en orden a la reproducción, y la ampliación se siente como una ganancia en el plano individual; aunque acompañada de un gran número de angustias y tensiones. La segunda consideración es de orden político. No parece imposible, pero sí difícil, imponer con autoridad una moratoria sobre la experimentación científica y sus desarrollos técnicos. Es bien cierto, como muchos señalan, que estas innovaciones preceden, con mucha distancia, a la evolución del sentir común y que caen en un vacío no sólo o no tanto normativo, cuanto ético. No existe una cultura, una opinión común, elaborada alrededor de estas innovaciones. Es necesario sin duda un proceso de reflexión colectiva (que no coincide con la creación de comités de bioética) que pueda desembocar en la legitimación de un modelo de conocimiento y de desarrollo tecnológico diverso, tal vez inspirados ambos en la **conciencia del límite** (el pensamiento feminista no puede dejar de ser un componente esencial en esta reflexión). En el presente, no obstante, la reflexión no puede bloquearse en una censura preventiva, que por otra parte correría el riesgo de premiar culturas y posiciones fuertemente anti femeninas. De hecho, la alarma, los miedos que se perciben en el debate público y encuentran salida en propuestas de ley no están en relación con la preocupación por la expropiación de capacidades y poderes femeninos. Al contrario, están inspiradas, si se leen bien, en los temores a un crecimiento del poder femenino. ¿Cómo interpretar de otra manera el escándalo público por los embarazos durante la menopausia, o simplemente en edad madura, cuando los padres ancianos han siempre gozado de buena prensa, es más, de admiración y mal escondida envidia? ¿Por qué tanta preocupación por circunscribir el acceso a la procreación asistida a las parejas y negarlas por tanto a los solteros? Se trata, entonces, de intentar responder a cuestiones abiertas por el desarrollo de la procreación asistida desde el punto de vista, hasta el momento marginado en el debate público, de la reflexión feminista sobre la experiencia femenina del embarazo, del parto y de la maternidad tal como se da en nuestro contexto social, cultural y jurídico".¹⁵⁶

Al concluir con estos párrafos vemos que la visión inicial de lo que era una "reproducción controlada por contrato" puede tomar tantos sentidos como mentes humanas existen, la determinación de paternidad puede ser decidida ética o anti-ética desde muchos puntos de vista. El sentido práctico de exponer esta opinión sobre el tema es confrontar la ética con ella misma, remitiéndonos a lo expresado, ¿cómo se

¹⁵⁶ *Ibíd.*

determina en qué situación es ético permitir la auto-tutela y en qué circunstancia es una transgresión a los derechos humanos?

C).EL CONTRATO REPRODUCTIVO.

En las cuestiones relativas al contrato se han dado opiniones en contra, una de las cuales sustenta LÓPEZ FAUIER, pero de igual manera tiene detractores que sin mediar sobre el mismo punto esencial, dan argumentación igualmente válida. Entonces para saber cuáles serían las condiciones óptimas para el desarrollo del “contrato de maternidad gestante”, es necesario precisar que es inútil intentar análoga este contrato con alguno de los contratos conocidos hasta hoy por “el Derecho Mexicano”, ya que no puede ser regulado como un contrato ni reglamentado sólo como un método, ya que sí atendemos su definición sería un entramado de los dos elementos anteriores son sinecuanones.

También surge el caso de ver qué tan factible es este contrato en nuestro sistema legal. Sí nos basamos en que nuestro derecho está cargado de proyecciones socio-éticas, cómo resolver el conflicto de leyes cuando hay lagunas, proposición o inexactitud de artículos que no delimitan el actuar.

Así, nos encontramos con un gran número de opiniones a favor del contrato reproductivo, y un sin fin de voces que niegan la factibilidad del contrato, cuestión que se dirimirá en el capítulo siguiente.

8. POSTURA PERSONAL.

Es inevitable pensar en todas las posibilidades surgidas en la profundidad de la mente humana al intentar vislumbrar la serie de efectos nacientes de manipular artificialmente los componentes de la vida, si estos serán positivos al humano o negativos a éste. Ciertamente es también “el humano ha basado su evolución en emular los procesos naturales”, de modos que comprenden “los principios fundamentales de la naturaleza”. Al seguir el método científico, el hombre ha observado, razonado, comprendido, experimentado y replicando los descubrimientos hechos de la propia naturaleza en favor suyo, ejemplo de esto es la obtención del fuego.

Cuando el hombre descubrió el fuego, observó los diferentes efectos al someterlo a diferentes substancias. Le permitió descubrir efectos hoy empleamos en la vida diaria, y que no les referimos conscientemente gran importancia en la mayoría de los casos (cocinar alimentos, fabricar utensilios de cocina, alimentos previamente preparados o conservados pero de gran importancia en la economía, el trabajo, la familia) (los restaurantes, las industrias de comida rápida, los chefs como empleados, sueldos y aportaciones a una unidad familiar).

Como podemos percatarnos en el ejemplo anterior, una simple flama es precursora de miles de actividades cotidianas, y si analogamos esto al tema de interés, diría que toda la vida el ser humano ha

construido lo conocido hoy como humanidad. En el método científico, el emular, perfeccionar y agilizar los procesos naturales en nuestro favor, es algo implícito en nuestro ser, tenemos que seguir avanzando en los descubrimientos y comprensión de estos para remediar cada conflicto que a futuro surja en la vida del hombre.

Jurídicamente hablando, podemos pensar en cuán complejas serán las relaciones que surgirán de aceptar estos métodos de reproducción. La obligación de la ciencia jurídica con la sociedad, así como la utilidad real de la misma, es contemplar y prever la formación y solución de controversias. Los tribunales, al impartir la ley evitan a las personas recurrir a artimañas que vician la voluntad para dar solución a sus conflictos, llegando en ocasiones hasta la ilicitud o violencia.

9. POSIBLE SOLUCIÓN INTERPRETATIVA.

“Iniciaremos precisando en términos de la técnica médica, la inseminación homóloga y heteoróloga son, lo mismo, sin embargo, en la segunda hipótesis, el nuevo componente es realmente de carácter jurídico-social y radica en que la fecundación es producto de un gameto masculino extraño, es decir biológicamente ajeno a la pareja. Así, esta técnica implica la inseminación de la mujer mediante la donación de esperma, generalmente por problemas de esterilidad en el varón de lo contrario no existiría subrogación o si...”¹⁵⁷

Con el fin de clarificar el párrafo anterior, expongo el siguiente supuesto: una mujer capaz de gestar, pero con sus óvulos son inviabiles, entonces la pareja puede recurrir a la implantación de óvulos de una mujer ajena a la pareja y disociar la identidad genética de la madre. Aún cuando la identidad de la madre y el producto, como la observan nuestras leyes, deviene del alumbramiento, que la mujer haya estado embarazada, que haya dado a luz y el producto del alumbramiento corresponda al mismo. En el caso de la técnica de maternidad gestante, en su modalidad de subrogación, puede darse cuando la esterilidad provenga también de la mujer, generando que la identidad genética y el parto se disocien de la madre procurante.

Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

¹⁵⁷N. b. Como puede responderse hasta qué grado la subrogación existe o no, hasta qué punto se ha determinado en que conductas la gestante deja de tener derechos, pues es también cierto que, la gestación no es labor fácil. Tenemos que pensar en legislar y tutelar todo lo que sea necesario, sin malgastar recursos en lo imposible, ya que el Derecho al ser una herramienta creación del hombre integrado por un conjunto de normas de orden jurídico, elevadas a estándares generalizados, para su acatamiento, que permiten al Estado dar fin a sus objetivos, tanto públicos como a los privados permitiendo obtener, beneficios a sus gobernados no es tan versátil como para alcanzar la realidad y la realidad, es que el estado no te puede observar todo el tiempo, quedando la vida privada, cosas como el embarazo y la salud, punto al que se debe de avocar a legislar, estos tipos de supuesto jurídico permiten con su optimización fungir como preventivos ya que elevan la calidad de vida en vez de disminuirla con la obtención de penas, esto generaría que en lugar de castigar el aborto, el cual en situaciones clandestinas provoca que más garantías humanas se coloquen en riesgo tomas el menor riesgo, y pretendes prever con labores ciertas que se ocasionen el supuesto jurídico. Esto es que pretendo evitar el que una joven aborte, no prohibiéndole hacerlo, sino previendo que lo llegue a necesitar, pero si lo requiere dar la mejor condición, para que no acuda a lo clandestino.

"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..."

El supuesto anterior vuelve a exponer un problema cuando observamos su incapacidad para dejar clara su postura de qué tendencia sigue nuestra ley para definir la paternidad. Tenemos presunciones de paternidad que en el caso de la maternidad gestante, según la interpretación hecha pueden apoyar a la tendencia genética y a la del alumbramiento.

Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

Se diría que el vínculo por consanguinidad apoya a la teoría de la "Identidad Genética" al referirse a la sangre como fuente de identidad filial, así que para definir la identidad filial de un menor se recurriría a pruebas de sangre para declararla.

¿Esto eliminaría los conflictos en los derechos de paternidad y maternidad en caso de conflicto? Existe la "maternidad gestante con subrogación" se caracteriza por la aportación genética de un tercero o agente externo a la biología de la pareja procuradora. Una prueba de sangre revelaría concordancia genética con uno de los procuradores y la misma gestante.

"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..."

Al leer este párrafo, observamos en la ley parece reforzarnos la tendencia genética como fuente de identidad, haciendo uso de la vanguardia tecnológica para resolver las controversias, lo cual asevero en vista de este supuesto: "Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida..." Esto justificaría la desaparición de la modalidad subrogada de la maternidad gestante, al tomar a la "madre gestante", que también es "madre genética", por la utilización de su óvulo para ser inseminado, como una donadora, supuesto al que nuestra ley no le reconoce efectos filiales.

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

Es en este punto en el que nos damos cuenta que es la ley realmente la que define la filiación del producto, y que dependerá de lo que considere mejor para el menor. Tomando en cuenta el precepto “el bien superior del menor”, declarando quien tendría derechos filiales con el sujeto en cuestión.

Lo que puede ser utilizado en favor de la madre procuradora para adoptar al menor que viene de la subrogación, realizando la filiación requerida para los fines buscados por los procuradores.

No obstante si observamos este conflicto desde un punto de vista humano, quién es la parte más afectada en el contrato de maternidad gestante: los donadores de una célula de su cuerpo, o la que de su cuerpo nutre nueve meses a un ser humano. Con esto se suscita una controversia sobre quién debe tener el derecho a ejercer patria potestad sobre el producto, y qué bien jurídico se valorará superior.

CAPÍTULO SEXTO.

CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE.

1. ¿QUÉ ES EL CONTRATO?

"La expresión 'contrato' tiene en la práctica jurídica mexicana diversas significaciones, como acto jurídico, como norma individualizada y como documento en el cual se contienen los pactos o cláusulas convenidas por las partes que crean o transmiten derechos y obligaciones".¹⁵⁸ En su obra intitulada "*Convenio y Contrato*"--DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ comenta--las dos acepciones no son sinónimos, cada uno tiene un significado propio dividiéndolos en género y especie; el convenio siendo el género: engloba tanto la creación como la modificación de los diversos derechos y obligaciones, pero también tiene implícito dentro de su conceptualización el poder transferir y extinguir los derechos y las obligaciones. Lo antes citado lo observamos en los artículos siguientes artículos siguientes:

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

Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.

La anterior definición es la dada por el Código Civil respecto a "convenio y "contrato". Es una definición abstracta y limitada para lo que esta última acepción puede conllevar en sus consecuencias fácticas, retomando a -DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, nos explica que esto al contrario la redacción e interpretación dada en nuestro código es porque el fin es diferenciar ambos términos como lo fue en su origen romano; toma relevancia esta cuestión respecto este curso por considerar que: el "convenio" es en sí, la expresión de ánimo o voluntad manifiesta en el actuar y el "contrato" es la tecnificación o expresión de forma exigida por la ley para obligarse o manifestar esta voluntad de tal manera q se reconozca claramente que la voluntad era obligarse (aun que pueden surgir obligaciones de modo extracontractual el contrato es el especialista en obligarse para la consecución de un fin específico, mientras las obligaciones que surgen extracontractualmente responden a la actualización de un acto ilícito, gestión de negocios, enriquecimiento ilegítimo, manifestación unilateral de la voluntad).

¹⁵⁸ Miguel Ángel Zamora y Valencia, *Contratos Civiles*, Un décima edición, Edit. Porrúa, México 2007., p. 7.

Observamos también que si abundamos en el "convenio" diríamos que encuadra bajo la teoría del acto jurídico, mientras el "contrato" se rige por el negocio jurídico, en vista de que el convenio no siempre tiene efectos jurídicos y cuando los tiene no son específicos a la voluntad de las personas respecto de éstos, sino a un presupuesto que el legislador previo y la ley sanciona. En la maternidad gestante se ejemplifica perfectamente esto cuando las partes se ponen de acuerdo en realizar el método; esto "es un convenio" aun que no tiene efectos jurídicos, pero debe observar los supuestos de las leyes para no caer en lo ilícito, obligarse para la realización fáctica por medio de un contrato, "contrato de maternidad gestante" este último si tiene en el supuesto de comento efectos jurídicos específicos a la voluntad de las partes, el objeto y fin.

ZAMORA Y VALENCIA define al contrato-- como un acto jurídico ciertamente, y en Derecho Mexicano se distingue del convenio como lo observamos en las anteriores transcripciones, el cual es variable de época en época y territorio en territorio, considerado irónicamente de manera casi universal, poco universal en cuanto su conceptualización pues los elementos que lo integran pueden variar, en Derecho mexicano se considera como la convergencia de voluntades de dos o más personas para crear, transferir derechos y obligaciones, éstas de contenido patrimonial.¹⁵⁹

A).-El contrato como acto jurídico: Cualquier transformación del ámbito jurídico, cualquier situación que produzca una consecuencia a la que se califique como "jurídica", necesariamente debe ser resultado de una motivación a un "supuesto jurídico", y toda activación de un supuesto jurídico forzosamente debe obedecer a la actualización de un hecho jurídico.

Estos términos de "supuesto jurídico", "consecuencias de Derecho", "sujetos de Derecho" que son las personas a quien se imputan las consecuencias.¹⁶⁰ Y "objetos de Derecho" que es el elemento material y objetivo que maneja la ciencia jurídica reciben el nombre de "conceptos jurídicos fundamentales" sin los cuales, por lo tanto, no podría hablarse de situación o relación jurídica.

B).-El contrato como norma jurídica: Al estudiar el contrato deben tenerse en cuenta dos aspectos fundamentales: el primero es el acto jurídico como acuerdo de voluntades que es el proceso creado del contrato; y el segundo que es el resultado de este proceso. Y así como no

¹⁵⁹ El estudio del patrimonio, que veremos más adelante nos permitirá observar como nuestro contrato da la capacidad, de tener un ámbito patrimonial en este, o mejor dicho cumpliendo con este requisito según la conceptualización del Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁶⁰Miguel Ángel Zamora y Valencia, óp. cit., p. 7.

deben confundirse los discursivos con el discurso mismo o el proceso de elaboración discursiva con la ley, tampoco debe confundirse el acto productor del contrato con el contrato mismo.¹⁶¹

"Al estudiar la teoría general del contrato, una de las cuestiones de origen consiste en indagar cuál es el origen de su fuerza obligatoria. No hay duda que las partes que celebran un contrato pretenden comprometerse recíprocamente, o comprometer a una de ellas en la realización de una cierta conducta, suponiendo ese compromiso sienten tanto la necesidad de cumplirlo como la certeza de poder exigir al obligado su cumplimiento"¹⁶²

2. CONCEPTO DE CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE.

El contrato de maternidad gestante es aquel en el cual una mujer denominada "la gestante" acuerda llevar en su seno, de manera gratuita, al producto de la concepción de las células reproductivas de un hombre y una mujer o sólo ésta última, denominados "los procuradores" y estos subsidiarán los gastos del embarazo por ser una obligación inherente al objeto del contrato.¹⁶³

3. DESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE.

Por sus diversos aspectos, mismos que son reflejados en lo económico, formal, finalista y cualitativo, el contrato de maternidad gestante se divide en:

A).PARTE OBLIGACIONAL.

¿Qué es una obligación? El concepto de obligación nos remite a la vinculación de un deudor con un acreedor y la necesidad del primero en cumplir para el segundo una conducta determinada, que puede ser manifestada en un dar hacer o no hacer, teniendo el acreedor de la relación jurídica la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación. ¿Cómo podemos empatar este simple concepto a la parte obligacional del contrato de maternidad gestante? El primer paso es determinar cuándo estamos en presencia de una obligación y cuándo de un deber jurídico, ya que el contrato, como se ha explicado en el desarrollo de este trabajo, es muy complejo en su evolución.

En su libro "*Obligaciones civiles*"--BEJARANO SÁNCHEZ menciona--: "es fácil de comprender si establecemos con nitidez la diferencia existente entre los conceptos de obligación y deber jurídico. La obligación aparece inserta en la categoría jurídica más amplia del deber jurídico (HERNÁNDEZ GIL). El

¹⁶¹ Kelsen Hans, El contrato y el tratado En: Miguel Ángel Zamora y Valencia, óp. cit., p. 9.

¹⁶² Miguel Ángel Zamora y Valencia, óp. cit., p. 15.

¹⁶³ El contrato en sí mismo, es un contrato muy particular por no ser traslativo de dominio como la compra venta o la permuta, la donación, el mutuo etc. Este es un contrato "Traslativo de Gestación" (Este es un efecto del contrato) valga la expresión pero cierta, pues no pretende impactar en otro aspecto y no podría al ser norma que la paternidad se regula por la filiación y esta la confiere una norma de orden público, impidiendo que la trasmisión del menor sea una obligación.

deber jurídico es el género, la obligación es la especie; toda obligación es un deber jurídico, pero hay deberes jurídicos que no son técnicamente obligaciones”.

El deber jurídico es el mandato creado por la norma para conducirse conforme a su enunciado: “Es la necesidad de observar una conducta conforme a una norma de Derecho” --GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ.

La obligación es la especie de deber jurídico donde la conducta necesaria debe ser prestada en beneficio de otro sujeto, determinado o determinable, con el cual se está ligado jurídicamente, obligado (de ob: por, y *ligatus*: ligado). Una forma de deber jurídico pero implica la relación establecida por el sujeto que soporta el débito y aquel que puede exigir su cumplimiento, la relación acreedor-deudor.

El deber jurídico es una necesidad de obrar, determinada por la norma que exige un sacrificio de la libertad del sujeto el cual la soporta. Si este sacrificio debe prestarse como beneficio en sacrificio de otro sujeto, con derecho a exigirlo, estamos en presencia de una obligación. HERNÁNDEZ GIL expresa con claridad la distinción: “La obligación se diferencia del deber general en que éste sólo expresa el directo sometimiento a las normas, mientras que a través de la obligación ese sometimiento se traduce en un concreto deber de conducta hacia otros que integran el contenido de la obligación”. Cuando falta definitivamente el acreedor, como ocurre en una promesa de recompensa donde la conducta solicitada es improbable, no existe obligación sino deber jurídico. Esto es, la forma de necesidad jurídica que no presupone liga entre las partes, sino el puro respeto de la norma de Derecho, respeto que no se impone necesariamente en un provecho de alguien, sino en beneficio del orden jurídico, o sea de la comunidad.

Cuando nadie está en aptitud de cumplirla, no existe acreedor alguno. Sin embargo, en tal caso no hay todavía obligación (vínculo entre partes), sino sólo un deber jurídico consistente en la necesidad de mantener la oferta. Este deber se convierte en obligación desde el momento en que alguien está en posibilidad de cumplir la prestación solicitada. Después de esta significativa e indispensable explicación, podemos vislumbrar que los deberes y las obligaciones interactúan constantemente diferenciándose un término del otro sólo por las circunstancias y el contexto, es indispensable para empezar a comprender el actuar del universo jurídico y el obrar de los contratos. Puesto que el contrato no se rige sólo por las obligaciones y derechos nacidos de éste, sino la propia ley ya ha contemplado disposiciones de orden público, las cuales no se pueden contravenir y son las que delimitan el actuar de las partes mediando la autonomía de la voluntad de las partes.

Es necesario entender que las fuentes de las obligaciones pueden ser contractuales y extra contractuales. En el caso de la maternidad gestante, nos encontramos frente a una de serie obligaciones de tipo contractual, pero estas obligaciones, a las cuales la propia ley les confiere exigibilidad, interactúan con las normas jurídicas limitan sus efectos en beneficio de la colectividad. Verbigracia, las partes del contrato de maternidad gestante pueden contratar sobre cómo se distribuirán los gastos del procedimiento médico, así como las garantías a otorgar, pero no pueden convenir sobre la filiación esto ya es determinado o tutelado por una previsión, contenida en un supuesto jurídico. Qué pasaría si los

padres fallecieran antes del nacimiento del menor, o cuáles serían los efectos sucesorios de la anterior situación, o si los padres se divorciaran o no quisieran continuar con el procedimiento. Estas cuestiones están resueltas desde un principio debido a que la ley, al determinar la filiación por antonomasia, resuelve las cuestiones relativas o derivadas de ésta. También hay que darnos cuenta que en un contrato tan complejo, no podemos focalizarnos en una sola materia por lo que deberemos observar supuestos de diversos ordenamientos como en el caso del contrato de mérito, en el que habrá disposiciones de carácter civil, familiar, de salud pública, así como la ley particular del contrato y sus reglamentos.

Una vez que hemos comprendido qué es una obligación y cómo interactúa con los deberes, debemos adentrarnos en el análisis de sus elementos que son:

a).Sujetos.

Los sujetos son las personas que tienen aptitud para ser titulares de derechos y pueden ser sujetas a obligaciones, personas que son físicas o morales. En el caso particular, no podría ser de tipo moral sólo de tipo físico. Para el nacimiento de una obligación sólo son necesarios dos sujetos, como-- BEJARANO SÁNCHEZ dice--: uno ostenta el Derecho Subjetivo y recibe el nombre de acreedor o sujeto activo, y un segundo que soporta la deuda y recibe el nombre de deudor. Aquí, a diferencia de los sujetos del contrato, en el cual la finalidad es identificar a las partes para establecer rol en la relación jurídica, en los sujetos de la obligación nos referimos al rol que juegan los sujetos frente un presupuesto en particular. Estos presupuestos los determina la identificación de los sujetos del contrato. Los sujetos surgen como consecuencia del rol a jugar o las acciones que realizarán para la consecución del fin del contrato

Intentando clarificar la situación pensemos en el contrato de interés y cómo es que intervienen las partes. Para poder identificar las partes, debemos ver qué rol juegan con respecto a las obligaciones: primero, determinar si efectivamente el sujeto se encuentra frente a una obligación o un deber; y segundo, de dónde procede el mismo. En el caso de la gestante y los procuradores observamos que aunque la gestante puede adquirir obligaciones, éstas no son provenientes en su gran mayoría del contrato, sino de la actualización de un hecho ilícito por el incumplimiento de un deber jurídico de otra fuente de obligaciones.

En tanto a los procuradores observamos: aparte de las obligaciones que pudieran tener por la actualización de un deber mediante un hecho ilícito, también por la naturaleza del contrato, cargarán con la mayoría de las obligaciones del contrato (no sólo deben cubrir los alimentos necesarios por el menor como acreedor alimentario y demás deberes que la ley atribuye a los padres del menor, también cubrirán

los gastos que genere el proceso y demás compromisos que la ley permite a las partes). Esto porque el beneficio lo reciben ellos y porque es lógico bajo un principio de justicia.

Otro sujeto es el menor en sí mismo, pues él no es el objeto de la relación, el cual analizaremos en próximos apartados. El menor pasará por diversos estadios durante la relación jurídica contratada por las partes.

b).Objeto.

Tal como ya se ha referido en la unidad previa, la obligación es el vínculo jurídico entre un acreedor y un deudor. Este vínculo se conforma de varios elementos. Uno de ellos es el objeto,-- según RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA-- es la prestación que el acreedor puede exigir de su deudor; o bien dividido en dos, un objeto directo y uno indirecto, siendo el primero la posibilidad mediante la creación de la relación jurídica, y el segundo el bien en sí que se pretende.

Así para determinar el objeto debemos saber en qué consiste la conducta del deudor, si es un hecho positivo o uno negativo, un dar, un hacer o un no hacer. Una vez determinado lo anterior, vemos que nuestro contrato no sólo tiene una obligación, sino un conjunto de obligaciones que se repartirán entre las partes del contrato, en el caso de los contratos gratuitos, como es el objeto de este curso, la mayor parte de las obligaciones recaerán en la parte receptora los provechos. Debemos entender las obligaciones como el objeto indirecto del objeto del contrato o como consecuencia de éste y con el fin de conseguir este, -- dice ZAMORA Y VALENCIA.

En su libro "*Teoría general de las obligaciones*",-BORJA SORIANO nos permite percatarnos de la Teoría Natural, en la que nos dice que las obligaciones se estudian vistas del mismo modo en que se van desarrollando con apego a la realidad y a los hechos que les han dado vida. Otra cuestión es la fuente que podrían tener las obligaciones surgidas. Observamos que encontramos obligaciones de dos tipos: obligaciones contractuales, que nacen directamente de los acuerdos expresados en el clausulado por parte de los procuradores y la gestante; y obligaciones surgidas de hechos ilícitos, que por la violación de una norma lleguen a darse.

c).Aspecto Patrimonial.

Con el fin de dotar al lector de una noción general debemos señalar que el término patrimonio es equívoco, en tanto por existir un concepto vulgar que es referido a los bienes que una persona ha obtenido a lo largo de su vida, y otro abstracto jurídico que específicamente se refiere a un atributo de la personalidad de todos los sujetos de Derecho, con independencia de que actualmente tenga bienes, y/o sólo deudas, o tan sólo de una mera posibilidad de tenerlos.

Desde esta perspectiva, el patrimonio es el conjunto de derechos subjetivos (derechos reales, de crédito y obligaciones), de contenido pecuniario, inherentes a una persona, constituyen una universalidad jurídica. Hacemos hincapié que en nuestro sistema jurídico, el patrimonio se encuentra unido de forma indefectible a cualquier sujeto de Derecho de modo tal que no puede prescindir del mismo.

“Esto es, la persona jurídica, sólo por serlo, tiene la posibilidad de tener bienes o contraer obligaciones presentes o futuras, y al conjunto de estos derechos o facultades se les unifica en una noción abstracta”.¹⁶⁴

Al considerarse "el contrato de maternidad gestante", de inmediato damos cuenta que aunque se realice de modo gratuito, mantiene un ámbito patrimonial en sus dos aspectos, los cuales deben ser observados y tutelados, pues todas las partes se ven tocadas en este aspecto en diferente medida, en cuanto a la potencia de ser titular de derechos y obligaciones, como todo bien, el cual se puede valorar dándole un resarcimiento pecuniario. “verbigracia”, las partes procuradora, gestante y el menor producto del contrato tienen derechos u obligaciones según sea el caso. El que sean aptos de ser titulares de derechos y obligaciones hace imposible alienar el patrimonio de ellos porque también patrimonio significa esa potencia, esa posibilidad de llegar a tener según nuestro sistema jurídico, esto impide que cualquier sujeto se desprenda de este aspecto, así que al contratar, los efectos que genere el contrato impactarán en el patrimonio en medida variable.

Los procuradores en el contrato de maternidad gestante adquieren obligaciones de índole patrimonial, al tiempo en que se realiza el perfeccionamiento del contrato, pues la obligación de cubrir los gastos devenidos del el propio contrato, los procedimientos médicos, alimentos y demás requerimientos para el cumplimiento del fin son parte de la carga patrimonial de los procuradores, en lo que puede reflejarse un derecho personal e inclusive uno real, si se otorga una garantía de ese género. El caso de la gestante se define como la contraparte de los primeros pues carga con la gestación, proceso que una vez iniciado no permite sólo detenerlo de modo arbitrario. El contrato y la situación fáctica generarán cargas, dependiendo de las resoluciones determinadas en la ley determine, incrementarán o disminuirán.

El menor en sí es un caso en el cual la existencia de una persona jurídica, en conjunción con a quién se reconocerá como progenitor, marcará el patrimonio que en potencia éste tendrá, como lo menciona el artículo 22 del Código.; en este caso, el aspecto patrimonial al que nos referimos es el de la obligación, y --pregunta BEJARANO SÁNCHEZ:-- “¿Es indispensable que toda obligación sea valuada en monetario?” Y a esta pregunta nos responde comentando las diferentes posiciones, como la del Código Civil Mexicano de 1984 exigía que el objeto de la obligación pudiera ser reducido a un valor exigible; disposición contenida en el artículo 1306, fracción II. Sin embargo, con el paso de los años, la visión al respecto ha cambiado orientándose a una visión más humanista dejando a la parte patrimonial como un elemento resarcitorio en caso de incumplimiento de la obligación. Incumplimiento que no es lo ideal, pero

si es contemplado como posible. "Debemos entender a la obligación como una expectativa de Derecho, que al ser actualizada se hace exigible pero no absoluta". Tan es así que la propia ley permite el incumplimiento de obligaciones, debido a que nadie está obligado a lo imposible, y tutelando un principio de equidad entre las partes, para establecer justicia, permite una valoración patrimonial. Otra forma en la cual podemos observar esta tendencia, es cuando acudimos con una persona reconocida en su oficio: arte, ciencia etc. Por ejemplo, un médico: si hiciéramos un contrato en el cual queremos que el mejor especialista en cáncer nos trate, pensaríamos inmediatamente: esto no puede ser objeto de la obligación, por ello no tendría un carácter patrimonial directo. El fin real del contratar con dicho médico no es incrementar los bienes materiales del patrimonio del enfermo, sino el bien más importante que es la vida. La generación de derechos y obligaciones entre las partes es impulsada porque posiblemente se brinden más oportunidades al paciente de conseguir el fin del contrato.

Código Civil de Japón, Artículo 399: El derecho de crédito puede tener por objeto provechos que no se valúan en dinero.

La cuestión planteada puede tener dos interpretaciones diversas: la primera llevaría a inquirir si sólo pueden ser concebidos como objeto de la obligación, el dinero o las cosas o hechos valubles en dinero; esto es, si el único interés digno de alcanzarse a través de la estructura obligacional es el pecuniario, supuesto en que el crédito siempre hará más rico al acreedor. La segunda interpretación sería postular que no sólo el interés económico puede alcanzar su consagración y seguridad a través de la relación obligacional, sino que la obligación puede tener un contenido no valuable en dinero, el cual no incrementa el patrimonio del acreedor.

Sea lo que fuere de ello, ya sea que se admita sólo el contenido económico de la obligación o el moral, en el evento de su incumplimiento y para establecer responsabilidad civil y el pago de daños y perjuicios inherentes causados al acreedor, la obligación deberá valorarse en dinero.

La primera posición ha sido prácticamente abandonada por la doctrina. Ahora se admite racionalmente que no sólo el interés económico es el motor de las acciones humanas, pues cualquier ventaja, aunque no implique un incremento patrimonial, puede ser objeto de una obligación. Cualquier interés que satisfaga un propósito espiritual, efectivo moral, como suele identificársele, es suficiente contenido de la obligación jurídica, pues 'no sólo de pan vive el hombre'. Ahora bien, como toda obligación incumplida se convierte en responsabilidad civil (una nueva obligación de indemnizar los daños) y es factible que se traduzca, a solicitud del acreedor frustrado, víctima del incumplimiento, en la reparación del daño que ha sufrido.

SIALOJA sostiene en este punto lo mismo que RUGGERIO, MESSINEO, CASTAN TOBEÑAS y ESPÍN CANOVAS, según testimonio de HERNÁNDEZ GIL--: "debe distinguirse entre el interés del acreedor y la prestación en sí". El interés del acreedor puede no ser de carácter patrimonial, puede ser humanitario, moral, artístico, científico, etc., y forma parte de una relación obligacional. En cambio, la prestación en sí

necesariamente será susceptible de una valoración pecuniaria, ya que de lo contrario no sería posible la ejecución forzosa a expensas del patrimonio del deudor.

A tales ideas habría que poner el reparo de que en verdad, tanto el interés como la prestación en sí pueden ser espirituales. Sin embargo, ante la imposibilidad de obtener coactivamente su ejecución en naturaleza, su sucedáneo por equivalente, la responsabilidad civil (que en realidad es una nueva obligación), tiene forzosamente un contenido económico.¹⁶⁵

En sentido similar comentan en su libro de obligaciones --RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA--: que este debate bizantino continúa hasta el día de hoy: "Se sigue debatiendo desde hace muchos años acerca de si la prestación debe o no ofrecer un contenido económico; en otras, palabras, acerca de si el ordenamiento jurídico debe o no acoger la pretensión de un acreedor que demande la realización de conducta de un deudor sin mostrar el valor económico de esa conducta y, por consiguiente, un interés digno de la tutela jurisdiccional".

No es posible penetrar en el análisis sin recordar que las posturas a favor y en contra del requisito patrimonial fueron tomadas por SAVIGNY y por JHERING.

La primera tesis de Savigny se funda en la necesidad de que la prestación tenga valor económico porque de lo contrario pertenece al orden de las relaciones íntimas y resulta imposible imponer una obligación de pagar sumas de dinero ante el incumplimiento de la prestación.

La otra fuente desarrollada por JHERING en 1880, mediante un estudio que tituló: Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias, hasta aquí donde analiza exclusivamente el tema para las posibilidades de la época. Dice que el error se debe al descubrimiento de Gayo, y especialmente a su referencia sobre la obligación del juez romano a pronunciar la condena en términos pecuniarios. Los juristas alemanes utilizaron estos descubrimientos olvidando que se concedía acción por incumplimiento de esponsales, que fijaba satisfacción pecuniaria en tanto que se declaraban obligatorias las convenciones que versaban sobre la educación de los hijos en una religión determinada, y en un tercer caso, se concedía acción de daños por las lesiones corporales.

A continuación se transcribe la cita de JHERING que resulta más importante para la comprensión del tema: "Veamos a dónde conduce el dogma del valor pecuniario. Un mozo de un hotel estipula en su contrato con su patrono, que quedará libre los domingos después del mediodía. ¿Es válida esta convención? ¡No! La libertad del domingo por la tarde no tiene ningún valor para el mozo del hotel porque piensa dedicar ese tiempo a divertirse. Esa libertad, lejos de procurarle dinero, le costará alguno. Un inquilino estipula para él y para sus hijos el goce del jardín de la casa, ¿puede esta convención ser perseguida en justicia? ¡No! El juego y el paseo no tienen un valor pecuniario'...Según esto el patrimonio

¹⁶⁵ Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Quinta Edición, Editorial Oxford., pp. 12, 13, 14.

es el único bien que el Derecho civil está llamado a proteger. Los demás bienes son sin valor y no deben preocupar al juez: el juez sólo conoce los intereses del bolsillo: donde estos no llegan, para él no llega el Derecho”.

JHERING añade que todas estas personas (es decir el mozo del hotel, el inquilino y la señora enferma) pagan por el bien que quieren tener, y según los principios más rigurosos del Derecho, en caso de falta de cumplimiento de la otra parte, tienen acción para hacer que les restituyan lo que han dado (*conditio ob causam datorum*).

Una doctrina distinta es la que preconizan quienes parten de la ya analizada distinción entre el débito y la responsabilidad (*schuld and haftung*) como elementos estructurales de la obligación. La deuda puede tener un contenido extra patrimonial, pero la responsabilidad no podría tenerlo en caso alguno, ya que se refiere al plano indemnizatorio y a la ejecución de los bienes.¹⁶⁶

En realidad, el imponer un monto para poder satisfacer al deudor, en caso de que el contrato no se resuelva como fue planeado por las partes, tiene una solución alternativa que puede satisfacer lo más posible al acreedor.

d). Vínculo Jurídico.

Ésta es una relación humana, que según las dos principales teorías, la francesa y la alemana, el acreedor y el deudor están conectados por una norma de Derecho que impone conceder la prestación determinada que es su objeto. Este nexo de Derecho en la actualidad es un nexo ideal, un reconocimiento de la facultad humana al comprometerse ya que el vínculo material ha sido extinto por atentar contra los derechos humanos quedando solamente el vínculo jurídico que tutela los intereses de las partes, debido a este reconocimiento y a que éste último es lo que da la facultad de exigir el cumplimiento directo o un cumplimiento alternativo.

4. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE.

A). UNILATERAL, SINALAGMÁTICO IMPERFECTO O BILATERAL SINALAGMÁTICO.

Como puede darse cuenta el lector, los provechos se verifican a favor de una de las partes siendo la otra la responsable de carga con la obligación principal, de las cuales devienen las secundarias. Es el caso en la gestación del menor por parte de la gestante donde los procuradores están obligados al pago de los gastos que la gestación genera.

¹⁶⁶ Rico Álvarez Fausto y Garza Bandala Patricio, Teoría General de las Obligaciones, Sexta ed., Edit. Porrúa, pp. 46, 47, 48.

En el contrato de análisis tiene una sola voluntad de ambas partes que recae en la gestación del menor, pero del engendramiento surgen derechos y obligaciones para ambas partes. Así que cómo se podría clasificar unilateral en cuanto a la voluntad o mono subjetivo, pero bilateral en cuanto a sus obligaciones o sinalagmáticos imperfectas. Pues es cierto que la voluntad es una, aunque de las dos partes (la gestación) y de este contrato derivan derechos y obligaciones entre las partes (obligaciones contractuales). Por ende objeto de nuestro estudio, pero también de las partes hacia el menor (extra contractuales) mismas que no son relevantes hasta que se actualice un supuesto de Derecho.

B).GRATUITO.

Por ser de índole social, con aspecto caritativo o humanitario no debe permitirse la remuneración por su realización, siendo este supletorio de una función fisiológica importantísima para el género humano.

La lógica de la Ley General de Salud y las de la propia Ley de Maternidad Subrogada en sus artículos 2 y 7.

C).CONMUTATIVO.

nos dice: ZAMORA Y VALENCIA --- "Ésta es una sub-clasificación del contrato oneroso", regulaciones del Código Civil para el Distrito Federal establecen que no podrá ser de otro modo, así como desde los provechos y gravámenes o derechos generados y obligaciones también engendradas al contratarse. Como contraparte de los aleatorios, desde el momento de contratar en la maternidad gestante se determinan los dos aspectos de la moneda; está claro qué papel jugará cada una de las parte y sus derechos y gravámenes ya están definidos, mismos que deberán ser cumplidos ya sea por una u otra de las partes según corresponda a lo largo del desarrollo del proceso.

También veremos que la relevancia de distinción es útil al momento de determinar la lesión ya que en estos si se puede analizar al prever los límites de inicio antes de adquirir algún derecho u obligación.

D).EXTERIORIZACIÓN DEL CONTRATO.

Como reflejo de la expresión de la voluntad y el consentimiento se debe tener siempre una caracterización o individualización que dé forma al contrato, lo defina o delimite del acto jurídico es sinecuanon. No se debe confundir a la forma con lo solemne, lo consensual y lo escrito porque estos tres últimos conceptos son más de forma. Formas que se han determinado como límite para expresar la

voluntad. La ley establece mecanismos para la existencia, la validez o la inexistencia y la nulidad del acto.

De esto concluimos que la forma o solemnidad no son: más que tipos de forma, los cuales se han aceptado como símbolos de la voluntad.

Por los derechos convergentes en este contrato es necesario dar tratamiento bajo la mirada de un profesional en contratos observar que los términos del contrato no rebasen la delgada línea que separa el Derecho Público del Privado. Y en caso de surgir una controversia entre las partes se tendría como medio de prueba, para la comprobación de algunas cuestiones, como la existencia del mismo contrato, sería de gran dificultad. También se establece más fácilmente la devolución de dinero, pues el motivo de las erogaciones hechas por los padres del menor se encuentra expresado en el contrato; permite detectar si la naturaleza del contrato gratuito no ha sido alterada de modo de que ya no será caritativo; y agiliza la resolución de las pruebas.

La información es un aspecto a tener en cuenta porque esto puede viciar la voluntad. Al hablar de información me refiero a la tarea notarial; a instituir procesos que enaltezcan la calidad de la técnica de maternidad; a implantar requisitos dentro del contrato para garantía de la salud y la vida; al patrimonio y demás aspectos concurrentes.

El contrato de maternidad gestante es un contrato solemne. Si no se cumple con los signos sensibles que la norma establece, no significa la inexistencia del contrato, sino que éste no producirá los efectos previstos por las partes previeron para su realización. Por lo que al no realizar el contrato por escrito y ante un notario público, la norma no reconoce los efectos de filiación respecto de los procuradores con el menor y de más acuerdos entre las partes (además del ilícito en que se incurre por el médico al realizar la implantación de células en la gestante según lo fundamentado en el artículo 9 de la ley de maternidad gestante). La propia ley indica: este contrato no existe si no cumple con la solemnidad requerida en los artículos 9, 15, P II., 18.

E).DE TRACTO SUCESIVO.

"Desde el punto de vista de la posibilidad real y jurídica de cumplir en un sólo acto y en un plazo determinado con las obligaciones que de ellos emanan, los contratos se clasifican en instantáneos o de tracto sucesivo, también llamados de ejecución escalonada. Los contratos de tracto sucesivo son aquellos en que las prestaciones de las partes o los de una de ellas se ejecutan dentro de un lapso

porque no es posible real o jurídicamente cumplirlos en un sólo acto".¹⁶⁷ Lo que es una situación común en los contratos, aunque es importante la precisión hecha por RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA: "El criterio seguido para formular esta clasificación es el tiempo en el que se desarrolla la eficacia del contrato, y en realidad, más que de ejecución escalonada, conviene decir que esta clasificación conviene más a las obligaciones".¹⁶⁸

Lo anteriormente mencionado causa relevancia ya que en nuestro contrato el cumplimiento de las obligaciones se resolverá por el cumplimiento conforme se lleve a cabo el desarrollo del proceso gestacional. Las circunstancias que concurren en la realidad del proceso de gestación son las que marcarán el tiempo y la forma en el desarrollo de los diversos derechos y obligaciones han degenerarse. En las que la ley y el contrato pretenden prever el mayor número de supuestos y tipos a efecto de que se resuelvan satisfactoriamente sin importar las variantes de facto se llegaran a dar. El factor sobresaliente en este tipo de concepto es que toma en cuenta los sucesos que pueden interferir en el desarrollo del proceso. Esto debido a su propia naturaleza poco predecible, la que en ocasiones decide la última palabra y sin algún tipo de intervención de las partes puede llegar hasta en nuestro caso a la interrupción súbita del proceso, lo cual ya también en su mayoría intentará ser prevista por una norma colateral para mediar a sus efectos de cumplimiento o incumplimiento como el caso de las modalidades de la obligación.

F).PRINCIPAL.

Ya que el surgimiento de todas las obligaciones tendrá como fin el objeto de nuestro contrato debemos distinguir que estamos en presencia de un contrato principal. Puesto que no requiere de una obligación preexistente ni de la preexistencia de otro contrato.

G).INNOMINADO.

Los contratos se clasifican en nominados e innominados desde la perspectiva de la reglamentación recaída a ellos por un ordenamiento, conceptualizando y determinando sus efectos. El hecho de que la ley le nombre no le da la calidad de nominado. En el caso de nuestro contrato observamos que por su complejidad es difícil clasificarlo en alguno de los tipos dados por el Código Civil para el Distrito Federal, ya que es un *Frankenstein como el de Mary Shelley*, que no sólo trata los mismos temas como la moral científica y los límites humanos, sino el futuro de una vida humana, la del producto, mientras que el humano se ayuda del Derecho para responder a sus necesidades. Por cual el contrato deberá amoldarse a diferentes tipos para llenar los aspectos socioeconómicos, éticos, y no contravenir ninguna norma etc.

¹⁶⁷ Zamora y Valencia Miguel Ángel, óp. cit., p. 65.

¹⁶⁸ Rico Álvarez Fausto y Garza Bandala Patricio, óp. cit., pp. 175 y 176.

Ésta observación realizada por los juristas, ha permitido que el Derecho deje de ser una figura estática a la que el hombre debe amoldarse para la realización de actos, para lograr sus efectos como un formulario o receta, y en cambio se convierta en un Derecho dinámico, una herramienta de la sociedad para la realización de actos jurídicos como satisfactores más justos. Toda esta explicación es necesaria para entender por qué se reconocen los contratos innominados.--dice ZAMORA Y VALENCIA--: que un contrato puede ser innominado porque la ley no lo conceptúa o porque aún cuando esté conceptualizado o tipificado, ésta no puede prever todo su ámbito jurídico debido a su complejidad y diversidad. Como ejemplo, menciona el contrato de hospedaje y como consecuencia esta categoría de innominados es infinita (algunas sub-clasificaciones que nos da ZAMORA Y VALENCIA son: mixtos, doble tipo, combinados y contratos unión, unión con dependencia bilateral).

Entonces cómo podemos saber que estos contratos son factibles y realizables por ende, pues tal vez la respuesta nos la den RICO ÁLVAREZ y PATRICIO GARZA BANDALA, primeramente al analizar el artículo 1858, la clasificación que éste realiza y la forma de interpretar estas clasificaciones. Lo que implicaría cláusulas esenciales y se estaría a las estipulaciones de las partes, a la "Teoría General de las Obligaciones y a los "Principios Generales del Derecho" en conclusión el contrato de maternidad gestante sería innominado a pesar de estar conceptualizado en una norma rectora, esto debido amplio de su espectro obligacional.

5. ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE.

Al hablar de los elementos del contrato observamos la tenencia de ser divididos conforme al Código Civil, --ZAMORA Y VALENCIA menciona--: "Ciertos requisitos son indispensables para que el contrato exista y a estos debe llamárseles precisamente elementos, y otros son necesarios para que produzca efectos normales en los términos previstos por la norma" aún que el Código Civil vigente les nombra requisitos de validez y existencia. Explica la división de elementos, pues este contrato debe ser observado de igual manera para su comprensión viendo sus elementos so cuales lo definen como contra ley, siendo estos los que determinan que concuerde con el supuesto jurídico, dando vida a la figura y siendo moldeado por los resultados de facto para que el acto jurídico tutele las diversas variantes susceptibles en cada caso al llevarse a cabo el mismo y permitiendo a la norma ser efectiva en el ámbito factico debido a la condición de los contratantes.

Llámesese elemento a la parte integrante de una cosa que si falta no existe como tal, aunque de hecho puede existir una diversa.¹⁶⁹ Y presupuestos a los que tienen que estar presentes durante el perfeccionamiento del contrato para que éste tenga eficacia, no contraponiéndose a los intereses privados a los colectivos, o viciando el interés de una de las partes. Por lo cual el objeto puede ser

¹⁶⁹ Zamora y Valencia Miguel Ángel, óp. cit., p. 13.

afectado en modo indirecto o directo y el consentimiento o la forma puedan observarse de modo no adecuado.

Presupuesto de validez significa que las partes realizadoras del contrato tienen en la vida real los presupuestos que una norma concibe para que al realizarse un acto éste tome sentido y pueda ser tomado en cuenta como una acción válida o justa según la percepción y aplicación de la norma observante. Ambas emitidas a su vez en la forma preestablecida para su validez, en otras palabras ser avalada y legitimada en el proceso social por el grueso suficiente de sujetos de Derecho, autoconvencido que el comportamiento requerido es el adecuado al beneficiarle el mismo.

A).CONSENTIMIENTO.

Es la unión de voluntad de las partes para obtener la consecución de un fin. Como analizamos anteriormente con ZAMORA Y VALENCIA, este elemento depende de una oferta y una aceptación por la otra parte. Como veremos párrafos más adelante, el consentimiento se debe manifestar y la ley crea presupuestos para la forma en que se puede o debe hacer. Está basado en el "principio de la voluntad de las partes"-- dice BORJA SORIANO; concepto que RICO ÁLVAREZ y GARZA BANDALA apoya al declarar que se ha puesto gran énfasis en la doctrina contractual moderna en la mencionada voluntad, ya que es indispensable para siquiera pensar en un contrato: es el "Génesis" y se requiere que se manifieste de algún modo. Dicha manifestación puede requerirse como elemento indispensable para que el contrato exista o para que el contrato se pueda reconocer válido debido a que la autonomía de la voluntad de las partes siempre se expresará en la medida que no exista ordenamiento que le restrinja o prohíba.

a).La Capacidad.

Este primer presupuesto es reiteradamente mencionado en los contratos, es un presupuesto que dividimos en dos: de goce y de ejercicio. Ambos reflejan una aptitud en el sentido más extenso, el primero si es a la capacidad de goce que es la aptitud de alguien para ser titular, pero la ley llama de goce de ser titular de derechos y obligaciones por el reconocimiento que la ley atribuye a una persona; y en segundo lugar la capacidad de ejercicio, capacidad que refiere a la facultad de ejercer los derechos y responder de obligaciones por propia cuenta. La capacidad es regulable en grados hasta llegar a considerar a un individuo como incapaz. En el caso de la **maternidad gestante** se presenta en diversas circunstancias, como lo vimos en esta tesis, aborto, concepción, derechos de las partes y del producto han sido cuestión constante de este estudio por lo que nos enfocaremos al cómo opera el consentimiento y sus presupuestos en el contrato de maternidad gestante.

b).La Mayor de Edad.

Este no es parte del punto anterior por ser un presupuesto que la ley exige sin ser igual a la capacidad de ejercicio. Este presupuesto, de la capacidad en el suscrito contrato, debe dictar que entre las partes se debe tener la mayoría de edad para que puedan expresar su voluntad de celebrar este contrato, tal como lo dictan los artículos 646, 647 del Código Civil para el Distrito Federal. Se consideran las condiciones biológicas al momento de concebir, gestar y decidir realizar lo anterior, mentalmente ser pleno en cuanto a su madurez y raciocinio de las consecuencias del acto a realizar, por incidir dos tipos de Derecho Privado y Social como es la libertad reproductiva y la de maternidad que es tomada por Derecho Social¹⁷⁰, surgiendo la confusión de hasta dónde debe ser tutelado por y por cuál norma.

Así también se conjuntan las capacidades de goce y ejercicio para determinar si la validez del contrato se conformó o no, ya que la ley de la materia de nuestro contrato requiere que las partes puedan exteriorizar su consentimiento cumplan con ser mayores de edad, estar en su cabal juicio, como se observa en los siguientes artículos:

Artículo 3. Fracción X. Mujer gestante: mujer con capacidad de goce y ejercicio...

Artículo 14. En el otorgamiento del consentimiento para la práctica de la Maternidad Subrogada, la madre biológica, el padre y la mujer gestante, deberán cubrir los siguientes requisitos, con independencia de los que establezca la presente Ley:...

II.-Poseer capacidad de goce y ejercicio..."

c).Vicios de Consentimiento.

Viciar el consentimiento es la realización de una acción o la omisión encaminada a obtener la conducta producto del "Objeto del Contrato", beneficiándose **en una circunstancia en la que él no tiene el Derecho. Esto es sancionado por la ley de maternidad gestante intentando prevenir se presente alguno de los supuestos que observamos en el artículo siguiente:**

Artículo 28. Es nulo el consentimiento otorgado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;

II. No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley;

III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y

¹⁷⁰N. b. Como hemos considerado anteriormente, creo que la división tripartita del derecho, en, privado, público y social, es innecesaria, pues todo el derecho decanta al fin en una incidencia social si observamos el efecto final y trasmisible a los demás ámbitos y entes sociales.

IV. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público..."

a').ERROR.- En palabras simples es la falsa percepción, ya sea por inducción o auto engaño de las condiciones en las cuáles se realiza el acto jurídico, viciando la voluntad de uno de o más contratantes, al creer que quieren la producción de los efectos materiales del contrato y se puede clasificar en error de cálculo o aritmético, de hecho y de Derecho como se observa en los artículos 1812, 1823.

b').Dolo.- Es cualquier sugestión o artificio empleado para producir un error mencionado con antelación, pretendiendo de modo activo la realización del contrato. Es en sí un elemento de producción del error, o sea una forma de hacer activamente caer en error en una acción a una de las partes. Artículo 1815.¹⁷¹

c').Mala Fe.- Comprende el tener noción de un error existente, lo cual agrava la conducta ilícita cometida de modo pasivo u omiso Artículos 1815 y 1816 del Código Civil.

d'). Violencia.- La utilización de la fuerza externa, real, inminente, física, moral que dañe los derechos de una o más partes contratantes en los diversos aspectos de su entorno de vida, arrancando la expresión de la voluntad por temor a esta afección. Esto se considera violencia como nos refieren los artículos, 1818, 1819,1822 y 2230 del Código Civil.

e').Lesión.- Como hemos observado estos supuestos y elementos, los primeros recaen sobre las circunstancias determinantes de la facultad volitiva del accionante al expresar su voluntad, lo anterior ya sea por factores externos o totalmente imputables al sujeto. También indican en la conformación de la expresión de la voluntad, la suma ignorancia, la notoria inexperiencia y la extrema necesidad que son aspectos que no conformaran lesión si no producen un lucro excesivo como resultado de la celebración bajo esas circunstancias.

No se debe confundir con el error por la similitud de las circunstancias, pues aunque igual parece ser hermano de la violencia, lo que castiga es el aprovechamiento desmedido en las prestaciones obtenidas consecuencia de la celebración del acto en ciertas circunstancias, mientras que el error y el dolo sancionan la maquinación o percepción falsa presente en la obtención de la expresión volitiva, atacando por lo cual aspectos distintos que pueden ser o no parte de una circunstancia.

B).EL OBJETO.

¹⁷¹V. gr. Vicia principalmente las características del objeto del contrato facultando o exacerbando, disimulando en otros casos para obtener la expresión volitiva.

El objeto directo del contrato es la gestación de un menor, que si bien su gestación se llevará a cabo por una mujer que encuadraría perfectamente para ser reconocida como madre por la ley, el contrato permite que la pareja procuradora sea reconocida como padres del producto. Esto gracias al efecto natural del contrato que es el reconocimiento de la filiación en favor de los segundos. Observamos aquí que si no se tomara la determinación de procrear al menor mediante el procedimiento de maternidad gestante, al cual este contrato ha sido adaptado para que las normas le tutelen, no existiría tal porque esta acción determina la necesidad de tutelar los demás supuestos de Derecho.

El objeto indirecto se centra en la forma de consecución del objeto directo al generar derechos y obligaciones entre las partes para que estas cooperen a la consecución del ya mencionado fin. Esto es dependiendo del interés o motivación personal de cada una de las partes y de las necesidades presentes en la realización del contrato.

a).Licitud en el Objeto Motivo o Fin.

La licitud es el acto llevado conforme una sociedad ha establecido, o delimitado que está permitido y validado a realizarse. Luego entonces se toma por lícito el objeto que en un contrato debe cumplir con esta característica, presente en la constitución y el perfeccionamiento para pasar a ser admitido en su práctica. Se divide en dos aspectos, directo e indirecto. Encontramos la tutela del motivo y el fin que es claro que tienen mucho que ver con la expresión de la voluntad al poder ser observados dentro de los hechos activadores del supuesto jurídico. En esta ocasión se observa si el motivo o fin en conjunto con la acción no causa afección de Derecho alguno pudiendo poner en tela de juicio el si debe o no permitirse esta conducta.

En el caso concreto del tema que nos ocupa, debemos observar si el objeto directo, que es la gestación del menor para la creación de vínculos familiares con los procuradores, y demás derechos y obligaciones creadas entre las partes, pueden coexistir con las demás normas sin que el motivo o fin determinante de las partes sea viciado.¹⁷²

C).LA FORMA.

Podemos definir este elemento como la manera ordenada, de acuerdo a la lógica del “acto jurídico” en su exteriorización, para surtir plenos efectos. Estos se verán reflejados como medio probatorio en el caso de los contratos de maternidad gestante, ya que para la existencia del acto en el mundo del ser no falta el reconocimiento de la ley al ser un acontecimiento natural, pero si quiere que tenga atribuciones jurídicas de índole filial. Se debe otorgar de manera escrita.

¹⁷²E. g. El motivo va dirigido directamente a la expresión volitiva y el fin al factor objetivo material.

La lógica de realizar el acto jurídico de esta forma es para ayudar a dar interpretación a la voluntad de consecución del objeto del contrato, al tener un elemento probatorio pleno por si hubiese desavenencia entre las partes, la forma en que exteriorizaron su consentimiento es inequívoca.

En el Contrato de Maternidad Gestante se debe exteriorizar la voluntad, conseguir el objeto del contrato para que exista como tal pues dependiendo de lo que la voluntad del autor del acto pretenda obtener podemos individualizarlo de supuestos de hecho similares. Como la donación de células, que en el caso en comento no daría ningún derecho a los donantes de células sexuales.

a).La Forma como Elemento.

Como elemento se le llama solemnidad y es indispensable como su nombre lo indica para la existencia de un contrato, siendo exigida la intervención de alguna autoridad en su realización. Como dato relevante, en México no existen los contratos solemnes sólo los actos jurídicos solemnes (testamento, matrimonio y reconocimiento de hijos) por lo que el contrato de maternidad gestante al requerir de la intervención de una autoridad, al igual que al requerir forma escrita para su exteriorización, se definiría como un contrato solemne.

b).La Forma como Presupuesto.

Como presupuesto es la manera de exteriorización que la ley exige para un acto. En el caso de la maternidad gestante, la ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal exige que el contrato sea realizado ante notario, confiriéndole forma escrita (formal).

CAPÍTULO SÉPTIMO.**MODELO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE.**

-----LIBRO NÚMERO

-----ESCRITURA NÚMERO

En el Distrito Federal, a los (NÚMERO DE DÍA) días del mes de (MES) del año dos mil yo el Licenciado (NOMBRE DEL NOTARIO QUE REALIZA LA ESCRITURA), Titular de la Notaría número (NÚMERO DE NOTARIA) del Distrito Federal, hago constar en el presente instrumento:

a).- CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE con la comparecencia de La señora (ita) (NOMBRE DE LA GESTANTE) en lo sucesivo "**LA PARTE GESTANTE**", la señora (NOMBRE DE LA MADRE BIOLÓGICA) y el señor (NOMBRE DEL PADRE BIOLÓGICO), en lo sucesivo "**LA PARTE PROCURADORA**" otorgando su voluntad en un sólo acto, de una manera clara y terminante, siendo las (HORA) horas con (MINUTOS) minutos en la notaría a mi cargo ubicada en Calle (NOMBRE DE LA CALLE), Colonia (NOMBRE DE LA COLONIA), Delegación (NOMBRE DE LA DELEGACIÓN), Código Postal (NÚMERO), de esta Capital, y;

b).- **LAS CLÁUSULAS GENERALES NO FINANCIERAS** que conviene por una parte "**LA PARTE GESTANTE**" y la parte "**LA PARTE PROCURADORA**".

(Dependiendo el caso).

c).- **LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA HIPOTECARIA** que otorgan, en primer lugar y grado **los señores (NOMBRE DE LOS GARANTES HIPOTECARIOS)**, en lo sucesivo "**LOS GARANTES**" a favor de "**LA PARTE GESTANTE**" cumplimiento de las obligaciones contraídas en este contrato. Al tenor de los siguientes antecedentes, declaraciones, capítulos, y cláusulas: -----

-----**ANTECEDENTES**-----

I.- CONSTANCIA DE RESIDENCIA.-" LAS PARTES CONTRATANTES" me exhiben de conformidad con el artículo catorce fracción primera, constancia de residencia emitida por (AUTORIDAD QUE EMITE EL

DOCUMENTO) con fecha (DÍA) de (MES) de (AÑO), y número de (FOLIO, EXPEDIENTE, ETC.), con lo que acreditan su residencia en el Distrito Federal. Documento que agrego al apéndice de este instrumento con la letra "A".

II.-CERTIFICADO MÉDICO.- Que previa valoración realizada por el personal de la Secretaria de Salud del Distrito Federal, con número de (OFICIO, EXPEDIENTE, ETC.)"LA PARTE PROCURADORA", me exhibe certificado médico, con lo que me acredita, la imposibilidad médica de "LA PROCURANTE" para llevar a cabo la gestación en su útero, con fundamento en el artículo catorce fracción tercera de la ley de Maternidad subrogada para el Distrito Federal. Documento que agrego al apéndice de este instrumento con la letra "B".

III.-CERTIFICADO MÉDICO.-"LA PARTE GESTANTE" me exhibe el certificado médico emitido por "EL MÉDICO TRATANTE" (NOMBRE DEL MÉDICO QUE REALIZARA EL PROCESO) con cedula profesional número (NÚMERO DE CEDULA) con el cual me acredita que:

a).- **"LA PARTE GESTANTE"** se encuentra en buen estado de salud física y mental

b).-Que el "MÉDICO TRATANTE" realizó los exámenes médicos previos a la implantación y que son necesarios respecto de la salud física y mental de **"LA PARTE GESTANTE"** para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo su bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto;

c).-Que durante el examen realizado no se encontraba embarazada.

Con fundamento en lo ordenado por los artículos diez fracción tercera, once, catorce fracción quinta de la ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal. Documento que agrego al apéndice de este instrumento bajo la letra "C".

IV.- PARENTESCO.- "LA PARTE GESTANTE" me acredita el parentesco que guarda con (NOMBRE DEL PARENTE DE LA GESTANTE) en (TIPO Y GRADO) grado, mediante las actas de nacimiento, mismas que agrego al apéndice de esta escritura con la letra "D" y "E".

V.-CERTIFICADO DE NO GESTACIÓN.-Previa firma del Instrumento, el suscrito a consultado el Registro a que se refiere el artículo vigésimo cuarto de la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal, constatando que **"LA PARTE GESTANTE"** (SI O NO) ha participado en más de (VECES REALIZADAS) procedimientos de "Gestación Subrogada" con fundamento en lo ordenado por el artículo vigésimo fracción sexta último párrafo. Documento que en original agrego al apéndice de este instrumento con la letra "F".

----- **DECLARACIONES** -----

PRIMERO.- EXPRESIÓN DE VOLUNTAD DE LAS PARTES.-Siendo indispensable para la realización del contrato, con fundamento en el artículo vigésimo de la LEY DE MATERNIDAD GESTANTE PARA EL DISTRITO FEDERAL, ambas partes bajo protesta de decir verdad y advertidos de las penas en que incurrirán los que declaran con falsedad, declaran que:

a).- **DECLARA "LA PARTE GESTANTE"** que es su voluntad libre y espontánea, obligarse en términos del presente contrato de "MATERNIDAD GESTANTE "para la consecución del objeto del contrato, siendo este, I.- La CONCEPCIÓN, II.- GESTACIÓN y el III.- ALUMBRAMIENTO, del menor hijo de "**LA PARTE PROCURADORA**", otorgando en este acto su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación del embrión humano, y manifiesta:

I.- Que sabe y le consta de la obligación que tiene de procurar el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el periodo gestacional, y a concluir su relación respecto al menor nacido, con la terminación del embarazo;

II.-Que sabe y le consta, que una vez concebido el niño o niños producto de la gestación, la filiación se generará entre éste y los procuradores con las respectivas reservas de ley.

III.- "**LA PARTE GESTANTE**" sabe y le consta, la obligación que tiene de entregar, a la persona o personas solicitantes el o los niños después del nacimiento en el tiempo que los médicos consideren necesario.

b).-DECLARAN "LOS PROCURADORES" que es su voluntad libre y espontánea, la realización de este contrato para la consecución del citado objeto del inciso "a", de la declaración primera de este instrumento, por lo que dan su aceptación pura y simple así mismo manifiestan:

I.- Que saben y les consta, de la obligación de hacerse cargo de todos los gastos que se generen a partir de la firma de este contrato, hasta la total recuperación de "**LA PARTE GESTANTE**" certificada por el médico tratante, con independencia si se logra o no el nacimiento;

II.-Que saben y les consta, que se les ha informado que la filiación que se generará entre el menor y los procuradores.

II.-Que saben y les consta de la obligación que tienen de recibir al menor producto de la gestación como consecuencia directa de la potestad surgida por la filiación.

c).- Declaran ambas partes que el presente contrato se realiza sin fines de lucro, respetando la dignidad humana de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño o niños, que nazcan como consecuencia de la Gestación.

SEGUNDO.-DE LA FILIACIÓN Y EL PARENTESCO.- Declaran las partes contratantes respecto a la filiación conocer que:

a).-Los contratantes saben y se les ha informado que con fundamento al artículo 338 (trescientos treinta y ocho) del Código Civil para el Distrito Federal que "La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros, ya que es facultad exclusiva de la ley conferir el citado derecho a quien ella reconoce como progenitores del menor..."

b).-Declara "**LA PARTE GESTANTE**" que sus óvulos no fueron utilizados para la fertilización y que no es la madre biológica del menor que nacerá dentro de las cuarenta semanas, a partir de que el médico tratante certifique el inicio de la gestación, atendiendo a lo expresado por el artículo vigésimo fracción tercera romano de la multicitada ley.

c).-Declara "**LA PARTE GESTANTE**" que sabe y se le ha informado en términos de este contrato, la obligación de entregar al menor después del nacimiento a sus padres biológicos, ateniendo al artículo décimo octavo de la ley, esto en vista de lo expresado por el artículo vigésimo segundo de la ley "Artículo 22.- El consentimiento otorgado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada y la realización de esta práctica médica, no produce ninguna relación de parentesco o materno filial entre el menor nacido y la mujer gestante...". En todos los casos los derechos de filiación serán a favor de la madre y el padre biológicos.

d).-Declaran las partes saber que las obligaciones que nacen de la filiación no son renunciables por lo que los padres adquieren las obligaciones contenidas en las legislaciones relativas en materia Civil, Familiar, y demás ordenamientos aplicables, desde la firma de este contrato, teniendo la obligación de recibir de "**LA PARTE GESTANTE**" al menor producto de este contrato.

f).- Declaran las partes que de conformidad con el artículo décimo sexto de la ley que "**LA PARTE GESTANTE**" guarda el parentesco de (TIPO Y GRADO) con (EL, LA) procurador (a) el cual me acreditan con copia certificada las actas de nacimiento respectivas mismas que han quedado relacionadas en el antecedente **cuarto** de esta escritura.

f).- Declaran las partes que de conformidad con el artículo décimo sexto, segundo párrafo de la ley que conforme a lo dispuesto por el presente artículo, no existe pariente dentro del cuarto grado que pueda llevar a cabo la gestación el menor hijo de "**LA PAREJA PROCURADORA**" por lo que "**LA PARTE GESTANTE**" no guarda el parentesco con ninguno de "**LOS PROCURADORES**", lo cual me acreditan con copias certificadas de las actas de nacimiento, tal como ha quedado relacionado en el antecedente tercero de esta escritura.

TERCERO.- TERMINACIÓN ANTICIPADA.-Declaran las partes tener conocimiento sobre el derecho de la mujer gestante a decidir respecto a la interrupción de la gestación, con fundamento en los artículos, ciento cuarenta y ocho fracción segunda y del Código Penal para el Distrito Federal y el artículo vigésimo fracción sexta de la ley de maternidad subrogada para el Distrito Federal y de más legislación vigente

aplicable en materia civil y familiar, debiendo exhibir antes de realizar el procedimiento de materia de inciso certificado médico y determinación por escrito

CUARTO.-DECLARAN AMBAS PARTES CON FUNDAMENTO EN LOS ARTÍCULOS DÉCIMO PRIMERO DE LA LEY QUE RIGE EL PROCEDIMIENTO.-que el presente contrato se originan de:

a).-La incapacidad contenida en el artículo décimo cuarto de la ley como lo acreditan con el certificado médico de la institución encargada de realizar el tratamiento médico a que se refiere el antecedente dos romano de este instrumento.

b).-La necesidad de utilizar el procedimiento de "Reproducción asistida" ya mencionado para la consecución del objeto del contrato de "MATERNIDAD GESTANTE" mismo que estará planeado, supervisado y llevado a cabo, por profesionales médicos y especialistas en materia de "Reproducción Asistida".,

c).- Así como de haber cumplido con todos los requisitos solicitados por las autoridades y en las leyes antes aludidas conforme lo ordenado por el artículo décimo cuarto.

d).-Que han solicitado tratamiento con clínica autorizada para el ejercicio de "Las Técnicas de Inseminación Artificial" según obligación que les confiere la ley en su Artículo décimo primero.

QUINTO.- DE LOS EMBARAZOS PREVIOS.- Que con fundamento en los artículos décimo primero y décimo segundo párrafo tercero bajo protesta de decir verdad, "**LA PARTE GESTANTE**" manifiesta ante el suscrito que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, que no ha participado en más de dos ocasiones en la implantación, lo que me acredita con el certificado médico relacionado en el antecedente "**tercero**" de este instrumento.

SEXTO.-ESTADO CIVIL DE LA PARTE GESTANTE.- Declara "**LA PARTE GESTANTE**" que no ha contraído matrimonio alguno por lo que su estado civil es el de "**SOLTERA**".

SEXTO.-ESTADO CIVIL DE LA PARTE GESTANTE.- Declara "**LA PARTE GESTANTE**" que se encuentra actualmente "**CASADA**" con el señor (NOMBRE DEL CÓNYUGE) por el régimen de (TIPO), lo que me acredita con la copia certificada de su acta de matrimonio (DATOS DE LA INSCRIPCIÓN) por lo que el citado cónyuge comparece en este acto a declarar su **CONOCIMIENTO y CONSENTIMIENTO** sobre el procedimiento a realizar para los efectos legales a que haya lugar.¹⁷³Acta que en copia certificada agrego al apéndice de este instrumento bajo la letra "**G**".

SEXTO.- ESTADO CIVIL DE LA PARTE GESTANTE.- Declara "**LA PARTE GESTANTE**" que actualmente se encuentra "**CASADA**" con el señor (TIPO DE RÉGIMEN) bajo el régimen de (TIPO DE RÉGIMEN), por lo que el cónyuge citado comparece a declarar su **FALTA DE CONSENTIMIENTO** sobre

¹⁷³N. b. Se debe examinar cada caso individualizado para la redacción de estas cláusulas y su incidencia futura en el texto de este contrato, debido a la creación de derechos y obligaciones que recaen en el objeto directo del citado.

el procedimiento a realizar para los efectos legales a que haya lugar. Copia certificada del acta de matrimonio la agrego al apéndice de esta escritura bajo la letra "G"

SÉPTIMO.- ESTADO CIVIL DE LA PARTE GESTANTE.- Declara "**LA PARTE GESTANTE**" que actualmente se encuentra "**CASADA**" con el señor (NOMBRE DEL CÓNYUGE DE LA PROCURADORA) bajo el régimen de (TIPO DE RÉGIMEN), por lo que el cónyuge citado comparece a declarar su **CONSENTIMIENTO** sobre el procedimiento a realizar para los efectos legales a que haya lugar. Copia certificada del acta de matrimonio la agrego al apéndice de esta escritura bajo la letra "G"¹⁷⁴

SÉPTIMO.- ESTADO CIVIL DE LOS PROCURADORES.- Declaran los "PROCURADORES" que su estado civil es el de casados bajo el régimen de (TIPO DE RÉGIMEN). Lo que acreditan con copia certificada de matrimonio, (DATOS). Documento que en copia certificada agrego al apéndice de esta escritura bajo la letra "H"

SÉPTIMO.- ESTADO CIVIL DE LOS PROCURADORES.- Declaran los procuradores que su estado civil es el de "SOLTEROS".

OCTAVO.- DE LOS DEPENDIENTES ECONÓMICOS DE LA PARTE GESTANTE.- Declara "**LA PARTE GESTANTE**" bajo protesta de decir verdad que (NO EXISTE PERSONA) que conforme a Derecho puedan ser considerados dependientes económicos.

OCTAVO.- DE LOS DEPENDIENTES ECONÓMICOS DE LA PARTE GESTANTE.- Declara "**LA PARTE GESTANTE**" bajo protesta de decir verdad que (EXISTE PERSONA) que conforme a Derecho puedan ser considerados dependientes económicos, guardando estos la relación de (TIPO DE PARENTESCO) con "**LA PARTE GESTANTE**". Copias certificadas de las actas de nacimiento las agrego al apéndice de esta escritura bajo las letras "H" y "I"

-----**CAPÍTULO PRIMERO**-----

-----**DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE**-----

-----**CLÁUSULAS**-----

-----**TÍTULO PRIMERO**-----

-----**DE LAS DEFINICIONES**-----

PRIMERO.-FILIACIÓN.-Las obligaciones filiales son de orden público por lo que las partes se obligan en términos de la ley y por los términos del presente contrato, conforme a la redacción del artículo doscientos noventa y tres que a la letra compulso lo siguiente:

¹⁷⁴ n. b. Es necesario de igual manera que en la cita anterior determinar la situación que guardan los procuradores respecto de su situación civil, para discernir de los derechos y obligaciones que nacerán en este acto.

"Artículo 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora..."obligando a las partes que intervienen en este procedimiento desde la firma de este instrumento, a lo largo del proceso de gestación y en los casos que a si se amerite posterior a este respecto de los efectos que por este procedimiento se genere, por lo que la señora (NOMBRE DE LA GESTANTE) acepta "gestar" al menor hijo de los señores (NOMBRE DEL PADRE BIOLÓGICO) y (NOMBRE DE LA MADRE BIOLÓGICA) reconociendo sus derechos de filiación y estos adquieren la calidad de "PROCURADORES", obligándose ambas partes para el cumplimiento de este contrato, conforme a las disposiciones vigentes para la realización del procedimiento de "MATERNIDAD GESTANTE" y demás disposiciones relativas.

-----**TÍTULO SEGUNDO**-----
 -----**DEL PROCESO DE MATERNIDAD GESTANTE**-----

SEGUNDA.-INSEMINACIÓN.-¹⁷⁵Las partes convienen en hacer las siguientes precisiones:

- a).- Las partes manifiestan su voluntad en acudir ante (NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN QUE REALIZARA EL PROCESO) siendo esta una institución, profesional, calificada en materia de reproducción asistida, siendo esta elegida por "GESTANTE" para la inseminación a fin obtener el objeto de este contrato.
- b).- Las partes convienen en determinar un plazo de (PLAZO) hábiles para la obtención, de la concepción e inseminación de la "GESTANTE" con el "EMBRIÓN" de la "PAREJA PROCURADORA", con un máximo de (NÚMERO ACORDADO) intentos, comenzando a correr dicho plazo a partir de la fecha de firma del presente instrumento.
- c).-El proceso de inseminación termina por:
 - c. i.- Por el dictamen médico, que determine el comienzo de la gestación.
 - c. ii.- Por determinación de "**LA PARTE GESTANTE**" fundado en las permisiones y prohibiciones de ley.

¹⁷⁵E. g. PLAZO.- Esta cláusula la cual parece simple se debe analizar de modo muy meticuloso ya que para poder determinar plazo y termino del contrato se debe tomar en cuenta factores naturales, contractuales al igual que lo establecido por la propia ley, además de poder separar diferentes momentos debido a que no es lo mismo el plazo para la consecución de la concepción el cual lo pueden determinar las partes con base en lo que los médicos recomienden, a ya lograda ésta, se atiende a el desarrollo del menor y su nacimiento que son de índole natural por lo que a su vez son de naturaleza azarosa, de manera antagónica vemos el plazo que la propia ley da para que la gestante si es que así lo determina pueda finalizar con la gestación sin incurrir en responsabilidad de ningún tipo. como es visible la consecución del objeto es de tracto sucesivo, y al ir cumpliéndose uno a uno los diferentes supuestos nacen las diferentes obligaciones y derechos pero es también cierto recalcar que el plazo de referencia sólo puede ser el primero para la consecución de la concepción ya que el segundo supuesto y el tercero serían más bien formas de terminación del contrato.

c.iii.- La imposibilidad de "**LA PARTE GESTANTE**" determinada mediante dictamen médico.

c. iv.- El término del plazo establecido por las partes en el inciso "b)" de este apartado.

c. v.- Por pérdida espontánea del embrión.

F).- "**LA PARTE GESTANTE**" se obliga a no introducir agentes de riesgo que pudieran controvertir la identidad genética del menor, siguiendo las indicaciones de los médicos que para este fin requieran y siguiendo las disposiciones aplicables por los ordenamientos competentes para el caso de incumplimiento se atenderá a lo aplicable en la normatividad respectiva.

TERCERO.- DE LA GESTACIÓN.- Para el correcto desarrollo del procedimiento de "Maternidad gestante" las partes convienen en hacer las siguientes precisiones:

a).- **MÉDICO TRATANTE.-** Las partes manifiestan su voluntad de que "LA GESTACIÓN" sea supervisada por (NOMBRE DEL MÉDICO QUE REALIZARA EL PROCEDIMIENTO), como el "MÉDICO TRATANTE" siendo (ESTE ESTA) (ELEGIDO ELEGIDA) por "LA GESTANTE" para supervisarla lograr el objeto de este contrato, y de quien su cedula profesional quedo relacionada en el antecedente III de este instrumento.

b).- **DE LAS INDICACIONES MÉDICAS.-** Acatar las indicaciones de los Médicos que supervisan el desarrollo de la gestación con las salvedades ya expresadas en el artículo vigésimo fracción sexta, y sin menoscabo del derecho que tiene de inconformarse por los medios legales.

c).- A no entorpecer el proceso de gestación de modo intencional ya sea por omisión o acción.

d).- En el caso de que se logre un embarazo múltiple corresponde a "**LA PARTE GESTANTE**" la elección de cuántos productos está dispuesta a gestar.

e).-Obtener de las autoridades competentes los requisitos que las leyes que le competen exija para su realización, siendo las partes responsable de los daños y perjuicios que su incumplimiento ocasione.

f).-La gestante se compromete a informar de inmediato a los procuradores, de cualquier anomalía que pudiese detectar durante la gestación.

g).- La modificación de cualquiera de las cláusulas de este contrato se hará en escritura pública y con la anuencia de las partes que intervienen.

CUARTO.- DE LAS DETERMINACIONES REQUERIDAS.- Las partes quedan obligadas recíprocamente por la realización de este contrato a tomar las decisiones referentes al proceso de con observancia de las disposiciones vigentes en la materia y contemplando:

a).- El bien superior del menor, la salud de "**LA PARTE GESTANTE**" así como la dignidad humana.

b).-Tomando en cuenta la asesoría médica correspondiente con las salvedades que marca el ya mencionado artículo vigésimo de la ley de maternidad gestante para el Distrito Federal, el artículo fracciones II y III del Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil y demás ordenamientos relativos.

c).- De manera informada y considerando la voluntad de ambas partes.

QUINTO.-PRECIO.-Que debido a la naturaleza del presente contrato no se puede pactar precio o remuneración siendo "ESTE GRATUITO" y "CARITATIVO" esto con fundamento con el artículo SÉPTIMO DE LA "LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA PARA EL DISTRITO FEDERAL del que compulso lo que es del tenor literal siguiente:

..."Los embriones sólo se formarán con el fin de procreación queda estrictamente prohibida toda forma de comercialización o de utilización económica de células y tejidos embrionarios derivados de la reproducción asistida, así como la vitrificación de óvulos y espermatozoides que no sea con el fin reproductivo y su conservación cuando tenga por objeto la formación de gametos con fines de lucro o prácticas homólogas que atenten contra de la dignidad humana, sujetándose a las sanciones establecidas en el Código Penal"... y demás disposiciones relativas en la república mexicana.¹⁷⁶

Por lo que queda prohibida cualquier remuneración o concesión entre las partes, con excepción de los gastos que menciona la cláusula "**SEXTA**" los cuales no serán considerados para este concepto.

-----TÍTULO TERCERO-----

----- DE LOS GASTOS Y COSTAS-----

SEXTO.- DE LOS TIPOS DE GASTOS Y COSTAS.-Sin menoscabo de la índole meramente caritativa y por consecuencia gratuita del presente contrato, es obligación de "LOS PROCURADORES" responder de los gastos ya sean estos, pre o post procedimentales y hasta la total recuperación de "**LA PARTEGESTANTE**", que se devenguen por la práctica de este procedimiento médico y con independencia de se logre o no la consecución del objeto, el cual se encuentra especificado en la declaración "**PRIMERA**" inciso "a)", pudiendo ser estos gastos de la naturaleza siguiente:

¹⁷⁶E. g. El primer párrafo del artículo séptimo nos indica una redacción encaminada a la protección de datos y al secreto profesional la cual sin implicarnos directamente la redacción, nos recuerda que estamos sujetos al mismo resguardo de los datos por lo que es de preocupar que no se hayan regulado la realización de los contratos en su forma escrita, lo que seguramente el colegio de notarios del Distrito Federal emitirá circular en su momento, Verbigracia compulso lo que es del tenor literal siguiente: **Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego a la ética y el secreto profesional respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación.**

Expuesto lo anterior uno dimensiona lo complicado que será proteger estos datos ya que la ilegibilidad es algo inoperante dado el caso que el contrato debe contener los nombres de las partes así como otros datos, generales según la legislación y que la publicidad es un elemento de las matrices de los contratos Notariales, lo más factible sería crear en el Protocolo un libro especial para estos fines ya que El Notario actúa en instrumentos públicos que son consultables en conjunto, aun no existe especificaciones de cómo se protegerá los datos de las partes contenidos en escritura para que estas no sean consultadas pues si el notario no actúa en protocolo su actuación no existe, **con su propio procedimiento de resguardo consulta y demás elementos que los notarios observan.**

I.- **NATURALES.**- Serán los que se originen por tratamiento ya sea necesario para mantener la óptima salud "DEL PRODUCTO" y de "**LA PARTE GESTANTE**" los cuales serán indicados por los especialistas de cada área, así como los requeridos para solventar las necesidades normales de la gestación.

II.- **ACCIDENTALES.**-Son aquellos que de modo necesario a indicación de médico especializado en materia considera necesario para no poner en riesgo la salud o vida de "**LA PARTE GESTANTE**" así como los requeridos para corregir alguna situación anómala o de emergencia, por lo que las partes se obligan a:

a).- "**LA PARTE GESTANTE**" se obliga a realizar los gastos accidentales requeridos siempre que en el momento sean necesarios para cuidar su salud y la del producto, y los procuradores no puedan cubrirlo en el momento debido a cualquier situación.

b).-En el caso de los gastos accidentales que "**LA PARTE GESTANTE**" deba realizar en beneficio de su salud o de la del "producto", "LOS PROCURADORES" se obligan a devolver a la ya nombrada, los montos de dinero que reporten las facturas o recibos correspondientes, devolución que deberá ser realizada en un plazo que no exceda de treinta días hábiles.

III.- **VOLUNTARIOS.**- Los que la ley confiere o permite sean pactados a favor de las partes para la consecución del objeto y mejorando la calidad de la gestación.

Los gastos devenidos de la voluntad de la gestante "**ABORTO VOLUNTARIO**" Hasta el plazo contenido en La Ley Penal para el Distrito Federal en su artículo 148 fracciones II y III del Código Penal por lo que el incumplimiento de esta disposición se atenderá a lo establecido en La Ley Penal para el Distrito Federal, el Código Civil y Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal para el caso de rescisión del contrato se libera a la gestante del pago de daños por este concepto.

-----TÍTULO CUARTO-----

----- DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL-----

SÉPTIMO.-DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL.-Las partes convienen en que son causa de terminación de la presente relación contractual las siguientes:

- a) La terminación voluntaria por acuerdo de las partes o de alguna de ellas, esto sin menoscabo de lo que las demás disposiciones legales establezcan para el supuesto en concreto.
- b) La obtención del fin del presente contrato.
- c) El fallecimiento de alguna de las partes, siempre que no subsista alguna obligación derivada del presente contrato.
- d) En el supuesto de optar por la terminación del proceso de gestación, y con fundamento en el artículo vigésimo párrafo V., "**LA PARTE GESTANTE**" tiene la obligación de notificar por

escrito a los padres respecto la decisión tomada, para que estos expresen lo que su derecho corresponda.

- e) Antes de iniciar este procedimiento, deberá exhibir el certificado médico correspondiente emitido por "EL MÉDICO TRATANTE" que constate que la edad del producto es la permitida para la terminación de "LA GESTACIÓN".
- f) La determinación medica de imposibilidad de la parte gestante para llevar a cabo la concepción, gestación, o alumbramiento.
- g) Las demás que la ley confiera.

OCTAVO.-DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.-para el caso de incumplimiento son competentes para dirimir las controversias los Jueces, Tribunales, y leyes del Distrito Federal.

-----**TÍTULO QUINTO**-----

-----**DE LOS SEGUROS**-----

DECIMO.- SEGURO DE MATERNIDAD.- Para la cumplir con el acceso de la gestante a la atención, médica adecuada las partes contrataron un seguro de maternidad del cual la beneficiaria es "LA GESTANTE". Copia certificada de dicho documento lo agrego al apéndice de esta escritura con la letra "J".

DÉCIMO PRIMERO.- SEGURO DE VIDA.-"LA PARTE PROCURADORA" se obliga con "LA PARTE GESTANTE" a cubrir la prima del "seguro de vida" contratado para el caso, del cual los beneficiarios son los dependientes económicos de "LA PARTE GESTANTE". Copia certificada de dicho documento lo agrego al apéndice de esta escritura con la letra "K".

DÉCIMO SEGUNDO.-SEGURO DE INCAPACIDAD.- " Se obliga con "LA PARTE GESTANTE" a cubrir la prima del "SEGURO DE INCAPACIDAD" contratado para el caso, del cual será beneficiaria "LA PARTE GESTANTE". Copia certificada de dicho documento lo agrego al apéndice de esta escritura con la letra "L".

DÉCIMO TERCERO.- DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR.- Debido a la existencia de dependientes económicos por parte de "LA PARTE GESTANTE" así como la protección de la antes mencionada, las partes convienen se otorgue una indemnización suficiente, por el posible fallecimiento o incapacidad ya sea esta parcial, total, temporal o permanente de "LA PARTE GESTANTE" que se derive de ésta práctica médica, de acuerdo con las posibilidades económicas de los obligados la cual será determinada por el Juez competente.

-----**TÍTULO SEXTO**-----

-----**DEL NACIMIENTO**-----

DÉCIMO CUARTO.-EL NACIMIENTO.- El nacimiento del menor, sea este exitoso o no, pone fin al proceso de "GESTACIÓN", no así a los derechos y obligaciones generadas entre las partes a fin de resguardar la dignidad humana y seguridad jurídica de ambas partes, en especial la de "**LA PARTE GESTANTE**" hasta su total recuperación, dejando a salvo sus derechos para ser ejercidos en el momento procesal oportuno.

DÉCIMO QUINTO.- PLAZO DE ENTREGA Y RECEPCIÓN DEL MENOR.-Las partes acuerdan como plazo para el cumplimiento de las obligaciones de entregar y recepción del menor, el que la opinión médica considere adecuado. Con fundamento en el artículo vigésimo fracción quinta de LA LEY de MATERNIDAD SUBROGADA par el DISTRITO FEDERAL.

DÉCIMO SEXTO.-DE LA PROVISIÓN DE LECHE MATERNA.-"**LA PARTE GESTANTE**" se obliga con fundamento en el artículo vigésimo fracción cuarta de LA LEY de MATERNIDAD SUBROGADA para el DISTRITO FEDERAL, a proveer la leche materna por un lapso de SEIS meses mínimo, salvo indicación médica o imposibilidad in superable.

-----**CAPÍTULO SEGUNDO**-----

-----**CLÁUSULAS NO FINANCIERAS**-----

PRIMERO.- DOMICILIO PARA OÍR Y RECIBIR TODO TIPO DE NOTIFICACIONES.- Las partes convienen respecto de los actos jurídicos contenidos en el presente instrumento, así como los efectos que por su celebración como fin de la realización se generen, designar como domicilio los siguientes:

(DOMICILIO DE LA PARTE PROCURADORA)

(DOMICILIO DE LA PARTE GESTANTE)

SEGUNDO.- Para efectos de este contrato se define y entiende por:

I. Código Civil: Código Civil para el Distrito Federal;

II. Código Penal: Código Penal para el Distrito Federal;

III. Filiación: relación que existe entre los padres y los hijos, formando el núcleo social primario de la familia;

IV. Interés superior del menor: la prioridad que ha de otorgarse al ejercicio pleno de los derechos de las niñas y los niños y al desarrollo de estos respecto de los derechos de cualquier otra persona, como criterios rectores para la elaboración de normas y su aplicación en todos los órdenes relativos a la vida

del niño o niña, en los términos que establecen los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano y las leyes aplicables en la materia;

V. Instrumento para la Maternidad Subrogada: Contrato mediante el cual se manifiesta el consentimiento ante Notario Público por parte de una mujer con capacidad de goce y ejercicio, a gestar el embrión y posteriormente el feto hasta la terminación del embarazo, en beneficio de dos personas, unidas en matrimonio o concubinato, quienes manifiestan también su consentimiento, y que aportan sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y formar un embrión e implantarse en el útero de la mujer gestante;

VI. Ley: Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal;

VII. Madre biológica: mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta sus óvulos para la fecundación, y que se compromete mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica;

VIII. Maternidad Subrogada: la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su carga o material genético y que concluye con la terminación del embarazo;

IX. Médico tratante: médico especialista en infertilidad que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la Maternidad Subrogada;

X. Mujer gestante: mujer con capacidad de goce y ejercicio que, sin fines de lucro, se compromete a llevar a cabo la gestación del embrión posteriormente del feto, producto de la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que aportan su material genético y cuya obligación subrogada concluye con la terminación del embarazo;

XI. Padre: hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta sus espermatozoides para la fecundación y que se compromete mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica;

XII. Personal de salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;

XIII. Registro Civil: a la Dirección General del Registro Civil, que ejerce sus atribuciones registrales a través de los Jueces del Registro Civil;

XIV. Secretaría de Salud: a la Secretaría de Salud del Distrito Federal;

XV. Transferencia de embrión: transferencia de huevo fecundado en cualquiera de sus estadios con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada Fecundación *In vitro* con Transferencia de Embriones, cuyas siglas son FIVTE aplicada en su variante homóloga, y

XVI. Tutela: a la Tutela que establece el Título Noveno del Código Civil vigente y que tiene por objeto la protección de los menores que nacen por Maternidad Subrogada y en los casos de fallecimiento de la madre biológica y el padre.

TERCERO.-TÍTULOS DE LAS CLÁUSULAS.- Los títulos de las cláusulas que aparecen en el presente instrumento conllevan como fin la mejor lectura por lo que no limitan el contenido de las mismas ni su interpretación ateniéndose las partes estrictamente a sus contenido.

-----**CAPÍTULO TERCERO**-----

-----**DE LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA**-----

-----**CLÁUSULAS**-----

PRIMERO.- ANTECEDENTE.- Para garantía de las obligaciones adquiridas por medio de la realización del contrato de "MATERNIDAD GESTANTE" la parte procuradora otorga la siguiente garantía:

a).-FIANZA.- La pareja procuradora como garantía del cumplimiento de las obligaciones adquiridas con objeto de la celebración de este contrato, otorgan de común acuerdo la siguiente fianza con número de póliza (NÚMERO) y en favor de "**LA PARTE GESTANTE**", quien la acepta en este acto. Documento que en copia certificada agrega al apéndice de esta escritura con la letra "**M**".

b).- HIPOTECA.- "LOS PROCURADORES", sin perjuicio de la obligación general que tienen de responder con todos sus bienes presentes y futuros y en garantía del pago preferente y puntual del "CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE", a cuyo pago está obligado conforme al presente contrato, así como en garantía del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que se deriven o puedan derivar del presente instrumento, de la ley o de resoluciones judiciales, constituyen HIPOTECA EN PRIMER LUGAR Y GRADO a favor de "**LA PARTE GESTANTE**" en los términos que se convienen en el capítulo de "LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA HIPOTECARIA" de este instrumento.

La hipoteca se extenderá a todo cuanto de hecho y por derecho corresponde al inmueble y permanecerá viva y subsistente mientras la obligación principal y demás prestaciones que garantiza no hayan sido

totalmente cubiertas.-----

“LOS PROCURADORES” se obligan a notificar a “LA PARTE GESTANTE”, cualquier cambio en el inmueble materia de la garantía.-----

----- **CAPÍTULO QUINTO** -----

----- **LEYES Y TRIBUNALES** -----

----- **CLÁUSULAS** -----

--

ÚNICA.-INTERPRETACIÓN Y JURISDICCIÓN.-Para la correcta interpretación, ejecución y cumplimiento de los derechos y obligaciones que derivan de los actos contenidos en este instrumento, al igual que dirimir cualquier controversia que con motivo de los mismos llegara a suscitarse, son competentes, las Leyes, Jueces y Tribunales del Distrito Federal así como los demás ordenamientos relativos a la materia de este ocursó.

----- **CERTIFICACIONES** -----

----- **YO EL NOTARIO DOY FE:-** -----

I.-Que me identifiqué plenamente como Notario ante los comparecientes.

II.-Que los documentos a los que me remito o relaciono en el presente instrumento, concuerdan fielmente con sus originales que tuve a la vista, en términos de la fracción tercera del artículo ciento dos de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

III.- Que declaran los comparecientes por sus generales ser:

El señor,(NOMBRE COMPLETO) de nacionalidad mexicana, originario del Distrito Federal, lugar donde nació (FECHA DE NACIMIENTO), empleado, casado, con domicilio en (DOMICILIO), Distrito Federal, teniendo como Clave Única de Registro de Población (CURP), mediante credencial para votar con fotografía con número de folio (NÚMERO DE FOLIO) expedida a su favor por el Instituto Federal Electoral.

La señora (NOMBRE COMPLETO), de nacionalidad mexicana, originaria del Distrito Federal, lugar donde nació el día (FECHA DE NACIMIENTO), con (DOMICILIO COMPLETO) Delegación (DELEGACIÓN), Código Postal (NÚMERO), Distrito Federal, teniendo como Clave Única de Registro de

Población (CURP) "(CLAVE)", identificándose ante mi mediante credencial para votar con fotografía con número de folio "(NÚMERO DE FOLIO)" expedida a su favor por el Instituto Federal Electoral.

La señora (NOMBRE DE LA COMPARECIENTE), de nacionalidad mexicana, originaria del Distrito Federal, lugar donde nació el (DÍAS), (MES), (AÑO), con domicilio (DOMICILIO) Delegación (DELEGACIÓN), Código Postal (CÓDIGO), Distrito Federal, teniendo como Clave Única de Registro de Población (CURP), identificándose ante mi mediante credencial para votar con fotografía con número de folio "(NÚMERO DE FOLIO)" expedida a su favor por el Instituto Federal Electoral.

El señor, de nacionalidad mexicana, originario del Distrito Federal, lugar donde nació el día (FECHA DE NACIMIENTO), empleado, casado, con domicilio en (DOMICILIO), Distrito Federal, teniendo como Clave Única de Registro de Población "(CURP)", mediante credencial para votar con fotografía con número de folio "(NÚMERO DE FOLIO)" expedida a su favor por el Instituto Federal Electoral.

IV.- Que me cercioré de la identidad de los comparecientes conforme a la relación que agrego al apéndice de este instrumento bajo la letra "**N**", de que tienen capacidad, ya que no observé en ellos manifestaciones de incapacidad natural y no tengo noticias de que estén sujetos a incapacidad civil, en términos del artículo ciento dos fracción vigésima romano inciso a) de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

V.- Que daré el aviso a que se refiere el artículo vigésimo cuarto de la Ley de Maternidad Gestante para el Distrito Federal. Aviso que agrego al apéndice de este instrumento con la letra "**Ñ**".

Que los comparecientes declaran comprender y conocer plenamente el contenido del Aviso de Privacidad que agrego al apéndice de este instrumento con la letra "**O**", con el que se acredita el cumplimiento de las obligaciones que en su caso sean aplicables al suscrito notario por el tratamiento de sus Datos Personales, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Federal de Datos Personales en Posesión de Particulares. Asimismo, manifiestan: que dicho documento les fue exhibido y explicado por el suscrito notario desde el momento de la solicitud del servicio notarial que por el presente instrumento se materializa; su consentimiento expreso con la utilización de sus datos personales para la elaboración del presente instrumento, así como para todos los efectos legales correspondientes, previos y posteriores al mismo; liberando al suscrito notario de cualquier responsabilidad que por este concepto pudiera surgir y teniendo por firmado dicho documento con el otorgamiento del presente instrumento.

Que les hice saber a los comparecientes el Derecho que tienen de leer personalmente la presente escritura, y que así lo hicieron, así como de haberles explicado su contenido, en términos del artículo ciento dos fracción vigésima romano inciso b) de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

VI.- Que ilustré a los comparecientes acerca del valor, consecuencias y alcances legales de este instrumento, en términos del artículo ciento dos fracción vigésima romano inciso d) de la Ley del

Notariado para el Distrito Federal, por lo que advertidos de las penas en que incurren los que declaran con falsedad, manifestaron su comprensión plena y conformidad con el mismo, estampando todos los comparecientes al calce su firma hoy día (NÚMERO)del mes (NOMBRE) de su fecha.- Autorizo acto continuo el presente instrumento.- **DOY FE.**

CONCLUSIONES

Al intentar realizar la conclusión de este trabajo me percaté de lo complejo que es el Derecho en sí mismo, la importancia que tiene y el por qué ha acompañado en un proceso evolutivo constante la vida del ser humano. Aunque es realmente imposible datar la aparición de las primeras normas jurídicas, sabemos a ciencia cierta cuál ha sido su función a lo largo de ese tiempo. Su función ha sido el establecimiento de parámetros en el comportamiento humano permitiendo dar solución a los problemas más cotidianos que genera el tratar los unos con los otros. El Derecho, al ser una ciencia que funge como herramienta de índole social, tiene entre sus características la adaptabilidad, al igual que lo describió Darwin, evoluciona para su subsistencia y sirve como indicador del pensamiento de una determinada sociedad en un espacio y tiempo también determinados. Es una proyección general de la moral colectiva, que al igual que al hombre, se le ha moldeado por la necesidad, una relación casi simbiótica, tanto que resulta inútil intentar explicar qué tan determinado está el uno por el otro. Un sentimiento de ironía nos recorre al contemplar como la ley pasa de un extremo al otro conforme sigue el camino del ser humano. Antes las leyes buscaban desconocer hijos no legítimos, hoy día se busca que la ley legitime a esos mismos niños, valiéndose de teorías, visiones y sustentos lógico-jurídicos, morales, filosóficos, médicos, sociales y demás materias que repercuten hoy día en las sociedades. Sin embargo, también es cierto que ningún imperio se construyó de la noche a la mañana. El camino que aún les queda por recorrer juntos al Derecho y al humano es más largo, siempre en una danza constante, en la que no es posible coordinar todos los pasos, pero que busca el cambio constante y la adaptación sobre la interminable pista de baile.

La maternidad gestante forma parte de los procesos que conlleva en sí misma la vida humana. Desde el principio del andar humano hemos recopilado información la cual transmitimos de generación en generación, conformando así, poco a poco el espectro de lo que se puede conceptuar como un ser humano. Dentro de este micro-cosmos encontramos como elementos al Derecho y la Sociedad. Precisamente la maternidad gestante es el claro ejemplo de la evolución natural del Derecho por las variaciones en el pensamiento de una sociedad. Factor que a su vez determinará los caracteres que contendrá esta figura jurídica en un espacio y lugar determinados. Esto lo podemos vislumbrar con facilidad al comparar el Derecho ya que "ahí está el detalle" aludiría el cómico mexicano Cantinflas o el escritor Paz en sus ensayos "*La idiosincrasia del mexicano*", veremos una figura jurídica que comparte caracteres naturales que lo conceptúan para ser, y que se matiza con el entendimiento particular de las normas morales más generales de una sociedad. Lo que ha implicado la imposición de legislaciones que han sido pensadas para la ideología de una sociedad a otra sociedad diversa a ésta. Suena algo descabellado y en efecto lo es, he allí la importancia de los órganos legislativos, que estén conformados también de manera meritoria y no sólo popular para ser afines a las necesidades de la modernidad. Modernidad que se ve reflejada por la ciencia, por la capacidad de viajar tanto al espacio como al fondo del mar y, como ya he mencionado la barrera más grande, el viaje al interior de la biología y la mente

humana. Ese viaje reflexivo pretende un auto análisis de dónde venimos, en dónde nos encontramos y hacia dónde nos dirigimos, cómo saber hasta dónde debemos llegar, si la mente del humano ha demostrado que su mayor valía es romper los límites que están establecidos. Cómo podríamos determinar los parámetros de qué tanto podemos permitirnos **idear**, esto seguramente es imposible.

Lo que sí es cierto es que podemos limitar en el mundo **fáctico** lo que se debe actuar, y aquí se vuelve la pregunta obligada, ¿Debemos emplear la maternidad gestante? y ¿Qué parámetros éticos son válidos para esta determinación? No se puede decir que la práctica sea moral o inmoral en antonomasia, puesto que las cosas no son buenas o malas por naturaleza, lo que puede ser bueno o no es el contexto en que se desenvuelve. Posteriormente si determinamos válido el empleo de este método, cuál es el tratamiento más adecuado a esta práctica tan compleja, ya que en mi peculiar punto de vista, el permitir esta práctica no contraría los ordenamientos existentes de ninguna manera y la práctica es tan válida la intención de los procuradores de procrear como la donación, figura que se rige de principios similares. También es cierto que la maternidad no puede ser sólo una figura, puesto que sus orígenes guardan nuestra propia esencia compuesta de misticismo y ciencia, debemos mirarle con respeto e inteligencia, y **que no nos parezca algo extraño** manipular la reproducción. Esta práctica ha sido empleada desde que el humano logró reproducir animales y plantas, a los que manipuló acentuando las características que el más deseaba o que considero más favorables. De allí la gran variedad de razas domesticadas y variedades de vegetales y plantas con las que diariamente se sirve. El humano también ha experimentado con su propia reproducción, desde que observara que la reproducción es una cosa sexual más que un acto místico, ha intentado normarla. Un ejemplo es el matrimonio, ideado para asegurar lo más posible la filiación del varón con los hijos que criaba, pues anteriormente lo único cierto era la maternidad según el adagio *mater semper certa est*. Con la evolución de la sociedad y la ciencia también se volvieron más complejas las normas, aumentando los beneficiarios de ellas, dando paso no sólo a la filiación sino también a los derechos patrimoniales que nacen de ésta, presunciones de paternidad, restricciones de paternidad, eugenésias, aborto, control de natalidad, clonación y técnicas de reproducción asistida e hibridaciones. Estos son tan sólo un pequeño panorama con lo que el hombre ha manipulado su propia naturaleza, que junto con posturas teológicas constituye su propio orbe dentro de la moral.

Este trabajo es producto de las visiones de muchos autores, los cuales ayudaron a dar forma a nuestra visión. Uno de los aspectos más coincidentes en el Derecho es el aspecto moral, porque por más que uno quiera aislar el pensamiento jurídico de la moral es imposible, pues constituye una proyección general de una moral social, por lo que no es de extrañar que tomar postura respecto de la maternidad gestante no sea fácil al tratarse de un tema en el que el propio humano manipula su naturaleza. Dos vertientes influyen fuertemente, las visiones teológicas y las visiones científicas. En lo personal he intentado guiarme más por la visión científica para tomar las determinaciones que conformaron mi visión de cómo debe contextualizarse la maternidad gestante. Este proceso comienza comprendiendo qué es la familia y las formas que ha alcanzado, cómo se percibe según el parentesco y la filiación. La

maternidad no puede ser despojada de los ámbitos biológico y social. El biológico, en el caso de nuestro tema dividido en la gestación, el alumbramiento, y la unión que nace de compartir lazos genéticos; y el social que por sí mismo es la visión de procuración del menor, y de cumplimiento de la crianza. Y aun cuando puedan converger dos o más características en el mismo caso, con sólo tener uno de los aspectos es considerado maternidad. Entonces cómo se debe atribuir la filiación en la maternidad gestante. La ley aprobada resuelve por el tipo biológico genético y desvincula al producto de la gestante filialmente atribuyendo toda la carga a lazos genéticos directos, por lo que logra efectos colaterales que evitan que el acto caiga en nulidad al cumplimentar todos los elementos y presupuestos requeridos para el acto. Mantiene esa calidad de "don" que menciona la doctora Pilar Calva, ya que al no permitirse el pago por el contrato ni la negociación de la filiación, la persona gestante debe tomar seriamente el comprometerse a gestar ya que sin duda será un sacrificio, un acto realmente humanitario y una decisión Salomónica y evita la simplificación del proceso de gestación.

También es de observarse que quedan cuestiones por resolver, en especial de carácter administrativo, lo que se tendrá que suplir con la emisión de reglamentos y de más adaptaciones, y entonces ¿debemos emplear esta práctica? Otra de las opiniones más frecuentes que encontré es que resulta inadecuada, ya que puede generar problemas entre las partes, lo que considero un argumento inválido porque como ya lo expliqué es la fusión natural del Derecho, resolver estos problemas, además de que este se debe obrar de buena fe como principio general. Sin embargo, un argumento, el cual encuentro principalmente interesante, es el hecho de cuestionar ¿qué tan adecuado es este tipo de maternidad?, la que al observar resulta ser más racional e intencional que el proceso sexual y el que no estamos seguros de si la concepción es intencional o casuística. Contrario totalmente a la maternidad gestante, la cual pretende afinar hasta el último detalle del proceso, y volviéndose esta una cuestión aún más grande: ¿es la concepción un hecho o un acto jurídico?

Por último, son imprevisibles las consecuencias que a largo plazo tendrán nuestras decisiones en nuestra evolución debido a que no somos sino el conjunto de circunstancias que convergen en un tiempo-espacio, un pensamiento, una idea, idea que aún vacila en ser expresada pues aún no se ha escrito la última letra de ésta. Y cómo concretarla si el ser humano no es un ser concreto, sino todo lo contrario, cambiante, adaptable en sus características y por tanto en su conceptualización, y es que ¿somos humanos porque razonamos o razonamos como característica de ser humanos? Mientras no se disipen estas dudas no se podrá conformar por completo el mapa de la humanidad, de igual forma es inevitable continuar el camino de la humanidad casi de modo profético vagando en el desierto, buscando siempre la tierra prometida, temas como el de mérito, deberán seguir siendo analizados, estudiados y legislados casi como la pena impuesta al mítico Prometeo, que en este caso se ve representado por el Derecho; ciclo interminable entre lo bueno y lo malo, pena justa por poseer la luz divina, el don de la razón. No busquemos juzgar, busquemos lo justo, y ¿qué es justo si no es cierto? Por ello debemos utilizar los elementos de que disponemos en nuestra mortalidad y es que la ciencia es el lenguaje de los

dioses, única en descifrar el hermetismo de la creación divina. ¿Cómo comprender al creador si aún no comprendemos su creación? Esta concepción puede ser percibida como una contrariedad pero al analizar a fondo nos encontramos con un simple cambio de orden en la importancia de los factores, el cómo percibimos este mundo. Un ejemplo es que ya que hemos comprendido como se lleva a cabo medicamente la concepción, gestación y alumbramiento, sin olvidar, conforme a la dinámica social, los principios que rigen al Derecho, siendo el principal que el humano no sirve al Derecho, sino que el Derecho está pensado para servir al humano.

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO **NOCIONES GENERALES** **I FAMILIA**

1.-CONCEPTO DE FAMILIA	1
A). ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA FAMILIA	3
<i>a). Analogado biológico</i>	4
<i>b).Analogado económico</i>	4
<i>c). Analogado religioso</i>	4
<i>d). Analogado jurídico</i>	4
2.-ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO FAMILIA	4
A) TEORÍA DE LEWIS HENRY MORGAN	5
B). NEGATIVA A LA TEORÍA DEL ORIGEN DE LA FAMILIA EN LA PROMISCUIDAD PRIMITIVA	6
C) EL CONCEPTO DE FAMILIA EN DERECHO ROMANO	7
D) EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LA EDAD MEDIA	8
<i>a). Alta Edad Media</i>	8
<i>b).Baja Edad Media</i>	8
E) EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN	8
F) CONCEPTO DE FAMILIA CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE 1857 Y LEYES DE REFORMA DE 1859	9
G) CONCEPTO DE FAMILIA CONFORME AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA 1870	9
H) EL CONCEPTO DE FAMILIA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1884	10
I) LEY DE DIVORCIO 1914	10
J) EL CONCEPTO DE FAMILIA EN LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917	10
K) CONCEPTO DE FAMILIA CONFORME AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1928	11
L).CONCEPTO DE FAMILIA CONFORME AL CÓDIGO CIVIL VIGENTE DE 2000	11
<i>a). Concepto de familia conforme al Código Civil vigente en sentido amplio</i>	11
<i>b). Concepto de familia conforme al Código Civil vigente en sentido estricto</i>	12
<u>II. PARENTESCO.</u>	
1 CONCEPTO DE PARENTESCO	13
2 EVOLUCIÓN DEL PARENTESCO	14
A) DERECHO ROMANO	14
B) CÓDIGO DE NAPOLEÓN	15
C) CÓDIGO CIVIL DE 1870 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA	15
D) CÓDIGO CIVIL DE 1884 PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA	15
E) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917	16
3 TIPOS DE PARENTESCO EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE	16
A) PARENTESCO POR AFINIDAD	17
B) PARENTESCO CIVIL	17
C) PARENTESCO CONSANGUÍNEO	18
4. PRINCIPALES EFECTOS DEL PARENTESCO	18
A) PARENTESCO CONSANGUÍNEO	18
B) PARENTESCO POR AFINIDAD	19
C) PARENTESCO CIVIL	20
<i>a). Equiparación del parentesco por consanguinidad en el caso de adopción plena</i>	20

III. FILIACIÓN

1 CONCEPTO DE FILIACIÓN	21
A) SIGNIFICADO ETIMOLÓGICO	21
B) SIGNIFICADO GRAMATICAL	21
C) SIGNIFICADO BIOLÓGICO	21
D) SIGNIFICADO JURÍDICO	22
2 EVOLUCIÓN DE LA FILIACIÓN	24
A) LA FILIACIÓN EN EL DERECHO ROMANO	25
B) LA FILIACIÓN. EN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN	26
C) CÓDIGO CIVIL DE 1870, PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA	27
D) LA FILIACIÓN EN EL CÓDIGO 1884	27
E) LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917	28
F) CÓDIGO CIVIL DE 1928	28
3 MARCO LEGAL ACTUAL DE LA FILIACIÓN EN MÉXICO	29
A) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	30
B) CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	30
4 FORMAS DE GENERAR FILIACIÓN	39

IV CONCEPTOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD

A). Etimológico	41
B). Gramatical	41
C). Biológico	41
D). Jurídico	41
2. CONCEPTO DE PATERNIDAD	42
A). Etimológico	42
B). Gramatical	43
C). Biológico	43
D). Jurídico	43

CAPÍTULO SEGUNDO

REPRODUCCIÓN ASISTIDA

1 CONCEPTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	44
A) MARCO NORMATIVO	45
2 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	48
A) ESTIMULACIÓN OVÁRICA	48
B) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	48
a). HOMÓLOGA	49
b). HETERÓLOGA	50
C) FECUNDACIÓN <i>IN-VITRO</i>	51
a). HOMÓLOGA	52
b). HETERÓLOGA	52
D) CLONACIÓN	53

CAPÍTULO TERCERO

LA MATERNIDAD GESTANTE

1. CONCEPTO DE MATERNIDAD GESTANTE	55
A) MATERNIDAD GESTANTE SIN SUBROGACIÓN	56
B) MATERNIDAD GESTANTE CON SUBROGACIÓN	56
2. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS	56
3. ORÍGENES DE LAS NOCIONES MODERNAS ACERCA DE LA SUBROGACIÓN	57

4. POSTURAS PRINCIPALES SOBRE LA SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE	59
A). MATERNIDAD GESTANTE SIN SUBROGACIÓN O TRADICIONAL	59
B). MATERNIDAD GESTANTE CON SUBROGACIÓN O GESTACIONAL	59
5. TIPOS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD DERIVADA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE	62
A) Madre biológica	62
B) Padre biológico	63
C) Madre gestante	63
D) Procurador	63

CAPITULO CUARTO

SITUACIÓN ACTUAL DE LA MATERNIDAD GESTANTE EN LA LEGISLACIÓN

1. APLICACIÓN DEL MÉTODO DE MATERNIDAD GESTANTE EN NUESTRO PAÍS.	65
2. MARCO JURÍDICO RELATIVO A LA MATERNIDAD GESTANTE	66
A) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	66
B) CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	67
C) PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL	68
D) LEY GENERAL DE SALUD	69
F). TABASCO	75
G). COAHUILA	76
H). SAN LUIS POTOSÍ	76
I) COMO INTERACTÚAN LAS NORMAS EN LA GESTACIÓN	77
a).Planeación	77
b).Contratación	77
c) Inseminación	79
d). Aspecto Jurídico le la Implantación	80
3. <i>LEGISLACIÓN INTERNACIONAL</i>	84
A). <i>INDIA</i>	84
B). <i>RUSIA</i>	86
C). <i>UCRANIA</i>	89
4. INICIATIVA DE LEY	93
5. PAÍSES DONDE ESTÁ PERMITIDA LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL, INCLUSO LA MERCANTIL	102
6. PAÍSES DONDE SÓLO ESTÁ PERMITIDA LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL NO MERCANTIL	102
7.-PAÍSES DONDE LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL QUEDA PROHIBIDA	102
8. PAÍSES DONDE LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL NO SE ENCUENTRA REGULADA EN LA LEY PERO SE PUEDE REALIZAR	103

CAPITULO QUINTO

DISTINTOS ASPECTOS EN TORNO AL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE

1. BIOÉTICA Y DERECHO	104
2. RIESGOS IMPLÍCITOS EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS	108
3. MERCANTILIZACIÓN DEL HOMBRE	109
4. DE LA TRATA DE PERSONAS, TRÁFICO DE PERSONAS Y LAS FÁBRICAS DE NIÑOS	110
5. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN JURÍDICA MATERNA	112
A). PRINCIPALES ASPECTOS EN LA PROBLEMÁTICA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD SURGIDA DEL MÉTODO DE MATERNIDAD GESTANTE	112
a). INTENCIÓN DE LAS PARTES	114

b). Casos De Adopción y Maternidad Gestante	116
c) Criterio Genético	116
d) Vínculo Gestacional	117
e) El Bien Superior del Menor	117
6. CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE... ¿DERECHO PÚBLICO O PRIVADO?	118
7. LIBERTAD FEMENINA Y NUEVAS TECNOLOGÍAS REPRODUCTIVAS	118
A). EL CONTRATO SEXUAL	118
B). ELECCIONES TRÁGICAS	119
C). EL CONTRATO REPRODUCTIVO	123
8. POSTURA PERSONAL	123
9. POSIBLE SOLUCIÓN INTERPRETATIVA	124

CAPÍTULO SEXTO

CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE

1. ¿QUÉ ES EL CONTRATO?	127
A).-El contrato como acto jurídico.	129
B).-El contrato como norma jurídica	129
2. CONCEPTO DE CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE	129
3. DESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE	129
A). PARTE OBLIGACIONAL	129
a). SUJETOS	131
b). OBJETO	132
c). ASPECTO PATRIMONIAL	132
d). VÍNCULO JURÍDICO	136
4. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE	136
A). UNILATERAL, SINALAGMÁTICO IMPERFECTO O BILATERAL SINALAGMÁTICO	136
B). GRATUITO	137
C). CONMUTATIVO	137
D). EXTERIORIZACIÓN DEL CONTRATO	137
E). DE TRACTO SUCESIVO	138
F). PRINCIPAL	139
G). INNOMINADO	139
5 ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE	140
A) CONSENTIMIENTO	141
a). LA CAPACIDAD	141
b). LA MAYORÍA DE EDAD	141
c). VICIOS DE CONSENTIMIENTO	142
a'). ERROR	143
b'). Dolo	143
c'). Mala Fe	143
d'). Violencia	142
e'). Lesión	143
B) EL OBJETO	143
a) LICITUD EN EL OBJETO MOTIVO O FIN	144
C) La Forma	144
a). LA FORMA COMO ELEMENTO	145
b). LA FORMA COMO PRESUPUESTO	145

CAPÍTULO SÉPTIMO

MODELO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD GESTANTE

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Almazán Cué Juan Paulo, De La Filiación Resultante A Través De La Aplicación De Técnicas De Fecundación Humana Asistida, Primera Edición, Editorial Flores, México 2008.
- 2.-Álvarez Capero Chipi José, Curso De Derecho Familiar, T, II, Ed. Civitas, España, 1988.
- 3.-Arellano García, Carlos. Métodos y Técnicas de la Investigación Jurídica. Edit. Porrúa, México 1999.
- 4.-Bañuelos Sánchez, Froylan, Derecho Notarial, Tercera edición, Cárdenas Editor y Distribuidor. s. f.
- 5.-Bañuelos Sánchez, Froylan. Interpretación de los Contratos y Testamentos, Edit. Orlando Cárdenas. Irapuato. s. f.
- 6.-Bejarano Sánchez Manuel, Obligaciones Civiles, Quinta Edición, Editorial Oxford, 1999.
Borja Soriano Manuel, Teoría General De Las Obligaciones, Vigésima Primera Edición, Editorial Porrúa. México 2009.
- 7.-Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho en Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, Tercera Edición, Ed. Porrúa, México 1997.
De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia, Cuarta edición. Edit. Porrúa, México, 1993.
- 8.-De La Mata Pizaña, Felipe Y Garzón Jiménez Roberto, Derecho Familiar cuarta edición., Edit. Porrúa, México, s. f.
- 9.-De La Mata Pizaña Felipe, Garzón Jiménez Roberto, Bienes Y Derechos Edit. Porrúa, México 2005.
10. Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Contrato y Convenio, Replanteamiento sobre sus respectivos conceptos en el Código Civil para el Distrito Federal., Cuarta Edición., Edit. Porrúa, México. 2008.
- 11.-Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil, Familia, Primera Edición., Edit. Porrúa 2008.
- 12.-Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil Parte General Personas, Cosas, Negocio Jurídico E Invalidez. Editorial Porrúa, Decima Primera Edición, México 2008.
- 13.- Floris Margadant Guillermo, La Iglesia Ante El Derecho Mexicano, México, Edit. Miguel Ángel Porrúa Grupo Editorial, s. f.
- 14.-Güitrón Fuentesvilla, Julián. Derecho Familiar, Universidad Autónoma de Chiapas, Tuxtla Gutiérrez. 1988.
- 15.-Güitrón Fuentesvilla, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar?, tercera edición., .1987.
- 16.-Güitrón Fuentesvilla, Julián. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito federal del año 2000. Edit. Porrúa México, 2003.
- 17.-Güitrón Fuentesvilla, Julián. Tesis. Primera edición., Ediciones Panamericanas, México, 1991.
- 18.-Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil primer curso, Decima edición., Edit. Porrúa, México, 1990
- 19.-Gutiérrez y Gonzales, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, decima segunda edición., Edit. Porrúa México, 1997.

- 20.-López Faugier Irene, La Prueba Científica De La Filiación Edit. Porrúa Primera Edición 2005.
- 21.- Lloveras Nora, Patria Potestad Y Filiación, Ediciones de Palma, Buenos Aires 1986. Parra Benítez, Jorge. La Filiación En El Derecho De Familia Ed. Leyer. s. f.
- 22.-Loyarte Dolores y E. Rotonda, Adriana. Procreación Humana Artificial Desafío Bioético Edit. De Palma Buenos Aires Argentina 1995.
- 23.-Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de las Obligaciones, Octava Edición. Edit. Porrúa, México, 2001.
- 24.-Mendoza C. Héctor A. Reproducción Humana Asistida Edit. Fontamara. Primera Ed. 2011.
- 25.- Mizrahi Mauricio Luis Familia Parentesco Y Matrimonio Edit. Astrea 1998.
- 26.-Ortiz Urquidi, Raúl. Derecho Civil, parte general, tercera edición., Edit. Porrúa, México, s. f.
- 27.-Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Derecho Notarial, segunda edición. Edit. Porrúa, México 1997.
- 28.-Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles, decimotercera edición, Edit. Porrúa México, s. f.
- 29.-Tamar Pitch. Un Derecho Para Dos, Libertad Femenina y Nuevas Tecnologías Reproductivas, Edit. Trotta, 2003.
- 30.-Treviño García, Ricardo. Los Contratos Civiles y sus Generalidades, sexta edición. Edit. McGraw- hill México. s. f.
- 31.-Rico Alvares Fausto, Garza Bandala Patricio, Cohen Chicurel Mischel, Derecho De Familia Edit. Porrúa, México 2011.
- 32.-Rico Alvares Fausto, Garza Bandala Patricio, Cohen Chicurel Mischel, Teoría General De Las Obligaciones, Ed. Porrúa. Sexta Edición 2013.
- 33.-Ríos Hellig Jorge, La Práctica Del Derecho Notarial, Séptima Edición, Editorial Mc Graw Hill, México 2007.
- 34.-Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, T. I, III. Ed. Porrúa, México, D.F., 1987.
- 35.-Sambrizzi Eduardo A. La Procreación Asistida Y La Manipulación Del Embrión Humano Abledo-Perrot Buenos Aires.
- 36.-Villoro Toranzo, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Porrúa, México, 2012.
- 37.-Zamora Y Valencia Miguel Ángel. Contratos Civiles, Un Décima Edición Ed. Porrúa, México 2007.

COMPENDIOS DE GINECOLOGÍA

- 1.-Ginecología y Obstetricia, Asociación de Médicos del Hospital de Ginecología y Obstetricia No. 3 del IMSS, Tercera Edición, Editor Francisco Méndez Otero. México 1989.
- 2.- J. González Merlo, Ginecología, Quinta Edición, Salvat Editores, S.A. s. f.

- 3.- Obstetricia y Ginecología de Danforth, Decima Edición, Editores. Ronald S. Gibbs, MD, Beth y. Karland, MD, Arthur F. MD, Ingrid E. Nigaard, MD. 2012.
- 4.- Tratado de Ginecología de Novak, Decimo Primera Edición Editorial, Inter América- Mc Graw Hill. México 1994.
- 5.- Tratado de Ginecología Obstetricia de la Reproducción Tomo I, Editorial Medica Panamericana, 2007. s. l.
- 6.- Williams, Compendio de Ginecología, segunda Edición, Ed. Mc. Graw Hill. 2014.

HEMEROGRAFÍA

- 1.- Arson De Ginberg, Gloria Hilda. Artículo: Los Derechos Humanos y Las Nuevas Técnicas De Reproducción. Revista: Anuario Universidades, Enero, 1989, México, D. F.
- 2.- Baffone, Cristiana. Artículo: La Maternidad Subrogada: Una Confrontación Entre Italia y México, Revista: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XLVI., No. 137, Mayo-Agosto, 2013, México, D. F.
- 3.-Ballesteros, Jesús. Artículo: Identidad Personal Y Técnicas De Reproducción Asistida. Revista: Anuario de Derechos Humanos Descripción: Nueva Época, Vol. 2, 2001, Madrid, España.
- 4.- Barber Carcamo, Roncesvalles. Artículo: "La Legalización Administrativa De La Gestación Por Sustitución En España (Crónica De Una Ilegalidad Y Remedios Para Combatirla)". Revista: Revista Crítica De Derecho Inmobiliario, Año LXXXIX., No. 739, Septiembre-October, 2013, Madrid, España.
- 5.- Barragan C., Velia Patricia. Artículo: La Reproducción Humana Asistida: Marco Jurídico. Revista: Jus, No. 3, Diciembre, 1991, Durango, Dgo., México.
- 6.- Belluscio, Augusto C. Artículo: Acciones De Estado Relativas A La Filiación. Revista: Revista Del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol. 64, No. 1, Enero-Marzo, 2003, San Juan, Puerto Rico.
- 7.- Berkhout, Suze G. Artículo: Buns In The Oven: Objectification, Surrogacy, And Women's Autonomy. Revista: Social Theory And Practice, Vol. 34, No. 1, January, 2008, Tallahass Ee, Florida, Eua.
- 8.- Brena, Ingrid. Artículo: La Maternidad Subrogada ¿Es Suficiente La Legislación Civil Vigente Para Regularla? Revista: Revista De Derecho Privado, Año I, no. 1, Enero-Junio, 2012, México, D. F.
- 9.- Busnelli, Francesco D. ¿Se Nace Por Contrato?, Ius Et Praxis, no. 35, Enero-Diciembre, 2004, Lima, Perú.
- 10.- Burnright, Robert G. Whetten, Nathan L., Coaut., Waxman, Bruce C., Coaut. Artículo: La Fertilidad Diferencial Rural-Urbana En México. Revista: Ciencias Políticas y Sociales, Año IV, nos. 11-12, Enero-Junio, 1958, México, D. F

- 11.- Chabas François. Artículo: La Corte De Casación Francesa Y El Asunto De Las Llamadas "Madres Portadoras". Revista: Jurídica. Anuario Del Departamento De Derecho De La Universidad Iberoamericana, no. 21, 1992, México, D. F.
- 12.- Chabas, François. Artículo: La Corte De Casación Francesa Y El Asunto De Las Llamadas "Madres Portadoras". Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho De La Universidad Iberoamericana, No. 21, 1992 México, D. F. Colle De Pestaña, Ivette. Análisis Crítico Sobre Los Efectos Del Desafío Genético En El Bienestar de los Niños. Revista Del Colegio De Abogados De Puerto Rico, vol. 63, no. 3, Julio-Septiembre, 2002: San Juan, Puerto Rico.
- 13.- Carrillo B., Vanessa. Artículo: La Falta de Validez del Contrato Para Maternidad Subrogada o Sustituta, de Acuerdo a las Normas Vigentes en Panamá Sobre Contratos Civiles, Filiación y Derecho de Menores. Revista: Anuario de Derecho, Año XXVIII, nos. 34-35, 2005-2006, Panamá, Panamá
- 14.- Chatel, Marie-Magdeleine. Artículo: Infertilidad, Medicina y Deseo. Revista: Debate Feminista, año 15, vol. 30, Octubre, 2004, México, D. F.
- 15.- Chávez Vargas, Lucia Guadalupe. Artículo: Salud Materna Desde una Perspectiva de Derechos Humanos. Revista: Defensor. Revista De Derechos Humanos, Año X, No. 6, Junio, 2012, México, D. F.
- 16.- Coll De Pestaña, Ivette. Artículo: Sexo y Genero en el Matrimonio ¿Como Sera La Familia del Futuro?, Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, vol. XXXV, no. 1, Septiembre-Diciembre, 2000.
- 17.- Coll De Pestaña, Ivette. Urrutia De Basora, Cándida Rosa, Coaut. Artículo: La Nueva Tecnología Reproductiva: Reflexiones Sobre Los Nuevos Métodos De Inseminación Artificial Y Sus Efectos En Las Normas Filiatorias Y Hereditarias. Revista: Revista Jurídica De La Universidad Interamericana De Puerto Rico, Vol. XXX, No. 2, Enero-Abril, 1996, San Juan, Puerto Rico.
- 18.- Coll De Pestaña, Ivette. Urrutia De Basora, Cándida Rosa, Coaut. Artículo: Dejar de Ser Madre. Revista: Debate Feminista, año 3, vol. 6, Septiembre, 1992, México, D. F.
- 19.-Díaz Martínez, Ana. Artículo: La Doble Maternidad Legal Derivada De La Utilización De Técnicas De Reproducción Humana Asistida. Revista: Derecho Privado y Constitución, año 15, no. 21, Enero-Diciembre, 2007, Madrid, España.
- 20.-Diniz, Maria Helena. A Ectogenese E Seus. Problemas Jurídicos: Prática Jurídica: año III, no. 30, Septiembre, 2004, Brasilia, Brasil.
- 21.-Duarte, Vincenzo. Artículo: La Semántica del Embrión En Los Documentos Normativos. Revista: Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 3, no. 3, Abril, 2011, Buenos Aires, Argentina.
- 22.- Doberning Gago, Mariana. Artículo: Status Jurídico Del Pre Embrión En La Reproducción Asistida. Revista: Jurídica. Anuario Del Departamento De Derecho De La Universidad Iberoamericana, No. 28, 1998, México, D. F.
- 23.- Emaldi Cirion, Aitziber. Artículo: Algunas Pinceladas De Las Leyes Españolas Sobre Genética. Revista: Opinión Jurídica, No. 3, Enero-Junio, 2003, Medellín, Colombia.
24. - Erinstein, Gaia. The Socio-Legal Acceptance Of New Technologies: A Close Look At Artificial Insemination. Revista: Washington Law Review, Vol. 77, No. 4, October, 2002, Seattle, Washington, Eua.

- 25.-Escobar Fornos, Ivan. Artículo: Derecho a la Reproducción Humana (Inseminación y Fecundación In Vitro). Revista: Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, no. 16, Enero-Junio, 2007, México, D. F.
- 27.-Flores Salgado, Lucerito Ludmila. Artículo: La Maternidad por Sustitución y su Impacto en el Derecho Civil. Revista: Ius. Revista Del Centro De Investigaciones año VIII, no. 15, 2004, Puebla, Pue., México
- 28.-Hernández Ramírez, Adriana. Santiago Figueroa José Luis, Coaut. Ley De Maternidad Subrogada Del Distrito Federal. Revista: Boletín Mexicano De Derecho Comparado. Nueva Serie, año XLIV, no. 132, Septiembre-Diciembre, 2011 México, D. F.
- 29.-Guzmán Avalos, Aníbal. Artículo: Algunas Consideraciones Civiles de la Procreación Asistida. Revista: Revista Jurídica Veracruzana, t. LV, no. 71, Abril-Junio, 1995. Xalapa de Enríquez, Ver., México.
- 30.- Granet-Lambrechts, Frederique. Artículo: Droit De La Filiation. Revista: Recueil Dalloz. No. 22, Jun, 2012, Paris, Francia.
- 31.-González Ramos, Rafael E. Artículo: P. del S. 1568, ¿Que Vino Primero, La Solución o el Problema?: Análisis y Propuestas Para la no Criminalización de la Reproducción Asistida y la Subrogación de Ventres Dentro De La Jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Revista: Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, vol. 80, no. 2, 2011. San Juan, Puerto
- 35.-Rico.Ginebra Serrabou, Xavier. Artículo: Maternidad Subrogada. Un Bebe A La Carta O La Industrialización de Seres Humanos. Revista: El Mundo del Abogado. Una Revista Actual, año 14, no. 147, Julio, 2011, México, D. F.
- 36.- Garcia Llerena, Viviana. Artículo: La Sustitución de la Voluntad del Incapaz en los Actos de Naturaleza Personalísima (A Propósito de la Incapacidad del Marido en la Reproducción Asistida Homologa). Revista: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade La Coruña, no. 7, 2003, Coruña, España.
- 37.-Gallegos López, María Margarita. Artículo: Análisis del Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley de Maternidad Subrogada. Revista: El Tribunal Superior De Justicia Del Distrito Federal, año II, no. 3, Agosto, 2009, México, D. F.
- 38.-Labadie Jackson Glenda. Artículo: Bioética Y Derecho De Familia: Acotaciones y Claresos Acerca de la Gravidéz Subrogada. Revista: Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, vol. 76, no. 4, 2007, San Juan, Puerto Rico.
- 39.- Lopez Faugier Irene. Artículo: Aspectos Legales Y Éticos De La Maternidad Gestante. Revista: Revista de la Facultad de Derecho de México, t. LX, Número Especial, 2010, México, D. F.
- 40.- Morales Godo Juan. Artículo: Ciencia, Ética y Derecho. A Propósito de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extraterina. Revista: Ius Et Praxis, no. 41, 2010, Lima, Perú.
- 41.- Muñoz Martinez Vanessa. Artículo: ¿Podemos Dividir un Niño Entre Dos o más Madres de Forma Salomónica? Maternidad Subrogada: Propuesta Legislativa. Revista: Revista Jurídica De La Universidad De Puerto Rico, vol. 76, no. 4, 2007, San Juan, Puerto Rico.
- 42.- Pereña Vicente Montserrat. Artículo: Autonomía De La Voluntad Y Filiación: Los Desafíos Del Siglo XXI. Revista: Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.Descripción: Nueva Época, Año Vi, No. 29, Enero-Junio, 2012, Puebla, Pué., México

43.- Rubio-Rodríguez, Hugo Tulio Cesar. Artículo: Hacia la Regulación de los Bancos de Esperma. Revista: El Mundo del Abogado. Una Revista Actual Descripción: año 12, no. 127, Noviembre, 2009, México, D. F

44.- Sambrizzi, Eduardo A. Artículo: Maternidad Subrogada. Reforma Proyectada. Revista: Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año 4, no. 1, Enero-Febrero, 2012, Buenos Aires, Argentina.

45.- Silva Ruiz, Pedro. Artículo: Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta. Revista: Anuario, vol. 21, 1998, Valencia, Venezuela.

46.- Eser, Albín. Genética, Gen- Ética, Derecho Genético . Reflexiones Político- Jurídicas Sobre la Actuación de la Herencia Humana. Revista "La Ley", año VII N.1937, Madrid, 1986.

REVISTAS ELECTRÓNICAS.

1.-Castellón Castillo, S. y Ledesma Alonso, E.: *"El funcionamiento familiar y su relación con la socialización infantil. Proyecciones para su estudio en una comunidad suburbana de Sancti Spíritus. Cuba"*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, Julio 2012, www.eumed.net/rev/cccss/21/

2.-Lauro Bernal Isabel. Rev. Cubana Med Gen Integr.15 de Octubre de 2004. En: *Matriz de Salud del Grupo Familiar*. Obtenido de Matriz de Salud del Grupo Familiar: http://bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol20_3_04/mgi06304.htm.

LEGISLACIÓN.

1.-Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza

2.-Código Civil para el Distrito Federal.

3.-Código Civil del Estado de México.

4.-Código Civil del Estado de San Luis Potosí

5.-Código Civil para el Estado de Tabasco.

6.-Ley del Notariado para el Distrito Federa.

7.-Ley para La Familia del Estado de Hidalgo.

8.-Ley General de Salud.

9.-Ley de Salud del Distrito Federal.

10.-Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal.

DICCIONARIOS.

FUENTES VIRTUALES.

- 1.-<http://www.aldf.gob.mx>.
- 2.-<http://www.bebesymas.com>.
- 3.-<http://concibe.com.mx/soluciones/concepcion-por-subrogacion>
- 4.-<http://www.excelsior.com.mx>
- 5.-<http://www.fertygen.com>
- 6.-<http://www.insemer.com/fecundacion-in-vitro.html>
- 7.-<http://www.mexicosurrogacy.com.mx>
- 8.-<http://www.mexicolegal.com.mx>
- 9.-<http://www.redalyc.org>
- 10.-<http://www.subrogacionmexico.com>
- 11.-[http:// www.surrogacy.ru](http://www.surrogacy.ru).
- 12.-<http://www.surrogacy-ukraine.com>.
- 13.-<http://www.tratadepersonas.com.mx/tratamx.html>
- 14.-<http://www.vientredealquiler.com>