



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**“ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD
SUBROGADA”**

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:

LEONARDO DANIEL BETANZOS MORALES

ASESOR:
DR. JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO



**CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO
JUNIO 2015**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV64/2015
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.

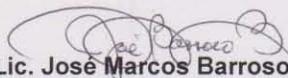
El alumno, **BETANZOS MORALES LEONARDO DANIEL**, quien tiene el número de cuenta **304134177**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad del **DR. JOSÉ ANTONIO SÁNCHEZ BARROSO**, la tesis denominada "**ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA**", y que consta de **200** fojas útiles.

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 4 de junio del 2015.


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


FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

Agradezco profundamente:

*A mis **padres** y **hermanos** por su cariño, cuidados y apoyo, pero en particular por haberme mostrado el camino que debía recorrer, así como por aquellas veces que me brindaron su mano para levantarme y seguir adelante.*

*A la **Universidad Nacional Autónoma de México**, quien me albergó y me brindó grandes experiencias, concediéndome la oportunidad de conocer a magnificas personas que me ayudaron a crecer personal y profesionalmente.*

*Al **Doctor en Derecho José Antonio Sánchez Barroso**, a quien agradezco infinitamente su apoyo, comprensión y consejos, tanto para culminar este proyecto, como en lo personal para superar adversidades.*

ÍNDICE

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPITULO I ASPECTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

1. Los elementos del contrato.....	
1.1 Elementos esenciales del contrato.....	1
1.1.1 El consentimiento.....	2
1.1.1.1 La autonomía de la voluntad.....	3
1.1.1.2 Declaración de la voluntad.....	14
1.1.2 El objeto del contrato.....	19
1.2 Elementos de validez del contrato.....	25
1.2.1 La capacidad.....	25
1.2.2 Ausencia de vicios en el consentimiento.....	27
1.2.2.1 El error.....	27
1.2.2.2 El dolo.....	29
1.2.2.3 La mala fe.....	30
1.2.2.4 La violencia.....	30
1.2.2.5 La lesión.....	31
1.2.3 Licitud en el objeto.....	32
1.2.4 Forma.....	34
1.2.4.1 El notario en la celebración de los contratos.....	36
2. Ineficacia de los contratos.....	38
2.1 Inexistencia.....	38
2.2 Nulidad absoluta.....	39
2.3 Nulidad relativa.....	39
3. Clasificación de los contratos.....	40
3.1 Contratos unilaterales.....	40
3.2 Contratos bilaterales.....	40
3.3 Contratos onerosos.....	41
3.4 Contratos gratuitos.....	42
3.5 Contratos conmutativos.....	43
3.6 Contratos aleatorios.....	43

CAPITULO II MATERNIDAD SUBROGADA

1. Definición de maternidad subrogada.....	45
1.1 Maternidad.....	45
1.2 La máxima " <i>mater semper certa est</i> ".....	48
1.3 Maternidad subrogada.....	54
1.4 La familia.....	63
2. Necesidad de acudir a la maternidad subrogada.....	70
2.1 Antecedentes.....	70
2.2 Infertilidad.....	76

2.3 Esterilidad.....	85
2.4 Otros factores.....	88
3. Regulación en la legislación mexicana vigente.....	93
3.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	94
3.2 Leyes locales.....	106
4. Impacto jurídico social.....	114
4.1 Mercantilización.....	114
4.2 Parejas heterosexuales y homosexuales.....	121
4.3 Donación de gametos.....	125
4.4 Filiación.....	126

CAPITULO III
CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DISTRITO
FEDERAL

1. Necesidad de la regulación.....	135
1.1 Avances tecnológicos.....	135
1.2 Cambios sociales.....	139
2. Análisis del contrato de maternidad subrogada.....	146
2.1 Finalidad del contrato.....	147
2.2 Elementos esenciales.....	153
2.3 Elementos de validez.....	159
2.4 Clasificación.....	162
3. Efectos jurídicos.....	169
Conclusiones.....	179
Fuentes de consulta.....	185

INTRODUCCIÓN

Es innegable que los humanos gozamos de capacidades sorprendentes. La evolución es muestra fiel de que nuestra inteligencia nos ha ayudado a sortear las condiciones más adversas. Pero así como somos capaces de utilizar ese ingenio para ayudarnos y fortalecer algunos aspectos endebles, en ocasiones también ha sucedido que esa misma creatividad nos ha llevado a experimentar grandes desgracias.

Cambios revolucionarios dieron origen a las características imperantes de nuestra época. Inventos de mentes brillantes que se han perfeccionado, y seguirán afinándose, es lo que hoy en día podemos ver a nuestro alrededor. Inclusive, ante los sorprendentes avances tecnológicos, en todas las áreas, pareciera que cada vez estamos más próximos de materializar aquello que consideramos ficción.

Las invenciones para superar alguna adversidad son logros marcados a lo largo de historia del hombre. Supervivencia, era el objetivo en los primeros años en los que pisó la tierra. De ser nómada se volvió sedentario. Conquista y expansión fueron las aspiraciones posteriores. Creadas las naciones, su fin fue la estabilidad económica y seguir buscando el bienestar.

En todas las áreas se encuentra ese avance científico y tecnológico, por ello no es ajeno que éste se haga presente en temas concernientes al aspecto más íntimo y fundamental de los seres humanos, la reproducción. Han surgido técnicas que otrora resultaban impensables.

Hasta hace unas décadas la única opción con la que contaban las personas que tenían algún tipo de infertilidad o esterilidad era la adopción; sin embargo, en la actualidad se presentan alternativas para superar esas condicionantes y conseguir su propia descendencia.

A su vez, los cambios en los estilos de vida han propiciado la imposibilidad de tener descendencia. Las generaciones cambian, hace 50 años las mujeres solían ser madres antes de cumplir los 20 años, sus hijas optaron por esperar y terminar de estudiar una carrera para dar ese paso y los 25 años, se convirtieron en la edad más adecuada para dar a luz por primera vez. Hoy en día, si bien no en su mayoría, sí es una tendencia que crece en las mujeres el decidir postergar la maternidad después

de los 35 años, incluso, después de los 40 años, ya que actualmente su prioridad es su desarrollo profesional y laboral.

Reportes del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI), precisan que en el año 2014 la población económicamente activa de mujeres fue de 19'379,038, lo que representa el 38% de la población económicamente activa, incursionando en puestos de alta dirección.

Ese fenómeno demora la maternidad y por ello se ha acuñado el concepto "madres añosas", que es el término con el cual la comunidad médica ha catalogado a las mujeres de más de 35 años que deciden ser madres por primera vez.

El surgimiento y perfeccionamiento de diversas Técnicas de Reproducción Asistida han dado la posibilidad de ser padres a un sector de la sociedad que no podía tener hijos de la manera convencional. Esas técnicas pueden definirse como el conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar o substituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, ayudando a reemplazar, en parte, una función generativa deteriorada o inexistente.

La inseminación artificial comenzó a perfeccionarse en los años 60, dejando atrás los rudimentarios procedimientos. Mientras que la fecundación *in vitro* tuvo su auge gracias a las investigaciones del Dr. *Robert Geoffrey Edwards*, quien con ayuda del ginecólogo *Patrick Steptoe*, logró el 25 de julio de 1978 el nacimiento de *Louise Brown* mediante esa técnica.

El perfeccionamiento de ambas técnicas dio origen a otra eventualidad que ha impactado a todo el mundo por sus implicaciones, este es el surgimiento de la maternidad subrogada.

Los desacuerdos empiezan desde la designación de su nombre. Se conoce como maternidad portadora, por encargo, gestación delegada, por cuenta ajena, gestación contratada, arrendamiento de vientre, alquiler de útero, maternidad por sustitución o gestante; la tesis que se expone, se avoca a la maternidad subrogada en su sentido genérico y gestacional.

Empero a pesar de todos los adjetivos posibles para atribuirle, lo cierto es que en ella radican dos variantes. La primera, la cual se le puede identificar como maternidad subrogada en el sentido genérico, consiste en que una mujer conocida

como gestante otorgará su óvulo para que sea fecundado con los gametos del solicitante, ya sea soltero o unido en alguna relación, heterosexual u homosexual, pero además llevará a término la gestación, y una vez nacido el bebé lo entregará a la pareja solicitante o a la persona sola. Para materializar esto se acude a la inseminación artificial.

Por otra parte, la maternidad subrogada gestacional se refiere a la práctica médica en la que, a diferencia de la anterior, no se utiliza el óvulo de la mujer gestante, sino los gametos de la pareja que acude a dicha práctica o a través de la donación, ya sea del óvulo, espermatozoide o ambos. El embrión resultante es implantado en la mujer que prestará su cuerpo para la gestación y parto, esto se realizará mediante la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones.

En ambas, la característica esencial es que al finalizar el embarazo se debe entregar inmediatamente el producto de la concepción a los solicitantes, ya sea mediante una remuneración, o bien puede ser de forma altruista.

El impacto que ha generado ha sido trascendental porque en el primer supuesto se está entregando al propio hijo de la gestante y si se realiza de forma onerosa, se está vendiendo a ese hijo. Respecto al segundo supuesto, si bien el bebé no lleva la carga genética de la gestante, se puede plantear la situación de la instrumentalización de la mujer al considerarla únicamente como una incubadora, dejando de lado que en el proceso del embarazo se genera un vínculo psico-emocional.

No sólo eso, a lo largo de estas casi cuatro décadas se han presentado casos en los que ha surgido la mercantilización, la disociación de la maternidad y del parentesco. Se puede decir que el bebé puede tener hasta tres madres, o bien que sea hijo de su abuela.

Sin duda, la falta de regulación de esta práctica conlleva a una problemática mayor a la ya existente. Incluso una regulación ambigua y escueta, sin una reflexión profunda puede orillar al surgimiento de complicaciones aún mayores, por ejemplo la mercantilización de los seres humanos y el turismo reproductivo.

El tema es bastante controversial, hay quienes están a favor y otros en contra, pero a pesar de ello es una realidad que dicha práctica se encuentra presente,

incluso a nivel internacional. No es un hecho aislado y debido a todo lo que conlleva presenta diversos cuestionamientos, complicaciones éticas y morales, por supuesto jurídicas, las cuales son materia de esta investigación, en virtud de que estimo indispensable una regulación integral en la que se reflexione sobre los alcances de la asistencia tecnológica para ejercer el derecho a la procreación.

Muchas personas invocan ese derecho para justificar el acceso a la maternidad subrogada; sin embargo, más bien lo que se pretende es el derecho al hijo, pues buscan su descendencia con la vinculación genética total, o por lo menos con uno de los solicitantes. Al respecto, otro problema que surge es el querer entender el derecho a la procreación como absoluto y sin limitaciones.

El hecho de que se busque la creación de un contrato para garantizar el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la maternidad subrogada, en cualquiera de sus dos vertientes, nos lleva a pensar si efectivamente se trata de un contrato y si en éste es posible soportar todas las consecuencias generadas con esa práctica.

En este orden de ideas el objetivo de este trabajo, como su nombre lo indica, es realizar un análisis jurídico del contrato de maternidad subrogada, partiendo de la base de la Teoría General del Contrato. Asimismo, también es importante partir desde el punto de vista sociológico para analizar los impactos que se generan con el uso de ese método.

Hacer una reflexión objetiva sobre la viabilidad del contrato de maternidad subrogada y la necesidad de que el Estado provea un soporte jurídico adecuado que asegure en primer término la dignidad del ser humano y prevenir que se presenten conductas que la contravengan.

Así mismo, es importante realizar un estudio de las leyes de algunas Entidades Federativas del país, para tratar de comprender cómo es que se plantea la regulación de esa práctica. Las cuales son pocas y divergentes debido a la pluralidad de ideologías sobre el tema.

Además, se busca realizar una reflexión sobre los alcances del derecho a la procreación, que es invocado por quienes justifican la intervención de una segunda mujer para lograr su descendencia. Pero lo refieren como si se tratara de un derecho

absoluto lo que conlleva al surgimiento del derecho al hijo, ocasionando con ello la afectación de la esfera jurídica de otros.

No cabe duda que es indispensable la existencia de una regulación integral que incluya las Técnicas de Reproducción Asistida y maternidad subrogada, dado que es primordial que se reflexione sobre los alcances de la asistencia tecnológica para ejercer el derecho a la procreación.

Para lograr ese estudio y análisis, resultó conveniente estructurar el presente trabajo en tres capítulos: uno que ahonde sobre la Teoría General del Contrato, para continuar con un estudio sobre la maternidad subrogada y culminar con el contrato de maternidad subrogada.

En el primer capítulo intitulado: “*Aspectos Básicos de la Teoría General del Contrato*”, como su nombre lo indica, se abordarán los temas concernientes a los elementos esenciales del contrato, el consentimiento y el objeto, así como los elementos de validez. Para después proceder a analizar los supuestos en los que se actualiza su inexistencia o nulidad, ya sea absoluta y relativa. Terminando con las clasificaciones que doctrinariamente se le asignan dependiendo de su finalidad y con la sistematización que se hace de ellos acorde a su ésta.

El objetivo de este capítulo es presentar las bases con las cuales se puede hacer el estudio de cualquier contrato, esto con la intención de indicar los parámetros que en su caso se utilizarán posteriormente para analizar la figura del contrato de maternidad subrogada que en algunas legislaciones se pretende implementar.

Por otra parte, en el capítulo segundo denominado: “*Maternidad Subrogada*”, se hace un estudio más profundo, ya que para comprender esa figura es necesario abordar temas como la maternidad, incluso acudir al Derecho romano para visualizar y entender cómo ha ido cambiando su imputación. Luego, se presenta un apartado donde se muestran las definiciones y un primer acercamiento al estudio sobre quienes pueden recurrir a este método. Para cerrar el primer apartado de este capítulo se hace un espacio al tema de la familia para observar cómo ha ido variando de acuerdo al contexto social y más aún, las complicaciones que pueden acontecer en ella en nuestra era que denominan hipermoderna.

Después, se muestran algunos antecedentes de su utilización y los conflictos surgidos. Derivado de ello, se abordan los acontecimientos por los cuales se acude a esa práctica, ya sea por infertilidad, esterilidad, o bien otras circunstancias que son vigentes a pesar de que no se presente alguna patología.

Posteriormente, se hace un estudio sobre su regulación en la legislación del país, primero en la Constitución, en el marco del derecho de la procreación y el derecho a la salud. Luego, se hace un análisis de las legislaciones locales que regulan ese procedimiento.

Para culminar con este capítulo se hace referencia al impacto tanto jurídico como social que acontece con dicho método. Todo lo anterior para visualizar los alcances o las consecuencias que pueden surgir con el empleo de ese método, lo cual servirá de pilar para hacer el estudio en concreto del contrato de maternidad subrogada.

Por último, en el tercer capítulo se aborda la necesidad regularla, a la luz de los avances tecnológicos y cambios sociales. Es en este apartado donde se plantea el análisis de ese tipo contrato. El objetivo de esta sección es mostrar que no puede ser un contrato en el que se estipulen obligaciones sobre la maternidad subrogada.

Como se expuso, los avances científicos y tecnológicos han ayudado a los seres humanos en su desarrollo, pero en otros casos el uso de éstas ha repercutido de forma negativa su bienestar. No se trata de estigmatizar ese avance, pero no se debe perder de vista que ese desarrollo y su empleo siempre deben estar enfocados a no transgredir la dignidad humana.

Ahora se presenta un acontecimiento vigente a nivel mundial, cuyo análisis en nuestra época tendrá relevancia para los días venideros, en razón de que el debate planteado en relación a los alcances del derecho a la procreación y el empleo de técnicas para conseguirlo será la base para establecer los límites de aquél.

Debe prevalecer una profunda reflexión al respecto, porque contemplar como objetos o instrumentalizar a los seres humanos dará la pauta de permitir incluso técnicas como la ectogénesis cuya investigación se está incrementando.

Concluyo citando al escritor Isaac Asimov,* quien al escribir el prólogo de la edición de los ciento setenta y cinco años de la publicación de la obra de Frankenstein de la escritora Mary Shelley, precisó: *“Casi podemos llegar a convencernos de que hemos usurpado los poderes divinos de la creación, o al menos los hemos tomado a préstamo para establecer nuestro propio dominio de la naturaleza; somos lo bastante listos para utilizar esos poderes, pero no lo bastante sabios para controlarlos”*.

* Isaac Asimov, fue un escritor y bioquímico de origen ruso, nacionalizado estadounidense, conocido por ser un prolífico autor de obras de ciencia ficción, historia y divulgación científica.

CAPITULO I

ASPECTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

1. Los elementos del contrato

Para comenzar es preciso hacer el señalamiento de lo que se entiende por elementos, es decir, aquellos medios con los cuales al ser unidos se es capaz de crear algo nuevo o bien reestructurar algo ya existente. Tal y como lo señala la Real Academia de la Lengua Española el elemento es: aquel medio o recurso, el fundamento, móvil o parte integrante de algo.¹ También podemos entender a los elementos como la parte o pieza componente de algo, cada uno de los principios inmediatos fundamentales que se considera en la constitución de los cuerpos.² De la anterior definición se puede pensar que los elementos de los contratos vendrían a ser las cláusulas que se inserten en cualquiera de ellos; sin embargo, no es así debido a que las cláusulas que sean integradas serán reflejo de sus elementos ya sean esenciales o de validez.

Zamora y Valencia indica que se llama elemento “a la parte integrante de una cosa que si falta esa cosa no existe como tal, aunque de hecho puede existir una diversa”.³ A partir del primer fragmento de la definición podemos mencionar que los contratos tienen elementos de los cuales deriva su existencia, es decir, sin ellos no existe el contrato. Por lo cual la doctrina define a los elementos esenciales como elementos de existencia. Respecto a la segunda parte de la definición, se puede afirmar que el contrato también posee elementos con los cuales no se determina la existencia del mismo; sin embargo, su ausencia tiende a ser subsanable para que el contrato pueda surtir sus efectos.

1.1 Elementos esenciales del contrato

Antes de iniciar con el análisis de los elementos esenciales de los contratos se debe tomar en consideración que la palabra esencial deriva del latín *essentiālis*, misma que deviene del latín *essentiā*. La Real Academia de la Lengua española la define como “aquello que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e

¹ Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., Madrid, España, Real Academia Española, 2001.

² González Alcántara, Juan Luís *et al.*, *Compendio de términos de Derecho civil*, México, Porrúa – IJ UNAM, 2004, p. 224.

³ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 10ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 13.

invariable de ellas”,⁴ por tanto, es lo más importante de algo, la parte sustancial de los objetos. Tomando en consideración lo anterior, se puede afirmar que los elementos esenciales de los contratos son aquellos que tienen preponderancia sobre cualquier otro, debido a que en ellos se encuentra lo sustancial de los mismos ya que estos son la base para cualquier contrato, es decir, son los elementos requeridos previamente para la formación del contrato de ahí que de ellos dependerá su existencia o no en la vida jurídica.

Los elementos esenciales, también denominados de existencia o estructurales de los contratos, de acuerdo con la doctrina y con la legislación son dos: El consentimiento y el objeto. En el Código Civil para el Distrito Federal (CCDF)⁵ se encuentran regulados en el artículo 1794.

Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

1.1.1 El consentimiento

El consentimiento al ser un elemento estructural de los contratos ha sido definido por Pérez Fernández del Castillo como “el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones”.⁶ De manera similar lo define Zamora y Valencia cuando establece que “el consentimiento es la unión o conjunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones”.⁷ Por otra parte, Treviño García lo ha definido como “un acuerdo de voluntades que implica la existencia de un interés jurídico; en el caso particular de los contratos, ese interés consiste en la creación o transmisión de derechos reales o personales”.⁸

De las definiciones anteriores podemos percatarnos que las características del consentimiento son: I) el concurso de voluntades de los contratantes y II) que se destinen a la creación o transmisión de derechos y obligaciones. En este sentido

⁴ Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*

⁵ Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 25 de mayo del 2000.

⁶ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, 6ª ed., México, Porrúa, 1999, p. 22.

⁷ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 15.

⁸ Treviño García, Ricardo, *Los contratos civiles y sus generalidades*, 6ª ed., México, Mc Graw Hill, 2002, p. 9.

Rojina Villegas señala que “todo consentimiento implica la manifestación de dos o más voluntades, y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico”.⁹ De este modo, se debe tomar en consideración que ambas características no deben ser contrarias a la ley.

En cuanto a la primera característica del consentimiento, el concurso de voluntades, hay que estudiar dos situaciones, el principio de la autonomía de la voluntad y la declaración de la voluntad.

1.1.1.1 La autonomía de la voluntad

Este principio consiste en que “toda persona es libre para obligarse por su voluntad en la forma y términos que le convengan, sin más limitaciones y excepciones que las señaladas por la ley”.¹⁰ Como se aprecia en la definición, en el principio de la autonomía de voluntad se desprende un derecho de libertad, la autorregulación de las relaciones jurídicas que tienen las personas capaces, la cual es conferida por el derecho y el Estado, siempre que tomen en consideración ciertas restricciones. En este caso, el autor refiere como limitante lo establecido en la ley.

A su vez Borja Soriano señala que de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad “las partes son libres para celebrar o no contratos, al celebrarlos obran libremente y sobre su pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público”.¹¹ De igual manera que el autor anterior, Borja Soriano en su acepción marca un límite a aquella autonomía, el orden público.

No obstante, a pesar de las limitantes que se indican se puede hacer énfasis en la libertad de poder contratar, por lo que, la autonomía de la voluntad es la ley suprema de los contratos, pero se encuentra supeditada a ciertas restricciones con la finalidad de preservar ciertas prerrogativas ya sea en el ámbito social, o bien en el campo jurídico. En la definición anterior, como se había dicho, se determina como

⁹ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, 17ª ed., México, Porrúa, t. III Teoría General de las Obligaciones, 1991.

¹⁰ Ortiz Urquidi, Raúl, *Derecho civil, parte general*, México, Porrúa - Anales de Jurisprudencia y Publicaciones - TSJDF, 2010, p. 275.

¹¹ Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 9ª ed., México, Porrúa, 1984, p. 123.

límite de la autonomía el orden público, por lo que, con esa limitación da lugar a que los contratos se rijan por normas individuales o *lex contractus*.¹²

Ahora bien, tomando en consideración que la voluntad de las partes es la base fundamental del contrato, es decir, su fuerza obligatoria deviene de aquellas voluntades, es por lo cual se expresa que la voluntad es soberana, tal y como lo indica Larroumet, quien estipula que dicha soberanía significa “que el contrato debe ejecutarse conforme a lo que han querido las partes”.¹³ Aunque, el autor no refiere los límites que se deben tomar en consideración al momento de ejecutar el contrato.

Por todo lo anterior, se puede determinar que la autonomía de la voluntad es “la facultad que tienen los contratantes para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre arbitrio, representada en convenciones o contratos que los obligue como la ley misma y siempre que lo pactado no sea contrario a la ley, la moral, el orden público o las buenas costumbres”.¹⁴

A su vez, Domínguez Martínez indica que “la autonomía de la voluntad trae consigo el reconocimiento de la posibilidad del individuo de desplazarse en un radio de acción tan suficientemente razonable, que le permita plantearse, prever y resolver sus requerimientos personales y patrimoniales con una libertad legalmente garantizada tanto en su fuero interno para decidir, como en su decisión misma de vincularse o no vincularse, y en los términos y alcances decididos, pero en todo caso con autodeterminación”.¹⁵

Como se observa, se establece que la autonomía de la voluntad es la libertad que tienen las partes para contratar o no y estipular los términos en los que se quieran obligar, siempre y cuando lo que se pretenda pactar no rebase ciertas limitantes. En la última definición se enuncian las restricciones que deben tomarse en consideración para no extralimitarse al pretender pactar cualquier situación.

¹² Es decir, aquéllas creadas por los particulares en los contratos y tienen plena validez siempre que no vayan en contra de las disposiciones de orden público; sin embargo, hay que destacar que no son las únicas normas que rigen el contrato, debido a que también se encuentran las normas taxativas o imperativas y las normas supletorias o permisivas. Cfr. Pérez Fernández del Castillo *op. cit.*, p. 8.

¹³ Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1993, p. 87.

¹⁴ González Alcántara, Juan Luís *et al.*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁵ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, “Orden público y autonomía de la voluntad”, en Sánchez Barroso, José Antonio (Coord.), *Cien años de Derecho civil en México 1910-2010*, México, Facultad de Derecho, UNAM, 2011, p. 84.

Por tanto, aquellas limitaciones a la autonomía de la voluntad son:

- a) Que no vaya en contra de leyes prohibitivas.
- b) Que no afecte el orden público o el interés social.
- c) Que no sea contraria a la moral o las buenas costumbres.
- d) Que no afecte la esfera jurídica de terceros.

a) Que no vaya en contra de leyes prohibitivas

Respecto al primer supuesto se entiende por ley prohibitiva aquella en la cual “se ordena una abstención, es decir, prohíbe la realización cierta conducta”.¹⁶ Por otra parte Pérez Fernández del Castillo las define como aquellas que “limitan la actuación de los particulares por ir en contra del interés general”.¹⁷

La autonomía de la voluntad no puede ir contra leyes prohibitivas en razón de que la autorregulación derivada de ella, es otorgada por el propio derecho y está reconocida por el Estado, ahora bien, si en dicha autorregulación se unificaran situaciones contrarias a derecho se estaría en presencia de actos ilícitos, mismos que son sancionados de manera distinta a los actos permitidos por los ordenamientos legales.

En ese sentido, Sánchez Barroso argumenta que “las personas pueden derogar libremente y a su conveniencia las disposiciones legales que sean supletorias al acto o contrato que se pretenden realizar, es decir, pueden confeccionar libremente los términos y condiciones de la relación jurídica”.¹⁸ Sin embargo, el mismo autor refiere que para que el acto tenga validez es indispensable el cumplimiento de ciertas situaciones y manifiesta que “para que se produzcan las consecuencias de derecho deseadas, el acto debe contener prestaciones que no sean contrarias a leyes prohibitivas, o al orden e interés público”.¹⁹

Consecuentemente, se puede mencionar que “en los actos lícitos la voluntad del hombre se ejerce dentro de los límites establecidos por la ley, y el efecto reconocida por ésta, es más o menos el fin que persigue el sujeto; por el contrario,

¹⁶ González Alcántara, Juan Luís *et al.*, *op. cit.*, p. 356.

¹⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.* p. 32.

¹⁸ Sánchez Barroso, José Antonio, “El “matrimonio” entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal”, *Ars Iuris*, número 43, México, 2010, p. 275.

¹⁹ *Idem.*

en los segundos (los actos ilícitos) la voluntad del hombre viola los preceptos del Derecho, por lo que el efecto jurídico es contrario al fin que se persigue”.²⁰

Con lo anterior se afirma que si bien tanto los actos lícitos como los ilícitos son fuentes de obligaciones, cada uno de ellos genera consecuencias distintas, debido a que los primeros son sancionados por la ley con el reconocimiento y protección de los actos que se realizan conforme a ella, sin contravenir algún ordenamiento normativo. Mientras que en los actos ilícitos, la ley los sanciona de forma negativa debido a que no se ajustan a derecho provocando la inobservancia de algún ordenamiento jurídico, lo que trae como consecuencia la afectación al orden público.

De esta manera, es como se encuentra regulado en el artículo 8 del CCDF, en él se establece:

Artículo 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

b) Que no afecte el orden público o el interés social

En razón de lo anterior, se puede apreciar que la observancia de la ley y la conservación del orden público se encuentran estrechamente vinculadas, de ahí es que otro límite de la autonomía de la voluntad consiste en que no haya renuncia de disposiciones de orden público. Pero qué es lo que debe entenderse por orden público.

El diccionario jurídico mexicano define al orden público en sentido general como “el estado de coexistencia pacífica entre los miembros de una comunidad. Esta idea está asociada con la de paz pública, objetivo específico de las medidas de gobierno y policía. (Bernard)”.²¹ Desde una perspectiva general se puede señalar que el orden público va encaminado a la consecución de la paz social, entendiendo ésta como la armonía en el juego de acciones y reacciones entre los individuos de un grupo social.

Dado que la paz constituye un valor objetivo siempre ha sido buscado y anhelado por los seres humanos. El Estado ha implementado los medios necesarios

²⁰ Bonfante, Pietro, *Instituciones de Derecho romano*, México, TSJDF - Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2007, Colección Clásicos del Derecho, p. 76.

²¹ Diccionario Jurídico Mexicano, T. III, 2ª ed., México, Porrúa - IJ UNAM, 1998.

para conseguir ese orden y el Derecho es un medio para la consecución de esa paz social, por lo cual se establecen normas que rigen las relaciones surgidas entre los sujetos de derecho.

Es por ello que en la obra citada, se hace referencia al sentido técnico del orden jurídico entendiéndolo como el “conjunto de instituciones jurídicas que identifican o distinguen el derecho de una comunidad; principios, normas, e instituciones que no pueden alteradas ni por la voluntad de los individuos (no está bajo el imperio de la “autonomía de la voluntad”).²²

En ese sentido, Domínguez Martínez indica que el orden público “es el conjunto de principios, normas y disposiciones legales en que se apoya el régimen jurídico para preservar los bienes y valores que requieren de su tutela, por corresponder éstos a los intereses generales de la sociedad, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, y hacer así prevalecer dichos intereses sobre los de los particulares”.²³

Pero cuando se hace referencia a los principios propios de una comunidad así como sus instituciones, cabe la consideración de que dichos conceptos no son constantes debido a que cambian de acuerdo a la época, a las generaciones y a las situaciones acontecidas en una comunidad. Por lo que sus normas también se irán adecuando a tales cambios y el Derecho debe regular las situaciones que se presenten en la sociedad sin haber omisiones respecto a lo que surja en el entorno social.

De lo anterior se puede decir que “el orden público es en función de la época, o sea que el orden público es cambiante en el tiempo en cuanto a su contenido”.²⁴ En consecuencia, se puede aseverar que aquellos actos o hechos que antes se consideraban como contrarios al orden público quizá al paso de los años ya no lo sean, debido a los cambios que se presenten en un determinado lapso originados por las innovaciones en diversas áreas como la académica, científica, tecnológica u otra.

²² *Idem*.

²³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, “Orden público...”, *cit.*, p. 83.

²⁴ Niboyet, J.P., *Principios de derecho internacional privado*, en Arellano García, Carlos, *Derecho internacional privado*, 17^a ed., México, Porrúa, 2008, p. 937.

Ahora bien, en las relaciones entre particulares el orden público y la autonomía de la voluntad tienen relación uno con otro, en razón de que el primero es un límite del segundo.

Por tanto, el orden público implica la existencia de aquellas normas las cuales su cumplimiento no deriva de la voluntad de las partes sino que las consecuencias de los actos ya están determinadas. De ahí que sea un límite para la autonomía de la voluntad. Por lo que se toma en cuenta lo que establece Duncker al decir que “el orden público comprende todas aquellas disposiciones establecidas en forma imperativa por el legislador en resguardo del interés superior de una colectividad o la moral social”.²⁵

En relación a lo anterior, Güitrón Fuentesvilla manifiesta que “el orden público tiene una función normativa estricta, que restringe la libertad individual, considerando la importancia y las funciones sociales de cada institución regulada. Tiene un sentido de equidad, que rebasa los intereses particulares, privados, individuales, porque en realidad, el orden público, representa el núcleo íntegro de la sociedad, vinculado al futuro para lograr un ideal de justicia”.²⁶

En ese sentido se confirma que el orden público es un límite de la autonomía de la voluntad. Domínguez Martínez indica que “habrá que estar a lo que la ley establece al respecto, sin posibilidad de discusión alguna pues la ley no da oportunidad a esa autorregulación, y lo aplicable para el supuesto de que se trata se tiene por pactado en los términos legales y no admite modificación por la voluntad de los particulares”.²⁷

De lo anterior se desprende que la voluntad de las partes estará supeditada a lo establecido en leyes de orden público, por lo que se puede pactar aquello que no sea restringido por las leyes con la finalidad de que no haya afectación al interés social.

Ahora bien, el sistema judicial mexicano en los Tribunales Colegiados de Circuito en Materia Civil, se emitió un criterio que contiene una acepción sobre las

²⁵ Duncker, Biggs, *Derecho internacional privado*, en *Idem*.

²⁶ Güitrón Fuentesvilla, Julián, “El orden público en el Derecho familiar mexicano”, en Álvarez de Lara, Rosa María (Coord.), *Panorama internacional de derecho de familia. culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, IJ UNAM, 2006, T.I, p. 20.

²⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, “Orden público...”, *cit.* p. 85.

disposiciones de orden público. La tesis aislada cuyo rubro es SUSPENSIÓN DEFINITIVA. ES IMPROCEDENTE CONCEDERLA CONTRA LA ORDEN DE VISITA REGULADA EN LA LEY DE CONCURSOS MERCANTILES, POR TRATARSE DE UNA CUESTIÓN DE INTERÉS SOCIAL QUE CONTRAVIENE DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO”, en la cual se hace el señalamiento de que:

“...las disposiciones de orden público son aquellas que se emiten para regular aspectos en que se ve interesado el Estado, como puede ser su actuación pública o la regulación de alguna rama social de trascendencia en el desarrollo de la sociedad y en la cual ésta se ve interesada en su aplicación”.²⁸

El interés del Estado de regular ciertas situaciones es con el fin de resguardar determinados aspectos sociales, así como su propia actuación, esto da lugar a señalar que las leyes de orden público no necesariamente se refieren al derecho público.²⁹ Por lo que cabe afirmar que existen leyes de orden público que regulan instituciones del derecho privado. Al respecto Sánchez Barroso indica que “todas las normas de derecho público sí son de interés público, pero no todas las normas de derecho privado se refieren a intereses exclusivamente individuales”.³⁰

Aquel interés del Estado por regular determinadas situaciones, como lo llama Duncker, el interés superior de una colectividad, es lo que lleva a la relación que guarda el orden público con el interés público, en virtud de que trata sobre las necesidades de la colectividad; pero, como nos referimos en un principio, estas son cambiantes y no se puede dejar de regular aquellas necesidades que vayan surgiendo conforme al desarrollo de la propia sociedad.

²⁸ Tesis: I.14o.C.24 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, Enero de 2004, p. 1629.

²⁹ Esto en razón de que las normas de orden público no sólo son aquellas que regulan la rama del Derecho público, es decir, el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Fiscal, entre otros, sino que también las disposiciones de Derecho privado son regidas por normas del orden público, de ahí que en una relación entre particulares se imponga la restricción de no extralimitarse a lo dispuesto por una ley prohibitiva, para que sea existente el acto pretendido por lo que el orden público es el límite presente en las actividades que se lleven a cabo en el derecho.

En ocasiones para determinar si se está en presencia de una norma de orden público basta que se acuda al inicio del cuerpo normativo de la ley para averiguar si se regula una cuestión de orden público dado que el propio legislador ha hecho el señalamiento de la naturaleza de dicha normatividad, pero en otras ocasiones su naturaleza se descubrirá dependiendo de la interpretación que se dé a la propia norma.

³⁰ Sánchez Barroso, José Antonio, “El “matrimonio...” *cit.*, pp. 278 - 279.

En el sistema judicial mexicano en los Tribunales Colegiados de Circuito de acuerdo con la tesis citada, el interés social se refiere a:

“... aquellos aspectos relacionados con las necesidades generales de la sociedad y que el Estado protege de manera directa y permanente, por lo que si una situación específica afecta o beneficia a la colectividad, existe interés social”.³¹

De lo anterior se desprende la necesidad de dar un trato especial a ciertas situaciones que le interesan al Estado, para que sean reguladas y con ello se logre la certidumbre del actuar entre particulares siempre que no sea perturbado el orden público.

c) Que no sea contrario a la moral o las buenas costumbres

Otro límite del principio de la autonomía de la voluntad lo son las buenas costumbres y la moral; sin embargo, dichos conceptos son demasiados ambiguos debido a que dependerá de la perspectiva que tenga una persona sobre cierta conducta para que determine si es inmoral o contrario a las buenas costumbres, pero quizá para otra persona la misma conducta se encuentre dentro de los parámetros para determinarla como moral o apegada a las buenas costumbres.

Por la relación tan próxima que guardan ambos conceptos se dice que las buenas costumbres “aluden a las reglas de carácter moral a que deben ajustarse todas las personas en un tiempo y lugar determinado”.³² Mientras que la moral es definida como “lo perteneciente a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”.³³ Por lo que se podría entender que las buenas costumbres son aquellas acciones bondadosas ausentes de malicia realizadas en determinada época; no obstante, la definición anterior también adolece de subjetividad, máxime que, lo bueno o lo malo dependerá de la perspectiva que tenga la persona de ello.

En nuestro sistema judicial, en lo que fue la Tercera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, se emitió un criterio respecto a lo que se entiende por buenas costumbres y se estipuló:

³¹ Tesis: I.14o.C.24 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, Enero de 2004, p. 1629.

³² González Alcántara, Juan Luís *et al.*, *op. cit.*, p. 24.

³³ Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.*

“BUENAS COSTUMBRES. Las buenas costumbres constituyen un concepto del cual los autores han buscado la precisión y se ha llegado a esta conclusión: todo lo que hiera la moralidad es contrario a las buenas costumbres, y la jurisprudencia poco a poco ha considerado que hay un criterio de moralidad en la sociedad y que es el ambiente social la fuente de aquéllas. De manera que no es necesario precisar con toda exactitud en qué consisten las buenas costumbres porque ningún legislador lo precisa, sino que se deja a la apreciación de los tribunales. Amparo civil directo 476/54. Illiades viuda de Ize Elena. 25 de octubre de 1954. Mayoría de tres votos. Disidentes: Hilario Medina y Mariano Ramírez Vázquez. Engrose: José Castro Estrada”.³⁴

Si bien en el criterio emitido por los ministros de aquella época se estableció que lo contrario a las buenas costumbres es lo que hiera la moralidad, no nos deja un punto de referencia y sólo deja ver que dependerá más bien del criterio de la interpretación que se haga por los tribunales generando nuevamente la subjetividad.

Posteriormente, en la séptima época del Semanario Judicial de la Federación, se emitió otro criterio respecto de las buenas costumbres en la sala auxiliar en el que se estableció:

“BUENAS COSTUMBRES. No son las que se apegan a las normas científicas y técnicas necesariamente, sino las normas que forman la moral general y social de una colectividad humana en unos lugares y tiempo determinados. Amparo directo 1982/70. Ingenio Zapoapita, S.A. 13 de noviembre de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Livier Ayala Manzo. Secretario: Ignacio Nieto Kasusky”.³⁵

En la tesis anterior se determina que las buenas costumbres tienen sustento en las normas que generen la moral social; sin embargo, la subjetividad del término hace que no se tengan parámetros concretos para determinar lo que son las buenas costumbres o la moral. Lo único que se toma de la tesis invocada es el reconocimiento sobre ambos conceptos respecto a que son cambiantes, pues se establece su variabilidad dependiendo del lugar y la época.

Por tanto, al ser conceptos variables dependen del contexto histórico y social ya que dichos términos tendrán una conceptualización distinta. Debido a ello, puede que lo considerado como inmoral en algún momento, ya no lo sea con posterioridad

³⁴ Tesis aislada, 3ª Sala, Semanario Judicial de la Federación CXXII, Quinta Época, p. 581.

³⁵ Tesis aislada, Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, 83 séptima parte, p. 15.

pero eso dependerá en gran medida de los avances que se hagan en determinados aspectos sociales.

De esta manera, y contrario a lo establecido en el criterio emitido por la sala auxiliar, se considera que las buenas costumbres sí tienen relación con normas científicas o técnicas, en razón de que son influyentes en el actuar social, de ahí que en ciertos aspectos se requiere la regulación por parte del Estado y no basta que se diga que un avance científico o tecnológico es contrario a la moral, debido a que muchos de esos avances son posibilidades para ayudar a ciertas partes de la sociedad, de ahí la importancia de su regulación.

Por otro lado, existen diversos criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación, en los cuales todos concluyen que son actos contrarios a las buenas costumbres los hechos ilícitos, los delitos, es decir aquellas conductas que son omisas a lo establecido en la ley.

d) Que no afecte derechos de terceros

Ahora bien, en este apartado cabe retomar las limitantes de la autonomía de la voluntad, tanto el orden público como el interés social, con el fin de que nunca se vean afectados los derechos de terceros al pretender establecer alguna situación jurídica entre otras personas.

Debido a ello, es importante señalar que las relaciones contractuales que lleven a cabo los individuos no deben afectar la esfera jurídica de personas ajenas a aquel vínculo que se desea crear, en razón de que si se transgrede el derecho subjetivo de una persona ajena a dicho acto se puede generar la materialización de algún supuesto relativo a los actos ilícitos.

Para finalizar con el estudio del principio de la autonomía de la voluntad, se debe precisar que en la legislación civil aplicable para el Distrito Federal, se hace un reconocimiento³⁶ de aquel principio, tal y como se establece en el artículo 6 del CCDF.

Artículo 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos

³⁶ El artículo que se cita no consigna expresamente el principio de la autonomía de la voluntad, sino que reconoce la imperancia de éste.

privados³⁷ que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Con dicha regulación, se reconoce la existencia de la voluntad de las partes y se establecen algunas limitantes que se deben observar, como se había mencionado con anterioridad. También estatuye que los límites de esa voluntad son el interés público y los derechos de terceros, pero ahora bien el reconocimiento que se hace del principio de la autonomía de la voluntad en ese artículo, también tiene relación con el numeral 8 del mismo ordenamiento, debido a que en aquel artículo se hace mención expresa a las consecuencias generadas al extralimitarse respecto de las restricciones establecidas.

Artículo 8. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

De ahí que la inobservancia de lo establecido por el artículo 6 de dicho ordenamiento propicia la nulidad de los actos, es decir, al sobre pasar los límites que tiene el principio de la autonomía de la voluntad lo que origina es la sanción del acto, consistente en no reconocerlo provocando que no surta efectos jurídicos. En el artículo anterior nos podemos percatar que el legislador recoge dos de las más importantes limitantes al principio aludido, en razón de que se le da mayor importancia a la observancia de la ley y al orden público.

Por otra parte, en el artículo 1839 del CCDF establece la libertad que tienen las personas que deseen contratar para estipular lo que crean adecuado.

Artículo 1839. Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

La parte inicial del artículo se hace referencia a la libertad mencionada con antelación para posteriormente establecer el supuesto a las cláusulas que son esenciales, es decir, aquellas que son propias del contrato.

³⁷ Entendiendo como tal, a los derechos que se ejercen en una relación de igualdad y no en una relación de suprasubordinación, es decir, aquellas relaciones las cuales se presentan entre personas físicas, entre personas morales o entre personas físicas y personas morales pero no donde se obligan con los entes públicos.

Por último, el artículo 1797 también se relaciona con el principio de la autonomía de la voluntad.

Artículo 1797. La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En razón de que la voluntad de las partes es lo que da origen al vínculo entre ellas, se genera la obligación respectiva de acuerdo a los términos en los que quisieron obligarse, por tanto el cumplimiento de lo estipulado recae en ambas partes en cuanto a la obligación que deban cumplir.

1.1.1.2 Declaración de la voluntad

Como se había mencionado en un inicio, una característica del consentimiento es el concurso de voluntades donde se desprenden los principios de la autonomía de la voluntad y la declaración de la voluntad. Por tanto, corresponde ahora el turno de analizar el segundo principio relacionado con el concurso de voluntades, es decir, la declaración de la voluntad.

Como consecuencia de querer obligarse (atendiendo el principio de la autonomía de la voluntad) un requisito indispensable es expresar aquel interés que se tiene de estipular algo con la otra parte, esto es, “la manifestación externa de la voluntad expresa o tácita, cuyo objeto es producir efectos jurídicos”.³⁸

Cada una de las partes debe manifestar su voluntad para que se genere el vínculo obligacional. Al respecto Baqueiro Rojas dice que “el consentimiento consta de dos etapas sucesivas: la oferta (propuesta o policitud) y la aceptación”.³⁹

En ese entendido para que haya aceptación se requiere que haya coincidencia entre las voluntades, es decir, que ambas voluntades sean conocidas. Larroumet manifiesta que “la coincidencia de voluntades supone que dichas voluntades hayan sido exteriorizadas y no hayan permanecido en el fuero interno de cada una de las partes”.⁴⁰

Lo anterior da como resultado que una vez que son conocidas las voluntades por cada uno de los contratantes, estos se vean en la posibilidad de manifestarse a

³⁸ González Alcántara, Juan Luís *et al.*, *op. cit.*, p. 140.

³⁹ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho civil, introducción y personas*, 12ª ed., México, Oxford University Press, 2006, colección Textos Jurídicos Universitarios, p. 65.

⁴⁰ Larroumet, Christian, *op. cit.*, p. 184.

favor de lo estipulado, o bien establecer los parámetros que se deben tomar en cuenta para contratar.

Con ello se confirma lo expuesto por Tapia Ramírez al decir que “el consentimiento se forma con dos voluntades: una, emitida ofreciendo o estipulando y la otra aceptando dicha oferta, lo que da como resultado el llamado acuerdo de voluntades de las partes contratantes”.⁴¹

En lo correspondiente a la primera etapa, la oferta, Rojina Villegas señala que “consiste en que una de las partes realice la propuesta a la otra respecto de lo que se pretende contratar, esto en razón de la naturaleza del consentimiento. Éste se forma por una oferta o policitud y por la aceptación de la misma. Como es el acuerdo de dos o más voluntades, necesariamente una voluntad debe manifestarse primero y es la oferta o policitud, es decir, que una parte propone algo a la otra respecto a un asunto de interés jurídico”.⁴²

De lo anterior se desprende que el acuerdo de voluntades se logra una vez que una parte expone a la otra su interés de contratar, ésta última expresa su interés para hacerlo y de ahí que debe existir una oferta y una aceptación para que se genere el primer elemento de existencia del contrato.

Cabe señalar que para que haya coincidencia en la manifestación de la oferta dicha declaración puede ser de dos maneras, expresa o tácita. La mencionada en primer término corresponde a la declaratoria que se hace mediante el lenguaje verbal o escrito. Mientras que la manifestación tácita es la que se realiza a través de hechos que llevan a la presunción de haber querido manifestar el consentimiento.

En el artículo 1803 del CCDF se regula que la manifestación del consentimiento es expresa cuando se hace de forma verbal, por escrito o mediante signos inequívocos.⁴³ La manifestación será tácita cuando sea el resultado de

⁴¹ Tapia Ramírez, Javier, *Contratos civiles, teoría del contrato y contratos en especial*, México, Porrúa, 2009, p. 31.

⁴² Rojina Villegas, *op. cit.*, pp. 52 - 53.

⁴³ Cabe señalar que la Legislación Federal es más amplia al respecto, ya que en la fracción uno del artículo 1803 del Código Civil Federal se establece que la voluntad se manifestará de manera expresa cuando *sea verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos*. Es mayor el parámetro que se establece para precisar la manifestación expresa. Se toman en cuenta las innovaciones tecnológicas que dan lugar a la presentación de nuevos mecanismos por los cuales es posible que se manifieste la voluntad; sin embargo, aún existen algunos problemas para dar certidumbre con aquellos medios, tales como los

hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, es decir, se genera una presunción de que se manifestó la voluntad para contratar.

Al respecto Ortiz Urquidi nos refiere una serie de ejemplos en los cuales pueden acontecer las situaciones anteriores y dice que la declaración es tácita “cuando sin pronunciar una sola palabra celebramos un auténtico contrato”, y señala: “depositar en la caja colectora el importe del pasaje y dejarnos transportar por el vehículo hasta un determinado sitio”,⁴⁴ otro ejemplo que nos indica es la tácita reconducción.

Continuando con las ideas del autor citado, expresa que la manifestación tácita “es la forma más enérgica en que la voluntad pueda manifestarse, pues no hay modo o manera más convincente de la expresión de la voluntad que la conducta o el comportamiento”.⁴⁵

Sin embargo, se difiere de la opinión de dicho autor debido a que es preferible que la manifestación sea de forma precisa y haya elementos con los cuales se haga constatar que efectivamente hubo un acuerdo, de esta manera no dejaría a la mera presunción de haberse llevado a cabo o no determinado acto. En ese sentido en el artículo 1803 del CCDF impone la restricción de que en algunos actos la voluntad debe manifestarse expresamente, lo que garantiza la certidumbre al momento de contratar, dado que determinado acto debe ser revestido con cierta formalidad.

Ahora bien, para que surja el consentimiento se requiere que haya coincidencia en la manifestación de la voluntad de los que pretenden contratar ya sea expresa o tácita, pero se requiere que exista esa concurrencia. Por lo que sí los contratantes estuvieren presentes, tal y como manifiesta Ortiz Urquidi, no existe ninguna dificultad y precisa que “estando el policitante y el aceptante frente a frente, el contrato se forma en el momento en que el segundo exterioriza su aceptación, la cual es conocida inmediatamente por el primero”.⁴⁶

electrónicos; no obstante, es un gran avance que sea regulada una situación que se presenta por los avances tecnológicos ya que con ellos el dinamismo social va cambiando a gran velocidad y sin lugar a dudas, es indispensable que las leyes se adecuen a esos cambios para que sean reguladas las conductas que se presenten generadas por las innovaciones de la época para que no se tengan mecanismos de control obsoletos.

⁴⁴ Ortiz Urquidi, *op. cit.*, p. 278.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 275.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 282 - 283.

Atendiendo a lo anterior es posible que el contrato no se forme en un solo acto pues cabe la posibilidad de que se prolongue la negociación de lo que se estipulará en el contrato, o bien porque se haya establecido un plazo para que se dé la aceptación de la propuesta, en el artículo 1804 CCDF se establece.

Artículo 1804. Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

Por tanto, lo que se regula en el artículo anterior es la obligación de mantener la oferta realizada en todo el lapso que pase hasta que llegue la fecha para recibir la aceptación. Pero si no se fija plazo para aceptar la propuesta, quien haya realizado la oferta no está obligado contratar sino se realiza inmediatamente la aceptación, esta situación es regulada en el artículo 1805 del mismo ordenamiento.

Artículo 1805. Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono.

Por lo que el contrato se formará una vez que sea aceptada la propuesta⁴⁷ que se haya realizado para celebrar el contrato. De esta manera se regula en el artículo 1807 del ordenamiento en cita.

Artículo 1807. El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta, según los artículos precedentes.

Al respecto, cabe recordar los cuatro sistemas que existen para solucionar el problema de la formación del contrato entre los no presentes.

El primero de ellos, es el llamado *sistema de la declaración*. Consiste en que “el contrato se forma en el momento en que se declara, en cualquier forma, la voluntad de aceptar”.⁴⁸

El siguiente es el denominado *sistema de la expedición*. El cual se refiere a que el contrato se forma “en el momento en que el policitado, además de declarar su voluntad, la encamina fehacientemente al conocimiento del policitante”.⁴⁹

⁴⁷ Se formará el contrato cuando haya aceptación de la oferta, aún y cuando las partes no estuvieren presentes, de ahí que en el Código Civil se retoma el sistema de la recepción. Cfr. Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁸ Ortiz Urquidi, Raúl, *op. cit.*, p. 283.

⁴⁹ *Idem.*

Otro es el conocido como el *sistema de la recepción*. Éste se entiende que “el contrato se perfecciona en el momento en que el documento (carta o telegrama) que contiene la aceptación es recibido por el oferente”.⁵⁰ Cabe señalar que este sistema es el que acoge la legislación civil local, tal y como puede apreciarse en el artículo anteriormente invocado.

El último, es el *sistema de la información*. En este sistema se considera que la formación del contrato tiene lugar “en el momento en que el oferente se entera e informa de la aceptación al policitado”.⁵¹

Ahora bien, ante el silencio al momento de indicar la aceptación o no de la propuesta, no se debe tener por aceptada la oferta, ya que es necesario que el oferente reciba una aceptación. Por lo que el silencio no debe de tomarse como una manera de manifestar la voluntad tácitamente.⁵²

Otro supuesto que puede ocurrir respecto de la realización de la oferta es la muerte del oferente antes de recibir la aceptación. Rojina Villegas indica “cuando el oferente muera antes de recibir la aceptación, y este hecho lo desconozca el aceptante, los herederos están obligados a sostener la oferta, de tal manera que el contrato se forma a pesar de que en el momento de la recepción ya no exista el oferente”.⁵³

De esta manera da como resultado la formación del contrato aún y cuando el oferente haya fallecido ya que el vínculo jurídico sigue existiendo debido a que la oferta expira cuando haya fenecido el plazo que se haya otorgado para que se diera

⁵⁰ *Ibidem*, p. 284.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Aunque hay que señalar como excepción lo establecido en el artículo 2547 del CCDF, cuando establece que, el contrato de mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehúsen dentro de los tres días siguientes. Otro ejemplo, es el que se encuentra en el artículo 1669 del mismo ordenamiento, referente al silencio que existe respecto a la aceptación de la herencia o no, por lo que si el heredero no manifiesta su aceptación, aún así se le tendrá por aceptada. Por último, cabe señalar el supuesto contenido en el artículo 2054 del ordenamiento en cita, respecto al silencio del acreedor sobre la aceptación de la sustitución de deudor, ya que fijado el plazo para que manifieste lo concerniente y concluido el plazo sin que haya hecho manifestación alguna se tendrá por conforme con dicha sustitución.

⁵³ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 57.

la acepción,⁵⁴ y si ésta se realizó dentro del término concedido el contrato surtirá sus efectos aunque haya una traslación para el cumplimiento de las obligaciones, mismas que recaerán en los herederos.

Por último, en el artículo 1809 del CCDF se regula la situación planteada anteriormente.

Artículo 1809. Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquel obligados a sostener el contrato.

De igual manera Enneccerus establece que “la incapacidad o muerte del oferente antes de la aceptación no impiden, por lo regular, la perfección del contrato en virtud de una aceptación que llega al heredero o al representante, a no ser que, dadas las circunstancias y en particular dado el contenido de la oferta, haya de suponer una distinta voluntad del oferente”.⁵⁵

El mismo autor al respecto señala como ejemplos el que se haya “ofrecido lecciones o de la concesión de determinados objetos que evidentemente sólo se hace para el uso personal, o bien si el contrato que hubiera de concluirse se extinguiera con la muerte”.⁵⁶ En aquellas situaciones no hay posibilidad de que subsista el contrato debido a las características personales del oferente, las cuales no pueden cumplir los herederos.

1.1.2 El objeto del contrato

Continuando con el estudio de los elementos esenciales del contrato, se procede al análisis del segundo elemento de existencia consistente en el objeto de aquel acuerdo de voluntades. Este elemento se divide en objeto jurídico y objeto material; a su vez, el primero se subdivide en objeto jurídico directo y objeto jurídico indirecto.

⁵⁴ Hay que señalar que el supuesto que se regula, se da en caso de la formación del consentimiento entre presentes cuando se haya fijado un plazo para la aceptación, o bien, cuando la formación del consentimiento sea entre no presentes y se sigan las reglas del sistema de la recepción.

⁵⁵ Enneccerus, Ludwig, *Tratado de Derecho civil*, t. I, v. II, en Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁶ *Idem.*

Respecto al objeto jurídico directo, Pérez Fernández del Castillo señala que es “la creación y transmisión de derechos y obligaciones”,⁵⁷ es decir, los efectos del contrato.

Por otra parte, el objeto jurídico indirecto es “el objeto directo de la obligación, esto es, el dar, hacer o no hacer”.⁵⁸ Por lo que el objeto jurídico indirecto consiste en la acción que debe cumplir el deudor ya sea la entrega de algo (obligación de dar), la realización de cierta conducta (obligación de hacer) o la abstención de la misma (obligación de no hacer).

En relación a las obligaciones de dar en el artículo 2011 del CCDF se establecen los supuestos que las comprenden.

Artículo 2011. La prestación de cosa puede consistir:

- I. En la traslación de dominio de cosa cierta;
- II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;
- III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

La primera fracción del artículo que se invoca se refiere a la transmisión de la propiedad de algún bien, es decir, es el fundamento de los contratos traslativos de dominio. Mientras que en la segunda fracción se regula la transmisión de la posesión y; la última fracción se refiere al enriquecimiento ilegítimo.

Respecto a la regulación concerniente a las obligaciones de hacer, se encuentra prevista en el artículo 2027 del ordenamiento en cita.

Artículo 2027. Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.

En este artículo se establece la sanción que recae al incumplimiento de no realizar cierta conducta, siempre que pueda existir una substitución del obligado a realizar algo o bien puede aplicarse lo establecido en el artículo 2104 del CCDF.

Artículo 2104. El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

- I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

⁵⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁸ *Idem.*

II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

...

Es decir, habrá lugar a una responsabilidad civil contractual originada por el incumplimiento de la obligación teniendo que pagar los daños y perjuicios que se generen, atendiendo a las reglas contenidas en las fracciones del artículo citado según sea el caso.

Respecto a las obligaciones de no hacer se encuentran reglas en el artículo 2028 del ordenamiento en cita.

Artículo 2028. El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.

Al igual que en las obligaciones de hacer se establece como sanción el pago de daños y perjuicios pero por no abstenerse a realizar cierta conducta y esa sanción se reitera en el parte última del artículo 2104 del CCDF.

Artículo 2104. ...

I...

II...

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención.

Por último, se estudia el objeto material del contrato el cual se “refiere a la cosa que se tiene que dar, al hecho que se tiene que realizar y a la conducta que se debe abstener”.⁵⁹ Lo que se puede entender como el objeto indirecto de la obligación debido a que ésta consiste en “la cosa o el hecho relacionados con la conducta del deudor”.⁶⁰ En este sentido, el objeto material consiste en la cosa o el hecho que se debe hacer o la conducta que no debe realizarse.

El fundamento de la cosa objeto del contrato se encuentra en el artículo 1824 del CCDF.

Artículo 1824. Son objeto de los contratos:

I. La cosa que el obligado debe dar;

II...

Al respecto Rojina Villegas señala que “en las obligaciones de dar, el objeto consiste en la cosa cuyo dominio o uso se transmite. Los requisitos esenciales de la

⁵⁹ *Ibidem*, p. 25.

⁶⁰ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 61.

cosa son: a) La cosa debe ser físicamente posible; b) La cosa debe ser jurídicamente posible”.⁶¹

En cuanto al primer requisito, la posibilidad física, éste se refiere a que la cosa debe existir en la naturaleza o que pueda llegar a existir. Esta posibilidad es reconocida en la legislación civil en el artículo 1825 y permite que “las cosas futuras puedan ser objeto de un contrato, ya que hay posibilidad de que lleguen a existir, no así los bienes que formaran una herencia”.⁶²

Por lo que se establece que las cosas deben existir al momento de celebrar el contrato, es decir, serán cosas presentes. También puede contratarse sobre cosas futuras con la “condición de que lleguen a existir, pues si no existieran habría una falla insalvable, lo cual podría dar lugar a un resarcimiento a favor de la parte perjudicada”.⁶³

Mientras que el segundo requisito, la posibilidad jurídica, consiste en que la cosa objeto del contrato sea determinado o determinable en cuanto a su especie y además que se encuentre en el comercio. La posibilidad jurídica también se encuentra regulada en el artículo 1825 del CCDF.

En lo respectivo a la determinación de la cosa, Aguilar Carbajal señala que “las cosas pueden tener tres grados de determinación: individual llamada jurídicamente de cuerpo cierto; en especie, cuando se determina la cosa por su cantidad, calidad, peso o medida; en género, como si dijéramos que la obligación tiene por objeto la entrega de un automóvil, en general”.⁶⁴

A su vez, Planiol refiere que para que la cosa sea jurídicamente posible “debe estar determinada en forma individual o en su especie. La determinación en género, que tiene interés para las ciencias naturales, carece de valor en el derecho, porque se considera que cuando la cosa está determinada sólo en cuanto a su género, no es determinable jurídicamente”.⁶⁵

⁶¹ *Idem*.

⁶² Treviño García, Ricardo, *op. cit.* p. 19.

⁶³ Urbano Salerno, Marcelo, *Contratos civiles y mercantiles*, México, Oxford, 2002, p. 70.

⁶⁴ Aguilar Carbajal, Leopoldo, *Contratos civiles*, 2ª ed., México, Porrúa, 1997, p. 85.

⁶⁵ Planiol, *Tratado elemental de Derecho civil, teoría general de los contratos*, en Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 62.

Otro requisito dentro de la posibilidad jurídica es que la cosa esté en el comercio. Aguilar Carvajal señala que “el término comercio no se refiere a los actos de comercio reglamentados por el Código de Comercio, sino al comercio jurídico, es decir, susceptible de relaciones jurídicas”.⁶⁶

En ese sentido están fuera del comercio “las cosas que por su naturaleza no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, o que por disposición de la ley no pueden ser adquiridas en propiedad por un particular”.⁶⁷

Al respecto en el artículo 747 del CCDF se establece que pueden ser susceptibles de apropiación las cosas que no estén excluidas en el comercio. Esto se relaciona con el artículo 748 del mismo ordenamiento, en donde se estipula que la cosa puede estar fuera del comercio ya sea por su naturaleza o porque así lo disponga alguna ley.

En efecto, se encuentra fuera del comercio por su naturaleza el sol, la luna, las estrellas, el aire, la luz solar, etc., y están fuera del comercio por disposición de la ley los bienes de uso común, puertos, carreteras, los bienes que estén destinados a un servicio público, los seres humanos, los órganos, tejidos y células.

Como se dijo con anterioridad, el objeto material de contrato también puede ser el hecho que deba realizar la contraparte o bien la abstención de hacer algo. Al respecto en el Código Civil se establece:

Artículo 1824. Son objeto de los contratos:

I...

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

El hecho que consiste en un hacer es denominado hecho positivo. Mientras que la abstención de cierta conducta es llamado hecho negativo. De esta manera se encuentra regulado en el artículo 1827 del ordenamiento citado al establecer los requisitos que se deben cumplir para que uno u otro sean objeto materia del contrato.

De manera similar a los requisitos de la cosa materia del contrato, se establece la posibilidad física y la posibilidad jurídica aplicable tanto al hecho positivo como al negativo.

⁶⁶ Aguilar Carbajal, Leopoldo, *Segundo curso de Derecho civil*, en Ortiz Urquidi, Raúl, *op. cit.*, p. 290.

⁶⁷ Sánchez Medel, Ramón, *De los contratos civiles, teoría general del contrato, contratos en especial, Registro Público de la Propiedad*, 23ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 37.

En cuanto a la posibilidad física del hecho, ésta consiste en que la conducta a realizar no sea contraria a una norma de la naturaleza o a las leyes físicas “en caso de contravención implica la generación de un obstáculo insuperable, lo que se llama como imposibilidad absoluta”.⁶⁸ A guisa de ejemplo, Pérez Fernández del Castillo señala una máxima del derecho “a lo imposible nadie está obligado”.⁶⁹

Además de la imposibilidad física también existe la imposibilidad subjetiva la cual consiste en que el sujeto obligado a realizar algo no lo puede realizar por sus condiciones en las que se encuentra; sin embargo, este tipo de imposibilidad puede ser superada si es que cabe la posibilidad de que alguien más cumpla con la obligación. Al respecto, Sánchez Medal señala que “la prestación del hecho puede hacerse por otra persona y no hay propiamente una imposibilidad”.⁷⁰

Por su parte, Rojina Villegas manifiesta que “si la persona por sus condiciones no puede ejecutar el hecho, pero éste es físicamente posible, por cuanto que otra persona pueda ejecutarlo, la obligación es jurídicamente existente, y el problema se resuelve condenando al deudor a que pague la ejecución que lleve a cabo una tercera persona, o bien a que indemnice por los daños y perjuicios causados si así lo desea el deudor”.⁷¹

Mientras que la posibilidad jurídica del hecho a realizar, consiste en que no exista una norma que obstaculice la realización de la conducta. Si existiera una norma que se interponga para la realización de cierto acto se entenderá a esa situación como una imposibilidad jurídica la cual no debe confundirse con la ilicitud del objeto.

Por lo cual la imposibilidad jurídica consiste “en que el hecho no puede realizarse porque una norma de derecho constituye un obstáculo insuperable para su ejecución, no se trata de violar una norma de derecho, sino que ni siquiera llega a realizarse la prestación por cuanto que la ley impide de plano su posibilidad de ejecución”.⁷² Por lo que la imposibilidad jurídica es distinta a la ilicitud del objeto.⁷³

⁶⁸ Cfr. Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁹ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁰ Sánchez Medal, Ramón, *op. cit.*, p. 40.

⁷¹ Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 64.

⁷² *Ibidem*, p. 65.

En el artículo 1827 del CCDF además de referirse a la posibilidad del hecho, también hace mención a su licitud ya que el hecho a realizar no debe ser contrario a las normas de orden público o a las buenas costumbres. Cabe recordar lo manifestado en un principio sobre aquellos conceptos.

Respecto a las obligaciones de no hacer, son aplicables las reglas establecidas para las obligaciones de hacer.

1.2 Elementos de validez del contrato

El siguiente rubro a analizar es el concerniente a los elementos de validez del contrato. Éstos son aquellos requisitos que se deben cumplir para que el contrato pueda surtir efectos jurídicos. La ausencia de alguno de estos elementos trae como consecuencia la invalidez del contrato pero puede ser subsanable la omisión; no así la ausencia de los elementos de existencia.

Ahora bien, el artículo 1795 del CCDF establece que un contrato puede ser invalidado por alguno de los siguientes supuestos:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

De lo anterior se desprende que la validez del contrato dependerá de la capacidad de las partes contratantes; a su vez, el consentimiento debe estar libre de vicios; el objeto debe ser lícito y en algunos casos, la voluntad debe ser manifestada con las formalidades establecidas por la ley.

1.2.1 La capacidad

En principio, la capacidad de las partes contratantes se entiende como “la aptitud que tienen las personas para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones, para hacerlos valer por sí mismas en el caso de personas físicas o por conducto de sus representantes en caso de personas morales”.⁷⁴

Por tanto, la capacidad se divide en capacidad de goce y en capacidad de ejercicio. La primera es “la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos

⁷³ La imposibilidad jurídica va encaminada a que el hecho no puede realizarse debido a que una norma lo impide, mientras que la ilicitud del objeto se entiende como realizar algo que la ley prohíbe.

⁷⁴ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 21.

y obligaciones”.⁷⁵ Mientras que la segunda es “la aptitud de las personas para hacer valer sus derechos y sus obligaciones”.⁷⁶

En cuanto a la capacidad de goce todas las personas la poseen, lo anterior resulta afirmativo en razón de que es un atributo de la personalidad. Ambas se adquieren con el nacimiento y se pierde con la muerte.

Mientras que, para adquirir la capacidad de ejercicio es necesario que se susciten ciertos acontecimientos en virtud de que va encaminada a la autodeterminación de un individuo en sus relaciones jurídicas. Al hablar de la capacidad de ejercicio necesariamente hay que referirnos a la capacidad de goce debido a que si no se es titular de derechos no pueden hacerse exigibles estos. Al respecto, Ortiz Urquidi refiere que “si no se es titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce) no es posible pensar en el ejercicio de los primeros ni en el cumplimiento de las segundas, ni por otro ni por sí (capacidad de ejercicio)”.⁷⁷

Como se mencionó antes la capacidad de goce inicia con el nacimiento de la persona, distinto a lo que ocurre con la capacidad de ejercicio. En la legislación sustantiva civil del Distrito Federal se establece que la capacidad de ejercicio se obtiene con la mayoría de edad, la cual se adquiere al cumplir los dieciocho años de conformidad a lo establecido en el artículo 646 del ordenamiento citado; no obstante, se puede adelantar la obtención de la capacidad de ejercicio esto con la emancipación de los menores.⁷⁸

Con la capacidad de ejercicio se puede disponer de su persona o de sus bienes, de ahí su importancia, por eso se considera un elemento de validez del contrato. De acuerdo a lo establecido en el artículo 1798 del CCDF pueden contratar todas personas que no estén exceptuadas por la ley.

Si se es incapaz al momento de contratar el acto es susceptible a ser anulado. Por lo que hay que determinar las dos incapacidades reguladas en el Código Civil, la

⁷⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁶ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁷ Ortiz Urquidi, Raúl, *op. cit.*, p. 275.

⁷⁸ Se puede decir que al cumplir la mayoría de edad se obtiene la capacidad de ejercicio plena en razón de que cuando hay emancipación se tiene la capacidad de ejercicio pero de forma limitada a ciertas circunstancias. Si bien es cierto el emancipado puede disponer de sus bienes también lo es que para la enajenación de los mismos o para la realización de actos jurídicos necesita de la autorización judicial o de un tutor según sea el caso.

incapacidad natural y la incapacidad legal. De esta manera se regula en el artículo 450 de dicho ordenamiento.

Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Al respecto, se indica que una causa de incapacidad es la minoría de edad debido a que la capacidad de ejercicio, de acuerdo a nuestra legislación, se adquiere a los dieciocho años. Otro supuesto consiste en que el mayor de edad se encuentre imposibilitado para gobernarse o para que manifieste su voluntad libremente ya sea por una enfermedad, o bien por alguna discapacidad debido a que no pueden percibir la realidad con plenitud.

Por último, podemos hablar de la representación ya que en algunas ocasiones las personas físicas designan a un mandatario para que ejerza actos de dominio y de administración sobre ciertos derechos reales o personales, en este caso se estaría frente a una representación voluntaria; o bien, podemos referirnos a la representación legal; por ejemplo, en el caso de los emancipados.⁷⁹

1.2.2 Ausencia de vicios en el consentimiento

Para que sea un contrato válido es indispensable que el consentimiento sea manifestado de forma libre, sin ninguna presión, debe ser preciso en lo que se quiere contratar; sin embargo, en ocasiones el consentimiento se encuentra viciado ya sea por error, dolo, mala fe, violencia o lesión.

1.2.2.1 El error

Este vicio del consentimiento se puede definir como “el conocimiento equivoco de la realidad”.⁸⁰ Es decir, la falsa apreciación de la realidad por una de las partes lo que provoca que el consentimiento no se otorgue libremente.

En el artículo 1813 del CCDF se establece que se invalidará el contrato si existe un error de hecho o error de derecho. El primero es el que recae “sobre las

⁷⁹ En este aspecto Ortiz Urquidi llama a la representación como una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio. Véase Ortiz Urquidi, Raúl, *op. cit.*, p. 308.

⁸⁰ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 27.

condiciones exigidas en el hecho mismo, por lo que consiste en la equivocación que recae sobre aquellas condiciones que dieron origen a celebrar el acto”.⁸¹ Mientras que el error de derecho “consiste en la equivocación respecto a la existencia, alcance o interpretación de una norma de interés privado”.⁸²

Cabe señalar que existen tres tipos de errores: el error obstáculo, el error nulidad y el error leve.

El error obstáculo es de tal gravedad que cuando se hace presente origina la inexistencia del contrato debido a que nunca existió el consentimiento provocado por la falsa apreciación de la realidad, por lo que la voluntad no pudo expresarse de manera libre.

Los dos supuestos en los que recae este tipo de error son:

I. *Error in negotio*. Se presenta cuando el error recae sobre la naturaleza jurídica del contrato o negocio.

II. *Error in corpore*. Este error recae sobre la identidad de la cosa.⁸³

Por otra parte, el error nulidad es de menor gravedad que el anterior debido a que puede ser subsanado. En relación a ello, Baqueiro Rojas señala que este tipo de error “puede recaer sobre la persona con la que se contrata, sobre la sustancia de la cosa o sobre los efectos del acto que se realiza”.⁸⁴ Por lo anterior, se especifican los siguientes tipos de errores:

I. *Error in sustancia*. Es aquel que recae sobre las cualidades esenciales del objeto de las obligaciones.

II. *Error in persona*. Se presenta respecto de las cualidades personales de la contraparte. Por ejemplo, no es la persona con quien se quería celebrar el contrato.

El último tipo de error es el leve o indiferente, éste consiste en una gravedad menor de tal manera que no afecta a la validez del contrato. Al respecto, Sánchez Medal establece que “se reduce a contratar en condiciones más onerosas o desfavorables de las que se pensó”.⁸⁵

⁸¹ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, p. 75.

⁸² *Idem*.

⁸³ Ortiz Urquidi, Raúl, *op. cit.*, p. 318.

⁸⁴ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁵ Sánchez Medal, Ramón *op. cit.*, p. 53.

1.2.2.2 El dolo

Otro vicio del consentimiento es el dolo y su definición legal se encuentra en el artículo 1815 del CCDF estableciendo que es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.

Consecuentemente se entiende que es una conducta activa en la cual se “constituye un factor que interviene en la formación y manifestación de la voluntad como consecuencia del empleo de artificios astucias, maquinaciones, o sugestiones que alteran el conocimiento de la realidad para provocar el error en cualquiera de las partes”.⁸⁶

Es un vicio del consentimiento en virtud de que recae en la voluntad de cualquiera de las partes por no tener un conocimiento pleno de la realidad. Se puede clasificar en dolo principal, dolo secundario, dolo bueno y dolo malo

El dolo principal origina la nulidad del contrato, ya que las maquinaciones o artificios empleados recaen en el objeto del contrato trayendo como consecuencia un consentimiento viciado.

Mientras que el dolo secundario, señala Pérez Fernández del Castillo, “provoca la acción *cuanti minoris* pues de haberse conocido se hubiera pegado un precio más bajo”.⁸⁷ Aunado a lo anterior podemos decir que el dolo secundario no afecta la voluntad para contratar, sino que provoca un error en la cosa por tal motivo puede ser subsanado.

El dolo bueno es sólo exagerar las cualidades del objeto materia del contrato es lo que coloquialmente se llama ensalzar las cosas. El mismo autor nos dice que “no provoca ni la nulidad del contrato ni el ajuste en el precio”.⁸⁸

Solamente resta decir que el dolo se presenta generalmente en una sola de las partes contratantes, al ser aquella quien realiza las maquinaciones para inducir al error. Pero si se demuestra que ambas parte realizaron su actuar con dolo, el contrato será válido pues ninguna ellas podrá reclamar la nulidad. Lo anterior se encuentra previsto en el artículo 1818 del CCDF.

⁸⁶ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, p. 76.

⁸⁷ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 32.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 33.

1.2.2.3 La mala fe

Continuando con el estudio de los vicios del consentimiento, el siguiente es la mala fe. Su definición legal se encuentra contenida en el artículo 1815 del CCDF y se señala que es la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido.

A diferencia del dolo, la mala fe consiste en una abstención, una actitud pasiva ya que implica el conocimiento del error; sin embargo, no se le advierte a la contra parte, es decir, se es omiso de informarle la realidad al otro.

Al respecto, Baqueiro Rojas indica que “la mala fe es siempre la conducta en la que una de las partes se propone aprovecharse del error en que se encuentra la otra, a fin de obtener la celebración del acto jurídico”.⁸⁹

La consecuencia jurídica que propicia el haber actuado con mala fe es que el contrato se vea afectado de nulidad. Lo que implica que el contrato no será válido, no obstante, seguirá produciendo sus efectos hasta en tanto un juez no determine la disolución del mismo.

1.2.2.4 La violencia

La violencia también es otro vicio del consentimiento y en el artículo 1819 del CCDF establece que habrá violencia cuando:

...se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

Por tanto, la violencia implica la coerción ejercida sobre el otro contratante produciendo que la libertad de la manifestación de la voluntad sea coartada. De ahí que se considere como un vicio del consentimiento.

De los supuestos contenidos en el artículo citado se desprende que la violencia puede ser tanto física como moral.

En el primer supuesto, la violencia física, implica que se actué de forma agresiva afectando la integridad personal de uno de los contratantes para que celebre el contrato; o bien, que se realicen actos tendientes al menoscabo de la conciencia de la persona para que se haga la contratación. En esta última situación,

⁸⁹ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, p. 76.

si se comprueba tal circunstancia provoca la inexistencia del contrato ya que nunca existió el consentimiento para celebrarlo.

Mientras que el segundo supuesto, la violencia moral, implica una agresión encaminada al aspecto psicológico del individuo mediante amenazas, lo que genera la incertidumbre de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante o que exista una afectación a sus familiares.

En ese sentido, Tapia Ramírez realiza un listado de los requisitos que debe tener la violencia para que se produzca la nulidad del contrato.

Daño posible o inminente. Es decir que sea real y con posibilidades de sufrirlo.
Grave. Que implique una pérdida importante del patrimonio de la víctima.
Justa. Pues si se trata de una amenaza legítima o justa no habrá violencia.
Nexo causal. La intimidación o miedo causado a la víctima sea el motivo de la declaración de la voluntad que determina la firma del contrato.⁹⁰

Una vez que reúnan los requisitos señalados, el perjudicado puede pretender la nulidad del contrato,⁹¹ teniendo como plazo de seis meses para ejercer la acción de nulidad contados a partir de que cese la violencia. Lo anterior en términos de lo establecido en el artículo 2237 del CCDF.

Otro tipo de violencia es la que se denomina como temor reverencial y en el artículo 1820 del CCDF se define como el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto; sin embargo, ese solo hecho no implica la nulidad del contrato pues para que se actualice una nulidad se requiere de la presencia de alguno de los requisitos mencionados anteriormente toda vez que así se demostraría la violencia que afecta al consentimiento para celebrar el contrato.

1.2.2.5 La lesión

La lesión es el perjuicio que sufre un contratante debido al abuso que realiza la otra aprovechándose de la ignorancia, inexperiencia o la miseria del primero trayendo como resultado una notoria desproporción entre lo que se da y lo que se recibe.

⁹⁰ Véase Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, pp. 53 - 54.

⁹¹ Cabe mencionar que no sólo en la violencia el afectado es quien puede intentar la nulidad del contrato, sino que también cuando hay error o dolo, el afectado es quien tiene el derecho de anular el acto. Lo anterior de acuerdo a lo regulado en el artículo 2230 del CCDF.

Debido a que la lesión implica un lucro excesivo generado por el abuso de ciertas condiciones de alguno de los contratantes sólo puede presentarse en los contratos onerosos o en los conmutativos.

1.2.3 Licitud en el objeto

En este rubro cabe recordar lo mencionado en los apartados referentes al orden público, buenas costumbres y leyes prohibitivas, en razón de ser los límites de la autonomía de la voluntad, por lo que ésta encuentra el margen respectivo para que sea lícito el objeto del contrato pues esto dependerá del cumplimiento de las exigencias que requiere la ley.

Lo anterior también tiene sustento en el artículo 1830 del CCDF en el que se establece, si se interpreta en sentido contrario, lo que se entiende por hecho lícito. En dicho numeral se regula.

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

A su vez, el fundamento de la validez del contrato respecto a su objeto deriva de las propias características que debe tener el objeto del contrato y una de ellas es que debe ser lícito. De esta forma se establece en el artículo 1827 del CCDF.

Artículo 1827. El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:
I. Posible;
II. Lícito.

Tomando en consideración tales características, cabe señalar que son referentes al objeto material del contrato en cuanto al hecho y no a la cosa objeto del contrato. Al respecto, Zamora y Valencia establece que “no es posible hablar de la licitud referida a la cosa como contenido de la prestación de dar, ya que las cosas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas, sino que la conducta referida a esas cosas es la que puede ser lícita o no”.⁹²

Toda vez que, el actuar del individuo es el que se encuentra supeditado a la observancia de las leyes imperativas es por lo que se corrobora el límite de la autonomía de la voluntad. De esta manera, Domínguez Martínez señala que “la limitación de la autonomía de la voluntad, lo que se traduce en el señalamiento de las fronteras divisorias entre lo lícito, que es el campo en el que ésta puede

⁹² Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 32.

desplazarse, y lo ilícito, que son las zonas en las que los particulares tienen vedado campear pues si lo hacen, al actuar en tales sitios lesionan el orden público”.⁹³

De lo anterior se desprende que los particulares tienen determinados parámetros para establecer sus relaciones contractuales; sin embargo, deben acatar las restricciones derivadas de las leyes prohibitivas para que no haya afectación al orden público. En la última aseveración se puede encontrar la característica como elemento de validez del contrato ya que la licitud en el objeto, en obligaciones de hacer, es indispensable para que surta todos los efectos legales.

Respecto a aquellos parámetros que se deben de tomar en consideración en el actuar de los particulares se retoma lo que establece Sánchez Barroso al expresar que “para que se produzcan las consecuencias de derecho deseadas, el acto debe contener prestaciones que no sean contrarias a leyes prohibitivas, o al orden e interés público. Esto es, precisamente, la licitud del objeto como elemento de validez”.⁹⁴

Por tanto, lo individuos deben adecuar sus actos de tal manera que no haya transgresión de leyes prohibitivas, el orden público o las buenas costumbres. En ese sentido es dable señalar a las leyes permisivas, las cuales Pérez Fernández del Castillo las define como “aquellas que suplen la voluntad de las partes”.⁹⁵

No sólo el objeto del contrato debe ser lícito para que sea válido el mismo, sino que también lo debe ser su fin y su motivo. Zamora y Valencia manifiesta que “también los motivos y fines del contrato deben ser lícitos, es decir, que no estén en contradicción con una disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo”.⁹⁶

Por todo lo anterior se afirma que si el objeto del contrato, ya sea jurídico o material, así como su motivo o fin son contrarios a las normas prohibitivas o de orden público se genera la nulidad del contrato. Pero si el objeto se encuentra dentro de los parámetros de las normas prohibitivas y también de las preceptivas el contrato será válido.

⁹³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, “Orden público...” *cit.*, pp. 84 - 85.

⁹⁴ Sánchez Barroso, José Antonio, “El “matrimonio...” *cit.*, p. 275.

⁹⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 32.

⁹⁶ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 33.

1.2.4 Forma

Este elemento de validez del contrato no es exigido en todos los contratos; pero, en algunos es necesario que se revista cierta formalidad para que sean válidos. En razón de que el consentimiento debe ser expresado de una manera específica para que se conceda mayor certidumbre jurídica a los contratantes.

La forma tiene cercana relación con el consentimiento debido a que ésta se entiende como el medio por el cual es posible expresar la voluntad. Puede considerarse como un elemento de existencia y no de validez del contrato, tal y como lo señala Carral y de Teresa cuando refiere que “para la validez del acto jurídico no basta el consentimiento, o sea, el acuerdo de voluntades, sino que es necesario la manifestación exterior de las voluntades, que es lo que se llama forma”.⁹⁷

Si bien es cierto al celebrar un contrato la voluntad debe revestir determinadas formalidades también lo es que cuando se es omiso al respecto la consecuencia es la nulidad relativa del acto, debido a que esa ausencia es susceptible a ser subsanada.

Por otra parte, cabe señalar el problema que se visualiza respecto al empleo de los términos en cuanto a la forma o formalidad por lo que cabe precisar ambos.

El primero de ellos se entiende como “el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico y del contrato”.⁹⁸ Los signos pueden ser la voz, firma, es por lo cual se entiende como un elemento de existencia.

Mientras que la formalidad es “el conjunto de las normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo debe exteriorizar la voluntad, para la validez del acto jurídico y de contrato”.⁹⁹ Es por ello que el término adecuado para hacer referencia al elemento de validez es el de formalidad. Cabe señalar que la ausencia de ésta es posible subsanarla.

Ahora bien, las formalidades que deben cumplirse en ciertos contratos son indispensables de acuerdo a los criterios de la legislación, para dar mayor certeza, o

⁹⁷ Carral y de Teresa, Luis, *Derecho notarial y registral*, 12ª ed., México, Porrúa, 1993, p. 139.

⁹⁸ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *op. cit.*, p. 66.

⁹⁹ *Idem.*

bien para proteger ciertas aéreas sociales por lo cual con la evolución de la sociedad y del derecho se han exigido formalidades a ciertos contratos.

A su vez Pérez Fernández del Castillo manifiesta que todos los contratos son formales “toda vez que la voluntad debe exteriorizarse por cualquier medio, no obstante que para la validez de algunos contratos la ley establece determinada formalidad”.¹⁰⁰ Al respecto se reitera que la voluntad debe ser manifiesta por lo que “puede ser manifestada de un modo cualquiera, siempre que éste no dé lugar a dudas sobre el acto que se desea realizar y sobre el efecto deseado”.¹⁰¹

En el artículo 1833 del CCDF se establece de manera genérica que la validez del contrato dependerá de las formalidades que se deban cumplir en él, aunque emplea equívocamente el término de forma por lo expuesto anteriormente. En dicho numeral se establece:

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, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal.

En dicho artículo se establece de modo general lo referente a la formalidad de los contratos en virtud que dependerá de la regulación que se haga de cada contrato, para determinar si debe cumplir con alguna exigencia que le sea requerida por la ley.

Por lo que el contrato puede ser con libertad de formalidades y con formalidades restringidas. Pérez Fernández del Castillo señala que “el contrato será con libertad de formalismos cuando son válidos con la simple exteriorización del acuerdo de voluntades, ya sea verbal”.¹⁰²

Los formalismos restringidos, establece el mismo autor, se presentarán cuando “la ley señala que para la validez del estos contratos, no es suficiente la manifestación verbal, sino son necesarios determinados formalismos, como el escrito privado o la escritura pública”.¹⁰³

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 67.

¹⁰¹ Bonfante, Pietro, *op. cit.*, p. 77.

¹⁰² Pérez Fernández del Castillo, *op. cit.*, p. 38.

¹⁰³ *Idem*.

1.2.4.1 El notario en la celebración de los contratos

Cuando se trata de un contrato con formalismos restringidos es necesario que se haga valer en escrito privado, o bien en escritura pública. En el último supuesto es donde tiene lugar la actuación del Notario Público en razón de ser un fedatario público, en consecuencia se da mayor certeza jurídica al acto, por lo cual en ciertos contratos es indispensable su participación.

En la Ley del Notariado para el Distrito Federal (LNDF),¹⁰⁴ en el artículo 42, se define al notario como *el profesional de Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y ante él acuden, y confieren autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.*

Por lo cual el notario es aquel particular al que el Estado otorga fe pública teniendo como atributo el ser una función de orden público, lo que implica la prestación de un servicio público. Esa función fedataria debe estar prevista en un orden normativo.

Mientras que en la Declaración de la Unión Internacional del Notariado de Tipo Latino se estableció que “la función notarial es actualmente una función pública, autónoma y social que delega el Estado en personas habilitadas por medio de la educación universitaria, así como de la formación post universitaria de orden practica y profesional”.¹⁰⁵

Cabe mencionar que en la legislación mexicana respecto a los notarios recoge el sistema del notariado de tipo latino. Lo que implica que el Notario es responsable de la redacción del instrumento, del contenido del instrumento público, también es responsable de las consecuencias y es quien legaliza la firma en los documentos, es decir, se cerciora de la identidad de la partes. Los criterios anteriores se desprenden de la definición legal de Notario. También están reconocidos por la Unión Internacional del Notariado Latino respecto a la función notarial ya que “la actividad

¹⁰⁴ Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 28 de Marzo del 2000.

¹⁰⁵ López Juárez, Ponciano, *Elementos de identidad del notariado de tipo latino*, México, 2001, Porrúa – Colegio de Notarios del Distrito Federal, Colección de temas jurídicos en brevarios, número 3, p. 31.

del Notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento”.¹⁰⁶

Caso contrario sucede con el *notary public* puesto que “las funciones de asesoría jurídica, conservación de protocolos, o bien, de matricidad, de interpretación y demás encaminadas a garantizar los principios de seguridad jurídica, justicia y equidad no pueden ser realizadas por los *notary public*, porque, además de no tener dichos deberes, no son juristas, es decir, el *notary public anglosajón* no tienen que satisfacer requisitos profesionales”.¹⁰⁷

En razón de lo anterior se advierte que es una situación completamente contraria a lo que ocurre con el notario de tipo latino por sus propias características. Ríos Helling advierte que el *notary public* “puede ser considerado sólo como un testigo de calidad”,¹⁰⁸ debido a que ese tipo de notarios no tienen las obligaciones que se les imputan a los notarios pertenecientes al sistema de tipo latino.

Es importante hacer referencia a la jurisdicción fedataria la cual se encuentra regulada en el artículo 34 de la LNDF.

Artículo 34. Corresponde a los notarios del Distrito Federal el ejercicio de las funciones notariales en el ámbito territorial de la entidad. *Los notarios del Distrito Federal no podrán ejercer sus funciones ni establecer oficinas fuera de los límites de éste. Los actos que se celebren ante su fe, podrán referirse a cualquier otro lugar, siempre que se firmen las escrituras o actas correspondientes por las partes dentro del Distrito Federal, y se de cumplimiento a las disposiciones de esta ley.*

De la regulación que se hace se desprende que la jurisdicción fedataria, en primer lugar, el notario sólo puede actuar como fedatario en el Distrito Federal, lo que viene a ser la regla general, pero los actos y hechos que se pasen ante su fe pueden surtir efectos en otra entidad federativa siempre y cuando el instrumento sea firmado en el Distrito Federal.

Al respecto cabe mencionar lo referente a la cláusula de entera fe y crédito contenida en el artículo 121 constitucional al establecer:

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 48.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 55.

¹⁰⁸ Ríos Helling, Jorge, *La práctica del Derecho notarial*, 2ª ed., México, Mc. Graw Hill, 1997, p. 29.

Artículo 121. En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos.

La intención de dicho artículo es que no haya conflictos interestatales o interprovinciales en cada entidad federativa, y respecto a los instrumentos públicos notariales, se les dará el pleno valor y eficacia siempre que se hayan firmado en la entidad donde el fedatario haya sido habilitado.

2. Ineficacia de los Contratos

2.1 Inexistencia

Se puede entender como la inexistencia del contrato cuando éste no tiene algún elemento esencial. Implica que no se produzcan consecuencias jurídicas debido a que nunca fue reconocido por el derecho en razón de la ausencia de los elementos indicados.

Al respecto, en el artículo 2224 del CCDF se establece que:

El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

En ese sentido Baqueiro Rojas indica que “no se produce efecto legal alguno, no son susceptibles de confirmación ni pueden valer por prescripción, su inexistencia puede invocarse por todo interesado sin previa declaración judicial, es lo que se llama la nada jurídica”.¹⁰⁹

Mientras que la interpretación hecha por los ministros de lo que era la Tercera Sala de la Suprema de Justicia de la Nación, respecto a la regulación del artículo invocado, fue en sentido de que tanto la inexistencia como la nulidad sólo tienen diferencias teóricas debido a que ambas provocan la ineficacia del acto. La tesis que se menciona tiene como rubro NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEÓRICAS en la que se indica que:

El artículo 2224 del Código Civil del Distrito Federal no tiene, en cuanto a la base que pretende dar para establecer la distinción entre la inexistencia y la

¹⁰⁹ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, p. 120.

nulidad, sino meros efectos teóricos, ya que el tratamiento que en él reciben las inexistencias es el de las nulidades.¹¹⁰

2.2 Nulidad Absoluta

La nulidad de los actos jurídicos, en este caso de los contratos, es una sanción que la ley impone a los actos que carecen de algún elemento esencial del mismo.

La nulidad absoluta es una forma de “ineficacia del acto jurídico que se produce por estar viciado dejándolo sin efectos jurídicos, cuando viola normas protectoras de interés social o de orden público, puede ser invocado por cualquier interesado”.¹¹¹

El criterio contenido en la tesis mencionada fue seguido en la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al determinarse que tanto la inexistencia como la nulidad tienen el mismo efecto, es decir, la ineficacia del acto jurídico. La tesis emitida por aquella Sala lleva por NULIDAD E INEXISTENCIA, en la que se estableció que:

“... los efectos, tanto de la declaración de nulidad de un acto jurídico, como el reconocimiento de su inexistencia, son los mismos, pues en uno y en otro caso, el acto queda privado de toda eficacia; o sea, que esta diversidad de nombres de la acción, no tiene trascendencia, si lo que se persigue en ambos casos, es la privación de los efectos del acto”.¹¹²

2.3 Nulidad relativa

La nulidad relativa recae cuando al contrato le hace falta los elementos de validez. Este tipo de nulidad puede subsanarse e igual que la nulidad absoluta requiere de la declaración judicial para que se priven los efectos del contrato, debido a que la sola ausencia de los elementos de validez no impide que se produzcan los efectos del contrato.

Se dice que este tipo de nulidad afecta “básicamente al acto jurídico que ataca intereses particulares; por tanto, constituye una sanción que la ley contempla para proteger a determinadas personas dándoles la posibilidad de anular el acto que las lesiona o controvertirlo en un acto válido por la confirmación del acto”.¹¹³

¹¹⁰ Tesis Aislada, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Cuarta Parte, XCVI, p. 1629.

¹¹¹ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, p. 318.

¹¹² Tesis Aislada, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, 52 Cuarta Parte, Séptima Época, p. 45

¹¹³ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *op. cit.*, p. 122.

En el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito se emitió recientemente el criterio de lo que comprende este tipo de nulidad en la tesis cuyo rubro versa INEXISTENCIA Y NULIDAD RELATIVA DE UN CONTRATO, SON SANCIONES JURÍDICAS DISTINTAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO); en dicho criterio se establece:

“... la nulidad relativa o invalidez accidental de los contratos tiene lugar cuando no comprendan las condiciones especiales a que se refiere el diverso artículo 1624 del invocado código sustantivo, consistentes en la falta de capacidad legal de las partes o de una de ellas, vicios del consentimiento, ilicitud en el objeto o en el fin del contrato, o bien porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma establecida por la ley”.¹¹⁴

3. Clasificación de los contratos

En este apartado se hará referencia a los criterios de clasificación de los contratos establecidos en el Código Civil. Por lo que atendiendo a las características propias de cada contrato se puede establecer que sean unilaterales, bilaterales, gratuitos, onerosos, conmutativos o aleatorios.

3.1 Contratos unilaterales

Esta clasificación es en torno a las obligaciones que se generan en el contrato. Será unilateral cuando en el contrato se generan obligaciones para una sola de las partes y para la otra parte se producen derechos.

Al respecto, se toma el comentario referente a la distinción entre el contrato unilateral y el acto jurídico unilateral. Olave Ibarra estipula que “el contrato por definición es plurisubjetivo; unilateral no significa que proviene de una sola voluntad, sino que una de las partes se obliga y la otra no quiere el compromiso, tan sólo los derechos”.¹¹⁵ Lo que implica que en el acto jurídico sólo existe una voluntad por ejemplo, el testamento. Mientras que en el contrato unilateral existen dos voluntades pero sólo obligaciones para una de las partes, por ejemplo, la donación pura.

3.2 Contratos bilaterales

Este criterio de clasificación también es en relación a las obligaciones que se generan. El contrato es bilateral cuando se crean obligaciones para las partes que

¹¹⁴ Tesis: II.2o.C.441 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, Enero de 2004, p. 1535.

¹¹⁵ Olave Ibarra, Sergio, *Obligaciones y contratos civiles*, 9ª ed., México, Banca y Comercio, 2005, p. 74.

contratan. Los contratos bilaterales son también denominados como contratos sinalagmáticos perfectos.

Desde el punto de vista de Tapia Ramírez, indica que en aquellos contratos “desde el momento de su celebración producen obligaciones recíprocas e interdependientes para ambas partes”.¹¹⁶ Sin duda en este tipo de contratos tanto el acreedor como el deudor tienen derechos y obligaciones simultáneamente.

En el artículo 1836 del CCDF se hace la regulación de este criterio de clasificación ya que se reconoce la existencia de obligaciones recíprocas entre las partes contratantes.

Artículo 1836. El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

En los contratos bilaterales, cualquiera de las partes puede reclamar el cumplimiento del contrato cuando la otra haya sido omisa respecto del cumplimiento de sus obligaciones. En ese sentido se regula en el artículo 1949 del CCDF.

Artículo 1949. La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Este artículo consigna el derecho que tiene una parte contratante para exigir el cumplimiento del contrato o bien la disolución del mismo más el pago de los daños y perjuicios que se generen.

3.3 Contratos onerosos

Otro criterio para la clasificación de los contratos es en cuanto a los beneficios o las cargas, en el sentido económico, que obtengan los contratantes. De ahí se tiene que el contrato es oneroso cuando en él, existen provechos o gravámenes recíprocos.

Tapia Ramírez señala que “aquellos contratos en los que las partes desde el momento de la celebración del contrato se pactan provechos y gravámenes para

¹¹⁶ Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, p. 70.

ambas partes, ambos son acreedores y deudores entre sí para obtener ventajas mutuas”.¹¹⁷

Este tipo de contratos pueden ser también tanto bilaterales como unilaterales pero la condición para que sea oneroso es que exista una ganancia en el patrimonio de uno o de las dos partes que celebran el contrato, o bien la disminución del patrimonio de uno de los contratantes. La onerosidad del contrato dependerá de la cuestión económica que lleva consigo la prestación de la obligación.

3.4 Contratos gratuitos

Continuando con el criterio de clasificación de los contratos, dependiendo de los beneficios o cargas, también se puede clasificar en contratos gratuitos. En los cuales, a diferencia de los contratos onerosos, no existe el vínculo económico que traen consigo éstos.

El contrato a título gratuito es aquel en el cual “el deudor se compromete con el acreedor sin esperar contraprestación alguna”.¹¹⁸ Por ende, no se obtiene una ganancia al cumplir determinado tipo de obligación.

En este tipo de contrato existe un “animo altruista de beneficiar a otra persona”.¹¹⁹ Situación contraria es lo que sucede en los contratos onerosos en virtud de que en ellos lo que existe es una reciprocidad entre lo que se da y lo que se recibe.

En los contratos gratuitos siempre existe la libertad de dar, hacer o no hacer sin obtener una contraprestación. Dicha liberalidad tiene dos elementos, el primero de ellos es el psicológico consistente el poder que se tiene de la libre disposición y el segundo es el económico, referente a la ausencia que existe de obtener alguna ganancia.

Al no existir las ganancias o provechos se puede precisar que en los contratos a título gratuito es inoperante la lesión. Otra consideración que se deben tomar en cuenta es la que señala Tapia Ramírez cuando dice que generalmente los contratos gratuitos “son *intuitu personae*, es decir, la liberalidad se hace en función de la

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 72.

¹¹⁸ Larroumet, Christian, *op. cit.*, p. 87.

¹¹⁹ Olave Ibarra, Sergio, *op. cit.*, p. 75.

persona, por lo que el error en ésta produce la nulidad del contrato”.¹²⁰ Lo anterior se puede apreciar cuando el objeto indirecto del contrato sea una obligación de hacer por lo que el objeto materia del contrato es una conducta que se deba realizar.

3.5 Contratos conmutativos

Este tipo de contrato es una subdivisión de los contratos onerosos en razón de las ganancias que se pueden obtener con la celebración del mismo. Su naturaleza de ser conmutativo dependerá si esas ganancias son conocidas desde el momento de la celebración del contrato.

Sin embargo, existe la posibilidad que esas ganancias tampoco se conozcan desde la celebración del contrato en razón de que quizá el objeto de contrato no sea susceptible a ser contabilizado, lo que provoca que se haga una estimación de la ganancia pero no se tiene certeza de la ganancia.

En el artículo 1838 del CCDF se regula que los contratos onerosos son conmutativos *cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.*

3.6 Contratos aleatorios

Este tipo de contratos también son una subdivisión de los contratos onerosos, y son aquellos en los cuales “las partes en el momento de la celebración del contrato no conocen (con precisión) las ganancias o pérdidas a su cargo, sólo las conocerán hasta que el acontecimiento, del cual dependen tales ganancias o pérdidas, se realice”.¹²¹

En el mismo artículo 1838 del ordenamiento en cita se establece que, es *aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.*

¹²⁰ Tapia Ramírez, Javier, *op. cit.*, p. 73.

¹²¹ Cfr. *Ibidem*, p. 72.

CAPITULO II MATERNIDAD SUBROGADA

1. Definición de Maternidad Subrogada

Antes de hacer referencia concreta a la maternidad subrogada es necesario tomar en cuenta aspectos históricos, sociológicos y jurídicos referentes a la maternidad, para posteriormente hacer el análisis del tema que nos ocupa en este apartado.

De esta manera se comenzará a desarrollar lo concerniente a la maternidad desde un punto de vista sociológico y jurídico. Para ello se tomará como base la obra “La prueba científica de la filiación”, de López Faugier, debido a la compilación que la autora realizó sobre el tema, también se abordarán comentarios de otros autores para complementar el tema.

Posteriormente se realizará un estudio respecto a la máxima romana *mater semper certa est*, ya que se deben tomar en cuenta ciertos aspectos contenidos en el *Corpus Iuris Civilis*.

1.1 Maternidad

En principio, López Faugier hace referencia al significado etimológico de la palabra maternidad para lo cual indica que “procede del latín ‘*mater/matris*’, la cual a su vez deriva del griego ‘*matér/matrós*’, cuyo significado es madre.¹ De esta manera es palpable dilucidar que la maternidad está vinculada con el hecho de ser madre.

Por otra parte la misma autora continúa con el concepto gramatical de maternidad, en donde toma como referencia lo sustentado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española e indica que significa “estado o cualidad de madre, mientras que el vocablo de madre tiene las siguientes acepciones: “Hembra que ha parido”, “Hembra respecto de sus hijos”, “Mujer casada o viuda, cabeza de su casa””.² Nuevamente se hace el señalamiento que maternidad deriva de madre, en ese sentido las definiciones anteriores encierran los contextos biológicos y sociológicos en los cuales se puede identificar al hecho de ser madre.

¹ Aunque la autora hace la aclaración que el término de madre no siempre fue concebido como hoy lo tenemos presente. Cfr. López Faugier, Irene, *La prueba científica de la filiación*, México, Porrúa, 2005, p. 276.

² Cfr. *Ibidem*, p. 277.

De esta manera, se percibe que la primera definición proporcionada, es referente a la condición biológica de las mujeres, derivada de la gestación y del parto. Mientras que las siguientes definiciones son referentes a la perspectiva social en la cual se ubica a las mujeres respecto de sus hijos, o bien respecto de su familia.

Continuando con el análisis de las definiciones de maternidad, la autora retoma el significado desde el punto de vista biológico y refiere que “se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda la relación de la filiación”.³ Aquel vínculo dogmático lo explica de la siguiente manera: “la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia”.⁴ Por lo que es un hecho innegable que aquella “relación comienza con la gestación de una nueva vida”.⁵

En ese sentido la maternidad implica además de la gestación y al parto, aspectos psicológicos debido a que se generan vínculos psico-emocionales entre la mujer y el nuevo ser humano durante y después de la gestación.

Lo cierto es que sólo las mujeres podrán experimentar ese proceso, debido a que los hombres no pueden vivirla por su condición fisiológica. Lo anterior se confirma con lo manifestado por González de Chávez al decir que “de tal experiencia sólo las mujeres pueden tener una vivencia inmediata a través de su propio cuerpo, constituyendo un saber indecible al que los hombres han opuesto a su modo de conocer”.⁶

Por su parte Garay afirma que “maternidad deviene así fundamentalmente en la construcción de la noción de femineidad. Maternidad y femineidad se construye

³ Cfr. *Idem*.

⁴ Cfr. *Idem*.

⁵ Sánchez Bringas, Ángeles, *Mujeres, maternidad y cambio, prácticas reproductivas y experiencias maternas en la Ciudad de México*, México, UAM - Programa Universitarios de Estudios de Género - UNAM, 2003, p. 13.

⁶ González de Chávez, María Asunción, “La maternidad: volviendo (a ser como) la madre”, en González de Chávez, María Asunción (Comp.), *Subjetividad y ciclos vitales de las mujeres*, Madrid, España, Siglo XXI editores, 1999, p. 54.

como un evento natural en la vida de las mujeres”.⁷ Sin embargo, algunas mujeres en su vida postergan el hecho de ser madre o bien, se encuentran imposibilitadas para poder serlo, sin que ello implique que deje de ser un hecho natural propio de las mujeres, el ser madre, o que pierdan su feminidad por no serlo.

De lo analizado se desprende que desde la perspectiva de la biología la maternidad comienza con la gestación, por las relaciones psico-emocionales que se producen durante el embarazo, y esa relación se prolonga más allá del parto ya que el nuevo ser necesita cuidados así como ciertas atenciones para su desarrollo, por lo que, al hablar de maternidad también “implica encuadrarla y definirla como un hecho social”.⁸

En ese tenor, se afirma que la maternidad “no sólo deriva de la función reproductiva de las mujeres, sino que es un proceso históricamente determinado, y como tal sus características dependen de las relaciones sociales y de las elaboraciones culturales a través de las cuales las mujeres construyen su maternidad”.⁹

Es por ello que hay quien afirma que “la maternidad es la institución que establece, prescribe y asigna el lugar de madre a las mujeres. Este lugar está definido en términos de la relación social por la cual una persona –la madre– se hace cargo de nutrir, cuidar y atender a un infante”.¹⁰ Aunque en la actualidad, en ocasiones se deleguen esas obligaciones a terceras personas.¹¹

⁷ Garay, Ricardo, “El destino de ser madres: la ideología de la maternidad como soporte discursivo de las nuevas tecnologías reproductivas”, en Tarducci, Mónica (Coord.), *Maternidades en el siglo XXI*, Buenos Aires, Argentina, Espacio editorial, 2008, p. 31.

⁸ González de Chávez, María Asunción, *op. cit.*, p. 34.

⁹ Sánchez Bringas, Ángeles, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰ *Ibidem*, p. 13.

¹¹ Debido a los avances de las mujeres para introducirse en aspectos sociales que antes eran considerados exclusivos para los hombres, ahora ellas ocupan cargos políticos, profesionales, académicos, por lo que se empezó a romper el paradigma de que la mujer siempre debía quedarse en el hogar cuidando a los niños y al marido, es por ello también que, ciertas mujeres posponen el hecho de ser madre para no descuidar su trabajo, su instrucción académica o simplemente por no querer desprenderse de cierto estilo de vida. Cabe precisar que con anterioridad la ideología social se encaminó, como lo manifiesta Sánchez Martínez, a la “sobreevaluación del matrimonio y la maternidad, se muestran así estrechamente asociados a la ubicación exclusiva de la mujer en el espacio doméstico”. Véase Sánchez Martínez, Olga, *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?*, Madrid, España, Universidad de Alcalá, 2010, colección de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, p. 29.

Por lo cual una definición más amplia de maternidad es la que proporciona López Faugier, al señalar que es “la relación de la madre con el hijo o hija”.¹² La cual lleva implícito el aspecto biológico pues debe existir la identidad entre la madre e hijo (a) derivada del parto, y también por incluir el aspecto social al referirse a la relación entre la madre y sus hijos, dicha relación puede ser espiritual, emocional, o bien la de cercanía para cuidar y procurar de lo indispensable a sus hijos.

Ahora bien, la misma autora hace referencia a la maternidad desde el punto de vista jurídico. En principio menciona que forma parte de la filiación, e indica que en la legislación del Estado de Hidalgo¹³ se puede encontrar una definición de maternidad. De esta manera, en la Ley para la Familia de dicha Entidad Federativa, en el artículo 163 se define:

La relación entre padre e hijo se llama paternidad; y entre madre e hijo, maternidad.

La citada autora menciona que tal definición es muy amplia ya que no se hace distinción de cómo es que se constituye esa relación y a punta que caso contrario es lo que sucede con las definiciones doctrinales “las cuales son más específicas, al definir esa relación como el estado civil de la madre respecto del hijo o hija consanguíneo, es decir, el que ha dado luz, así como el estado civil de la madre respecto del hijo o hija adoptivo, aquél incorporado a su familia por un acto de voluntad”.¹⁴

1.2 La máxima “*mater semper certa est*”

Este apartado tiene como finalidad destacar ciertos rasgos del derecho romano, con los cuales se puede palpar la concepción que se tenía respecto de la maternidad en ese entonces. Para ello se tomó como referencia el *Corpus Iuris Civilis*,¹⁵ a través de los criterios contenidos en el *Digesto*.

¹² López Faugier, Irene, *La prueba científica...*, cit., p. 275.

¹³ López Faugier en su obra señala que el único ordenamiento jurídico que define a la maternidad es el Código Familiar para el Estado de Hidalgo (CFEH), en el artículo 184 del mismo; sin embargo, dicho código fue abrogado mediante el segundo artículo transitorio de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo (LFEH), publicada el 9 de abril de 2007, años posteriores a la fecha de publicación su obra. No obstante ello, el contenido del artículo 184 del CFEH que señaló esta autora es idéntico al del artículo 163 de la LFEH que se invoca.

¹⁴ López Faugier, Irene, *La prueba científica...* cit., p. 278.

¹⁵ Es el nombre con el que se reconoce a la obra que encomendó el emperador Justiniano (527 a 565 d.C.), a una comisión de jurisconsultos para la compilación de *leges* y *ius*. Al resultado de esa labor

Efectivamente, la máxima romana *“mater semper certa est”* se encuentra en el *Digesto* en el título referente a la citación a juicio. En él se reproduce el comentario de Ulpiano¹⁶ respecto a la prohibición de llamar a juicio a los ascendientes y estableció lo siguiente: “Labeon estima que también son tenidos por ascendientes los que tuvieron hijos hallándose en esclavitud; pero no solamente, como decía Severo, alcanza la prohibición a los descendientes legítimos, sino que, aunque haya nacido del vulgo, no citará el hijo a juicio a su madre”.¹⁷

Es clara la prohibición designada a los descendientes legítimos o naturales de no poder llamar a juicio a su madre. Lo anterior, se explica en el mismo *Digesto* al reproducir el comentario de Paulo,¹⁸ “porque siempre es cierta, aunque hubiera concebido del vulgo; pero el padre es el que demuestran las nupcias”.¹⁹

Las anteriores referencias no sólo sirvieron para establecer una regla para la citación a juicio en el proceso romano. También adquirió relevancia respecto la relación filial que existía entre la madre y el hijo. De esta manera la maternidad era demostrable mediante el parto, no importaba si se había celebrado matrimonio o no. Caso contrario era lo que acontecía con la paternidad ya que era demostrable

se le conoce en su conjunto como *Corpus iuris Civilis*. La labor legislativa justiniana se desarrolló gradualmente, su recopilación recibe a partir del siglo XVI el nombre de *Corpus iuris Civilis*, para distinguirlo del *Corpus iuris Canonici*. Tal compilación se divide en: *Codex* (publicado en el 529 d.C.), contiene todas las constituciones vigentes a la fecha del reinado de Justiniano; *Digesto o Pandectae* (expedida en el año 533 d.C.), es la compilación de toda la jurisprudencia clásica; *Instituta* (publicada en noviembre de 533 d.C.), una obra destinada a la enseñanza del derecho, compuesta de fragmentos de las citas de los juristas clásicos; y *Novellae*, consisten en las constituciones que redactó Justiniano. Véase Huber Olea, Francisco José, *Derecho romano I*, México, Iure, 2005, pp. 62, 82 y ss., y Bialostosky Sara, *Panorama del Derecho romano*, 4ª ed., México, Porrúa, 2009, pp. 28 y ss.

¹⁶ Domicio Ulpiano (de Tiro, Fenicia, lo que destaca cómo la cultura imperial llega a ser mediterránea, en vez de ser sólo romana), fue uno de los colaboradores más jóvenes de Papiniano. Tuvo una fuerte competencia con Paulo. Poco después de la ejecución de Papiniano fue exiliado, pero después regresó a ocupar puestos públicos de gran importancia. Recoge la gran cosecha clásica, ordena el material, elimina contradicciones y le da a la jurisprudencia una forma más asequible. Sus citas llenan la tercera parte del *digesto*. Véase Floris Margadant, Guillermo, *El Derecho privado romano*, 24ª ed., México, Esfinge, 1999, p. 65.

¹⁷ *“Parentes etiam eos accipi Labeo existimat, qui in servitute susceperunt; nec tamen, ut Severus decibat, ad solos iustos liberos, sed et si vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit”*. Cfr. D. II, IV, 4, en *Corpus Iuris Civilis, Codicis Justiniani*, trad. de Emilio del Río Pacheco y Armando Ríos Jáquez, México, Reproducciones Gráficas Laguna, 2006, Vol. I *Institutionum – Digestorum*, p. 378.

¹⁸ Julio Paulo fue otro colaborador, de los más jóvenes, de Papiniano. sus citas llenan la sexta parte del *Digesto*. Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, p. 77.

¹⁹ *“Quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant”*. Cfr. D. II, IV, 5, en *Corpus Iuris Civilis, Codicis Justiniani*, trad. de Emilio del Río Pacheco y Armando Ríos Jáquez, México, Reproducciones Gráficas Laguna, 2006, Vol. I *Institutionum – Digestorum*, p. 378.

mediante presunciones, una de ellas consistía en que el hijo naciera dentro del matrimonio.

En ese sentido, en el sistema romano la filiación legítima en relación con la madre, era objetiva y se simplificaba por el hecho mismo del embarazo y del parto, que constituyen hechos materiales.²⁰ Por ello al decir que “la madre siempre es cierta” se entiende que la maternidad se podrá constatar por medio de hechos naturales, es decir, por medio del embarazo y del parto.

Como se ha mencionado la paternidad no se determinaba con acontecimientos naturales, sino por medio de presunciones. Por tanto, la paternidad carecía de índices directos, sólo podía determinarse presuntivamente, en cuanto a que el padre del hijo nacido de la esposa, es su marido.²¹

Por los acontecimientos naturales antes indicados era más fácil determinar la maternidad, al no ser así para la paternidad ya que ésta era incierta hasta que se demostrara. Por ende en el Derecho romano se fijó en 300 días la duración más larga del embarazo, y la más corta en 180 días; de suerte que el hijo será *justus* si nace el 181 días, lo más pronto, después, y comprendido el del matrimonio, o el 301 días, a más tardar, después, y comprendido el de la disolución de las *justas nuptiae*.²²

Debido a ello se considera hijo legítimo si ha nacido por lo menos en el séptimo mes o más, precisamente después de los ciento ochenta y dos días de la celebración del matrimonio y antes de los diez meses de su disolución; de lo contrario se debe probar la paternidad.²³

Es por ello que a la madre se le concedió la acción denominada *actio de partu agnoscento*, con la cual se le permitía hacer saber al marido su embarazo, con el propósito de que se vigilara el parto, con el apercibimiento de que se reconociera la paternidad.²⁴ Esta acción tenía como finalidad lograr la certeza de la paternidad, debido la presunción existente de dicha situación. En ese tenor, el padre debía

²⁰ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho civil*, México, Porrúa, 1988, t. III, p. 430.

²¹ *Idem*.

²² Petit, Eugène, *Tratado elemental de Derecho romano*, 15ª ed., trad. de José Ferrández González, México, Porrúa, 1999, p. 108.

²³ Bonfante, Pietro, *Instituciones de Derecho romano*, México, TSJDF - Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2007, Colección Clásicos del Derecho, p. 199.

²⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *op. cit.*, p. 434.

vigilar el parto para que constatará que su esposa diera a luz a su hijo, una vez hecho esto se podía atribuir la paternidad al marido.²⁵

Una vez logrado el reconocimiento de la paternidad, trae consigo la obligación alimentaria. Debido a que entre padres e hijos hay obligación y derecho recíproco de los alimentos, independientemente de la patria potestad. No obstante, los hijos espúreos no tienen jurídicamente un padre, ni era posible su reconocimiento. En cambio, la madre es siempre cierta – conocida – y tiene la obligación de dar alimentos a sus hijos.²⁶

Lo anterior es perceptible en el *Digesto*, al reproducir el comentario de Ulpiano, el cual es el siguiente: “Luego también obligaremos a la madre a alimentar a los hijos habidos del vulgo, y también a ellos a alimentarla”.²⁷ Esto fue determinado en razón de que la madre es cierta por el hecho mismo del parto, por tanto, aún y cuando el hijo no sea legítimo existe el derecho y obligación de alimentos recíprocos por parte de la madre a su hijo y viceversa.

Ahora bien, se ha mencionado que la presunción de la paternidad surge con el hecho de que el hijo nazca dentro del matrimonio; no obstante, también existe esa presunción cuando sobreviene el divorcio, o el fallecimiento del padre. Dichos supuestos pueden presentarse cuando la mujer se encuentra embarazada y se le notifica al padre, una vez presente el divorcio, el estado en el que se encuentra. En el caso de fallecimiento del padre la notificación del embarazo deberá realizarse a la persona que le interese dicho acontecimiento.²⁸

²⁵ Cabe precisar que la presunción de paternidad, que se ha comentado a lo largo de este apartado, admite prueba en contrario ya que existe la posibilidad de que el marido se vea impedido para procrear debido a su ausencia en un periodo considerable por el cual no tuvo contacto con su esposa, o bien, algunos autores señalan que esa imposibilidad se debía a que el varón fuera infértil o impotente, lo cual si se demuestra trae como resultado que desvirtúa la presunción de paternidad; sin embargo, aunque dicha presunción no se haya configurado la madre del niño será reconocible debido al hecho de su embarazo, parto y la identidad del hijo que dio a luz.

²⁶ Bonfante, Pietro, *op. cit.*, p. 201.

²⁷ “*Ergo et matrem cogemus praesertim vulgo quaesitos liberos alere nec non ipsos eam*”. D. XXV, III, 5, ss 4. *Corpus Iuris Civilis, Codicis Justiniani*, trad. de Emilio del Río Pacheco y Armando Ríos Jáquez, México, Reproducciones Gráficas Laguna, 2006, Vol. III *Digestorum seu Pacdectarum*, p. 508.

²⁸ Esas personas pueden ser quienes hayan tenido la patria potestad del difunto, o bien, alguna persona que en razón de la sucesión deba saber que el hijo que va a dar a luz la mujer del fallecido tiene mejor derecho para heredar.

En el primer supuesto, en caso de divorcio, la regla contenida en el digesto es que si la mujer se creyera embarazada, que se lo haga saber, dentro de treinta días contaderos después del divorcio, al mismo marido, o al ascendiente bajo cuya potestad está, o que lo manifieste a la casa, si no tuviera posibilidad de hacérselo saber a ninguno de estos.²⁹

Una vez hecha la notificación a quien hubiera sido el marido de la mujer embarazada, aquel podía enviar guardas o hacerle saber a ella que no está embarazada de él, ya sea por algún impedimento natural o quizá por el exceso del plazo para que se refute como hijo suyo el que lleva en su vientre la mujer. Pero si el varón no hubiere realizado uno u otro acto, entonces se encuentra obligado a reconocer el parto. En caso de que no lo haga será castigado con pena extraordinaria. Ese reconocimiento trae consigo el derecho y la obligación de recibir o proporcionar alimentos.

Debido a que “es de interés público que no se supongan los partos para que quede a salvo la dignidad de las clases y de las familias”,³⁰ es por ello que se le concedía al varón el derecho a la inspección de vientre.

De tal modo en el *Digesto* se encuentra la siguiente regla, proporcionada por Ulpiano, para la guarda e inspección de vientre, “... que se elija la casa de una mujer muy honesta, a la cual vaya Domicia; y que ahí la inspeccionen tres parteras probadas tanto en su conocimiento como en su integridad, que por ti hayan sido escogidas; y si verdaderamente o todas, o dos, manifestaren que parece embarazada, entonces se habrá de persuadir a la mujer para que admita la guarda lo mismo que si ella lo hubiese pedido; ... más si o todas, o las más, manifestaren que no está embarazada, no habrá causa alguna para custodiarla”.³¹

²⁹ “... denuntiare intra diez triginta post divortium connumerandos ipsi marito vel parenti in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habet”. Cfr. D XXV, III, 1, ss 1. Véase *Corpus Iuris Civilis, Codicis Justiniani*, trad. de Emilio del Río Pacheco y Armando Ríos Jáquez, México, Reproducciones Gráficas Laguna, 2006, Vol. III *Digestorum seu Pacdectarum*, p. 502.

³⁰ “... publice enim interest partus non subici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit”. D. XXV, IV, 1, ss 13. *Corpus Iuris Civilis, Codicis Justiniani*, trad. de Emilio del Río Pacheco y Armando Ríos Jáquez, México, Reproducciones Gráficas Laguna, 2006, Vol. III *Digestorum seu Pacdectarum*, p. 516.

³¹ “Commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua domitia veniat, et ibi tres obettrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. Et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum muliere erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset;... si autem vel omnes vel plures non esse gravidam

En caso de que el marido de la mujer embarazada haya fallecido, la notificación y la inspección de vientre podrá hacerse a través de aquellas personas que tuvieran interés al respecto, debido a una cuestión sucesoria, o bien, a sus procuradores. Por lo que se estableció lo siguiente regla:

“Respecto de la inspección del vientre y a la custodia del parto dice así el pretor: Si, muerto su marido dijere la mujer que está embarazada, cuide de hacérselo saber dos veces al mes a aquellos a quienes les interese la cosa, o al procurador de ellos, para que envíen, si quisieran, quienes inspeccionen el vientre. Mas envíense solamente cinco mujeres libres, e inspecciónenlo todas estas al mismo tiempo, con tal de que ninguna de ellas toque el vientre contra la voluntad de la mujer, mientras inspecciona. Para la mujer en casa de mujer honesta que yo designaré. Treinta días antes que la mujer crea que ha de parir, hágalo saber a quienes les interesa la cosa, o a sus Procuradores, para que envíen, si quisieran, a quienes custodien el vientre. En la habitación en que la mujer haya de parir no haya más entradas que una; y si las hubiere, clávense con tablas por ambas partes. Hagan la guardia delante de la puerta de aquella habitación tres hombres libres, y tres mujeres libres con acompañantes.

Siempre que la mujer fuere a aquella habitación o a cualquier otra, o la del baño, examíenla antes los guardas, si quisieran, y registren a los que en ella entraren; y los guardas, que estarán apostados delante de la habitación, registren, si quieren, a todos los que entraren en la habitación o en la casa.

Cuando la mujer empiece a parir, hágalo saber a quienes les interesa la cosa, o a sus procuradores, para que envíen personas en cuya presencia para. Envíense sólo cinco mujeres libres de suerte que además de dos parteras no haya en aquella habitación más mujeres libres que diez, ni más esclavas que seis. Sean registradas en la habitación todas las que hubieran de estar dentro, no sea que alguna esté embarazada. Haya allí tres luces, y no menos, a saber, porque en la oscuridad es mas a propósito para la suposición de un parto. Muéstrese lo que naciere a quienes les interesa la cosa, o a sus procuradores, si quisieran inspeccionarlo”.³²

renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit”. D. XXV, IV, 1. Corpus Iuris Civilis, Codicis Justiniani, trad. de Emilio del Río Pacheco y Armando Ríos Jáquez, México, Reproducciones Gráficas Laguna, 2006, Vol. III Digestorum seu Pacdectarum, p. 512.

³² *“De inspiciendo ventre custodiendoque partu sic praetor ait: Si mulier mortuo marito praegnatem se esse dicet, his ad quos ea res pertinebit procuratorive eorum bis in mense denuntiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient. Mittantur autem mulieris liberae dumtaxat quinque haeque simul omnes inspiciant, dum ne qua earum dum inspicit invita muliere ventrem tangat. Mulier in domu honestissimae feminae pariat, quam ego constituam. Mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his ad quo ea res pertinet procuratoribusve eorum, ut mittat, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint quam unus: si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Anteostium eius conclavis liberi tres et tres liberae cum binis comitibus custodiant.*

Quotienscumque ea mulier in id conclave aliudve quod sive in balineum ibit, custodes, si volent, id ante prospiciant et eos qui introierint excutiant. Custodes, qui ante conclave positi erunt, si volunt, omnes qui conclave aut domun introierint excutiant.

Mulier cum parturire incipat, his ad quos ea res pertinet procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibus pariat. Mittantur mulieres liberae dumtaxat quinque, ita ut praeter obstetrices duas in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint quam decem, ancillae quam sex. Hae qua intus

De las reglas mencionadas, es posible visualizar que en el Derecho romano la maternidad era imputable en virtud de acontecimientos naturales propios de la mujer. Es por ello que para imputar la paternidad era necesario recurrir a ciertos métodos con los cuales se acreditara la presunción de que se es el padre del hijo que nació.

Por tanto, se debía tener certeza respecto al nacimiento del hijo por lo cual se realizaron fórmulas que establecían procedimientos para vigilar el embarazo y el parto de la mujer, para que de esta manera no hubiera duda respecto al nacimiento del hijo. Es por ello que tales acontecimientos eran los medios idóneos para tener certeza respecto de la maternidad, por ende, la vigilancia empleada para constatar tales hechos era en razón de lograr esa certidumbre del nacimiento para lograr ciertas consecuencias jurídicas.

La maternidad, para los romanos, fue una figura que siempre pudieron constatar por los hechos de la naturaleza. La vigilancia que se empleaba durante el embarazo y aún en el parto, surgieron debido a la necesidad de dar certidumbre al varón a quien se le pretendía imputar la paternidad.

A su vez, los derechos alimentarios derivados de la maternidad siempre eran concisos debido a la certeza que se tenía de la relación entre la madre y el hijo, es por ello que no importaba que el hijo fuera legítimo para que se gozara de tal derecho, ya que aún el hijo ilegítimo tenía el derecho y deber de recibir o proporcionar alimentos. Cabe apuntar nuevamente, que eso se debía a la infalibilidad que se generaba al vincular a la maternidad con el embarazo y el parto.

1.3 Maternidad Subrogada

Después de haber analizado el concepto de maternidad y visualizar algunos aspectos de la regulación de ese vínculo biológico en un sistema normativo, cuya trascendencia ha abarcado hasta nuestros días, es menester presentar algunas definiciones sobre el tema central del presente capítulo.

futuræ erunt excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua prægnas sit. Tria lumina ne minus ibi sint, scilicet quia tenebræ ad subiciendum aptiores sunt. Quod natum erit, his ad quo sea res pertinet procuratoribusve eorum, si inspiciere volent, ostendatur". D. XXV, IV, 1, SS 10. *Corpus Iuris Civilis, Codicis Justiniani*, trad. de Emilio del Río Pacheco y Armando Ríos Jáquez, México, Reproducciones Gráficas Laguna, 2006, Vol. III *Digestorum seu Pacdectarum*, pp. 514 y 515.

Sin duda, para hacer alusión a este acontecimiento no existe consenso entre diversos autores que lo abordan. Recibe nombres como maternidad portadora, por encargo, delegada, gestación por cuenta ajena, gestación contratada, arrendamiento de vientre, alquiler de útero, maternidad por sustitución o gestante. Sin embargo, se hará un especial análisis respecto a las últimas dos ya que ellas servirán de base para el estudio del presente trabajo.

El término de maternidad subrogada proviene del inglés *surrogate motherhood*.³³ Así en el *informe Warnock*³⁴ se define como la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.³⁵ Por ello se dice que la maternidad subrogada, se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra a quien se le entregará el recién nacido como a madre propia.³⁶

Por su parte Rodríguez López explica que es el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer, sujeto a un compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que

³³El término maternidad subrogada conlleva a caer en imprecisiones, reflexionemos que subrogar es sustituir una cosa o persona por otra, sin que esa idea abarque todo lo implica. En el ámbito jurídico consiste en la forma de sustituir obligaciones, lo cual, como se verá, en el caso no podría actualizarse; no obstante, se utilizará ese término debido a que con él, es fácilmente entrar en contexto al aludirlo. A pesar de que no se profundizará sobre las diversas denominaciones es aconsejable tener en cuenta las exposiciones hechas por López Faugier y Mir Candal, donde concluyen que el término adecuado para hacer referencia al tema que nos ocupa es maternidad gestante. Cfr. López Faugier, Irene, *La prueba científica...*, cit., pp. 285 y ss.; Mir Candal, Leila, "La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada", *Revista Redbioética/UNESCO*, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, Vol. 1, núm. 1, julio, 2010, http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf.

³⁴ Es mundialmente conocido así el informe que fue presentado en Gran Bretaña, por la Comisión de Encuesta sobre la Fecundación y Embriología Humana, presidida por *Mary Warnock*, la cual fue formada por dieciséis expertos de diferentes disciplinas. Después de dos años de trabajo se hicieron públicas las conclusiones respecto a temas de reproducción asistida y también de la maternidad subrogada. Cfr. Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel y Massigoge Benegui, Juan Miguel, *La maternidad portadora, subrogada o por encargo en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 68.

³⁵ Cano, María Eleonora, "Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada", *Revista persona*, Argentina, 2002, <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>.

³⁶ Gafo, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana, biomedicina, ética y Derecho*, España, Universidad Pontificia Comillas Madrid, 1986, p. 91.

figurará como madre de éste.³⁷ Debido a ese pacto se establece que sea mediante un contrato, previo al embarazo, donde se establezca la obligación de la gestante a entregar al bebé una vez nacido.

Alberto Romeu indica que la maternidad subrogada consiste en acordar con una mujer para que desarrolle una gestación tras la fecundación de sus propios ovocitos, una vez fecundados con semen del potencial padre, luego, nacido el producto de esa gestación, es inscrito como hijo del o los padres.³⁸

Mientras que Pérez Contreras precisa que la maternidad subrogada es el acto de reproducción que se realiza cuando el nacimiento de un hijo se presenta como consecuencia de la participación de una mujer que lleva a término el embarazo bajo las condiciones de un pacto y que se compromete a entregar al nacido a aquellos que han solicitado sus servicios y que para tales efectos serán reconocidos como la madre, el padre o los padres y que tendrán el ejercicio de todos los derechos establecidos por el derecho de familia y patria potestad sobre el menor.³⁹

De lo manifestado se advierte que coinciden respecto a la entrega del producto inmediatamente después del parto. Esta práctica implica la intervención de diferentes agentes. Uno de ellos es una mujer fértil que va a llevar el embarazo, mientras que, el segundo es la persona o pareja que hace la solicitud de esa gestación. Para esto es necesario acudir de diversas Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).

Es importante señalar que la maternidad subrogada es el término usual que recibe esta práctica. Así al referirnos propiamente a este procedimiento se debe entender que se presenta cuando un varón, una mujer o una pareja, infértil o no, acuerdan con otra, casada o no, llevar a cabo la gestación, para lo cual, ésta última

³⁷ Rodríguez López, Diana, “Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato”, *Revista de Derecho Privado*, México, Nueva época, año IV, núm. 11, 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm#N7>.

³⁸ Romeu, Alberto, *et al.*, “Derecho al acceso de un tratamiento de reproducción asistida: familias tradicionales y no tradicionales; matrimoniales y no matrimoniales”, en Baccino, Giuliana (ed.), *Reproducción humana asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2014, colección Ciencias de la Salud, p. 91.

³⁹ Pérez Contreras, María de Montserrat, “El debate”, en Brena Sesma, Ingrid (Coord.), *Reproducción asistida*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, p. 129.

proporciona el óvulo que será fecundado mediante inseminación artificial (IA)⁴⁰ con el espermatozoide del varón, solo o integrante de la pareja, o con uno donado. Hecho lo anterior, existe el compromiso de entregar al bebé a quienes hayan solicitado se realizara el embarazo.⁴¹ En este caso existe vinculación genética con la mujer embarazada.

En ese tenor diversas autoras clasifican la maternidad subrogada en genética, plena, total o tradicional,⁴² la cual fue descrita en el párrafo precedente. Mientras que por otro lado se encuentra la gestacional o parcial.⁴³

Esta última se diferencia de la anterior en virtud de que en ella no se utiliza el óvulo de la mujer gestante, sino los gametos de la pareja que acude a dicha práctica o a través de la donación, ya sea del óvulo, espermatozoide o ambos. La característica primordial es que no hay vinculo genético entra la gestante y el bebé que va a entregar. Para dar lugar a dicha situación se necesita de la fecundación *in*

⁴⁰ Es una TRA de baja complejidad. Consiste en depositar espermatozoides previamente preparados en el aparato reproductor de la mujer durante su periodo ovulatorio, esto implica que haya fecundación sin coito. Dependiendo de dónde se deje el semen recibirá el nombre de IA intracervical, intrauterina, intratubárica o intrafolicular. También se puede referir a la IA heteróloga, cuando el semen proviene de donante y de la IA homóloga cuando es de la pareja. García Jiménez, Gabriela, *et al.*, "Inseminación artificial", en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología reproductiva e infertilidad*, México, Asociación Mexicana de Medicina de la Reproducción, A.C. – Prado, 2013, pp. 249 y ss.

⁴¹ En este supuesto se debe tener en cuenta que la mujer embarazada es quien aporta el material genético y también contribuye con el hecho biológico de la gestación, lo que implica que, al llevar su carga genética, está entregando a su propio hijo. Puigpelat Martí refiere que no cabe hablar de maternidad subrogada cuando la madre gestante también es la genética, pues este caso no hay sustitución de ningún tipo y la "técnica" de reproducción no es otra que la entrega del propio hijo al nacer. Puigpelat Martí, Francesca, "Los derechos reproductivos de las mujeres: Interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada", en Cruz Parcero, Juan A. (Coord.), *Debates constitucionales sobre Derechos Humanos de las mujeres*, 2ª ed., México, SCJN - Fontarama, 2012, colección Género, Derecho y Justicia, p. 173.

⁴² Todos esos calificativos convergen en una misma idea, en la de la maternidad subrogada propiamente dicha, es decir, en su sentido genérico.

⁴³ Baccino Giuliana, clasifica la subrogación en genética y gestacional. Puigpelat Martí la clasifica en plena y parcial. Scotti Luciana la visualiza como tradicional y gestacional. A su vez Brena Sesma la señala como maternidad subrogada propiamente dicha y en gestación subrogada. Cfr. Baccino, Giuliana, "Las familias del nuevo milenio", en Baccino, Giuliana (ed.), *Reproducción humana...*, *cit.*, p. 64; Puigpelat Martí, Francesca, *op. cit.*, p. 173; Scotti, Luciana B., "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas", *Revista Pensar en Derecho*, Buenos Aires, año 1, número 1, 2012, pp. 267-289, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/revista-pensar-en-derecho.pdf>; y Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?", en Brena Sesma, Ingrid (Coord.), *Reproducción...*, *cit.*, p. 140.

vitro (FIV).⁴⁴ Pero en este supuesto el embrión resultante es implantado en la mujer que prestará su cuerpo para la gestación y parto, no así a la mujer que aportó el gameto.

Es decir, es la práctica destinada a la procreación por la cual el útero de la madre en el que se produce la implantación del preembrión pertenece a una mujer diferente de la donante de los óvulos empleados en la FIV.⁴⁵

El rasgo que distingue a esta práctica consiste en que una vez que el niño ha nacido, la mujer que lo dio a luz (madre gestante) cede su custodia al esposo de la pareja contratante y renuncia a sus derechos de madre, ofreciéndose, de esta manera, la posibilidad de que la cónyuge de este último pueda adoptar al niño.⁴⁶

A través de la gestación subrogada, una mujer que cuente con gametos fértiles, pero que sea incapaz de anidar un embrión y de dar a luz, podrá hacer efectivos sus deseos de tener descendencia con la ayuda de otra que acepte gestar al embrión y dar a luz, para después entregarle a su hijo.⁴⁷

Hay quienes aluden a esta práctica como una TRA, pero no es propiamente una de ellas, pues para que se pueda lograrse el fin perseguido se necesita de la combinación de varias técnicas. A pesar de ello, se le considera como una más.

Como se ha dicho la maternidad subrogada tiene la peculiaridad de agrupar para su realización a varias TRA a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate. En el caso genérico se utilizará la IA. Mientras que en la subrogación gestacional se requerirá de la FIV, aunque la diferencia se presenta cuando la implantación del embrión se efectúa en el útero de una mujer distinta a la que aportó el material genético. Como lo arguye Baffone la diferencia entre las dos prácticas

⁴⁴ Es una TRA de alta complejidad con algunas variantes. Consiste en fusionar los gametos femenino y masculino de forma extracorpórea. Se extrae el ovocito para fecundarlo en un ambiente creado en el laboratorio que reproduce las trompas de Falopio. Es de alta complejidad porque se auxilia de otras técnicas como la estimulación ovárica, Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), y una vez realizada la fecundación se puede llevar a cabo la Tránsito del Cigoto Intra-Falopio (ZIFT), o bien, lo más usual, la transferencia de embriones al útero de la mujer. Cfr. Lema Añón, Carlos, *Reproducción, poder y Derecho, ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Trotta, 1999, colección Estructuras y Procesos, pp. 38 y ss.

⁴⁵ Osset Hernández, Miquel, *Ingeniería genética y Derechos Humanos, legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos*, Barcelona, Icaria, 2000, p. 90.

⁴⁶ Cano, María Eleonora, *op. cit.*

⁴⁷ Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada...", *cit.*, p. 144.

yace en la participación que tiene la madre y en la formación del hijo que va a nacer, pues en el caso de la madre subrogada ésta aporta su propio material genético.⁴⁸

Por tanto, la madre subrogada es aquella mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre, casado o soltero, que no es su esposo y procrear un hijo. Una vez que ha nacido, la madre cede sus derechos maternos sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.⁴⁹

Mientras que madre gestante es aquella mujer a quien se le implantó un embrión ajeno a su carga genética mediante FIV, y se compromete a llevar el embarazo. Rodríguez López explica que son mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que se ha generado mediante el espermatozoides del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre. Producido el parto entregará al hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.⁵⁰

Respecto a quienes pueden solicitar el empleo de esta práctica son: una pareja, casada o no, heterosexual u homosexual, un hombre o una mujer en forma individual.⁵¹ Por lo que, las combinaciones que podrían presentarse en la maternidad subrogada propiamente dicha consisten en:

a) La madre subrogada es inseminada con el semen del varón de la pareja que acudió a este procedimiento, ya sea heterosexual u homosexual.

b) La madre subrogada es inseminada con espermatozoides provenientes de una donación, para el caso de mujeres y hombres solteros o cuando en la pareja se presenta la esterilidad masculina.

En relación a la subrogación gestante, se presentarían los siguientes supuestos:

a) El usual consiste en que se implanta a la madre gestante un embrión producto de la fecundación de los gametos de la pareja que acude a esta práctica.

⁴⁸ Baffone, Cristiana, "La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 137, mayo-agosto de 2013, pp. 442-470, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art1.pdf>.

⁴⁹ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito. La fecundidad artificial y la experimentación genética ante el Derecho*, Buenos Aires, Argentina, Astrea, 1990, p. 317.

⁵⁰ Rodríguez López, Diana, *op. cit.*

⁵¹ Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada...", *cit.*, p. 140.

b) El embrión implantado a la madre gestante fue producto de la fusión del óvulo de la esposa, o de la mujer soltera, con un gameto masculino donado.

c) A la mujer gestante se le implantó un embrión resultante de la unión del espermatozoide del varón de la pareja, o del hombre soltero, con un óvulo donado.

d) El embrión a implantar a la madre gestante proviene de la fecundación de gametos femenino y masculino donados. Es más bien una embriodonación. En este supuesto el bebé no comparte ningún vínculo biológico con las personas que decidieron acudir a la maternidad subrogada gestacional.

También se puede hacer mención, que este método lo clasifican en comercial o altruista. El primero recibe esa connotación porque una mujer acepta embarazarse por otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.⁵² La altruista es cuando la mujer que acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera gratuita, quizá por los lazos de amor, amistad o parentesco, que existen hacia la otra persona o pareja.⁵³

Esto implica que se presenten muchos cuestionamientos. Algunos de ellos, se dan al enfocarnos a la maternidad subrogada propiamente dicha con ánimo comercial, ya que se está entregando al propio hijo mediante un precio cierto y en dinero. Mientras que al referirnos de la maternidad subrogada gestacional con fines comerciales, Brena Sesma indica que, la entrega de dinero podría ser considerada como el pago por los servicios prestados.⁵⁴

El tema es bastante controversial, hay quienes están a favor y otros en contra, incluso de aquélla que reviste la modalidad de altruista. Garza Garza precisa que la existencia de madres portadoras gratuitas libera a esta práctica de sus connotaciones más bochornosas, pero no elimina totalmente los recelos sobre este tipo de generosidad; sin negar las buenas intenciones, pueden enmascararse otros

⁵² Rodríguez López, Diana, *op. cit.*

⁵³ González Martín, Nuria, "Maternidad subrogada y adopción internacional", en Brena Sesma, Ingrid (Coord.), *Reproducción...*, *cit.*, pp. 170 y 171.

⁵⁴ Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada...", *cit.* p. 140.

objetivos: voluntad de poder, narcisismo, satisfacción egoísta porque otros le daban alegrías profundas.⁵⁵

Con esta práctica la maternidad queda disociada. Por un lado se encuentra la madre genética, quien aportó el gameto femenino. La madre gestante, quien se comprometió a llevar a cabo el embarazo y el parto. Además la madre social, cuando se realizó una embriodonación, entonces esta modalidad se le atribuye a la mujer que solicitó la maternidad subrogada. A su vez puede haber un padre genético y un padre social. Este último se suscita cuando no se aportó el material genético del varón.⁵⁶

Con ello se puede vislumbrar la complejidad inherente a esta práctica. Garza Garza expone que el supuesto más extremo de fragmentación se presenta cuando intervienen tres madres y dos padres: por un lado los padres legales o educadores, no genéticos, que se responsabilizan del cuidado del niño después de nacer; por otro, los padres genéticos, los donantes del ovulo y del espermatozoide, finalmente la madre que se limita a llevar el embarazo.⁵⁷

No hay que perder de vista que el embarazo constituye una relación profunda entre madre e hijo, él recibe de ella no sólo la alimentación y el oxígeno que lo mantienen vivo, sino que entre ambos se entretajan lazos afectivos estrechos.⁵⁸ Lo que se puede devaluar con la maternidad subrogada. Pero a pesar de ello, es una realidad que dicha práctica se encuentra presente y es un tema vigente a nivel internacional. No es un hecho aislado. Debido a todo lo que implica presenta también diversos cuestionamientos, complicaciones éticas y morales, por supuesto también jurídicas.

Es pertinente señalar que la maternidad subrogada en sentido genérico o la maternidad subrogada gestacional conlleva una serie de riesgos para la mujer gestante, debido a todos los procesos inmersos. Se debe informar de cada una de las posibles complicaciones que pueden generarse en razón de las TRA, directas o auxiliares, que se utilizan para lograr el embarazo.

⁵⁵ Garza Garza, Raúl, *Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles*, México, Trillas, 2000, p. 213.

⁵⁶ Baffone, Cristiana, *op. cit.*, pp. 442-470.

⁵⁷ Garza Garza, Raúl, *op. cit.*, p. 213.

⁵⁸ *Idem.*

En el ámbito médico ha sido demostrado que el empleo de TRA traen consigo cierto grado de peligro. Pero incluso sin la utilización de esas técnicas el embarazo puede poner en riesgo la salud de la mujer o presentarse la mortandad materna,⁵⁹ pues hay desgaste en el organismo y la salud femenina. En el uso de TRA se han reportado casos como el denominado embarazo de alto orden fetal,⁶⁰ síndrome de hiperestimulación ovárica (SHO),⁶¹ embarazo ectópico.⁶² Las complicaciones menos severas serían la tristeza materna⁶³ o el estrés.⁶⁴

⁵⁹ La muerte materna se define como la defunción de una mujer ocurrida durante el embarazo, parto o los 42 días siguientes a la terminación de la gestación, por causas relacionadas o agravadas por ésta. Cfr. Romero Pérez, Irma, "Muerte materna: Una revisión de la literatura sobre factores socioculturales", *Perinatología y Reproducción Humana*, México, Volumen 24, núm. 1, enero-marzo, 2010, pp. 42-50, <http://www.medigraphic.com/pdfs/inper/ip-2010/ip101f.pdf>.

La Organización Mundial de la Salud presentó en 2014 que la mortandad materna sigue siendo, lamentablemente, un hecho vigente. Reporta que cada día mueren unas 800 mujeres por causas prevenibles relacionadas con el embarazo y el parto. Un 99% de la mortalidad materna corresponde a los países en desarrollo. Es mayor en las zonas rurales y en las comunidades más pobres. En comparación con las mujeres de más edad, las jóvenes adolescentes corren mayor riesgo de complicaciones y muerte a consecuencia del embarazo. Cfr. <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>.

Las principales causas son la preeclampsia-eclampsia, hemorragias graves o infecciones tras el parto. Cfr. Hernández Peñafiel, José Alfonso, *et al.*, "Análisis de casos de muerte materna ocurridos en un periodo de 10 años", *Ginecología y Obstetricia de México*, Volumen 75, núm. 2, febrero, 2007, pp. 61-67, <http://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2007/gom072b.pdf>.

⁶⁰ Se trata de los comúnmente conocidos embarazos múltiples. Originado al uso de fármacos que inducen la ovulación múltiple. Implica que se presenten repercusiones obstétricas y perinatales e incluso la morbimortalidad materna y perinatal. Cfr. Gaona Arreola, Ranferi, *et al.*, "Embarazo de alto orden fetal", en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, pp. 346 y ss.

⁶¹ Es la complicación más frecuente de los tratamientos de inducción de la ovulación para reproducción asistida. La mayoría de los casos son leves o moderados; sin embargo, su potencial gravedad y letalidad obliga a los médicos al cuidado de los pacientes de tratamientos de reproducción. El crecimiento ovárico y la acumulación de líquido en la cavidad abdominal producen distensión, dolor abdominal y dificultad respiratoria debido a la limitación en la movilidad diafragmática. Cfr. Pellicer, Antonio y Mondion Mauricio, "Síndrome de hiperestimulación ovárica: De la ciencia básica a la práctica clínica basada en evidencia", en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, pp. 354 y ss, y Gaona Arreola, Ranferi, *et al.*, "Síndrome de hiperestimulación ovárica", *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, México, Volumen 2, núm. 3, enero-marzo, 2010, pp. 67-73. <http://www.medigraphic.com/pdfs/reproduccion/mr-2010/mr103a.pdf>.

⁶² Se presenta cuando el embarazo no se desarrolla en el útero. El embarazo ectópico abdominal ocurre al momento de que el saco gestacional generalmente se implanta en la pelvis o en áreas vasculares como el hígado o el bazo. Cfr. Mondragón Alcocér, Héctor Luis, *et al.*, "Embarazo ectópico abdominal primario", *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, Volumen 3, núm. 3, enero-marzo, 2011, pp. 133-137, <http://www.medigraphic.com/pdfs/reproduccion/mr-2011/mr113g.pdf>.

⁶³ Cfr. Arranz Lara, Lilia, *et al.*, "Estrés percibido en mujeres a quienes se realizarán tratamientos de reproducción asistida y sus parejas", *Revista de Especialidades Médico-Quirúrgicas*, Volumen 14, núm. 3, julio-septiembre, 2009, pp. 117-120, <http://www.medigraphic.com/pdfs/quirurgicas/rmq-2009/rmq093c.pdf>.

⁶⁴ Cfr. Romero Gutiérrez, Gustavo, *et al.*, "Prevalencia de tristeza materna y sus factores asociados", *Ginecología y Obstetricia de México*, Volumen 78, núm. 1, enero, 2010, pp. 53-57, <http://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2010/gom101i.pdf>.

1.4 La Familia

La familia es la agrupación y organización humana primaria, natural⁶⁵ e irreductible. Deriva de la necesidad del ser humano de vivir en sociedad, el hombre no puede subsistir solo, especialmente durante los primeros años de su vida cuando requiere de múltiples cuidados y atenciones, de ahí la necesidad de agruparse. De esta agrupación natural surge en forma espontánea la relación de pareja, enseguida la cohabitación, de manera instintiva la relación sexual, como consecuencia de ello, la procreación y la perpetuación de la especie.⁶⁶

En efecto es la célula básica de la sociedad. La unidad primigenia donde interactúa el individuo con otros seres humanos. Es un medio idóneo donde se proporciona protección, seguridad, afecto. Es donde el individuo comienza su desarrollo no solamente físico sino también mental. Es muy importante ya que de ella depende el destino de la persona, su felicidad y su capacidad de dar sentido a su existencia.⁶⁷

La familia es el núcleo central del sentido de pertenencia y valor de la persona. Es la institución humana, la primera y más elemental de todas, su necesidad e influencia en la vida del individuo es fundamental y determinante. En ella se transmiten los valores y tradiciones de la sociedad.⁶⁸ Es un grupo de personas directamente ligadas por nexos de parentesco, cuyos miembros adultos asumen la responsabilidad del cuidado de los hijos.⁶⁹

Tinajero de García expone que es el lugar ideal para nacer, crecer, reír, sufrir y morir como personas humanas. Se puede decir que es en la familia donde el ser

⁶⁵ Aunque hay autores que niegan que la familia sea un hecho natural, debido a que la consideran más bien como una manifestación cultural. Véase Diez Picazo, Luis, *Protección jurídica, familiar y Derecho*, Centro de estudios sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982, pp. 7 y 8.

⁶⁶ Saldaña Pérez, Jesús, "Evolución de las instituciones de lo familiar", en Sánchez Barroso, José Antonio (coord.), *Cien años de Derecho civil en México 1910-2010*, México, Colegio de profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2011, p. 101.

⁶⁷ Ortega Giménez, Alfonso, "Hacia un nuevo modelos de protección a la familia en la Unión Europea", en Ortega Giménez, Alfonso (Coord.), *Hacia la protección de la familia, perspectivas del Derecho de familia hoy: preguntas, respuestas y propuestas*, España, Civitas ediciones, 2012, pp. 51 y 52.

⁶⁸ Quintanilla Madero, María Beatriz, "Personalidad adictiva y autoestima en la familia", en Ramírez García, Hugo Saúl (coord.), *Familia, semántica de humanidad memorias de las II jornadas universitarias sobre la familia*, México, Porrúa – Universidad Panamericana, 2012, p. 66.

⁶⁹ Carbonell, Miguel, "Familia, Constitución y Derechos Fundamentales", en Álvarez de Lara, Rosa María (Coord), *Panorama internacional de Derecho de familia*, México, UNAM IJ, 2006, t. I, p. 82.

humano desarrollará todo su ciclo vital con el apoyo de sus padres, hermanos y demás parientes. Lo anterior se robustece con lo manifestado por Meade al referir que no sólo es el hábitat natural de la persona humana, donde nace, crece, desarrolla sino que también en donde muere con toda dignidad que se le ha otorgado.⁷⁰

Es el único lugar en donde uno es reconocido y querido como es, por quién es, independientemente de lo que se hace y dice, cómo lo hace, de sus habilidades y deficiencias, de su belleza exterior e interior, incluso, muchas veces, de su conducta moral.⁷¹

Ese vínculo afectivo comienza desde la gestación, ya que con el embarazo se crea la relación profunda entre madre e hijo. A su vez la interacción suscitada con la madre y el bebé es concebida como un proceso en el curso del cual la madre entra en comunicación con su bebé dirigiéndole ciertos “mensajes”, mientras que el hijo a su vez “responde” a su madre por medio de sus propias capacidades.⁷²

Los primeros lazos afectivos que se generan son con la madre, los cuales se fortalecen en los primeros días de nacido con la lactancia. Es de señalar que las interacciones tempranas madre-bebé se definen como el suelo progresivo y estructural a partir del cual se construye el psiquismo del bebé y se reafirma o modifica el de la madre.⁷³ Solís Pontón postula la existencia de efectos desastrosos sobre la salud física y mental del niño al haber carencia o inadecuación de los cuidados maternos, ya que no sólo necesita los cuidados físicos de alimentación e higiene, sino que también necesita el ser tocado, acariciado, mirado, amado en una relación estrecha y única con su madre.⁷⁴

La misma autora refiere que hay estudios en los cuales se precisa que el vínculo afectivo que surge del bebé y la madre radica en los primeros días de nacido, esto en virtud de que el niño, ayudado de sus sentidos, explora y reconoce a

⁷⁰ Meade Ruíz de Oloqui, María Cecilia, “La inteligencia familiar”, en Ramírez García, Hugo Saúl (coord.), *op. cit.*, p. 39.

⁷¹ Tinajero de García de Alba, Alejandra, “Familia-escuela: relación vital”, en Ramírez García, Hugo Saúl (coord.), *op. cit.*, p. 25.

⁷² Solís Pontón, Leticia, “Las interacciones tempranas madre-bebé y la educación de los padres”, en Solís Pontón, Leticia (Coord.), *La familia en la ciudad de México, presente, pasado y devenir*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1997, p. 147.

⁷³ *Ibidem*, p. 154.

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 147.

su madre. En este sentido se argumenta que, por ejemplo, a través del oído el bebé reconoce a la voz de su madre, o bien, gracias a su olfato. A partir del segundo día de nacido muestra sus capacidades olfativas y muestra preferencia por el olor del seno materno.⁷⁵

Para el infante que viene al mundo absolutamente incapaz de valerse por sí mismo, el amparo de una sociedad especialmente dotada para su cuidado y desarrollo es vital, esa sociedad es la familia. Es la primera realidad social a la que el hombre se asoma, la que le abre las puertas a las demás formas sociales de colaboración, participación y ayuda mutua.⁷⁶

La familia tiene diversas funciones y todas ellas son importantes para el adecuado crecimiento y desarrollo del niño. Tales funciones no pueden ser suplidas por otro tipo de “modelos” alternativos de familia, o por instituciones que intentan proveer al individuo del albergue y acogimiento en caso de que la familia falte.⁷⁷ Es por esto que la familia constituye una institución social de gran importancia en todas las sociedades.⁷⁸

Ahora bien, el concepto de familia se puede clasificar en sociológico y en jurídico. Respecto del primero, se debe de tomar en cuenta la capacidad del humano de socializar para satisfacer sus intereses u objetivos. Estaríamos en presencia del grupo primario, ya que precede a los demás en el tiempo, y de carácter personal. Los miembros de ese grupo se encuentran unidos por lazos parentales y de consanguinidad, con carácter temporal. Configura además un conjunto de intereses, roles, y funciones, a cada miembro familiar, estructurando un sistema de valores que define una sociedad en una etapa histórica determinada.⁷⁹

Mientras que el concepto jurídico se enfoca a una institución, que debido a su importancia en la sociedad, amerita la protección a través del cuerpo normativo para salvaguardar el desarrollo de cada uno de sus integrantes. López Álvarez afirma que

⁷⁵ Cfr. *Idem*.

⁷⁶ Grande Aranda, Juan Ignacio y Herrera Molina, Miguel Ángel, “El contexto socio-jurídico estatal de la familia”, en Ortega Giménez, Alfonso (Coord.), *op. cit.*, 2012, p. 21.

⁷⁷ Quintanilla Madero, María Beatriz, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁸ Salles, Vania y Turán, Rodolfo, “Mitos y creencias sobre la vida familiar”, en Solís Pontón, Leticia (Coord.), *op. cit.*, p. 61.

⁷⁹ López Álvarez, Antonio, “Familia y adopción nacional e internacional”, en Ortega Giménez, Alfonso (Coord.), *op. cit.*, pp. 101 y 102.

desde la perspectiva jurídica se estructura con base en la sujeción, convivencia, parentesco y filiación.

El derecho organiza y estructura al grupo familiar a través de normas de carácter imperativo e irrenunciables con las cuales protege los intereses de los integrantes del grupo.⁸⁰

No obstante, desde cualquier punto de vista que se conceptualice es importante resaltar que es una institución originaria en la naturaleza humana que contribuye al desarrollo personal, social y moral de los individuos.⁸¹

La familia como la organización más importante de la sociedad, siempre se ha encontrado en una transformación constante, generada por la dinámica de las costumbres y los avances científicos.⁸² Los modelos familiares de la actualidad son muy diferentes a los de las civilizaciones antiguas. Aquél que pondere en una región dependerá de las costumbres y tradiciones que imperen en esos territorios.⁸³ La cultura y la religión han sido participes, en gran medida, para conformar a la familia, en las culturas occidentales se visualizaba al matrimonio como una institución fundamental para la constitución de la familia.

La corriente general indica que aún en los estadios primitivos, la familia existió. Con variantes en su estructura, con diferencias serias causadas por el contexto social y cultural de cada época.⁸⁴ Antes la familia extensa era modelo común, pero fue reemplazado por el de la familiar nuclear. Hoy comparte protagonismo con la más pequeña “dispersa y fragmentada” familia monoparental.⁸⁵

⁸⁰ Brena Sesma, Ingrid, “La gestación subrogada...”, *cit.*, p. 149.

⁸¹ López Álvarez, Antonio, *op. cit.*, pp. 101 y 102.

⁸² Saldaña Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 101.

⁸³ A guisa de ejemplificar, Gonzáles Gamio hace un análisis de cómo ha evolucionado la familia en México. Presenta rasgos que la caracterizaban en diversos contextos históricos, iniciando en la época prehispánica con la familia mexicana, en donde sus particularidades variaban de acuerdo al tracto social al que se perteneciera, así entre los macehuales la familia era monogamia, mientras que las familias nobles se diferenciaban por ser poligámicas. Posteriormente, en la época colonial, se consolida el esquema monogámico y se fortalece con la incorporación de la iglesia. Finaliza con la referencia de lo que sucede en el México contemporáneo, donde se presentan nuevos paradigmas surgidos del urbanismo y ciertas complejidades que se presentan en la vida rural. Cfr. Gonzáles Gamio, María de los Ángeles, “Aspectos históricos de la familia en la ciudad de México” en Solís Pontón, Leticia (Coord.), *La familia en la ciudad de México, presente, pasado y devenir*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1997, p. 33 y ss.

⁸⁴ Zavala Pérez, Diego H., *Derecho familiar*, 3ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 5.

⁸⁵ Sánchez Martínez, Olga, *op. cit.*, p. 53.

Ante la globalización, los medios de comunicación han sido pieza clave para la interacción con otros humanos. Podemos percatarnos de lo que ocurre en otros lugares en tiempo real aunque nos encontremos en las antípodas. Eso también ha propiciado que los modelos familiares se modifiquen de manera acelerada. Los avances tecnológicos e internacionalización de estos han ayudado a que se muestren modelos familiares que quizá antes eran inimaginables.

Por una parte, algunos descubrimientos científicos que en esta época son muy comunes, como los métodos anticonceptivos y en particular la píldora anticonceptiva, han tenido gran repercusión en la dinámica de las costumbres, porque le han permitido a la mujer decidir sobre la maternidad, retrasarla, espaciar a sus hijos, y desde luego realizar actividades fuera del hogar.⁸⁶ Mientras que por otro lado, esos mismos avances se han enfocado al desarrollo de la medicina reproductiva, lo que implica que hay parejas que constituyen una familia de formas distintas a la convencional.

Actualmente una familia la pueden conformar los cónyuges, ya sean del mismo o de diferente sexo, las concubinas y los concubinos, los parientes por consanguinidad en línea recta, los parientes afines, el adoptante y el adoptado, equiparados a los padres y los hijos, las parejas del mismo o de diferente sexo que constituyan una sociedad de convivencia y aquellas personas nacidas mediante la práctica de alguna técnica de reproducción asistida, respecto de quienes hayan procurado o consentido con dicha técnica para atribuirse el carácter de progenitores.⁸⁷

De la misma manera el aumento de los divorcios, la disminución de la tasa de natalidad en los países más desarrollados, el crecimiento de las familias monoparentales, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, etc., han sido fenómenos que han contribuido al cambio de las pautas organizativas del núcleo familiar.⁸⁸

Se establece que las modificaciones profundas a la estructura familiar se darán a través de la introducción de familias extendidas, de familias alternativas, de

⁸⁶ Saldaña Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 103.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 104-105.

⁸⁸ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 82.

arreglos para los que se ha divorciado, vuelto a casar, vuelto a divorciar y así por el estilo; ya abundan las familias que implican la convivencia estable sin matrimonio (con o sin hijos), las familias monoparentales, las familias integradas por personas del mismo sexo, familias que viven en varios hogares o incluso en varias ciudades. La familia tradicional (hombre y mujer casados, viviendo en la misma casa con sus descendientes inmediatos) acabará perdiendo el monopolio de las formas de organización familiar, dando lugar a esas nuevas formas.⁸⁹

Al respecto es conveniente presentar lo expuesto por Alberto Romeu, en relación a los nuevos modelos familiares de nuestra época.⁹⁰

Tocante a la familia monoparental,⁹¹ está constituida individualmente por una mujer o un varón, heterosexual u homosexual, con sus hijos.

Mientras que las familias biparentales, son integradas por una pareja heterosexual u homosexual, con sus hijos, estos pueden ser propios o adoptados.

Por otra parte, también se encuentran la familia homoparental femenina y masculina. La primera consiste en que una mujer, homosexual o no, sin pareja puede inseminarse con el gameto de un donante, recurrir a la FIV o adoptar. La segunda ocurre cuando un hombre, heterosexual o no, sin pareja puede adoptar o recurrir a la maternidad subrogada en los Estados en que es legalmente posible.

La familia biparental masculina, se da cuando una pareja de hombres homosexuales pueden adoptar o recurrir a la reproducción asistida en los estados en que es legalmente posible. En similares condiciones se encuentra la biparental femenina.

En los nuevos modelos familiares se tiende la desaparición de la división de roles, asignados en la familia tradicional a los sexos.⁹² Gilles Lipovetsky, señala que estamos ante, lo que llama, familia hipermoderna.⁹³ En ella se construye y

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ Romeu, Alberto, *et al.*, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

⁹¹ Es importante señalar que este tipo de familia siempre ha existido debido al fallecimiento de algunos de los padres; no obstante, en la actualidad este modelo está aumentando por los divorcios o separaciones de las parejas.

⁹² Sánchez Martínez, Olga, *op. cit.*, p. 33.

⁹³ El mismo autor refiere que la familia moderna se constituyó aproximadamente en el siglo XIX y concluyó a mediados del siglo XX. Indica que era moderna: Primero, porque desde el siglo XIX se reconoció el amor como un fundamento legítimo para el matrimonio. Se trataba de algo nuevo en la historia de la humanidad: jamás había sido el amor; el fundamento del matrimonio y afirmarlo implica

reconstruye libremente; ya no se respeta la familia en sí, sino la familiarización psicológica en las personas.⁹⁴

Abriendo paso a lo que denomina la revolución individualista, presente también en la familia. Un ejemplo es que la gente contrae matrimonio en menor medida y se divorcia cada vez más. Las familias numerosas están en caída libre. En todas partes, la fecundidad baja, es un fenómeno mundial no privativo de las sociedades occidentales. Las mujeres tienen un mejor control de su fecundidad. Los nacimientos fuera del matrimonio aumentarán. Antes, las mujeres eran las víctimas de este fenómeno, ahora las parejas primero tienen hijos y después se casan.⁹⁵

La mayoría de las personas declara que la familia es un espacio de satisfacción, por tanto, estamos lejos de la época moderna en donde se describía a la familia como autoritaria, limitante. La revolución individualista ha transformado el sentido de la familia que aparece como un sitio de felicidad, y cuando esa felicidad no llega, es motivo más que suficiente para que los individuos busquen separarse.⁹⁶

Un problema, primordial y alarmante que presenta la familia, actualmente, consiste en la pérdida de los valores que la caracterizan al ser el núcleo primario donde se desarrolla el individuo. Explica Saldaña Pérez que al interior de la familia ha cambiado el concepto de éxito y de realización personal, ahora esos conceptos son impuestos por la mercadotecnia, por lo que se llega a decir que se es más exitoso quien más consume. Así la realización personal parece consistir en tener el mayor poder adquisitivo, quedando atrás valores tradicionales considerados como incuestionables.⁹⁷

Ese debilitamiento también se refleja con acontecimientos que cada vez son más comunes, por ejemplo, los divorcios se multiplican. Pareciera que la integración

también el reconocimiento de la elección y libertad personales, es en este sentido que la familia se vuelve moderna al reconocer la libertad individual. La segunda razón es que la familia se centra en el hijo y en su porvenir, lo que focaliza la atención de los padres a la salud y educación del niño. Finalmente, el tercer motivo es que las tareas propiamente femeninas, sus labores, atender la casa y a los niños, ya se reconocen. Cfr. Lipovetsky, Gilles, "La familia y los nuevos roles de la mujer", en Ramírez García, Hugo Saúl (Coord), *op. cit.*, pp. 3 y ss.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 4.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁹⁷ Saldaña Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 103.

del núcleo familiar es endeble, probablemente se deba al individualismo referido en líneas anteriores.

Lo cierto es, sea cual fuere el origen, que los problemas de las familias desestructuradas repercuten negativamente en la vida social y económica, además del desgaste y sufrimiento personal que trae consigo el vivir en una familia en donde no se satisfacen las mínimas necesidades de sus miembros porque los padres no pueden o no saben cómo asumir sus responsabilidades.⁹⁸

Cuando una familia funciona de un modo adecuado y es capaz de proveer a sus miembros con los cuidados materiales y psicológicos que necesitan se habla de una familia funcional. Cuando las necesidades no son cubiertas o lo son de modo deficiente, se habla de una familia medianamente disfuncional o gravemente disfuncional según el grado en que las diversas necesidades no son cubiertas o estén alteradas.⁹⁹

La familia es una institución que debe ser mirada con respeto al ser un semillero de las metas sociales y personales a las que se desea llegar. Dependiendo del trato que se le dé a cada uno de los miembros de una familia es que estamos formando a las nuevas familias que se generarán en el futuro.¹⁰⁰

2. Necesidad de acudir a la maternidad subrogada

2.1 Antecedentes

Aunque pareciera que la maternidad subrogada es una práctica reciente, no lo es tanto. Se han documentado eventos que datan de la década de los ochenta. No son hechos aislados sino han ido en ascenso. Los avances científicos y tecnológicos, así como la globalización, han contribuido a que estemos ante ese tipo de procedimientos.

Desde sus primeras apariciones, en diversos países, se generaron grandes conflictos éticos y jurídicos. Se han desarrollado debates sobre su aprobación, restricción o prohibición. Antes de adentrarnos a las implicaciones que trae consigo, debemos resaltar algunos casos para entender lo que implica.

⁹⁸ Carreras Lomelí, María Teresa, "Cómo realizar un proyecto de vida familiar ante la realidad actual", en Ramírez García, Hugo Saúl (coord.), *op. cit.*, p. 17.

⁹⁹ Quintanilla Madero, María Beatriz, *op. cit.*, p. 67.

¹⁰⁰ Ibarra Soto, Diana Erika, "Cada persona como un fin: la familia dentro del marco de la teoría de las capacidades", en Ramírez García, Hugo Saúl (coord.), *op. cit.*, pp. 189-190.

En 1975 se dio a conocer en un diario de California, Estados Unidos, un anuncio solicitando a una mujer para ser fecundada con el semen de un hombre casado recibiendo como contraprestación un pago en dinero.¹⁰¹ Este comunicado es el primer antecedente la maternidad subrogada en su sentido genérico.

En 1983, en ese mismo Estado, se difundió el primer caso de maternidad subrogada. Desde entonces aumentó el número de hechos conocidos. Los padres biológicos llegaron a pagar a la madre subrogada hasta 10,000 dólares, además tuvieron que incluir el costo de los gastos que ascendían entre 25,000 y 30,000 dólares.

Se hace referencia al caso *Sherry King*, una mujer de treinta y cinco años, aceptó ser fecundada con el semen de su cuñado, porque su hermana se había sometido a una histerectomía. Pero en un intento hubo un aborto espontáneo y fue en el segundo que sí se llevó a cabo la gestación y parto.

El 10 de enero de 1983 nació un niño microcéfalo en la localidad de *Lansing*, Estado de *Michigan*, que había sido gestado por una madre portadora, *Judy Stiver*, tras un normal embarazo después de haber sido artificialmente fecundada. El niño fue rechazado por su madre biológica y por la pareja contratante. *Judy* alegó que el bebé pertenecía a un tal *Alexander Malahoff*.

Realizadas las correspondientes pruebas se determinó que la paternidad correspondía al esposo de *Judy*, aceptando a la criatura, porque biológicamente pertenecía a ellos.¹⁰²

En 1984 acontece el caso denominado *Donna Regan*, casada y con un hijo, prestó su útero a un matrimonio californiano. Con la retribución recibida adquirió un automóvil nuevo. Un año después se puso en contacto con otra pareja de *Michigan*, manifestando que el dinero lo destinaría para cubrir sus deudas acumuladas por el paro laboral de su esposo.¹⁰³

El caso que es analizado por casi toda la literatura respecto la maternidad subrogada es el denominado como *Baby M.*, debido a que es un antecedente

¹⁰¹ Chiapero, Silvana María, *Maternidad subrogada*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. XIII. (Prologo Juan C. Palmero).

¹⁰² Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel y Massigoge Benegiu, Juan Miguel, *op. cit.*, p. 27.

¹⁰³ Gafo, Javier, *op. cit.*, p. 90.

jurídico donde la madre subrogada se negó a entregar al bebé pese haber celebrado un contrato. La pareja *Stern* suscribió un acuerdo con *Mary Beth* para que fuera inseminada con el esperma del sr. *Bill Stern*. El monto del acuerdo fue de 10,000 dólares. Cuando nació la niña y hubo negativa de entregarla al matrimonio solicitante, ésta demandó el incumplimiento del contrato y se resolvió que ellos deberían tener la custodia de la bebé, declarando la validez del mismo; no obstante, *Mary Beth* apeló la resolución y fue la Corte Suprema de *New Jersey* que revocó el fallo y decretó sin validez cualquier tipo de acuerdo de maternidad pero decidió que los *Stern* continuaran con la custodia.¹⁰⁴

En 1994 un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se les había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido *in vitro* producto del óvulo de una donante y del esperma del marido contratante. Cabe acotar que la legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y, por ello, el esperma debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80,000 dólares.¹⁰⁵

Otro acontecimiento que causó furor, suscitado también en los Estados Unidos, es el de *Arlette Schweitzer*, quien se convirtió en madre y abuela, se dice que fue la primera mujer en ocupar ambos roles al mismo tiempo debido a que se le implantó el óvulo fecundado entre su hija y su yerno.¹⁰⁶

Otro evento que indica el autor, muy similar al anterior, es el acontecido en la localidad de *Búfalo, Nueva York*, ocurrido el 28 de noviembre de 1992, donde una mujer de 53 años, postmenopáusica, dio a luz a un niño quien es su propio nieto. La abuela-madre se tuvo que someter a cuatro implantaciones de óvulos de su nuera, de treinta y tres años, que fueron fertilizados en un laboratorio con esperma de su hijo. Tres semanas antes de cumplir los nueve meses de gestación y mediante cesárea se logró el nacimiento del niño en perfecto estado de salud. Todo ocurrió

¹⁰⁴ Mendoza Cárdenas, Héctor A., *Reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, UANL-Fontarama, 2011, p. 163.

¹⁰⁵ Cano, María Eleonora, *op. cit.*

¹⁰⁶ Cfr. Kolata, Gina, "When Grandmother Is the Mother, Until Birth", *The New York Times*, 1991, <http://www.nytimes.com/1991/08/05/us/when-grandmother-is-the-mother-until-birth.html>.

porque la pareja había decidido años atrás someterse a una esterilización a través de una histerectomía.¹⁰⁷

Por otra parte, también en ese país, *Helen Beasley*, británica de veintiséis años, acordó con una pareja americana llevar a cabo una gestación, tras haberle implantado un óvulo fecundado con el esperma del varón de la pareja, con la finalidad de ceder a ésta todos los derechos sobre el niño nacido de esta técnica.

La pareja estadounidense acordó pagarle 19,000 dólares. En el contrato incorporaron una cláusula que estipulaba la realización de una reducción selectiva en caso de producirse un embarazo múltiple. La británica quedó embarazada de gemelos. Se lo comunicó a la pareja y le solicitó que se deshiciera de uno de los fetos al final de la decimotercera semana. Ella se negó alegando que peligraba su vida y la de los niños. La pareja, entonces, amenazó con no cumplir con sus obligaciones financieras. Finalmente, dio a luz a los niños y decidió no entregarlos a la pareja estadounidense. Los Tribunales californianos otorgan la custodia a la pareja comitente. El Tribunal Supremo inglés concluyó que el matrimonio tenía la custodia según las leyes californianas, pero la gestante tiene responsabilidad legal bajo las leyes inglesas, puesto que éstas prohíben la gestación de sustitución.¹⁰⁸

En Gran Bretaña, la señora *Kim Cotton*, de veintiocho años, casada y con dos hijos de ocho y cinco años, con la ayuda de una asociación fue inseminada con el esperma del esposo de una mujer estéril, comprometiéndose a entregar al niño al nacer a cambio de un precio en dinero que la madre gestante invocaba necesitar para hacer las reparaciones necesarias en la vivienda familiar que compartía con su marido y sus hijos.

La señora *Cotton* se había comprometido en el convenio a no mantener relaciones sexuales dos semanas antes de la inseminación artificial y a no reanudarlas hasta la confirmación del embarazo por un ginecólogo, así como

¹⁰⁷ Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel y Massigoge Benegiu, Juan Miguel, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁸ Souto Galván, Beatriz, "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva época, núm. 1/2005, pp. 275-292, <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0505110275A/13816>.

abstenerse de fumar y beber alcohol, suscribiendo asimismo una cláusula penal para el supuesto de que se negara a entregar al niño.¹⁰⁹

Las notas periodísticas inglesas dieron motivo a que la prensa mundial empezara a revelar que las madres portadoras ya no eran aquellas mujeres altruistas (madre o hermana de mujer estéril) con el único propósito de ayudar a parejas cercanas y afectadas por la esterilidad, sino que se trataba de mujeres jóvenes encaminadas a prestar su cuerpo a cambio de una suma suficiente para superar necesidades de distinta índole.¹¹⁰

En 1983 se tuvo conocimiento de que en *Aberchider*, una pequeña villa escocesa, *Mary Stewart* trajo al mundo a un niño para el matrimonio *Dod*, previo a serle implantado el embrión de la pareja, de manera absolutamente gratuita.¹¹¹

En 1984, dos inglesas declararon que se hallaban embarazadas por encargo de matrimonios estadounidenses, mediante inseminación con espermatozoides de los respectivos maridos, informando incluso el monto de la operación, gastos médicos, hospital y compromiso, de los matrimonios para adoptar a las criaturas aunque nacieran con defectos físicos o psicológicos.¹¹²

Algunos de los casos publicados en los diarios franceses fueron el de las gemelas *Cristine* y *Magali*, de la *Grande Motte*, de la localidad del *Herault*. *Cristine* fue inseminada artificialmente a sus 31 años con espermatozoides de su cuñado y dio a luz un niño en 1983. Manifestó haber aceptado el embarazo y parto por el profundo amor que sentía por su hermana.¹¹³

Otro es el suscitado en una clínica de *Montpellier*, en 1985, donde *Patricia Lavisse* de 22 años, fue inseminada artificialmente con semen del marido de pareja que la contrató, dio a luz a una niña. La señora *Lavisse* recibió 50,000 francos, además de otros valiosos regalos. Entregó a la niña sin ningún tipo de resistencia al matrimonio que la había contratado.¹¹⁴

¹⁰⁹ Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel y Massigoge Benegiu, Juan Miguel, *op. cit.*, pp. 34 y 35.

¹¹⁰ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 48.

¹¹² *Ibidem*, p. 49.

¹¹³ Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel y Massigoge Benegiu, Juan Miguel, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁴ *Idem*.

En Francia el fenómeno de las madres portadoras tuvo su inicio 1982, en gran medida debido a la ayuda del médico *Sacha Geller*, director del Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción (CEFER), primera asociación destinada a poner en contacto matrimonios y parejas estériles con futuras madres portadoras. La asociación determinaría la creación de otras dos: *Sainte Sara* y *Alma Mater*, además de *Les Cigognes*, que desaparecería pronto. Consecuencia de tal actividad sería la producción en 1987 de más de cien nacimientos mediante tales técnicas.¹¹⁵

Sin embargo, en diciembre de 1989 la Ministra de Sanidad, *Michelle Barzac* solicitó al Ministerio de Justicia la declaración de ilegalidad de las asociaciones mediante las que se realiza la técnica de las madres portadoras y se ordenara su disolución por estimar ilícita tal actividad de mediación.¹¹⁶

En Italia una mujer dio a luz a su hermano, el suceso aconteció en Roma e incluso fue expuesto un programa televisivo. Madre de tres hijos y separada de su marido, a sus cuarenta y ocho años, con su nueva pareja deseaba tener otro hijo, pero por motivos de salud no podía embarazarse; no obstante, el ginecólogo *Severino Antinori*, implantó el óvulo fecundado artificialmente a la joven hija, que tras la normal gestación dio a luz a su propio hermano.

Ante el ataque de otros médicos sobre la inadmisibilidad del procedimiento realizado, poniendo de relieve el impacto psicológico que podría sufrir el niño fruto de tal actuación. *Antinori*¹¹⁷ contestó que: “Fue un acto de gran valor moral, y hay que decirlo claramente a estos santones que nos acusan de ser un irresponsable. Ellos son los irresponsables, así como todos que se empeñan en esconder la

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 35.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 55.

¹¹⁷ Es sin duda un personaje inmerso en la polémica, fuertemente criticado por sus ideales en los que pareciera que el ser humano es un mero instrumento. Justifica su pensamiento al decir que la cultura occidental ha impuesto barreras al crecimiento biotecnológico. Entre sus investigaciones se encuentra la clonación humana para curar la esterilidad. Anunció en 2001 que pretendía clonar embriones. Cfr. Galán, L., “Antinori show”, *El País*, España, 9 de mayo de 2002, http://elpais.com/diario/2002/05/09/sociedad/1020895207_850215.html; Piquer, I., “La comunidad científica rechaza los dos proyectos de clonación humana”, *El País*, España, 8 de agosto de 2001, http://elpais.com/diario/2001/08/08/sociedad/997221601_850215.html; “Ciencia sin conciencia”, *El País*, 9 de agosto de 2001, http://elpais.com/diario/2001/08/09/opinion/997308004_850215.html; *Profile: Dr. Severino Antinori*, BBC News, 7 agosto de 2001, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/sci/tech/1477698.stm>.

cabeza en la arena, como los avestruces, para no darse cuenta de los nuevos problemas en el ámbito de biotecnologías”.¹¹⁸

Al haberse internacionalizado esta práctica es posible encontrarse con acontecimientos ocurridos en algunos países de otros continentes. En Sudáfrica, por ejemplo, *Pat Anthony*, de cuarenta y ocho años, dio a luz en 1987 a unos trillizos en la clínica *Park Lane* de *Joannesburgo*. Ella aceptó que se le implantaran los óvulos de su hija, fertilizados en el laboratorio, convirtiéndose en madre de sus propios nietos.¹¹⁹

Mientras que en Australia un caso emblemático es el acaecido en Victoria, donde la madre gestante se negó a entregar el bebé a la pareja que lo había solicitado, argumentando que: “Al principio es fácil ver las cosas de un modo irreal, cuando no existe el bebé es fácil ser irrealista”.¹²⁰

A través de este breve recorrido se puede apreciar que son diversas las modalidades de esta práctica, así como diversos problemas éticos y jurídicos que conlleva. Hay quienes la ven como buen negocio, pero también hay quienes la toman como una oportunidad para apoyar a un familiar o un amigo.

Por otra parte la mayoría de los autores se enfocan en la negativa de la entrega del bebé una vez nacido. Algunos se preguntan, ¿qué pasa si durante el embarazo mueren los miembros de la pareja que solicitó la maternidad subrogada, ya sea en su sentido genérico o gestacional?, o ¿si quien falleciera fuera la madre gestante? También, si el embarazo pone en riesgo la vida de la mujer, ¿Quién debe decidir sobre un posible aborto?

Muchas son las cuestiones que se visualizan, las cuales surgieron en la década de los ochenta y aún en la actualidad siguen vigentes.

2.2 Infertilidad

Vivir para siempre ha sido un anhelo de los humanos, una aspiración muy grande entre los hombres pero no hay hecho más cierto que la muerte. Entonces ¿cómo superar esa paradoja? Hay quienes dedican toda su vida en acciones

¹¹⁸ Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel y Massigoge Benegiu, Juan Miguel, *op. cit.*, 1994, pp. 37 y 38.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 36.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 37.

capaces de perpetuarse en el tiempo. Otros ven en la procreación, en su descendencia, la posibilidad de ser recordados y perdurar en la eternidad.

Soto la Madrid detalla que todo ser humano lleva en esencia el afán de trascender, de marcar su paso por el mundo, de vencer de alguna manera a la muerte. Esto se logra íntegramente a través de los hijos. Por eso la procreación humana no constituye un simple acto de reproducción instintiva, como ocurre en los animales, sino la confirmación de nuestra trascendencia, de que podemos crear vida y, a través de ella, prolongar la nuestra.¹²¹

No obstante, cabe la posibilidad de no conseguir esa aspiración por más fuerte que sea el deseo. La infertilidad y la esterilidad pueden interponerse en ese anhelo por lo que debemos tener una noción de qué son esos conceptos, los cuales muchos invocan para justificar el empleo de biotecnológicas o incluso de la maternidad subrogada para superarlas.

En principio se debe tener en cuenta la inexistencia de un consenso respecto a la definición de infertilidad y esterilidad. En la mayoría de la literatura y en el uso cotidiano se emplean como sinónimos debido a que en ambos, su característica esencial, se presenta la imposibilidad para concebir, pero no son lo mismo.

La infertilidad se identifica como la incapacidad de todo ser humano para concebir; sin embargo, no es una situación definitiva, lo que implica que es susceptible de corrección.¹²² También se le define como la imposibilidad de llevar a término el producto concebido.¹²³

De esta manera se entiende que la pareja infértil es aquélla que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se puede lograr un producto vivo.¹²⁴ Por ello, al referirnos a la infertilidad es necesario tener presente que tanto hombre como mujer sí generan gametos con la salvedad de que no es posible llevar a término el embarazo. Son muchos los factores que pueden afectar la fertilidad de los individuos.

¹²¹ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 11.

¹²² Garza Garza, Raúl, *op. cit.*, p. 190.

¹²³ Rodríguez López, Diana, *op. cit.*

¹²⁴ *Idem.*

La infertilidad no se trata de una condición exclusiva de las mujeres sino también de los varones.¹²⁵ Tradicionalmente se ha atribuido a la mujer la mayor parte de la responsabilidad en la falla reproductiva propiciando un estudio más profundo cuando se investigan los factores que impiden el embarazo, a diferencia de lo que ha ocurrido con el hombre cuyo estudio se restringe a veces a un análisis seminal.¹²⁶

Es posible hablar de infertilidad femenina y masculina. La primera se entiende como la patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal, consiste en la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos una vez que han sido logrados. Mientras que la segunda se refiere a la condición propia del varón en la que a pesar de generar espermatozoides no puede lograr la fecundación.

Los factores que la originan son: 1) orgánicos, e 2) idiopáticos. A su vez, los primeros pueden subdividirse en I. Endocrinos, II. Anatómicos, III. Toxico-infecciosos y IV. Ambientales.

1) Orgánicos.

I. Factores endocrinos. Dentro de estos se encuentran: a) Edad, b) Factores neuro-hormonales, c) Obesidad, d) Ováricos y Testiculares, e) Diabetes.

a) La edad es un factor de consideración pues con el paso del tiempo cualquier organismo se ve afectado en detrimento de sus condiciones fisiológicas.¹²⁷ La fertilidad no es excepción. La evidencia de los cambios relacionados con la edad en la función endocrina y sus consecuencias clínicas se caracterizan por una progresiva

¹²⁵ La incapacidad para concebir espontáneamente ha sido un estigma social que perduró a través de los siglos en la sociedad. La infertilidad era percibida como una amenaza para la especie humana en unos casos, y como un castigo divino en otros. Este estigma ha recaído fundamentalmente en la mujer. Afortunadamente, ese pensamiento comenzó a revertirse progresivamente con el paso del tiempo al ir avanzando el conocimiento científico sobre el cuerpo humano. Baccino, Giuliana, *op. cit.*, p. 55.

¹²⁶ Juárez Bengoa, Armando, "Manejo médico del varón infértil" en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, p. 387.

¹²⁷ Con el transcurso del tiempo el organismo va sufriendo un deterioro ineluctable de sus funciones, esto recibe el nombre de envejecimiento. El ovario cesa su actividad cuando se agota su unidad funcional, que son los folículos, evento conocido como menopausia; a diferencia de éste, el testículo presenta su accionar toda la vida, con un deterioro progresivo sin fenecer sus funciones. Cfr. Cervera Aguilar, Roberto, "Fisiología testicular a lo largo de la vida" en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, p. 380.

pérdida de células coordinadas y función del tejido, que hace al organismo progresivamente menos apto para reproducirse y sobrevivir.¹²⁸

En la mujer la tendencia de retrasar el primer embarazo influye en su fertilidad. Los factores biológicos inherentes a la edad disminuyen su capacidad de concebir.¹²⁹ Respecto a cómo la edad repercute en la fertilidad del varón, existe controversia sobre su afectación ya que se dice que sí puede existir una disminución en la capacidad para embarazar a la mujer.¹³⁰

Hay que enfatizar que el retraso del embarazo es más marcado en las sociedades desarrolladas. Este acontecimiento se le ha relacionado con el mayor y mejor uso de métodos anticonceptivos. También se dice que es posiblemente el acceso de la mujer a la vida laboral lo que más ha retrasado la consecución de una primera gestación.¹³¹

b) Neuro-hormonales. La reproducción está regulada por un delicado mecanismo neuro-hormonal que debe estar sincronizado, el cual se inicia con cambios bioquímicos en varias partes del cuerpo.¹³² Por ello, ante patologías que afecten el correcto funcionamiento del cerebro o existan anomalías en la generación de hormonas se puede ocasionar la infertilidad. Por ejemplo, la disfunción eréctil puede ser de origen neurológico debido a que la erección es un evento neurovascular, cualquier enfermedad o disfunción que afecte el cerebro, el cordón espinal o los nervios cavernosos pueden ocasionarla.¹³³

¹²⁸ Gaona Arreola, Ranferi, *et al.*, *Endocrinología...*, *cit.*, p. XV.

¹²⁹ Mientras las mujeres tienden a evitar el embarazo en los años más jóvenes, se encontrarán frente a una capacidad disminuida de concebir en el momento que lo desean. La literatura médica establece que mientras más joven la mujer será más fértil ya que su capacidad folicular disminuye a mayor edad. Incluso se dice que antes de los treinta años existe una probabilidad mayor de embarazo, pero su fecundidad va en descenso a partir de los 35 años y de forma significativa a los 40 años. Cfr. Hernández Valencia, Marcelino y Hernández Quijano, Tomás, "Anovulación por falla hipotálamo-hipófisis", en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, p. 28.

¹³⁰ Cfr. Carballo Mondragón, Esperanza, *et al.*, "El valor de la edad paterna en los resultados de inseminación intrauterina", *Ginecología y Obstetricia de México*, México, Volumen 81, núm. 6, junio 2013, pp. 329-333, <http://www.medigraphic.com/pdfs/ginobs/mex/gom-2013/gom136f.pdf>.

¹³¹ Requena Miranda, Antonio y Ruiz Flores, Francisco Javier, "Estimulación ovárica controlada: baja respondedora" en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, p. 278.

¹³² Hernández Valencia, Marcelino y Hernández Quijano, Tomás, *op. cit.*, p. 17.

¹³³ Juárez Bengoa, Armando, *op. cit.*, p. 392.

c) Obesidad. Tiene repercusiones en la reproducción tanto en la mujer como en el varón. Genera alteraciones en la ovulación y disminución en la concentración espermática y anomalías del espermatozoide.¹³⁴

Los últimos años se han marcado por un aumento en la prevalencia de la obesidad en los países desarrollados debido a diversos cambios en el estilo de vida. Predomina el aumento en la ingesta calórica, la reducción del ejercicio y sedentarismo, también se puede deber a la predisposición genética.¹³⁵

Cualquiera que sea su origen, se ha documentado que las mujeres con obesidad tardan más tiempo en quedar embarazadas de forma espontánea debido a la anovulación que se origina. En relación a los varones obesos se han hecho diversos estudios en poblaciones de jóvenes fértiles y se ha asociado con una reducción significativa en algunos parámetros espermáticos, incluyendo la concentración espermática y el recuento total de espermatozoides, así como una tendencia a presentar una peor morfología. Igualmente se ha descrito una reducción de la motilidad seminal.¹³⁶

d) Ováricos y testiculares. En infertilidad podemos definir al factor endocrino-ovárico como el conjunto de alteraciones en las funciones glandulares y/u hormonales que impactan negativamente los procesos ováricos de foliculogénesis y ovulación.

Los principales cuadros patológicos endocrinológicos causantes de infertilidad son: anovulación por síndrome de ovario poliquístico, hiperprolactinemia, enfermedad tiroidea, falla ovárica precoz.¹³⁷

Por otro lado, los testículos poseen dos funciones medulares: la primera, endocrina u hormonal, siendo la principal hormona producida la testosterona; y la segunda la germinal, significando la división y maduración del epitelio germinal, desde su célula más primitiva llamada espermatogonia hasta su fase final que es el

¹³⁴ Hernández Gurrola, Laura, *et al.*, "Estudio de la pareja infértil", en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, p. 105.

¹³⁵ Bellver Pradas, José y Ferrando Serrano, Marcos, "Repercusiones reproductivas de la obesidad", en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, p. 90.

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 92-94.

¹³⁷ Orta García, Alfonso, "Factor endocrino-ovárico" en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, p. 149.

espermatozoide.¹³⁸ Por ende, las anomalías durante la espermatogénesis pueden ocasionar irregularidades espermáticas de tal suerte que originan alteraciones seminales como la astenozoospermia, teratozoospermia y oligozoospermia.

II. Factores anatómicos. En ellos están: a) uterinos, b) endometriales, c) tuboperitoneal y d) factor masculino.

a) Uterinos. El útero es un órgano muscular impar, con forma de pera de 7 a 8 cm. de longitud localizado en el centro de la pelvis femenina, entre la vejiga y el recto, está constituido por 3 capas: interna o mucosa (endometrio), media o muscular (miometrio), y externa o serosa (perimetrio). El útero consta de un fondo, cuerpo y cuello. Es importante tomar en cuenta que buena parte de las alteraciones uterinas tienen que ver con deformaciones que afectan la anatomía y la fisiología por lo que también buena parte de éstas son susceptibles de corregirse quirúrgicamente.¹³⁹ Algunas afecciones de este órgano son:

1. Miomatosis uterina. Son tumores sólidos de músculo liso más comunes en mujeres en edad reproductiva.¹⁴⁰ Puede causar dolor pélvico, sangrado uterino anormal.¹⁴¹

2. La adenomiosis. Es la presencia de tejido endometrial, entre fibras del miometrio, que provocan un engrosamiento uterino. Es un trastorno benigno, común entre las mujeres que han tenido hijos, y se diagnostica habitualmente entre las edades de 35 a 50 años. Al provocar sangrado uterino anormal así como dolor pélvico, esta patología dificulta notablemente la consecución de un embarazo. El tratamiento definitivo para esa alteración es la histerectomía.¹⁴²

3. Síndrome de *Asherman*. Se trata de una rara anomalía adquirida, cuya característica es la presencia de adherencias uterinas. Puede ser leve, moderada o severa. Provoca alteraciones menstruales y pérdida gestacional recurrente.¹⁴³

¹³⁸ Cervera Aguilar, Roberto, *op. cit.*, p. 372.

¹³⁹ Hinojosa Cruz, Juan Carlos y Marín Hernández, Olivia, "Alteración uterina y reproducción humana", en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, pp. 118-119.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 123.

¹⁴¹ Preciado Ruiz, Raymundo y Arredondo Merino, Raúl Rodrigo, "Patología uterina" en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, p. 167.

¹⁴² Hinojosa Cruz, Juan Carlos y Marín Hernández, Olivia, *op. cit.*, p. 127.

¹⁴³ Preciado Ruiz, Raymundo y Arredondo Merino, Raúl Rodrigo, *op. cit.*, p. 172.

4. Incompetencia ístmico cervical. Es la incapacidad del cuello uterino de mantener *in situ* la gestación hasta que el feto sea viable.¹⁴⁴

5. Útero unicorne, arcuado o tabicado (septo uterino). Son alteraciones en la forma normal del útero que ocasionan la pérdida debido a la existencia de una restricción del volumen de la cavidad uterina.¹⁴⁵

b) Endometriales. El endometrio es considerado como un órgano regulado hormonalmente que sufre cambios periódicos, base del ciclo menstrual. Se encuentra constituido por un compartimento epitelial, uno estromal y otro vascular, con la presencia de células de defensa inmunológica situado todo esto en dos capas, una funcional y otra basal. La primera sufre cambios, transformación y regeneración cada mes, mientras que la basal permanece y constituye el soporte para regenerarlo cíclicamente.¹⁴⁶

La endometriosis, es la inflamación sistemática del endometrio originada por la invasión de microorganismos patógenos como la *clamydia trachomatis*, *eisseria gonorrhoea*, *mycobacterium tuberculosis* o diversas bacterias vaginales. Se puede presentar después del parto, aborto espontáneo, una cesárea o cualquier procedimiento que implique la instrumentalización de la cavidad uterina como la realización de una histeroscopia o la colocación del dispositivo intrauterino (DIU).¹⁴⁷

También se define como la presencia de tejido endometrial, glándulas, estroma o ambos fuera de la cavidad endometrial.¹⁴⁸

c) Tuboperitoneal. Se refiere a las afectaciones de las salpinges.¹⁴⁹ Algunas de las anomalías se presentan cuando hay adelgazamiento de alguna de sus

¹⁴⁴ Hinojosa Cruz, Juan Carlos y Marín Hernández, Olivia, *op. cit.*, p. 127.

¹⁴⁵ Tlapanco Barba, Rubén y Tlapanco Vargas, Rubén, "Abordaje de la pérdida reproductiva de la gestación" en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología...*, *cit.*, p. 224.

¹⁴⁶ Hinojosa Cruz, Juan Carlos y Marín Hernández, Olivia, *op. cit.*, p. 118.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 127.

¹⁴⁸ Hernández Gurrola, Laura, *et al.*, *op. cit.*, p. 191.

¹⁴⁹ También se conocen como trompas de Falopio. Desempeñan un papel muy importante a nivel reproductivo, son un conducto esencial que une al útero con los ovarios. Una de sus principales funciones consiste en el transporte de gametos. Funcionan como un conducto mediante el cual se transportan los gametos y en caso de existir fecundación se transporta el embrión hasta ser depositado en la cavidad uterina. Durante todo este tiempo la salpinge aporta sustancias, las cuales permiten que se lleve a cabo la capacitación espermática para que alcance al óvulo y así llevar a cabo la fecundación. Cfr. Salazar López Ortiz, Carlos Gerardo y Siu Moguel, Gonzalo, "Factor tuboperitoneal", en Gaona Arreola, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología... cit.*, p. 132.

zonas ocasionando obstrucciones. Las alteraciones de éstas pueden repararse o ser sustituidas por FIV.¹⁵⁰

d) Factores masculinos. En ellos podemos hacer referencia a la disfunción eréctil que es la incapacidad persistente para alcanzar o mantener una erección suficiente para un desempeño sexual. De acuerdo a la doctrina médica esta situación debe estar presente mínimo 3 meses para establecer el diagnóstico. Se considera que la mayor parte de los hombres puede tener una condición mixta, tanto psicológica como orgánica.

Otra anomalía es la eyaculación retrograda, que se presenta cuando pasa el fluido de la uretra posterior hacia la vejiga por un defecto en la concentración del esfínter vesical interno, de manera que se diagnostica cuando se encuentra en la orina una gran cantidad de espermatozoides después de haber eyaculado.¹⁵¹

III. Factores Tóxico-infecciosos. Los cuales son:

a) Alcoholismo. El abuso del alcohol tiene efectos negativos en la fertilidad. Estudios experimentales han demostrado que el alcoholismo altera la morfología espermática.¹⁵²

b) Drogadicción.

c) Tabaquismo. En hombres sanos el tabaquismo se asocia con una disminución de la concentración espermática, el volumen seminal, la cuenta total espermática y el porcentaje de espermatozoides móviles.

d) Esteroides anabólicos. Pueden provocar la disfunción eréctil y alteración en la espermatogénesis.¹⁵³

e) Enfermedades de transmisión sexual. Implican la probabilidad de ocasionar daño tubario secundario, o bien generar una enfermedad pélvica inflamatoria,

¹⁵⁰ La afección de las trompas de Falopio se resuelven en la mayoría de las veces mediante reproducción asistida y esto ha motivado que en los centros especializados se pierda la tradición de enseñar las técnicas quirúrgicas para corregir las distintas afecciones que comprometen el buen funcionamiento de la salpinge y de la relación que guarda ésta con el ovario, que podría ofrecer resultados tan buenos para lograr el embarazo. Cfr. *Ibidem*, p. 134 y ss.

¹⁵¹ Juárez Bengoa, Armando, *op. cit.*, pp. 392 y 393.

¹⁵² *Ibidem*, p. 388.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 390.

consistente en una infección ascendente del tracto genital superior que conduce a una afección del endometrio, salpinges, ovarios y peritoneo.¹⁵⁴

g) Inmunológicos. El organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido.¹⁵⁵

IV. Factores Ambientales. Para que la espermatogénesis ocurra normalmente se requiere que la temperatura intraescrotal sea de 2°C a 4°C menor que la temperatura corporal. El incremento de la temperatura deteriora la función testicular y lleva a una disminución de la cantidad y calidad de los espermatozoides en el eyaculado. Algunas actividades comunes requieren la exposición prolongada al calor, lo que incrementa la temperatura escrotal. Por ejemplo, los trabajadores en hornos de cerámica, expuestos en forma prolongada a altas temperaturas. Del mismo modo los varones que permanecen sentados más de tres horas al día. Incluso ya han surgido alertas sobre la importancia del calor local en los usuarios de computadoras portátiles que mantienen estos aparatos cerca del área genital.¹⁵⁶

2) Idiopática. Igualmente conocida como de origen desconocido. A pesar de diversos estudios realizados no se llega a conocer el origen de la infertilidad.

Para finalizar, es necesario precisar que la infertilidad la clasifican en primaria y secundaria. La primera se presenta cuando la pareja no ha logrado un embarazo previamente. Mientras que la segunda ocurre en la parejas que ya han tenido uno o más embarazos con éxito, pero posteriormente sobreviene una incapacidad de concebir y parir a otro hijo.¹⁵⁷

Ante la presencia de cualquiera de las anomalías citadas, las parejas buscan superar su impedimento para reproducirse, para lo cual, algunos acuden a las TRA como alternativa, pero otros ven en la maternidad subrogada, genérica o gestacional, una buena oportunidad para conseguirlo. Aunque Francisco de la Jara expone que existen patologías, como los miomas, el síndrome de Asherman o la

¹⁵⁴ Otros factores de riesgo que llevan a esta patología son las enfermedades de transmisión sexual previas, la edad, múltiples parejas sexuales, vaginosis bacteriana e instrumentación quirúrgica (legrado). Cfr. Salazar López Ortiz, Carlos Gerardo y Siu Moguel, Gonzalo *op. cit.*, p. 134.

¹⁵⁵ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 315.

¹⁵⁶ Juárez Bengoa, Armando, *op. cit.*, p. 388.

¹⁵⁷ Tame, Nancy, *Infertilidad: El dolor secreto, métodos para prevenirla*, México, Pax, 2007, p. 120.

endometriosis moderada o severa, que pueden que curarse quirúrgicamente antes de utilizar las TRA.¹⁵⁸

El hecho de que se visualice en la maternidad subrogada un único recurso para superar su problema e incluso considerarla una panacea, trae consigo las complicaciones de cerrarse el panorama ante la búsqueda de otras alternativas que ayuden a superar su condición, porque como se dijo, la infertilidad es reversible ya sea con tratamientos químicos o quirúrgicos. No obstante, hay que reflexionar en cada caso concreto qué tratamiento puede ser el correcto de acuerdo a las características de los pacientes.

2.3 Esterilidad

Como se analizó en el apartado anterior existen diversos agentes que pueden repercutir en la fertilidad de los seres humanos, ya sean endocrinos, anatómicos o ambientales. Además de la infertilidad otra causa que se interpone en el ánimo de tener descendencia es la esterilidad. Como se anticipó, no existe consenso en cuanto a las definiciones de ambos conceptos y generalmente son utilizados como sinónimos debido a que en ambas existe la imposibilidad de reproducirse.

Clásicamente se define la esterilidad como la incapacidad de uno o de ambos miembros de la pareja para la concepción natural en un plazo razonable. La *American Society for Reproductive Medicine* (ASRM) y la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) consideran estéril a aquella pareja que no consigue el embarazo después de una año de coitos normales sin protección anticonceptiva. Por su parte la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), la Sociedad Europea de Embriología y Reproducción Humana (ESHRE) o la Organización Mundial de la Salud, consideran que tienen que haber transcurrido al menos 24 meses de relaciones sexuales regulares con finalidad procreadora.¹⁵⁹

Soto la Madrid define la esterilidad como una entidad única, constituye un obstáculo que se opone al deseo consciente de dos personas de crear juntos a otro

¹⁵⁸ De la Jara Díaz, Julio Francisco, "La cirugía reproductiva; ¿un arte obsoleto?", *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, México, Volumen 4, núm. 2, octubre-diciembre, 2011, pp. 53-55, <http://www.medigraphic.com/pdfs/reproduccion/mr-2011/mr112a.pdf>.

¹⁵⁹ Bruna Catalán, Isidro, "Disfunción reproductiva", en Baccino, Giuliana (ed.), *Reproducción humana...*, cit., p. 121.

ser humano, implantando en su vínculo afectivo. En sentido estricto es la incapacidad para crear gametos.¹⁶⁰

La pareja estéril se entiende como aquella en la que un hombre y una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica se encuentran impedidos para ello pues se presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no se puede dar bajo ninguna circunstancia.¹⁶¹ A diferencia de la infertilidad es una condición definitiva que no es susceptible de corrección.

En el caso de los hombres no se generan espermatozoides debido a que sus gónadas no funcionan correctamente ocasionando que no sea posible la espermatogénesis. Lo que implica que sobrevenga la azoospermia, o bien, cabe la posibilidad que se presente un factor orgánico como lo sería la aspermia, consistente en la ausencia de eyaculado.

Otro supuesto en el que el hombre no genera gametos ocurre cuando le fueron retiradas las gónadas como parte de un tratamiento, por ejemplo, la extirpación de los testículos para erradicar un tumor que yacía en ese sitio. Al referirnos del cáncer testicular propiamente no se hace alusión a un varón estéril, ya que en etapas tempranas aún se generan espermatozoides; sin embargo, los tratamientos como radioterapia o quimioterapia sí pueden generar la esterilidad. Ante esa situación se recurre a la criopreservación de espermatozoides debido a que posteriormente se utilizan con alguna TRA para lograr la concepción.¹⁶²

Respecto de la esterilidad femenina, se presenta cuando existen anomalías que conllevan a no generar óvulos, ya sea por cuestiones a) biológicas, b) quirúrgicas o c) endocrinas.

En el aspecto biológico, la menopausia es el claro ejemplo de la esterilidad de las mujeres. La menopausia corresponde al último periodo menstrual que ocurre debido a la pérdida de la actividad del ovario y se identifica una vez que han

¹⁶⁰ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶¹ González Martín, Nuria, *op. cit.*, p. 169.

¹⁶² Saavedra Abril, Jaime Alejandro, *et al.*, "Cáncer de testículo", *Anales de Radiología*, México, número 1, 2009, pp. 47-59, <http://www.medigraphic.com/pdfs/anaradmex/arm-2009/arm091f.pdf>; y Gerson, Raquel, "Fertilidad y cáncer", *Revista Médica del Hospital General de México*, Volumen 63, núm. 1, enero-marzo, 2000, pp. 30-40, <http://www.medigraphic.com/pdfs/h-gral/hg-2000/hg001f.pdf>.

transcurrido 12 meses de amenorrea.¹⁶³ Es una condición natural que con el paso del tiempo la reserva folicular llegue a su límite, provocando que ya no se generen óvulos.

En cuanto al factor quirúrgico sucede al momento de existir la necesidad de extirpar los ovarios para tratar el cáncer. Por otro lado, para hacer referencia al agente endocrino es necesario hacer mención del hipotiroidismo. Éste produce disfunción ovárica y alteración en el eje hipotálamo-hipófisis-tiroides.¹⁶⁴

Ahora bien, en estos dos apartados se han mostrado brevemente algunas circunstancias que repercuten a la reproducción humana. Algunas veces estos son los móviles por los que muchas personas, en lo individual o en pareja, recurren a las TRA, o bien, a la maternidad subrogada para conseguir un hijo.

Se debe tener presente que en el caso de la maternidad subrogada propiamente dicha no existe vinculación genética con la mujer que la solicita. El hijo producto de esa práctica, en su caso, poseerá únicamente la vinculación genética con el varón miembro de la pareja. Por ello, las mujeres estériles ven la maternidad subrogada como una posibilidad para “dar” un hijo a su pareja.

Es necesario apuntar que tampoco existirá esa vinculación genética cuando quienes acuden a este método son mujeres o varones de forma individual y que sean estériles, pues necesariamente tienen que auxiliarse de la donación de gametos. Así el bebé carecerá de cualquier vínculo genético con el solicitante.

También se debe señalar que, como se expuso, en la maternidad subrogada gestante sí existe vinculación genética con los solicitantes y el hijo al haber proporcionado su material genético, pero en el caso donde ambos miembros de la pareja son estériles no podrán dar sus gametos. Si se opta por este método tendrán que recurrir a la donación de células germinales.

¹⁶³ Malacara, Juan Manuel, “Menopausia: Nuevas evidencias, nuevos enigmas”, *Revista de Endocrinología y Nutrición*, México, Volumen 11, núm. 2, abril-junio, 2003, pp. 61-72, <http://www.medigraphic.com/pdfs/endoc/er-2003/er032c.pdf>.

¹⁶⁴ Mateo Sáenz, Henry Aristóteles, *et al.*, “Hipotiroidismo e infertilidad femenina”, *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, Volumen 5, núm. 1, julio-septiembre, 2012, pp. 3-6, <http://www.medigraphic.com/pdfs/reproduccion/mr-2012/mr121b.pdf>.

2.4 Otros factores

Ante la infertilidad algunas personas, ya sea en pareja o individualmente, deseosas de tener descendencia acuden a centros expertos en TRA debido a su alta especialización, así como por su proliferación y ofrecimiento de una gama de tratamientos que abren la oportunidad de conseguir su preciado anhelo. Sin embargo, si no fuera posible superar su condición a través de ellos, entonces pueden recurrir a la maternidad subrogada en cualquiera de sus dos modalidades, genérica o gestacional.

El hecho de no poder procrear de manera tradicional obliga a los individuos a buscar otra forma de materializar su sueño. Pero es importante resaltar que no sólo ante la presencia de la infertilidad o esterilidad es que acuden a alternativas para obtener su propia descendencia a través de TRA o la maternidad subrogada. Existen otras motivaciones por las cuales se recurre a ella.

Respecto de los solicitantes que no sean infértiles, ya sea en pareja o individualmente, se pueden valer de este medio por cuestiones estéticas, vanidad, hedonismo, narcisismo, circunstancias laborales o egoísmo porque la adopción no la consideran como una opción viable para satisfacer su anhelo de tener descendencia. Mientras que del lado de la mujer gestante, ella puede aceptar la realización del procedimiento por situaciones de carácter económico o altruista.

En la cuestión estética se menciona que a veces las mujeres recurren a este método debido a que experimentan sus deseos de ser madres pero no están dispuestas a soportar los trastornos que un embarazo acarrearía y no desean padecer las transformaciones físicas producidas temporaria o permanentemente a raíz de una gestación.¹⁶⁵

No hay que perder de vista que cada ser humano tiene su propio concepto de belleza, el cual se forma dependiendo de contexto social (urbanismo, globalización y modernidad). Incluso se plantea que también se debe a factores neurobioquímicos.¹⁶⁶ Ergo, si los cambios físicos que pudieran presentarse durante

¹⁶⁵ Cano, María Eleonora, *op. cit.*

¹⁶⁶ Cfr. Abreu de la Torre, Clara, *et al.*, "Perfil de personalidad en pacientes que solicitan cirugía estética", *Cirugía Plástica*, Volumen 10, núm. 3, septiembre-diciembre, 2000, pp. 97-101, <http://www.medigraphic.com/pdfs/cplast/cp-2000/cp003c.pdf>.

la gestación son incompatibles con la mujer que pretende ser madre, entonces es dable que quiera alcanzar su deseo por medio de la maternidad subrogada ya que no afectaría su anatomía y conseguiría un hijo.

Otro hecho estrechamente vinculado con el anterior es el de la vanidad. La mujer al no querer afectar la estética de su físico tampoco estaría dispuesta a cambiar su estilo de vida por el embarazo. Por tanto, la vanidad puede ser un motivo para que algunas mujeres acudan a la maternidad subrogada, pues no tendrían que cancelar ciertos compromisos o modificar su *status* social por los malestares que pudieran presentarse con el embarazo.

Las cuestiones laborales son otra causa por las cuales las parejas recurren a la maternidad subrogada para conseguir su descendencia. A diferencia de la anterior no es meramente por vanidad el aliciente para utilizar ese método sino que no se adecua el trabajo con la maternidad.¹⁶⁷ El hecho de que la mujer ocupe espacios de mayor responsabilidad donde le resulte más difícil compatibilizar con funciones genuinas de la maternidad conlleva a que se utilice ese procedimiento como alternativa.¹⁶⁸

Se expresa que para la mujer mexicana profesionalista que vive en la ciudad, quizá la maternidad ocupe varios lugares por debajo del orden de sus prioridades. Pero para una jovencita que vive en la zona rural, la maternidad quizá sea la única manera de sentirse alguien, de independizarse de sus padres, de encontrar sentido a su vida, de su realización.¹⁶⁹

Mientras que el hedonismo¹⁷⁰ tiene lugar en este tema debido a que las personas llegan a sentir un profundo dolor ante la imposibilidad de lograr la concepción. Evitar esa frustración, dolor o privación de no poder ser padres es motivo por el cual en la maternidad subrogada se ve una posibilidad para poder

¹⁶⁷ Aunque se podría decir que sí está vincula con la vanidad cuando se utiliza la maternidad subrogada como único medio para tener a un hijo dejando de lado otras alternativas para no desatender sus actividades profesionales.

¹⁶⁸ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. XII. (Prologo Juan C. Palmero)

¹⁶⁹ Winocur, Mariana, "El mandato cultural de la maternidad y el deseo frente a la imposibilidad de embarazarse", en Brena Sesma, Ingrid (Coord.), *Reproducción...*, *cit.*, p. 48.

¹⁷⁰ Su ideal consiste en gozar al máximo los placeres, apartándose del dolor en medida de lo posible. Cfr. Hernández Falcón, Julio y Alba Leonel, Adela, "Filosofía, cronicidad y calidad de vida", *Revista de Enfermería Neurológica*, México, Volumen 12, núm. 1, 2013, pp. 48-52, <http://new.medigraphic.com/cgi-bin/resumen.cgi?IDREVISTA=221&IDARTICULO=42970&IDPUBLICACION=4476>.

encontrar su propio bienestar, ya que se consigue al hijo deseado por medio de una segunda mujer.

Ese deseo se remarca aún más en parejas fértiles que quieren que su hijo esté vinculado genéticamente con ellos, lo que implica que se encuentran preparados para utilizar cualquier medio con tal de conseguirlo.¹⁷¹ Hay quienes primero acuden a un centro especializado en TRA pero al no conseguir resultados optan por la maternidad subrogada gestacional.¹⁷²

Es necesario acotar la presencia de dos vertientes para justificar la superación de la frustración que conlleva el no conseguir el embarazo y encontrar su bienestar en la maternidad subrogada. El primero es la exigencia del “derecho al hijo” y el segundo, el acceso a la maternidad o paternidad de manera individual.

Respecto al derecho al hijo, por el momento, sólo se hará referencia que algunas personas lo invocan como un derecho con el cual justifican el acceso a las TRA para conseguir un hijo con vínculos genéticos, o en su caso recurrir a la maternidad subrogada gestante para lograrlo.¹⁷³

En este caso la adopción no se convierte en una alternativa debido a que no satisface la necesidad de tener un hijo con esos lazos genéticos, en cambio la maternidad subrogada sí lo hace ya que cabe la posibilidad de que incluso exista la

¹⁷¹ De acuerdo con un estudio de campo realizado por un grupo de psicólogos, realizado en el Servicio de Reproducción Humana del Servicio de Ginecología del Centro Médico Nacional “20 de Noviembre”, se llevó a cabo un muestreo a 100 mujeres para detectar las motivaciones por las cuales decidían someterse reiterada e insistentemente a TRA. Dentro de sus conclusiones se encuentran: i) el imaginario social genérico, ii) fallas en la estructura narcisista de la personalidad y iii) el hijo imaginario. A pesar de ello, también se observó que las mujeres que deciden participar en una TRA no están conscientes de todas las motivaciones subjetivas que determinan en forma importante sus reacciones. Por ello es necesario realizar programas integrales para la atención de la infertilidad, lo que incluye la cuestión psicológica, Cfr. Arranz Lara, Lilia, *et al.*, “El deseo de maternidad en pacientes sujetas a tratamientos de reproducción asistida: Una propuesta de psicoterapia”, *Revista de perinatología y Reproducción Humana*, México, Volumen 15, núm. 2, abril-junio, 2001, pp. 133-138, <http://www.inper.mx/descargas/pdf/Pr012-03.pdf>.

¹⁷² Dentro de este punto es viable señalar que hay quienes no sólo buscan que su hijo esté vinculado genéticamente, sino van más allá. Se busca determinar el sexo de los bebés o conseguir la modificación genética con tal conseguir que tenga un color de ojos específico, así como su cabello o color de piel entre otros.

¹⁷³ El “derecho al hijo” está vinculado con el “derecho de los padres a la fecundación” en donde se dice que existe una prevalencia con el vínculo genético. No se trata del derecho “a tener un hijo” en sentido amplio, jurídico y/o psicológico, que podría satisfacerse mediante la adopción, sino de un hijo “propio”, entendiéndose por tal al que posea los cromosomas de sus padres, o al menos de uno de ellos. Cano, María Eleonora, *op. cit.*

carga genética de ambos progenitores. Baccino postula que las parejas prefieren un vínculo genético total o parcial con sus hijos.¹⁷⁴

Por otra parte, respecto al acceso de la maternidad o paternidad de manera individual acontece cuando no se tiene pareja pero se anhela tener un hijo. Los varones para que puedan ser padres forzosamente necesitan de la participación de una mujer, pues es indispensable la fusión de ambos gametos. No obstante, como ya se había dicho, en la actualidad hay personas que no desean establecer una vida en común con una pareja.

Los hombres solos que desean ser padres también están en aumento. Hace algunos años resultaba poco frecuente encontrar varones que decidieran afrontar la paternidad en solitario pero al día de hoy cada vez son más.¹⁷⁵ Por tal motivo se ve en la maternidad subrogada, genérica o gestacional, la gran oportunidad para conseguirlo; sin embargo, además de la mujer que llevará el embarazo a término se requiere de la donación del gameto femenino.

De igual forma las mujeres solas que desean tener un hijo van en aumento. Respecto a la maternidad subrogada sería la gestacional la que utilizarían, porque de lo contrario se podría utilizar la inseminación artificial o la FIV con donación de espermatozoides para conseguir su anhelo, pero al existir una infertilidad por disfunción uterina se necesita de una segunda mujer que lleve a cabo la gestación, aunque puede suscitarse que al no tener esa disfunción acude a la maternidad subrogada por cuestiones estéticas o laborales.

No se debe perder de vista que en la maternidad subrogada existe una segunda mujer quien llevará el embarazo a término y ella también tendrá motivaciones para participar en el proceso. La literatura clasifica ese ánimo en económico y en altruista.

En relación al primero, en esta práctica se puede encontrar una opción para conseguir ingresos a cambio de la gestación, por lo que, algunas personas con el afán de obtener una remuneración están dispuestas a participar en la compleja relación de la maternidad subrogada. Esto aumenta ante la existencia de

¹⁷⁴ Baccino, Giuliana, "Las familias del nuevo...", *op. cit.*, p. 55.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 63.

agrupaciones que se encargan de vincular a aquellas mujeres con parejas o personas que desean acudir a la maternidad subrogada.

En cambio el fin altruista prevalece debido a los lazos de amor, parentesco o amistad para apoyar a la mujer que no puede gestar. No se niega la generosidad que existe con ello pero habría que analizar cuáles son las motivaciones de fondo, lo que existe en la psique de la mujer que acepta llevar a cabo el embarazo y después entregar al bebé a los solicitantes.

Hay quien establece que puede ser por narcisismo o para repeler la culpa de acciones de su pasado. Esto último puede presentarse, dicen, cuando se busca la liberación del complejo de culpa por abortos realizados pretéritamente o por haber dado hijos en adopción desprendiéndose de ellos por no quererlos, esto es, como forma de reparación.¹⁷⁶

En cuanto al narcisismo, se hace patente cuando se busca el agrado por el respeto y consideración que socialmente se otorga a las embarazadas.¹⁷⁷ En este sentido es necesario tomar en cuenta que puede tratarse de un déficit primario de narcisización,¹⁷⁸ ya que buscan elevar su autoestima a través del reconocimiento que se les da por ayudar a procrear un hijo aunque después lo tenga que entregar.

Winocur indica que muchas mujeres ven en un hijo la posibilidad de llenar el vacío, de colmar la insatisfacción. El ideal de un hijo como sinónimo completud. Un hijo como pasaporte para el título de mujer buena, completa, integral. Si una mujer desea ser madre, hará todo lo que pueda para tener un hijo, y si una mujer no desea ser madre apelará a todo lo que esté a su alcance para evitarlo.¹⁷⁹

Son cambios sociales a los cuales no podemos ser ajenos al aparecer en nuestra era, quienes algunos la denominan hipermoderna o posmoderna.¹⁸⁰ Pero es

¹⁷⁶ Gafo, Javier, *op. cit.*, p. 93.

¹⁷⁷ *Idem.*

¹⁷⁸ Se presenta en sujetos cuyos padres no les aportaron una imagen valorada de sí con la cual puedan identificarse, o bien porque el entorno los vio como inferiores por una condición física o psíquica que les hizo sentirse inferiores desde la infancia temprana. Cfr. Arranz Lara, Lilia, *et al.*, "Estudio de un grupo de mujeres sujetas a tratamientos de reproducción asistida: Un enfoque cualitativo", *Revista Salud Mental*, Volumen 24, núm. 5, octubre, 2001, pp. 30-36.

¹⁷⁹ Winocur, Mariana, *op. cit.*, pp. 49 y 52.

¹⁸⁰ Se dice que lo posmoderno es no casarse, no comprometerse, pues lo valioso es lo que puede cambiarse por otra cosa; es la cultura de lo desechable tanto de los objetos como de las relaciones. Podemos ver el consumismo por todas partes como una tentación arrolladora; es la era de la acumulación y de la libertad de elegir cada vez entre más opciones para adoptar a nuestro gusto.

necesario reflexionar todo lo que implica ella, porque lamentablemente se caracteriza, como lo indican varios autores, por el consumismo que impera, así como la pérdida de valores y la búsqueda de lo hedónico, donde lo valioso es lo indoloro, lo placentero y lo superficial.¹⁸¹

Por ello cabe la pregunta que formula Trujano Ruiz, ¿Qué puede significar ser feliz en sociedad, en lo personal, en el sentido íntimo y propio que concede significación a la vida? Es una interrogante de respuesta variable en función del entorno histórico y sociocultural desde el cual se planteó; una pregunta que reedita, silenciosamente, el cuestionamiento por el sentido de la vida y por el propio posicionamiento en ella.¹⁸² Ante esto es necesario reconsiderar si el deseo de tener un hijo por cualquier medio es justificable, incluso a través de la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades.

Resulta oportuno señalar la propuesta hecha por Arranz Lara, en donde resalta la importancia de la psicoterapia para trabajar conjuntamente con pacientes para construir un proyecto identificador, más cercano a su realidad subjetiva y que contemple, no sólo la aceptación de su infertilidad o esterilidad, sino la creación de espacios alternos de creatividad y realización personal.¹⁸³

3. Regulación en la legislación mexicana vigente

Como se advierte de los primeros temas abordados en este capítulo se concluyó que la familia es un concepto sociológico antes de ser uno jurídico. Debido a su importancia es protegida por el Derecho. Su relevancia es tal, que su tutela comprende al ámbito del Derecho público.

Desde el ámbito constitucional se protegen aspectos de la familia pero, como también se ha manifestado, existen cambios vertiginosos en esa institución y, en el caso que nos ocupa, los avances tecnológicos han permitido se constituyan las familias de formas diversas a la convencional. Estas situaciones no se encuentran

Marcuschamer S., Eva, "La posmodernidad, cultura y vocación", *Revista de Medicina Universitaria*, México, Volumen 10, núm. 41, 2008, pp. 248-254, <http://www.medicinauniversitaria.uanl.mx/41/pdf/248.pdf>.

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² Trujano Ruiz, María Magdalena, "Del hedonismo y las felicidades efímeras", *Revista Sociológica de la UAM*, México, año 28, núm. 79, 2013, pp. 79-109, <http://www.revistasociologica.com.mx/pdf/7903.pdf>.

¹⁸³ Cfr. Arranz Lara, Lilia, et al., "El deseo de maternidad...", *cit.* pp. 133-138.

previstas detalladamente en algún marco normativo de nuestro país debido a la celeridad con las que se han suscitado.

Genera la duda de si se puede recurrir a TRA o inclusive a la maternidad subrogada para poder formar una familia, en aras de ejercer el derecho a la procreación. Ante la rapidez con la que ocurren esos cambios en la actualidad, el ámbito jurídico no ha podido cubrir el vacío legal existente.

Como se verá a continuación hay quienes avalan el derecho a la procreación con ayuda de las TRA, o bien, por medio de la maternidad subrogada, pero ¿será posible que se trate de un derecho absoluto? Y por ello se recurra a cualquier medio para lograr la descendencia.

Por otra parte, se hará un breve análisis de las leyes de algunas Entidades Federativas del país en las que se intenta regular la maternidad subrogada. Las cuales son pocas y divergentes debido a la pluralidad de ideologías que orbitan sobre el tema.

3.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Para comenzar con este apartado se debe recordar que fue en 1974 cuando se incorporó en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) las bases que abrieron camino a la igualdad legal entre varones y mujeres, pero del mismo modo se reconoció el derecho a la procreación. Esto se logró con la reforma del artículo 4° de la CPEUM¹⁸⁴ publicada el 31 de diciembre de esa anualidad en el Diario Oficial de la Federación (DOF).

El contexto fue en la XLIX legislatura del Congreso de la Unión, donde de acuerdo al dictamen formulado por la Cámara de Diputados, el 11 de noviembre del referido año, se avocó atendiendo tres principios esenciales: i) La igualdad jurídica entre hombres y mujeres; ii) la protección legal de la organización y desarrollo de la

¹⁸⁴ Este numeral en sus orígenes sólo constaba de dos párrafos los cuales se siguen conservando en su forma primigenia. Únicamente cambiaron en su orden pasando a ser segundo y tercero con la reforma publicada en el DOF el 28 de enero de 1992 debido a que se integró un primer párrafo; sin embargo, mediante la reforma de publicada en el DOF el 14 de agosto de 2001, se derogó ese primer párrafo adicionado años antes, lo que implicó que los párrafos originales ocuparan nuevamente el lugar inicial.

Se debe señalar que en un principio sólo se tutelaban en este artículo los derechos de igualdad y procreación. Posteriormente, gracias a diversas reformas, se reconocieron los derechos a la salud, a un medio ambiente adecuado, derecho de la familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, por último, el derecho de la niñez a su desarrollo integral mediante la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.

familia; iii) el derecho de toda persona a decidir libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.¹⁸⁵ Éste último punto es de relevancia para el presente estudio.

El primer inciso fue trascendental para la época donde se desarrolló. Aunque es lamentable que hayan pasado tantos años para reconocer el esfuerzo e importancia de las mujeres en la sociedad; sin embargo, se logró. Aunque todavía no podemos hablar de que se ha alcanzado plenamente ese objetivo.

Respecto al segundo principio se dijo en sesión que era un gran avance en la actualización de las instituciones jurídicas nacionales al intentar proteger todos los elementos que contribuyen de manera eficaz y realista en la familia, a la justa relación entre personas y a la abierta colaboración entre las mismas.

Mientras que para el tercer principio se argumentó que su implementación protege un hecho básico, íntimamente vinculado a la igualdad real de la mujer: la creación de la vida misma. Además se puntualizó que era consecuente con la política demográfica humanista adoptada por el Gobierno de la República; asimismo con la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas suscrita en Teherán en 1968, al consagrar el derecho a la procreación como una garantía personal de raigambre solidaria.¹⁸⁶

De igual forma, se expuso que la reforma a este aspecto era acorde con los capítulos relativos de la Conferencia Mundial de Población, celebrada en Bucarest en 1974, donde se concluyó que el derecho humano a la planeación familiar debe ejercitarse en forma libre, responsable e informada.

En el debate se argumentó el pleno derecho de exigir al Estado que posibilite el ejercicio de sus derechos proporcionándoles la información suficiente y necesaria para asumir una real responsabilidad en la planeación de su familia. También se precisó que no implicaba la intervención ni siquiera indicativa, por parte de autoridad

¹⁸⁵ Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, Diario de los debates de la Cámara de Diputados, XLIX Legislatura, año II, México, Diario 33, 14 de noviembre de 1974, <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebate/49/2do/Ord/19741114.html>.

¹⁸⁶ *Idem*.

o persona alguna sobre la decisión de lo que ha de ser la descendencia de la pareja.¹⁸⁷

Expuestos los razonamientos, se sometió a votación la iniciativa de reforma la cual se aprobó por mayoría de votos en la Cámara de Diputados. Consecuentemente previo a los trámites legislativos para la reforma constitucional, se publicó el 31 de diciembre de 1974 en el DOF.¹⁸⁸ El texto de dicho numeral se aprobó en los siguientes términos:

“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.”

Del primer párrafo se advierte lo argumentado, en el sentido de que la ley se encargará de salvaguardar tanto la organización como el desarrollo de la familia.

Es menester enfocarnos a lo establecido en el segundo párrafo. Ahí se establece el derecho a la procreación. Si bien no lo establece expresamente se regula el derecho de las personas a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número de hijos que deseen tener.

Es importante resaltar que este derecho posee dos aspectos: uno positivo y otro negativo. El primero corresponde a la facultad de las personas para elegir y decidir de forma responsable sobre el número de hijos que desean tener, es decir, llevar a cabo la reproducción. En cambio, el segundo consiste en la libertad que tienen los individuos para evitar esa procreación. En este último se fundamenta el uso de los métodos anticonceptivos e incluso el aborto, no se abordarán esos temas

¹⁸⁷ De esta parte se desprende que la obligación del Estado consistía en proporcionar la información necesaria para hacer asequible ese derecho. Se robustece con la exposición del Diputado Luis del Toro Calero al mencionar que la redacción del artículo 4° constitucional contempla un derecho individual por ser una decisión libérrima y como una garantía social es el derecho, esto es, el conjunto de prestaciones, de comunicaciones, de informaciones, que el Estado está obligado a proporcionar a cada uno de los sujetos individualmente considerados para hacer posible el ejercicio de esa potestad libertaria.

También se advierte, acorde a la época, que se confiere ese derecho únicamente a las parejas, una relación entre hombre y mujer.

¹⁸⁸ Cabe señalar que en alcance de esta modificación también se reformaron diversas leyes, pero al tema que nos ocupa es importante indicar que se modificó el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia Federal, al adicionar un segundo párrafo que reitera el texto del segundo párrafo del artículo 4° Constitucional y se añade una alusión al matrimonio. Se ahondará en el tema más adelante.

debido a que no son materia del presente trabajo, únicamente se analizará el aspecto positivo.

En los últimos años el derecho a la procreación ha sido invocado por aquellas personas que no pueden tener descendencia de forma convencional debido a un problema de infertilidad o esterilidad. Ahora bien, a cuatro décadas del surgimiento de ese artículo se presenta un nuevo debate de los alcances de tal derecho debido a los vertiginosos avances científicos que conceden la posibilidad de alcanzar un deseo propio de los humanos. La interrogante se formula cuando la procreación no se puede lograr de forma natural, entonces, ¿se pueden utilizar otros medios para lograrlo? Hay quienes afirman que sí.

Contreras López expone que el artículo 4° de la CPEUM protege jurídicamente a toda persona solamente a la posibilidad de elegir en qué número y con qué frecuencia tendrá a su descendencia, pero no el derecho a que lo pueda lograr a través del empleo de las técnicas que son resultado del avance de la ciencia médica y la tecnología.¹⁸⁹

De esta forma se puede observar como el texto de ese numeral quedó superado ante la realidad. Lo que en su momento había sido vanguardista fue rebasado debido los avances de las biomedicina en situaciones antes inimaginables en el campo de la reproducción humana.

Por ello resulta necesario establecer claramente los parámetros que existen en el derecho a la procreación, ya que como lo establece la misma autora, en dicho artículo se presume el derecho de toda persona a reproducirse, pero no lo hace respecto al derecho de lograrlo a través del empleo de las TRA, a las cuales de hecho acudirá cuando su deseo de reproducirse por el método natural de la unión sexual con otro ser humano haya resultado inútil, o en su caso recurrir a una segunda mujer en el proceso de la gestación.¹⁹⁰

La autora en comentario propone una definición del derecho a la procreación. Lo conceptúa como “el bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas y físicas del ser humano por medio de las cuales ejerce su derecho a reproducirse por medio

¹⁸⁹ Contreras López, Raquel Sandra, *Derecho Civil para la familia. Temas selectos*, México, Porrúa, 2014, p. 266.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 266- 268.

de la unión sexual con otra persona, o bien, si ello no fuera posible mediante el empleo de las TRA, y en su caso, la intervención de una segunda mujer en el proceso de la gestación, de acuerdo a la normatividad aplicable y a los requisitos que se establezcan en cada región”.¹⁹¹

Ese postulado parte de la esencia de proteger un anhelo propio de la naturaleza humana. La reproducción como una situación inherente a las personas reflejada en el ánimo de conseguir su propia descendencia. Además, plantea la posibilidad de allegarse a ciertos medios cuando esa aspiración no pueda conseguirse de forma natural, esto es, lograrlo a través de TRA, o por maternidad subrogada.

Son acontecimientos vigentes en todo el país. Para incluirlos y reconocerlos como medio para alcanzar la procreación se debe ser cauteloso, debido a que confluyen otros bienes jurídicos que también deben ser tutelados. Los derechos reproductivos, plantean la necesidad de establecer un equilibrio entre la libertad y la responsabilidad.¹⁹²

Lo anterior surge debido a que existen disertaciones en el sentido de que el derecho a tener descendencia es absoluto. Argumentan que para lograrlo pueden recurrir a cualquier método con la finalidad de conseguir su deseo. Ante esos posicionamientos aparecen interrogantes como ¿Será un derecho absoluto o limitado? ¿Corresponde al ámbito privado o al público?

Se establece que el meollo central está relacionado con tratar de legitimar cualquier tipo de conducta relacionada con la procreación humana haciendo alusión a un derecho ilimitado y absoluto a la autodeterminación física.¹⁹³

Brena Sesma indica que el derecho a la procreación es una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos. Indica que pese ello, no se trata de un derecho absoluto, pues sí tiene límites, los cuales no son otros que los derivados del ejercicio de la propia libertad y de la

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 268.

¹⁹² Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 29.

¹⁹³ *Idem*, p. 29.

libertad de los demás, el ejercicio de los propios derechos y el respeto a los derechos de los demás.¹⁹⁴

Stuart Mill, citado por Sánchez Barroso, sostiene tres premisas fundamentales: i) el único fin justificable por el cual el Estado puede interferir legítimamente aún la voluntad de las personas es evitar que se perjudique a los demás; ii) la única parte de la conducta por la que se es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás, sobre sí mismo el hombre es soberano; iii) la libertad autentica es aquella que nos permite buscar nuestro propio bien por nuestros propios medios, en tanto que no privemos a los demás de lo suyo o les impidamos que lo consigan.¹⁹⁵

De todo lo anterior se desprende que no cabe la posibilidad de catalogarlo como un derecho absoluto porque el mismo se encuentra supeditado a la no afectación de la esfera jurídica de los demás, esto es, el ejercicio de ese derecho no debe transgredir, directa o indirectamente, los derechos de terceros. Además cuando exista una causa justificada puede limitarse por el poder público, por ejemplo, al presentarse una afectación al bien común.

Para reafirmar lo anterior Souto Galván indica que los derechos no son absolutos y como el resto de los derechos, el de la procreación encuentra sus límites en el orden público y el derecho de los demás.¹⁹⁶

Hay que tener en cuenta lo delicado de querer entenderlo como un derecho ajeno de limitaciones, porque ello implicaría que las personas puedan allegarse a cualquier medio con tal de ejercer tal derecho; sin embargo, más bien lo que exigen es el “derecho al hijo”. Lo cual trae aparejado que para conseguirlo se utilicen indiscriminadamente las TRA sin obstáculo alguno, la maternidad subrogada, o en casos más radicales la fecundación *postmortem*, la clonación, o bien, sea la apertura

¹⁹⁴ Brena Sesma, Ingrid, “Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXVIII, núm. 82, enero-abril de 1995, pp. 71-88, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/82/art/art2.pdf>.

¹⁹⁵ Contreras López, Raquel Sandra *op. cit.*, pp. XXXIX y XL. (Prologo José Antonio Sánchez Barroso).

¹⁹⁶ Souto Galván, Beatriz, *op. cit.*

para la recepción de la ectogénesis¹⁹⁷, para superar la infertilidad o esterilidad, aún y cuando se puedan afectar los bienes jurídicos de los demás.

El derecho a la procreación no debe ser asimilado como si se tratase de una suerte de “derecho al hijo” por atribución o mandato inferido de un orden natural o divino, sino que implica sólo la posibilidad de valerse de los medios idóneos en miras al logro de este loable objetivo, sobre la base del respeto de los valores y fundamentos éticos que surgen de la dignidad de terceras personas, las que de ninguna manera pueden verse afectadas por una solución incorrecta en caso que se produzca una contraposición de las partes en cuestión.¹⁹⁸

Brena Sesma expone que el derecho al hijo se enfoca desde el punto de vista del adulto, de las personas que consideran tener derecho a reproducirse, lo cual lleva a considerar al menor como un objeto y no como un sujeto. La cosificación del ser humano es uno de los precios que se paga en beneficio de la procreación artificial.¹⁹⁹

Respecto a la segunda interrogante de si corresponde al ámbito privado o al público el poder tener descendencia, es oportuno referir que en la historia del mundo contemporáneo ha existido una lucha entre autoridad y libertad, entre lo público y lo privado.²⁰⁰

Se hace alusión a que el derecho a decidir sobre el número de hijos deriva de la libertad personal, por tanto, es de aspecto privado y el Estado no tiene cabida en esa elección. Pero también ésta comprende un aspecto primordial, la familia, que compete al ámbito público. Entonces, sí existe la justificación de la intervención de

¹⁹⁷ La ectogénesis consiste en la gestación completa de un embrión y feto en el laboratorio, con ayuda de un útero artificial. Se disocia completamente el vínculo con el hijo y la madre ya que la gestación se lleva a cabo fuera del seno materno. Aún no está disponible esta técnica pero lo que parece una especie de ciencia ficción no lo será tanto debido a los avances de la biotecnológica. Incluso se dice que el siglo XXI será escenario de los debates que surgirán con más intensidad que aquellos referentes al uso de TRA o maternidad subrogada. En Francia fue publicado el libro *L'utérus artificiel* (El útero artificial), de *Henri Atlan*, quien en una entrevista de prensa expuso algunas reflexiones sobre lo que podría llegar a ocurrir cuando esté perfeccionada. Cfr. Dobernig Gago, Mariana, “Aspecto jurídico del proyecto genoma”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México*, núm. 30, 2000, pp. 473-479, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt19.pdf>; Joignot, Frederic, “Niños de máquina”, *El País*, 12 de junio de 2005, http://elpais.com/diario/2005/06/12/eps/1118557609_850215.html.

¹⁹⁸ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, pp. X y XI. (Prologo Juan C. Palmero).

¹⁹⁹ Brena Sesma, Ingrid, “Algunas consideraciones...”, *op. cit.*, pp. 71-88.

²⁰⁰ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, pp. XLI y ss. (Prologo José Antonio Sánchez Barroso).

ese ente cuando se involucre la posibilidad de afectar derechos de terceras personas.

Como lo establece Sánchez Barroso, los asuntos familiares son temas privados pero no se puede negar que las normas jurídicas aplicables a la familia son de orden público y, por tanto, escapan de la libertad de los particulares. Lo que se debe discutir no es si debe existir o no injerencia del poder público en cuestiones privadas, sino saber cuándo, en qué casos, es justificada o no lo es, lo que implica exigirles razones al poder público en su actuación.²⁰¹

En efecto, se debe realizar una reflexión plena en el sentido de la intervención del Estado para establecer parámetros con la finalidad de no lesionar los bienes jurídicos de otras personas debido a tratar de materializar los derechos reproductivos a través de las TRA o de la maternidad subrogada.

De esta manera también se debe puntualizar que el derecho a la procreación guarda relación con otros derechos, como el derecho a la libertad, pero ello no implica que uno derive del otro. Como indica el mismo autor, no se cuestiona ni se discute la existencia y legitimidad de derecho a la vida privada, pero no se puede admitir que los derechos reproductivos se incluyan o derivan de aquel; pues de hacerlo sería tanto como aceptar, por un lado, que los derechos humanos no son independientes entre sí; y por otro, que el fundamento último de los mismos es la libertad.²⁰²

²⁰¹ También plantea que si los derechos reproductivos, así como todos los derechos humanos, estuvieran enraizados únicamente en el ámbito público, estos no serían más que concesiones o prerrogativas que el estado otorga a las personas. Por el contrario, si estuvieran fincados sólo en el ámbito privado, estos serían una especie de normas o directrices producto de la convención o consenso sociales. Ambas proturas ya han sido desacreditadas en nuestros días tanto por la doctrina como por los diversos instrumentos internacionales. Argumenta, además, que lo anterior no significa que la vida moral de las personas, siendo parte de ella la gestión o realización de los derechos humanos, tiene algo de público y algo de privado, siempre. Indudablemente en el ejercicio de los derechos humanos interviene la libertad personal, pero el hecho de que el estado se ocupe de su reconocimiento, protección y promoción demuestra que en ellos también hay algo de público, es decir, de justicia. Conferencia: "Análisis legal del fallo de la Corte Interamericana de Derecho sobre la fertilización *in vitro* en Costa Rica", pronunciada por José Antonio Sánchez Barroso el 19 de abril de 2013 en el marco del IX Congreso Latinoamericano y del Caribe de Bioética FELAIBE, realizada en Guanajuato, México.

²⁰² *Idem*.

Lo anterior en virtud de que los derechos humanos son independientes unos de otros.²⁰³ El hecho de creer que uno deriva de otro constituye no tomar en cuenta ese criterio. Es importante recalcar que todos los derechos humanos tienen el mismo grado y similar obligatoriedad. El pensar que uno tiene más trascendencia que otro implica considerar que existen jerarquías entre ellos lo cual no acontece pues su fundamento toral no lo es la libertad sino la dignidad de ese ser humano.

Si bien la justificación de acceder a las TRA o a la maternidad subrogada es la imposibilidad física de lograr el embarazo de forma natural, esto implica el establecimiento de parámetros para su acceso sin que implique una violación a la privacidad debido a que su objetivo es tener un hijo para integrar una familia y ésta se encuentra en el derecho público, de la cual también es importante su tutela.

Además, en razón de que son muchos agentes en los que intervienen en la maternidad subrogada se debe regular claramente sobre ello. Quienes están inmersos en esa práctica son: las personas solicitantes, la mujer gestante, la institución médica donde se realice el tratamiento, en su caso los establecimientos que pongan en contacto a los solicitantes con la gestante.

Se reitera la necesidad de la regulación donde no quede duda sobre cuáles son los alcances del derecho a la procreación. Debe realizarse una reflexión profunda debido a que el ser humano es quien se encuentra en medio de estas prácticas. Se presenta la manipulación de gametos y embriones, su transferencia e implantación.

No se desconoce que la procreación es una decisión autónoma, relacionada al derecho privado, y el Estado debe reconocer el máximo de autonomía posible; sin embargo, no puede quedar al margen cuando existen intereses que deben protegerse como los del ser concebido que esté por nacer.²⁰⁴ Ergo, cuando se habla

²⁰³ El autor en cita expuso que los derechos humanos son normas independientes, lo cual significa que la legitimidad, existencia, vigencia y permanencia de cada uno dentro del sistema jurídico no depende de la legitimidad, existencia, vigencia y pertenencia de otro. Por tanto, no se debe confundir co-relación con independencia. Respecto a los derechos reproductivos se relacionan, entre otros, con el derecho de la vida privada, pero ello no quiere decir que el primero esté condicionado por el segundo. Conferencia: "Análisis legal del fallo..." *cit.*

²⁰⁴ Guzmán Ávalos, Aníbal, *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*, Xalapa, Veracruz, Universidad Veracruzana, 2001, p. 92.

de la maternidad subrogada también es importante que se establezcan los mecanismos necesarios para salvaguardar el bien jurídico del futuro hijo.

Como lo señala Guzmán Ávalos, no se puede dejar todo en manos de las partes involucradas es imperiosa la intervención estatal a través del legislador que debe sentar las bases y principios que enmarquen la actividad de la sociedad.²⁰⁵

Consecuentemente al referirnos a la maternidad subrogada se debe tener presente que no se trata de enfocarnos exclusivamente al ámbito privado, pues también trasciende al ámbito público por todas implicaciones que lleva consigo.

Por otra parte, existen argumentos en el sentido de que el acceso a la maternidad subrogada es necesaria para hacer asequible el derecho a la salud, contenido en el cuarto párrafo del artículo 4° de la CPEUM, en su aspecto de resarcir de cierto modo su salud reproductiva cuando está presente un problema de infertilidad o esterilidad.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) definió salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solo como la ausencia de afecciones o enfermedades.²⁰⁶ A su vez *Henrik L. Blum* la definió como la capacidad del individuo para mantener un estado de equilibrio apropiado a su edad y a sus necesidades sociales estando razonablemente indemne de incomodidad, insatisfacción, enfermedad o incapacidad y asegurando tanto su realización personal como la supervivencia de su especie.²⁰⁷

Ahora bien la salud reproductiva es entendida como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos.²⁰⁸

Por ello la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyan a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva.²⁰⁹

²⁰⁵ *Idem.*

²⁰⁶ Romeu, Alberto, *et al.*, *op. cit.*, p. 76.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 77.

²⁰⁸ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 24. Esta autora citó parte del texto de la Conferencia Mundial sobre Población y el Desarrollo, celebrada en el Cairo en 1994.

²⁰⁹ *Idem.*

Tanto la infertilidad como la esterilidad pueden considerarse como patologías que afectan al individuo. Pero ante ello ¿es justificable acudir a la maternidad subrogada como única opción para superar esa imposibilidad? ¿Recurrir a ese método devuelve la salud reproductiva de la persona al corregir su infertilidad o esterilidad? o ¿solamente se busca remediar la frustración de no conseguir su anhelo de tener un hijo?

El empleo de la maternidad subrogada no es una manera de corregir la infertilidad. Tampoco remedia la esterilidad. Al realizar la maternidad subrogada se está materializando el derecho al hijo que inclusive no contará con la carga genética de la persona estéril, pero no está corrigiendo esa situación. Por ejemplo, la mujer solicitante no aporta su carga genética contenida en los óvulos, ya sea por un problema médico o porque así lo decide. En este caso, no es posible hacer referencia a una reproducción, la mujer no puede invocar el ejercicio de sus derechos reproductivos para solicitar un niño que, por no tener su carga genética no será su descendiente.²¹⁰

Ante ello se estima que la maternidad subrogada, tanto genérica como gestacional, no es un método terapéutico, ya que al igual que las TRA, no cura la infertilidad, ni corrige la esterilidad debido a que el problema orgánico o anatómico continúan en el individuo. Lo que se hace con el empleo la tecnología es substituir o asistir a un proceso generativo, que por diversas circunstancias patológicas no puede completarse satisfactoriamente de modo espontáneo.²¹¹

Es importante que en el marco constitucional se establezcan las bases de lo que en la actualidad comprenden los derechos reproductivos. Lo establecido hace unas cuantas décadas no es suficiente para una regulación adecuada en el tema. Ante esa imprecisión surgen interpretaciones que inclusive pueden ser contrarias a la dignidad humana.

Como sostiene Chiapero, los problemas éticos y jurídicos suscitados por la biogenética y la biotecnología no son reducibles al ejercicio de una libertad

²¹⁰ Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada...", *cit.*, p. 141.

²¹¹ Santamaría Solís, Luis, "Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos", *Cuadernos de Bioética*, España, Volumen XI, número 41, enero-marzo de 2000, pp. 37-47, <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>.

fundamental, sino que requieren la elaboración de normas que delimiten las manipulaciones o intervenciones incompatibles con la dignidad del ser humano.²¹²

Esto en razón de que, como lo concluyeron diversos expertos, la dignidad humana es el fundamento de los Derechos Humanos. No existe valor alguno que posea la ultimidad fundamentadora de la dignidad. Ni siquiera la libertad, la igualdad, o incluso la justicia son capaces de soportar por sí mismos todo el sistema normativo que suponen los Derechos Humanos.²¹³

Considerar al derecho de la procreación como absoluto es dejar de lado la dignidad humana. En el caso de la maternidad subrogada, se desvaloriza al humano tanto a la mujer gestante como al futuro hijo. La primera por verla meramente como una incubadora para llevar al embarazo y al bebé como un objeto de su disposición. Lo cual no debe ser así. El niño no es medicamento prescrito contra la frustración ocasionada por la falta de un hijo, sino un sujeto de derechos tutelados jurídicamente.²¹⁴

Por tanto, es indispensable la regulación integral que incluya las TRA y precisar lo acontecido con la maternidad subrogada. Es primordial que se reflexione sobre los alcances de la asistencia tecnológica para ejercer el derecho a la procreación. No es conveniente generar una regulación asimilando ese derecho como si se tratara del derecho al hijo. De considerarlo así se puede dejar un aspecto de suma importancia el cual jamás debe ser menospreciado y ese es el de la dignidad humana.

Chiapero precisa que la materia de análisis constituye una entidad humana, es decir, que no debemos olvidar que el hijo que se busca con la ayuda de la técnica y la ciencia no se trata de algo sino de alguien.²¹⁵

Además, es indispensable cavilar objetivamente, porque nos encontramos en una sociedad donde se hace presente la cultura del narcisismo, como lo invoca Maruschamer,²¹⁶ lo imperante es evitar cualquier tipo de pérdida y limitante. Lo cual implicaría dejarnos seducir por alternativas que hagan posible el anhelo de tener un

²¹² Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 33.

²¹³ VVAA, "Declaración de Guanajuato sobre la fecundación *in vitro*", *Persona y Biótica*, Volumen 17, núm. 1, enero-junio 2013, pp. 111-115, <http://www.redalyc.org/pdf/832/83228613009.pdf>

²¹⁴ Brena Sesma, Ingrid, "Algunas consideraciones...", *cit.*, pp. 71-88.

²¹⁵ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 48.

²¹⁶ Maruschamer, Eva, *op. cit.*, pp. 248-254.

hijo y superar una condición que no lo permitía, aun cuando se recurra a métodos que pueden ocasionar una desvalorización de la dignidad humana. Debe erradicarse cualquier situación en la que se considere a los seres humanos como objetos ya que con tal de alcanzar un fin el ser humano se convierte en un mero instrumento para lograrlo.

Por ello se deben precisar las alternativas para garantizar el derecho a la procreación siempre que no se afecten los derechos de otras personas, ni muchos menos que se permita la deshumanización del individuo.

3.2 Leyes locales

Como preámbulo a este apartado, se indica que no se encuentra regulada la maternidad subrogada en la Ley General de Salud (LGS)²¹⁷, ni en sus diversas modificaciones. Tampoco se encuentra alguna disposición al respecto en sus variados reglamentos.²¹⁸

Ante la sofisticación de las técnicas médicas encaminadas a la reproducción humana se hacen patentes hoy en día procesos altamente complejos. La rapidez con la que se presentan no se compara con la de los procesos legislativos necesarios para su regulación.

En el tema que nos atañe se advierte que son muy pocos los ordenamientos de nuestro país que la prevén. Como se dijo en el tema anterior, en el plano constitucional se establece la presunción del derecho a la procreación pero no se establece si se puede materializar ese derecho a través de las TRA, con sus métodos auxiliares, o bien con apoyo de una segunda mujer encargada de la gestación.

Es cierto que el Derecho ayuda a regular, en cierta época y lugar determinado, los sucesos que impactan a la sociedad. Con los avances tecnológicos suscitados en el siglo pasado respecto a la reproducción humana asistida no se ha concretado

²¹⁷ Publicada en el DOF el 7 de febrero de 1984.

²¹⁸ En Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el DOF el 6 de enero de 1987, únicamente establece que podrá realizarse la investigación sobre la fertilización asistida como solución a la esterilidad, entendiendo aquella a la IA y la FIV, pero no se establecen los parámetros completos de cómo se realizará esa investigación dejando muchos cabos sueltos. Por otra parte en la LGS en cuanto a la IA sólo establece la sanción penal por realizar sin consentimiento de una mujer o con el consentimiento pero si ella fuera incapaz.

un instrumento legal que regule a detalle las TRA, y nuevos acontecimientos como la maternidad subrogada.

No obstante, en algunas Entidades Federativas se han dado algunos pasos para regular esas áreas. Actualmente una breve regulación sobre el punto central de este trabajo se realiza en el Código Civil del Estado de Tabasco (CCT),²¹⁹ el Código Familiar de Sinaloa (CFamS),²²⁰ el Código Civil de Coahuila (CCCo)²²¹, el Código Familiar de San Luis Potosí (CFamSLP)²²² y el Código Civil de Querétaro (CCQ)²²³.

Como es observarse sólo cinco entidades de la República tienen legislación vigente sobre esa área; sin embargo, no son coincidentes los criterios. Están divididos entre aquéllos que sí permiten la maternidad subrogada y los que no conciben esa posibilidad. De esta manera encontramos que en el CCT y CFamS se muestra la aceptación de la maternidad subrogada, en cambio eso no acontece en el CCCo, CFamSLP y CCQ.

Uno de los primeros Estados de la República que reguló la maternidad subrogada fue Tabasco. En 1997 incorporó a su Código Civil ciertos preceptos encaminados a su regulación. Esto se originó, de acuerdo a la exposición de motivos de esa reforma, para hacer de su legislación civil una de las más actuales y modernas del país.²²⁴

En su momento se propuso realizarla en aras de atender las transformaciones suscitadas en el ámbito internacional y nacional. En el tema que nos atañe, estipuló la necesidad de incorporar los avances científicos respecto a la reproducción humana asistida, la cual relacionaron con la maternidad subrogada y también con la filiación. Ante la posibilidad del surgimiento de diversos conflictos, se propuso la regulación para prevenir la aparición de esas cuestiones y procurar una sana convivencia social.

En su oportunidad se tomó como base el contenido del artículo 4° de la CPEUM, respecto al derecho a la procreación, pero en el sentido de que las parejas

²¹⁹ Publicado en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco el 9 de abril de 1997.

²²⁰ Publicado en el Periódico Oficial del Estado de Sinaloa el 6 de febrero de 2013.

²²¹ Publicado en el Periódico Oficial del Estado de Coahuila de Zaragoza el 25 de junio de 1999.

²²² Publicado en el Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí el 18 de diciembre de 2008.

²²³ Publicado en el Periódico Oficial del Estado de Querétaro el 21 de octubre de 2009.

²²⁴ Estados Unidos Mexicanos, LV Legislatura del H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Tabasco, Decreto número 205, <http://www.cedhtabasco.org.mx/assets/archivo01.pdf>.

unidas en matrimonio o en concubinato pudieran hacer asequible ese derecho incluso a través de las TRA.²²⁵

Respecto a la maternidad subrogada pocos fueron los artículos que la regulaban.²²⁶ Dentro de ellos se contempló: i) la maternidad subrogada, genérica y gestacional, como una TRA; ii) las parejas heterosexuales unidas en matrimonio o en concubinato pueden recurrir a cualquier TRA para lograr su descendencia pero no se especifican o delimitan cuáles o por qué motivos existe la necesidad para recurrir a ellas; iii) El vínculo de filiación se concede a la solicitante y a su pareja, no hay relación alguna entre el bebé y la mujer gestante; iv) será mediante contrato sin ser explícito en cuanto a las formalidades de éste; y v) tampoco se clarifica si será oneroso o gratuito.

A pesar de que la finalidad de esta regulación fue para prevenir problemas sociales esto no se logró. Es palpable fácilmente a través de los medios de comunicación²²⁷ el hecho de que esa entidad federativa se encuentra inmersa en el fenómeno llamado “turismo reproductivo” con todas sus implicaciones.

Derivado de ello surgió una propuesta presentada en mayo de 2013 por la Diputada Liliana Ivette Madrigal Méndez para salvaguardar el interés superior del menor al aplicar los avances tecnológicos, esto a través de una reforma al CCT en la que se adicione un título especial sobre la maternidad subrogada para subsanar la escasa legislación.²²⁸

Básicamente de esa iniciativa se desprende: i) se especifica que debe existir una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación para recurrir a la maternidad subrogada; ii) se determina que será sin fines de lucro;

²²⁵ *Idem.*

²²⁶ Artículos 92, 165, 324, 347 y 360 del CCT.

²²⁷ Al respecto cabe recordar la nota de Barboza, Roberto y Torres, Katia, “*Renta de úteros, a un click de distancia*”, El Universal, México, 16 de diciembre de 2013, <http://www.eluniversal.com.mx/estados/2013/renta-de-uteros-a-un-click-de-distancia-973256.html>; Diego, Juan Manuel, “*Tabasco buscará regular la maternidad subrogada*”, El Universal, México, 8 de diciembre de 2014, <http://www.eluniversal.com.mx/estados/2014/tabasco-buscara-regular-maternidad-subrogada-1060424.html>.

²²⁸ Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco, LXI Legislatura del H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Tabasco, 8 de mayo 2013, <http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2013/LXI/OFICIALIA/Iniciativas/90.Iniciativa%20reforma%20maternidad%20subrogada%20%281%29.pdf>.

iii) se enfatiza sólo en la maternidad subrogada gestacional; iv) no será mediante contrato sino por instrumento suscrito ante Notario Público, en esta ocasión sí se establecen los requisitos que debe tener; y v) se señalan las causas de nulidad; vi) se prevé una mayor vigilancia a los médicos tratantes que realicen el procedimiento; y vii) únicamente los habitantes de esa Entidad, previa acreditación, podrán valerse la maternidad subrogada.

A diferencia de la regulación primigenia, la presentada en 2013 es un tanto más completa; sin embargo, no ha sido aprobada y habría que reflexionar que tanto salvaguarda el interés superior del menor invocado.

En la sesión del 8 de mayo de año en cita se presentó la iniciativa donde se expusieron brevemente las necesidades de realizar adecuaciones a dicho tópico para posteriormente turnarlas a las comisiones respectivas para la formulación del dictamen.²²⁹

Ahora bien, respecto al CFamS es de puntualizarse que con la finalidad de que en el Estado de Sinaloa se contara con una regulación especializada e independiente sobre Derecho Familiar el C. José Luis Urías presentó el 16 de enero de 2008 la iniciativa para la creación del citado código esto en la LIX Legislatura del Congreso local.

El argumento básico consistió en que la familia al ser la célula fundamental de la sociedad requiere leyes flexibles y prácticas que faciliten su protección y estabilidad. Tomando en consideración la evolución suscitada en todos los campos de la humanidad esas transformaciones deben experimentarse en las normas para que estén en consonancia con la época.²³⁰

Al punto que nos concierne es de percibir que en ese documento, en un primer momento, se señaló que todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizada en nombre de otra persona es inexistente. De esta forma se dijo

²²⁹Estados Unidos Mexicanos, LXI Legislatura del H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Tabasco, Diario de Debates, 8 de mayo de 2013, <http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2013/LXI/orden18/OFICIALIA/Diario%20de%20Debates/Mayo/DSPO-08-05-2013.pdf>.

²³⁰ Iniciativa para que se deroguen algunos títulos y capítulos de los libros primero y tercero del Código Civil de Sinaloa y expedición del Código Familiar del Estado, LIX Legislatura del Congreso del Estado de Sinaloa 6 de enero de 2008, http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/iniciativas/ziplix/Iniciativa_62.pdf.

que el contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efectos.

No obstante, el 17 de junio de 2011 en el LX Legislatura de ese órgano legislativo²³¹ se presentó nuevamente una iniciativa para lograr un código exclusivo sobre Derecho Familiar, pero en éste se estableció que sí se podía recurrir a la maternidad subrogada (gestacional) cuando la mujer está imposibilitada físicamente para llevar a cabo la gestación en su útero.

Además se precisó que no se genera relación alguna entre el bebé y la mujer gestante. También se enlistaron los requisitos que ella debía cumplir para poder serlo y se introdujo el término de “voluntad procreacional”, no sólo en la maternidad subrogada sino para las TRA, para establecer el vínculo entre padres y descendientes.

Asimismo, se estableció que debía consignarse mediante un contrato el cual debía revestir ciertas formalidades para su validez. Entre los cuales se destaca que sólo se abre esa posibilidad a ciudadanos mexicanos; se debe acreditar mediante certificado médico que existe una imposibilidad física para gestar; acreditar que la mujer gestante cumple con todos los requisitos para serlo.

De esta manera se tuvo una sesión parlamentaria el 8 de enero de 2013 donde no fue discutido el dictamen debido a que se sustituyó su lectura por la entrega de copia del mismo en razón del volumen.²³² Por lo que, fue en la sesión del día diecisiete de ese mes donde fue debatido.

No se puntualizó particularmente sobre la maternidad subrogada pero existió consenso generalizado sobre la aprobación del nuevo código argumentando que el Derecho es una expresión de los valores sociales en una comunidad y tiempo determinados, y por esa razón debe modificarse al mismo impulso que los cambios culturales.

²³¹ Iniciativa para que se deroguen algunos títulos y capítulos de los libros primero y tercero del Código Civil de Sinaloa y expedición del Código Familiar del Estado, LX Legislatura del Congreso del Estado de Sinaloa, 1 de julio de 2011,

http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/iniciativas/ziplx/Iniciativa_416.pdf.

²³² Estados Unidos Mexicanos, LX Legislatura del Congreso del Estado de Sinaloa, Diario de Debates, 8 de enero de 2013, <http://www.congresosinaloa.gob.mx/debate/diario-de-debates-164-lx-legislatura/>.

Ante esto las exigencias derivadas de las nuevas estructuras que adopta la familia; la necesidad de reforzar sus formas de comunicación, el Estado debe intervenir en la regulación de la familia para solucionar sus conflictos. Además de que era una oportunidad para reformar las normas que no correspondan a la realidad social y adicionar dispositivos que cubren las lagunas de la ley, siguiendo la evolución de los valores sociales y los descubrimientos de la ciencia, particularmente los que informan las técnicas de reproducción asistida.²³³

Contrariamente a la aceptación de la maternidad subrogada una de las primeras legislaciones que se opuso a ella fue la acontecida en el Estado de Coahuila. En el CCCo aprobado en 1999 se determinó que el contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. También se dispuso que 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.

Caso similar ocurre en la legislación del Estado de San Luis Potosí. En donde al pretender una compilación de las normas de Derecho Familiar en un solo ordenamiento se presentó la iniciativa y fue debatida el 12 de diciembre de 2008.

En la Exposición de Motivos de dicha reforma²³⁴ el argumento total consistió en tomar como base a la familia considerándola como la unidad natural, básica y fundamental, por lo que, se consideró pertinente la propuesta para garantizar los derechos y obligaciones inherentes a esa institución.

Respecto al tema que nos atañe, se advierte que, al encontrar rezago de la norma ante los avances biotecnológicos en el área de la reproducción humana se formuló una de las disposiciones innovadoras al regular el uso de la TRA para las parejas.

Se equiparó la filiación resultante de la fecundación humana asistida con el parentesco de consanguinidad. Se establecieron las TRA permitidas, las cuales son: IA heteróloga y homóloga, FIV, ICSI, ZIFT y transferencia de embriones.

²³³ *Idem.*

²³⁴ Estados Unidos Mexicanos, LX Legislatura del Estado de San Luis Potosí, Instituto de Investigaciones Legislativas Unidad de Informática Legislativa, Código Familiar del Estado, <http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdf-zip/codigos/CF/CFam.pdf>.

Además, en relación a la maternidad subrogada se planteó que cualquier pacto o convenio es inexistente, lo que implica que no genera efecto legal alguno. Esto último quizá derivó de la reflexión realizada en el sentido de que es compromiso de los legisladores prever cualquier circunstancia que derive en incertidumbre legal para el destinatario de las normas.

En debate realizado en el Congreso local²³⁵ los ponentes fueron concisos al exponer la necesidad de actualizar su legislación en los acontecimientos presentes en la realidad de los cuales la norma ha sido superada.

Se consideró de gran importancia la regulación de la institución familiar para protegerla mejor y prevenir circunstancias que la llegaran a afectar. Fue tal la avenencia entre los legisladores que fue aprobado el CFamSLP por unanimidad.

Por último, se hace referencia al CCQ el cual se aprobó en la LV legislatura del Congreso de Querétaro el 1 de septiembre de 2009. En la discusión para su elaboración los legisladores expusieron que su labor no consistía únicamente en redactar una disposición legal, sino en el diseño de un ordenamiento jurídico con una finalidad axiológica que responda a las necesidades de la sociedad, provea de seguridad al gobernado en cuanto a sus bienes y a sus derechos; que sea justa y que procure el bien común para que el hombre pueda cumplir su destino natural y espiritual.

También se mencionó que no había que perder de vista el origen del sistema jurídico, básicamente las instituciones de derecho romano, pero con la necesidad de adecuar permanente la norma para que se satisfagan las necesidades existentes en la sociedad.²³⁶

De esta manera, entre otros temas de relevancia, se propuso el reconocimiento el uso de las TRA, como manera de concepción de un individuo. Se incluyó la presunción de ser hijos de los cónyuges aquellos que nacieron a través de alguna TRA, con ciertas salvedades.

²³⁵ Estados Unidos Mexicanos, LVIII Legislatura del Congreso del Estado de San Luis Potosí, Diario de debates, 12 diciembre de 2008, http://148.235.65.21/LVIII/act_legislativa/diario_debates/1erPO_3erAEL/20081212_SO81.pdf.

²³⁶ Estados Unidos Mexicanos, Gobierno del Estado de Querétaro. Periódico Oficial "La sombra de Artega", Tomo CXLII, número 80, 21 de octubre de 2009, <http://www2.queretaro.gob.mx/disco2/servicios/LaSombradeArteaga/>.

Inclusive se incorporó un capítulo referente a la adopción de embriones. Ésta se presenta como una alternativa para las personas que no pueden procrear de manera natural. Se les permite adoptar los embriones supernumerarios crioconservados preexistentes a las parejas unidas en matrimonio o concubinato y a las mujeres solas.

No obstante, es en ese apartado donde se establece la restricción para procurar la maternidad subrogada, así como tampoco se podrá contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.

Por otra parte, al ser un tema de relevancia en la actualidad se han presentado diversos proyectos de reformas o de leyes en las cuales se pretende regular la maternidad subrogada de forma tal que sea considerada como procedente su aplicación.

Representativo de ello lo es el Distrito Federal y el Estado de Puebla a través de sus proyectos de “Ley de Maternidad Subrogada”, o bien, el caso de Chihuahua con una iniciativa de reforma a su Código Civil donde se incorpora un capítulo en particular sobre ese método.

Para finalizar este apartado es necesario precisar que aunque no exista disposición expresa sobre la permisión de la maternidad subrogada hay quienes realizan una interpretación muy general de ciertas normas civiles que versan sobre derecho a la procreación en términos del párrafo segundo del artículo 4º CPEUM, en donde además se incluye la opción de recurrir a las TRA. Pero como no se especifica cuántas o cuáles son las permitidas, entonces, suponen que en ese vacío legal se encuentra el fundamento para el empleo la maternidad subrogada.

La anterior acontece tanto en el CCDF, como en el Código Civil del Estado de México (CCEM), así como en los Códigos Familiares del Estado de Michoacán (CFamM) y de Zacatecas (CFamZ).²³⁷

²³⁷ Respecto al CCDF recordemos que con la reforma al artículo 4º de la CPEUM en 1974 también se reformó el artículo 162 del primer ordenamiento señalado. Con lo cual se armonizó el texto constitucional con la norma local al establecer el derecho de los cónyuges para decidir de forma libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Posteriormente, debido a ciertos avances tecnológicos en materia de la reproducción humana se modificó ese numeral el 25 de mayo de 2000, por lo que se adicionó “así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia”. Situación similar ocurre en numerales 4.16 del CCEM, 150 del CFamM y 123 del CfamZ.

4. Impacto jurídico social

En este apartado se abordará brevemente algunos aspectos que devienen del empleo de la maternidad subrogada. Como se ha mencionado anteriormente, las consecuencias sociales y jurídicas que puede generar esta práctica impactan fuertemente en esos tópicos.

De la literatura que trata el tema se advierte que en el panorama social un problema trascendental que genera el empleo de la maternidad subrogada, en ambas modalidades, es el de la mercantilización. Además, otros tópicos que van relacionados al impacto social de este medio es el respectivo a su creciente acceso a ella por parejas heterosexuales y homosexuales, así como el empleo de la donación de gametos como auxiliar a la maternidad subrogada.

Por otra parte, como fue analizado en el apartado 3 de este capítulo, la maternidad subrogada tiene diversas complicaciones jurídicas. Un tema que es importante analizar es el respectivo a la filiación, ya que claramente el empleo de la maternidad subrogada repercute directamente a esa institución.

4.1 Mercantilización

Desde cualquier modalidad de la maternidad subrogada se circunscriben ciertos inconvenientes, los cuales, aunque pareciera que se constriñen más en el aspecto genérico lo cierto es que también están presentes en la gestacional. Un punto que es resaltado por la doctrina es el concerniente a la mercantilización que se genera con el uso de ese medio.

En términos económicos, mientras mayor sea la especialización de la atención médica también aumentará su costo. No es ajeno a esa situación lo concerniente a los tratamientos con las TRA, ya sea en los gastos originados por la técnica en sí como en los procesos auxiliares.²³⁸

²³⁸ Recordemos que la maternidad no es una TRA propiamente dicha sino el medio para lograr la consecución de alguna de ellas. De esta manera en el caso de la maternidad subrogada en su aspecto genérico se emplea la IA mientras que en la gestacional será medio para desarrollar una FIV. Pero en sus dos modalidades los costos por el empleo de las TRA son elevados. Además se debe adicionar el costo de los tratamientos auxiliares. En ambas modalidades es necesaria la estimulación ovárica más tratamientos hormonales y gastos médicos de revisión y terapias. Mientras que en la maternidad subrogada gestacional los gastos pueden incrementarse mucho más debido a la transferencia de embriones, criopreservación de embriones sobrantes y adicionalmente el coste se elevará si se tuvo que recurrir a la donación de gametos.

Ante esto determinados sectores han encontrado un excelente nicho de mercado al ofrecer un servicio integral que brinde todos medios para hacer accesible la maternidad subrogada a las personas que así lo decidan, ya sea por algún inconveniente en su fertilidad o porque sea su deseo formar una familia monoparental u homoparental

Han surgido centros donde ofertan paquetes a las personas que estén interesadas en la maternidad subrogada. Incluyen asesoría legal, psicológica, diagnóstico clínico, donación de gametos, TRA y auxiliares, así como la vinculación con la mujer gestante, incluso en algunos casos muestran un catálogo con las características generales de ella.²³⁹

Con la ayuda de internet ha sido más fácil que las personas que se interesen en la maternidad subrogada busquen opciones que cumplan con sus expectativas. Se puede considerar como una excelente inversión para estos centros y también para la mujer gestante ante el fuerte deseo de las personas por tener descendencia.²⁴⁰ Sin embargo, ¿se encuentran dentro de lo ético y lo jurídico?

Si las limitaciones de los derechos recíprocos no encuentran un buen cause donde transitar, respetándose, la procreación puede entrar sin más en la compleja trama del fenómeno capitalista y en los mercados de bienestar, donde deje de ser un valor el sí mismo, para convertirse en un valor de consumo, donde el hijo deje de ser un bien incondicional, y convertirse en un objeto que puede evaluarse según una escala de preferencias contingentes valoradas por los ciudadanos individualmente.²⁴¹

Es delicada esa situación porque la aspiración de tener descendencia puede superar límites cuando no se puede de forma convencional y se tiene que recurrir a otras alternativas. Respecto a la maternidad subrogada los solicitantes pueden ver a la mujer gestante como un mero instrumento, sólo como una incubadora humana.

²³⁹ Esto es más frecuente en centros de reproducción estadounidenses.

²⁴⁰ La adopción, una posibilidad real para constituir una familia, pareciera que no es suficiente para estas parejas, incluso para las parejas del mismo sexo provenientes de países en donde la adopción homoparental es legal y posible. Estas parejas quieren conseguir lo más cercano a un hijo concebido 'naturalmente', por lo que la adopción no satisface sus deseos de descendencia. Amador Jiménez Mónica, "Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada", *Revista en ciencias sociales* CS, Colombia, núm. 6, julio – diciembre 2010, pp. 193 – 217, http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf.

²⁴¹ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 27.

Ante esa necesidad y búsqueda de una solución se hacen presentes intermediarias para vincular a las personas solicitantes con una mujer que esté dispuesta a llevar a término el embarazo. De ello pueden derivar dos cuestiones, aunque no haya intermediario, i) que se trate de una explotación de una mujer debido a su condición socioeconómica, o ii) que sea voluntad de la mujer participar en ese procedimiento debido a los beneficios que puede obtener de aquél.

En cuanto al primer punto, lo acontecido en India debe servir de base para tener un panorama más claro de lo sucedido con esta práctica cuando existe una desigualdad social.²⁴²

Ese país cuenta con un notable desarrollo científico y tecnológico, mismo que en opinión de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)²⁴³, lo han convertido en una potencia mundial en investigación en áreas como la biotecnología, así como en la maternidad subrogada; sin embargo, las mujeres jóvenes de las zonas industrializadas del tercer mundo se han convertido en el insumo principal para esta nueva industria. En ella son difusas las fronteras entre lo orgánico y lo mecánico, en esa nación toman parte las mujeres de más bajos recursos.²⁴⁴

Amador Jiménez indica que en India hay aproximadamente 200,000 clínicas privadas que ofrecen servicios de reproducción asistida. La federación India afirma que es un negocio que pudo llegar a proyectar una ganancia de 2.3 billones dólares anuales en 2012. Mientras que la mujer gestante recibe entre \$5,000 y \$7,000 dólares americanos. La autora precisa que es una suma importante si se toma en cuenta que en ese país una persona de escasos recursos gana entre 60 y 100 rupias por día, esto es, aproximadamente 2 dólares.²⁴⁵

²⁴² Es importante destacar que el turismo reproductivo está presente incluso en Tabasco y ante ello se busca establecer candados con la propuesta de reforma abordada en el tema anterior; sin embargo, mientras exista una desigualdad socioeconómica tan marcada como ocurre en nuestro país no será tan fácil erradicar la idea de obtener un beneficio económico por parte de agencias o de las gestantes. El turismo reproductivo se presenta cuando extranjeros o nacionales acuden a otro país o cierta región dentro de su propio país donde se permite la maternidad subrogada ya que en su lugar de origen o residencia está prohibida.

²⁴³ Por sus siglas en inglés *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*.

²⁴⁴ Amador Jiménez, Mónica, *op. cit.*, pp. 193-217.

²⁴⁵ *Idem*.

De esta manera para las mujeres de escasos recursos, ante una evidente desigualdad política, laboral y económica, inmersas ante diversas necesidades que sufragar encuentran una opción atractiva en la maternidad gestante. En ese contexto, la voluntad plena de formar parte en la relación para que se lleve a cabo esa práctica entra en duda porque son agentes ajenos a esa voluntad que la conducen a tomar la elección.

Al trasladar ese panorama a nuestro país cabe la reflexión de cuántas zonas marginadas puede haber y se podría presentar algo similar a lo acontecido en India. Quizá debido la explotación que se estaba presentando no sólo de nacionales sino de extranjeros a solicitar la maternidad subrogada en Tabasco permitió que los legisladores locales empezaran a replantear la situación de esa figura pues se abre una opción sin cortapisa al turismo reproductivo.

En India, por ejemplo, ese turismo es tangible debido a los costos bajos para llevar a cabo la maternidad subrogada, comparados con Europa o Estados Unidos. La autora en cita precisa que en dicho país el costo es de \$10,000 a \$12,000 dólares, mientras en las otras dos potencias oscila aproximadamente en \$50,000 dólares.

Pareciera que el feto se convierte en mercancía para los centros especializados y para las personas solicitantes, los cuidados y deseos se centran en él. Mientras que los cuidados de la mujer gestante pueden quedar en segundo lugar pues ella debe garantizar el bienestar del feto y la preservación del embarazo. Al firmar el contrato la voluntad de la mujer queda atada a un pacto múltiple: con la clínica, los solicitantes y, en caso tenerlo, con su cónyuge.

Se puede decir, como lo afirma Acosta Arteta, que existe un aprovechamiento de las condiciones de pobreza, ignorancia y corrupción de los países en vía de desarrollo.²⁴⁶

Algunas características que debe tener la mujer gestante, de acuerdo a lo acontecido en el país de referencia, es que debe tener entre 21 a 30 años, no tener antecedentes clínicos de enfermedades de transmisión sexual, no debe fumar,

²⁴⁶ Arteta Acosta, Cindy, "Maternidad subrogada", *Ciencias Biomédicas*, España, volumen 2, núm. 1, 2011, pp. 91-97, <http://www.revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revcienbiomed/article/view/65/60>.

consumir alcohol o drogas, además debe tener por lo menos un hijo y contar con el consentimiento de su marido.

Algo similar a lo descrito pasa en Italia, apunta Cano, que debido a los costos se genera un riesgo en esta práctica donde las jóvenes son reclutadas por organizaciones mafiosas albanesas para que alquilen sus úteros por la cantidad de \$3,000 dólares.²⁴⁷

Otro ejemplo es el suscitado en Argentina, donde una mujer de escasos recursos optó por alquilar su vientre a cambio de una casa para vivir con su numerosa familia.²⁴⁸ La decisión que tomó fue debido a la situación económica en la que se encontraba.

Se debe ser muy cuidadoso, porque parece que es más susceptible la existencia de la mercantilización cuando prevalece una notoria desigualdad económica, pues también se toma como un negocio en el que todas las partes obtienen, a su manera, una ganancia.

En México no hay tanta publicidad de anuncios como en otros países, pero su existencia es innegable. También hay centros que a través de sus páginas de internet ofrecen la maternidad subrogada o mujeres a través de las redes sociales que están dispuestas a ser gestantes. Los costos en los centros especializados pueden elevarse a más de \$120,000 pesos, sin tomar en cuenta otros gastos como revisiones periódicas o la retribución a la mujer gestante. Otros más precisan que los costos pueden ser de \$200,000 a \$300,000 pesos.²⁴⁹

Pero ante esta práctica no sólo se habla de explotación, sino también de la posibilidad de que sin coerción alguna haya mujeres que aceptan ser las gestantes en ese procedimiento. Su justificación radica en la libre disposición de su cuerpo para intervenir de forma consensuada a este medio.

²⁴⁷ Cano, María Eleonora, *op. cit.*

²⁴⁸ Cfr. Marirrodriga, Jorge, "Un embarazo por un piso", *El País*, España, 10 de marzo de 2008, http://elpais.com/diario/2008/03/10/sociedad/1205103605_850215.html.

²⁴⁹ Herrera, Geovanna, "Maternidad subrogada, un anhelo de 137 mil pesos", *La Razón*, México, 14 de abril de 2012, <http://razon.com.mx/spip.php?article118250>. Barboza, Roberto y Torres, Katia, "Renta de úteros, a un click de distancia", *El Universal*, México, 16 de diciembre de 2013. <http://www.eluniversal.com.mx/estados/2013/renta-de-uterus-a-un-click-de-distancia-973256.html>.

Como se expuso no es un hecho aislado de cierta región que se vean anuncios de mujeres ofertando su vientre para personas que deseen tener hijos a cambio de cierta remuneración.

No es exclusivo de las mujeres de escasos recursos el interés en participar en esa práctica, sino también aquellas que tienen una situación económica estable. El argumento recurrente lo hacen constar en el sentido de que no lo hacen por dinero sino más bien para ayudar a hacer feliz a una pareja, pero también hay quienes manifiestan que debido al proceso tan largo y por todas las molestias que pudiera ocasionar la gestación sería bueno recibir un estipendio.²⁵⁰

Si observamos el contexto histórico de esta práctica, comprobaremos que la misma, no siempre se lleva a cabo por una motivación altruista sino que, por el contrario, en muchos casos, la mujer que cede su útero recibe una contraprestación en dinero, además de los cuidados y gastos de manutención durante el embarazo.²⁵¹

Hay que ser cautelosos porque a pesar de que se diga que el apoyo a las personas que acudan a la maternidad subrogada es meramente altruista no hay garantía de que así lo sea. Pueden esconderse otras intenciones y llevar a cabo una simulación para que aparente ser un proceso libre de lucro.

En esta práctica la gestante se disocia de sus sentimientos y de su propio cuerpo al que reduce a un medio que deviene en una máquina. La mujer que ofrece su cuerpo y está obligada a negociar una parte de sí misma queda disociable y manipulable. Tiene que deshacerse de algo de cuerpo que “por contrato” no le pertenece: el/la hijo/a; y todo ello como si no tuviera consecuencias, ni se movilizaran conflictos psicológicos.²⁵²

La anterior es una reflexión atingente sobre el tema. Es indispensable evitar que la reproducción asistida se convierta en un mercantilismo donde se vea a los humanos como un objeto.

²⁵⁰ Al respecto se publicó una nota en el periódico “El País”, donde se entrevistó una pareja de profesionistas, donde la mujer fue madre gestante en dos ocasiones. Manifestaron que debido a las dificultades que presenta esa práctica lo recomendable es recibir una paga, y lo sustentaron con una comparación al decir que los médicos ayudan a las personas y el hecho que sea una labor loable no implica que no tengan que recibir una contraprestación por sus servicios. Cfr. No gesté a los niños por dinero. El País, España, 12 junio 2010, http://elpais.com/diario/2010/06/12/sociedad/1276293603_850215.html.

²⁵¹ Cano, María Eleonora, *op. cit.*

²⁵² Mir Candal, Leila, *op. cit.*

Los seres humanos al estar dotados de dignidad tienen valor por sí mismos, todo lo que afecta a la vida humana desde su concepción hasta su término natural a de ser tratado con gran respeto.²⁵³

Aunque pareciera que en la actualidad se menosprecia ese valor. Ahora el sujeto deviene en objeto de experimentación y fabricación, sin consideraciones que contemplen su estructura psico-emocional, espiritual y volitiva; reduciéndolo a un simple resultado cuya teleología apunta a satisfacer un deseo ajeno.²⁵⁴

Mir Candal explica que los seres humanos ahora son analizados bajo el modo del tener: tiene un cuerpo reparable, descomponible, modificable y manipulable. Con ello el cuerpo pierde su valor ético mientras aumenta su valor técnico y comercial, su disponibilidad científico técnico.²⁵⁵

Debe rechazarse toda idea que haga de la mujer un simple instrumento. El género humano es el hombre y la mujer conjuntamente, investidos de una dignidad igual, destinados a una perfección y a una gloria iguales, pero diferentes, complementándose con sus diferencias.²⁵⁶

Se reitera la basta necesidad de regulación sobre el tema que nos ocupa. Ante la prevalencia de desigualdad de género y una marginación económica es susceptible que se marque aún más la desigualdad social ya que las personas con un poder adquisitivo mayor podrán allegarse a este método, mientras que las personas de bajos recursos pueden ser vistos como un simple instrumento.

Aunado a esto, a pesar de que sea de forma altruista eso no implica que no existan ganancias para las clínicas o intermediarios que se ven beneficiados por esta práctica pues aún así los gastos por la IA o FIV, son elevados lo que genera que sólo las personas con suficientes recursos acudan a ciertos centros para conseguir su anhelo.

Cabe plantear la cuestión de si el Estado debe absorber esos gastos e integrarlos a los planes de salud pública, si es que después de un análisis objetivo y profundo se determinara que es válida la maternidad subrogada.

²⁵³ Grande Aranda, Juan Ignacio y Herrera Molina, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 21.

²⁵⁴ Cano, María Eleonora, *op. cit.*

²⁵⁵ Mir Candal, Leila, *op. cit.*

²⁵⁶ Ibarrola, Antonio de, *Derecho de familia*, 5ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 68.

4.2 Parejas heterosexuales y homosexuales

De ahora en adelante, la sociedad será resultado de la decisión (voluntad) individual, y su fin el de garantizar la felicidad del individuo.²⁵⁷ En efecto, el paternalismo dejó de ser una figura vigente. Ese modelo cambió después de las revoluciones liberales de los últimos siglos, Sánchez Barroso precisa que, ahora la vida moral se constituye de lo privado a lo público, es decir, lo que “yo” o “mi grupo” o “mi colectivo” consideramos bueno es lo que da contenido a lo público. La suma de bienes individuales da como resultado el bien de la sociedad.²⁵⁸

Por lo que, considerar que el hombre es libertad acarrea automáticamente aceptar que ella deba ser concebida como autonomía absoluta; sin embargo, ese pensamiento nos puede llevar a una grave consecuencia al creer que todo deseo subjetivo pueda reivindicarse como si fuera un derecho, es decir, que todos aquellos anhelos que se identifican subjetivamente con la felicidad puedan ser erigidos como derechos humanos.²⁵⁹

Puede observarse que a nivel mundial la reclamación de ciertos grupos sociales incapacitados para tener descendencia han logrado conseguir un marco regulatorio donde se permite la maternidad subrogada. Unos países más liberales que otros. Algunos conceden su empleo sin restricción, ya sea en su sentido genérico o gestacional; otros solamente la gestacional. Inclusive existen leyes en las que es válido el pactar un precio cierto por tal actividad.²⁶⁰

²⁵⁷ Cfr. Arenal Fenochio, Jaime del, “Familia y modernidad”, en Aspe Armella, Virginia (comp.), *Familia. Naturaleza, derechos y responsabilidades*, México, Porrúa – Universidad Panamericana, 2006, p. 141. Así lo concluyó Arenal Fenochio después explicar prestamente el hecho de que una características del surgimiento de la modernidad, hacia los siglos XVI y XVII, lo fue el individualismo. El cual trajo consigo una sociedad de comunidades para pasar a una sociedad de individuos. Esto se reafirma siglos después gracias a las revoluciones liberales propiciando el cierre de la edad moderna y el advenimiento de la época contemporánea, en el siglo XVIII. Inclusive, como ya se ha citado en otras ocasiones, esa figura tiene su auge en lo que se clasifica como edad hipermoderna.

²⁵⁸ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, p. XLI. (Prologo José Antonio Sánchez Barroso).

²⁵⁹ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, 2012, p. 10.

²⁶⁰ Algunos países que no permiten la maternidad subrogada son España, Alemania, Malta Portugal, Suecia, Italia, Bulgaria, Bélgica, Holanda, Estados Unidos (Alabama, Distrito de Columbia, Delaware, Indiana, Iowa, Kansas, Louisiana, Michigan, Nueva York, Dakota del Norte). Países que si la permiten: Rusia, Ucrania, India, Estados Unidos (Arkansas, California, Connecticut, Florida, Illinois, Massachusetts, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Nuevo México, Carolina del Norte, Oregon, Texas, Utha, Virginia, Washington, Virginia del Este, Wisconsin). Países que la permiten con algunas restricciones: Francia, Reino Unido, Australia, Israel, Brasil, Canadá, Estados Unidos (Alaska, Colorado, Georgia, Hawaii, Idaho, Maine, Maryland, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Oklahoma, Pensilvania, Rhode Island, California del Sur, Dakota del Sur, Tennessee y

Indudablemente tanto la heterosexualidad como la homosexualidad son condiciones humanas presentes en nuestra sociedad que determinan la atracción por el otro o por el mismo sexo del individuo.²⁶¹ En ambos casos, las parejas consideran que el proyecto de tener un hijo es una manera de consolidar su relación.

Al no poder tener descendencia algunas personas, ya sea individualmente o en pareja, heterosexuales u homosexuales, acuden a centros especializados en reproducción asistida, pero también encuentran en la maternidad subrogada una posibilidad para materializar su sueño.

En las parejas heterosexuales que enfrentan un problema de infertilidad su mayor deseo es lograr una gestación con sus propios gametos, y tener un hijo con la carga genética de ambos progenitores. Ante esto la adopción no es una alternativa viable para esas personas debido a que no existe el vínculo genético buscado.

No obstante, si uno de los miembros de la pareja es estéril ese anhelo tampoco podrá consumarse aún y cuando se recurra a la maternidad subrogada porque será necesario recurrir a la donación de gametos, ya sea femenino o masculino. De esta forma el hijo únicamente tendrá un vínculo genético con un miembro de la pareja. Por otro lado, cuando ambos son estériles no se tendrá ningún vínculo biológico con el hijo.

A pesar de esas condicionantes, las parejas heterosexuales encuentran en la maternidad subrogada una posibilidad de ser padres ante alguna causa de infertilidad o esterilidad, o bien por alguna otra cuestión de las desarrolladas en el tema 2.4 de este capítulo.

Por otra parte, la existencia de personas que experimentan una atracción exclusiva predominante hacia otras del mismo sexo es una realidad innegable en las distintas culturas.²⁶² El deseo de tener descendencia no es propio de las parejas

Vermon). Cfr. González Martín, Nuria, *op. cit.*, pp. 172 y 173; Scotti, Luciana B., *op. cit.*; Mir Candal, Leila, *op. cit.*

²⁶¹ Romeu, Alberto, *et al.*, *op. cit.*, p. 81.

²⁶² Alonso Novo, Olimpia, "Matrimonio y uniones homosexuales: Asimilar o distinguir", en Álvarez de Lara, Rosa María (Coord.), *op. cit.*, p. 465.

heterosexuales. Ha existido un aumento respecto a las parejas homosexuales que acuden a los centros de reproducción asistida.²⁶³

Cabe hacer énfasis en la acotación que realiza Alonso Novo en el sentido de que sería un error y una manipulación del lenguaje llamar homofobia a toda reflexión crítica que pueda hacerse ante la pretensión de imponer socialmente la tendencia homosexual como una norma.²⁶⁴

En el tema que nos atañe se debe reflexionar si las parejas homosexuales pueden ejercer el llamado derecho a la procreación a través de la maternidad subrogada genérica o gestacional. Lo anterior en virtud de que por las condiciones biológicas de su unión solamente uno de ellos podrá aportar el material genético aunque en el otro miembro de la pareja no exista un problema de esterilidad.

Es decir, en las parejas homosexuales al igual que las heterosexuales donde un miembro sea estéril, el hijo producto de una TRA o maternidad subrogada sólo estará relacionado genéticamente con un integrante de la relación.

El hombre homosexual, carente de útero, no puede reproducirse si no cuenta con el concurso de una mujer, tendría que recurrir a la maternidad subrogada de una mujer que fuera inseminada con sus espermatozoides.²⁶⁵

Mientras tanto, en el caso de parejas lésbicas con intenciones de ser madres también necesitarán de la donación de espermatozoides para que se lleve a cabo a fecundación; no obstante, hoy en día se suscita un procedimiento en el que ambas mujeres pueden participar en la procreación de un nuevo ser a través de la Receptación de Óvulos por la Pareja (ROPA).

Este procedimiento tiene pocos años de existencia pero es cada vez más usual. Su utilización por las parejas de lesbianas surge debido a que las dos guardarían una relación biológica con el bebé.

La ROPA consiste en que una de las dos proporciona sus ovocitos y después se realiza la fecundación en el laboratorio, los embriones son transferidos al útero de

²⁶³ Lavy, Gad, "Útero de alquiler", *Asociación para el Estudio de la Biología de la Reproducción (ASEBIR)*, España, volumen 15, núm. 2, diciembre de 2010, pp. 4-5, <http://revista.asebir.com/assets/asebir-diciembre-2010.pdf>.

²⁶⁴ Alonso Novo, Olimpia, *op. cit.*, p. 65.

²⁶⁵ Romeu, Alberto, *et al.*, *op. cit.*, pp. 89 y 90.

su compañera. Con esto una proporciona el material genético y la otra lleva adelante el embarazo.²⁶⁶

Ese método se presenta cuando ambas mujeres desean participar en el proceso para conseguir a su hijo; sin embargo, también es una posibilidad para las parejas en donde haya sobrevenido una infertilidad de afectación uterina. Una de ellas será quien proporcione los óvulos y a su pareja se le implantará el embrión fecundado.

Dicho proceso tampoco es una TRA propiamente dicha sino que sólo es un medio pues la FIV es la clave principal para que se lleve a cabo. El empleo de la ROPA en la maternidad subrogada únicamente tiene cabida en la de tipo gestacional.

Se puede observar que en los dos tipos de parejas existe un fuerte deseo de descendencia y de familia, en cierta medida marcada por la frustración de no haber cumplido con los roles de género o de la institución familiar a causa de impedimentos físico-biológicos.²⁶⁷

Pero, ¿será un argumento lo bastante sólido para que se considere la maternidad subrogada como una alternativa para superar esa condición? Pareciera que no, en principio porque su empleo más bien va encaminado a materializar el “derecho al hijo” el cual es totalmente diferente al derecho de procreación.

En segundo lugar, se está empleando el término de libertad para acudir a la maternidad subrogada, pero como se analizó anteriormente, ese valor no es la base primordial de los derechos. No se debe perder de vista que el fundamento último es la dignidad del ser humano el cual puede degradarse al considerarlo simplemente un objeto para superar la frustración o para materializar su anhelo.

Conservar la cautela ante estas situaciones es primordial en razón de que nuestra era, como algunos la denominan postmoderna, impera al máximo el individualismo con lo que es fácil perder la objetividad en un análisis sobre el tema por todas las emociones que gravitan en su entorno.

Empero, es deber de los juristas no apartarse de la objetividad en ésta y en otras áreas donde se vea involucrada la dignidad de los seres humanos. La

²⁶⁶ Baccino, Giuliana, “Las familias del nuevo...”, *op. cit.*, p. 62.

²⁶⁷ Amador Jiménez, Mónica, *op. cit.*, pp. 193-217.

regulación que se haga respecto a la maternidad subrogada debe tener en cuenta que el ser que se origina con ella es un ser que dada su naturaleza debe estar protegido por la ley, y aquella es la misma que tiene que garantizar la protección de los individuos para que no se produzcan actos de avasallamiento que, directa o indirectamente, contravengan la dignidad humana. Como lo señala Alonso Novo a nadie se le ofende si se trata de modo jurídicamente desigual a lo que es distinto. Por el contrario, se ofendería a la justicia tratando de igual forma lo que es desigual.²⁶⁸

4.3 Donación de gametos

Para que se pueda llevar a cabo la maternidad subrogada en su aspecto genérico es necesaria la donación del óvulo de la mujer que llevará a término el embarazo independientemente del tipo de solicitantes.

Por otra parte en la maternidad subrogada gestante, en una pareja heterosexual, se recurrirá a la donación de gametos cuando un miembro de la relación sea estéril. De igual forma lo será con personas que desean ser madre o padre de forma individual o en parejas homosexuales pese a que no exista esterilidad, pero debido a su condición fisiológica, les es imposible contar con el segundo gameto de forma natural.

Este procedimiento es complementario de la IA y de la FIV por la necesidad de conseguir los gametos, femenino, masculino o, en algunos casos, ambos, para lograr la reproducción.

El empleo de este procedimiento, al igual que la maternidad subrogada, surge del anhelo de tener descendencia con vinculación genética. La cual a pesar de no ser completa, por no derivar de ambos miembros de la pareja, les es suficiente que exista por lo menos la carga de genes de uno de ellos.

La donación de gametos consiste en obtener óvulos o espermatozoides, de forma gratuita u onerosa, de algún amigo, familiar, de cualquier tercero, o de algún banco de gametos, para poder llevar a cabo la reproducción mediante alguna TRA, que posteriormente culminará en la maternidad subrogada.

²⁶⁸ Alonso Novo, Olimpia, *op. cit.*, p. 466.

Es necesario tener presente la gran distinción existente entre la donación de espermatozoides con la de gametos femeninos. El proceso de la última es mucho más complejo en razón de los tratamientos involucrados para obtener más de un óvulo.

De la misma manera es indispensable visualizar el hecho del surgimiento de diversas problemáticas tanto éticas y jurídicas. Mismas que tampoco se encuentran previstas en el marco normativo de nuestro país.

Uno de los más importantes es el referente si la donación debe ser anónima o no, es decir, que exista registro de los antecedentes del donador. Lo cual guarda relación con el derecho de los hijos a saber su origen.

Al respecto Guzmán Avalos explica la existencia de tres posiciones para abordar el tema. i) El anonimato absoluto, ii) el derecho del hijo de conocer sus orígenes y iii) la ecléctica.

La primera se basa en la privacidad, integridad e intimidad del individuo. Se evita toda publicidad de cómo fue efectuada la procreación. El anonimato tiene un efecto jurídico primordial, no se podrá ejercitar jamás ninguna acción de reclamación de paternidad que pretenda establecer una relación de filiación entre padre biológico e hijo.

En cambio, en la segunda se plantea que los hijos son titulares del derecho inalienable de conocer sus orígenes.

Por último, la tercera como su nombre lo indica es punto intermedio con las anteriores. En ella se fundamenta que el hijo puede conocer su origen genético, con exclusión de la identidad del donante. Además se postula que el niño puede conocer la forma de su concepción y las características del donante al llegar a la edad apropiada, o bien, cuando se requiera esa información para obtener datos que ayuden para algún tratamiento clínico. Asimismo se enfatiza que con la donación no se produce relación jurídica alguna de reclamación de derechos.²⁶⁹

4.4 Filiación

Ahora es turno de hacer un breve análisis de una institución jurídica que puede verse afectada con los avances de la tecnología en materia de reproducción

²⁶⁹ Guzmán Ávalos, Aníbal, *op. cit.*, pp. 81 y ss.

humana. La filiación ha sido considerada como un pilar en el Derecho familiar y eso se debe principalmente a que, como su nombre lo indica, materializa el vínculo primario de la familia, es decir, la relación que surge entre los hijos con sus padres.

Como lo indica Domínguez Martínez la filiación encuentra su origen en la procreación, con la participación de los elementos requeridos para ello y produce automáticamente los derechos y obligaciones del hijo ante sus progenitores.²⁷⁰ El autor precisa que la filiación tiene su origen en la fusión de los elementos orgánicos de procreación de un hombre y una mujer, como fenómeno biológico en cuanto a la concepción del sujeto, una gestación y un nacimiento, con asignación de progenitura.²⁷¹

Saldaña Pérez postula que la filiación deriva del hecho biológico de la procreación, seguida de la gestación y el alumbramiento, con relación al padre se llama paternidad, con relación a la madre se llama maternidad, esta relación existe siempre, como un fenómeno biológico que la ley sencillamente reconoce para atribuirle efectos jurídicos a favor de determinada persona.²⁷²

En efecto, al igual que lo ocurrido con el concepto de familia, la filiación es un vínculo natural antes de ser uno jurídico. Aunque posteriormente es acogido por el Derecho como una institución en donde se establece una relación jurídica entre los hijos y sus progenitores con consecuencias jurídicas.

Domínguez Martínez indica que la filiación puede ser observada desde dos ángulos: uno amplio y otro restringido. El primero consiste en la relación jurídica existente entre descendientes y ascendientes sin consideración en cuanto al número de generaciones entre uno y otro. Se trata en ese supuesto, del parentesco consanguíneo en línea recta sin limitación de grado. Estrictamente considerada, la filiación es el vínculo entre el hijo y su progenitor, de manera directa e inmediata.²⁷³

Explica que se trata de una situación jurídica en cuyo contenido se listan un cúmulo de derechos y obligaciones recíprocos con el padre y el hijo como sujetos y que reconocen su origen simple y llanamente en el hecho de la procreación.²⁷⁴ Pero

²⁷⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Familia*, 3ª ed., México, Porrúa, 2014, p. 468.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 472.

²⁷² Saldaña Pérez, Jesús, *op. cit.*, p. 105.

²⁷³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 468.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 476.

aclara, al citar a Rojina Villegas, que se debe diferenciar el hecho jurídico de la procreación del estado jurídico que constituye la filiación.

“En el hecho jurídico de la procreación, simplemente el derecho toma en cuenta la paternidad o la maternidad, es decir el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre o con la madre. En cambio, en el estado jurídico de la filiación, se puede partir de este hecho biológico, que crea el vínculo de consanguinidad, pero además interviene una situación reconocida por el derecho, que no necesariamente corresponde a la procreación, como ocurre en el reconocimiento del hijo, aun cuando no haya vínculo consanguíneo, o en la filiación adoptiva, en donde la ley le da al adoptado el estado jurídico de hijo, con todos sus derechos y obligaciones, partiendo de que no existe el hecho biológico de la procreación y, por consiguiente, el vínculo de la consanguinidad”.²⁷⁵

Sin duda la esencia primigenia de la filiación es la existencia del vínculo biológico derivado de la procreación, pero también el estado de filiación se presenta cuando no exista relación consanguínea entre las personas, esto en razón de una ficción jurídica en la que se le imputan esos lazos aunque de facto no los haya, por ejemplo, la adopción.

De esta manera se puede hablar que existe la filiación biológica y la filiación legal. La primera deriva del hecho natural de la procreación, mientras la segunda se desprende del vínculo jurídico que liga a quienes ante la ley son padres y madres e hijos e hijas.²⁷⁶ Además, respecto de la primera, dependerá del momento en que se haya dado la procreación para referirse a la filiación matrimonial o legítima y la extramatrimonial o natural.

La filiación matrimonial es el vínculo jurídico existente entre el hijo y sus padres unidos en matrimonio.²⁷⁷ Como lo refiere López Faugier, para que tenga lugar es necesaria la actualización de los siguientes elementos: a) Matrimonio válido o putativo de los progenitores, b) nacimiento del descendiente durante el matrimonio y c) que el descendiente haya sido concebido por la esposa.²⁷⁸

²⁷⁵ *Idem.*

²⁷⁶ López Faugier Irene, “Filiación por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción”, en Sánchez Barroso, José Antonio (coord.), *op. cit.*, p. 146.

²⁷⁷ Zavala Pérez, Diego H., *op. cit.*, p. 251.

²⁷⁸ López Faugier Irene, “Filiación por naturaleza...”, *cit.*, p. 146.

Como lo indica Domínguez Martínez, el trato legal a los hijos del matrimonio, tradicionalmente calificados inclusive como hijos legítimos, siempre ha estado en la cúspide en cuanto a prerrogativas y beneficios legales se refiere.²⁷⁹

Ahora bien, como expone Zavala Pérez, la maternidad legítima y paternidad legítima son indivisibles, es decir, no cabe ser hijo legítimo de una mujer, sin ser, por eso mismo, hijo legítimo del marido de esa mujer. La legitimidad supone necesariamente, que el hijo haya sido concebido por el marido de la madre.

La filiación legítima con relación a la madre gira sobre tres hechos: el matrimonio, el parto y la identidad del ser de cuya filiación se trata con el nacido en el parto. Mientras que respecto a la filiación legítima con relación al padre se determina con base a una presunción: la paternidad se atribuye al esposo de la madre.²⁸⁰ Al respecto es oportuno recordar las máximas romanas “*mater semper certa est*” y “*pater vero is est, quem nuptiae demostrant*”.

Ante ello existen fórmulas que han trascendido siglos. El hijo será legítimo si nace después de 180 días posteriores a la celebración del matrimonio, o bien, si hubiera nacido dentro de 300 días después de la disolución del mismo.

Por otra parte, la filiación extramatrimonial es el vínculo jurídico de los descendientes con sus progenitores, quienes no se encuentran unidos en matrimonio.²⁸¹ Los hijos nacidos en esta circunstancia se le denominan naturales. Ellos a su vez, dependiendo de la regulación existente en la legislación de cada época y de las peculiaridades de la relación extramatrimonial se clasifican en naturales simples, adulterinos, incestuosos.

La filiación natural simple es el vínculo jurídico que une a la persona con sus padres no unidos en matrimonio, pero que no tenían impedimento para contraerlo. En la adulterina, a diferencia de la anterior si existe una imposibilidad para contraer matrimonio debido a que ya existe uno con una persona distinta a los progenitores. Mientras que en la natural incestuosa, también se presenta la imposibilidad de contraer matrimonio pero en razón de la existencia de un vínculo de parentesco entre los progenitores.

²⁷⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 477.

²⁸⁰ Zavala Pérez, Diego H., *op. cit.*, p. 251.

²⁸¹ López Faugier Irene, “Filiación por naturaleza...”, *cit.*, p. 146.

Al paso del tiempo el trato legislativo que se les dio a los hijos procreados fuera del matrimonio fue variante. Domínguez Martínez precisa que en el Código de Napoleón los hijos naturales, fruto de una relación fuera del matrimonio, pero sin impedimento para contraerlo, podían ser objeto de reconocimiento, no así los adulterinos, ni los incestuosos, quienes tampoco podían investigar la paternidad o maternidad, incluso se les tenía como una vergüenza de la sociedad.

En el Código Civil de 1870, si el hijo no era legítimo, en el acta de nacimiento se asentaría el nombre del padre o de la madre que expresamente lo pidieren; si no lo solicitara, se registraría como de padre o madre no conocido, según el caso, de haber sido adulterino, sólo podía asentarse el nombre del progenitor soltero y de haber sido incestuoso, sólo se anotaría el nombre de uno de ellos. Los hijos adulterinos e incestuosos no podían ser reconocidos, ni investigar la paternidad o maternidad.

La rigidez del trato observado continuó en el Código Civil de 1884, sólo que respecto a los hijos espurios se optó que serían objeto de “designación”, pero se trata de un reconocimiento aunque disfrazado, con el pretexto de evitar confusiones.

Por su parte en la Ley de Relaciones Familiares desapareció la calificación de hijos espurios. El legislador de esa época consideró un estigma para aquéllos señalados así. Del texto del ordenamiento se desprende la prohibición terminante de la investigación de la paternidad y de la maternidad, con algunas excepciones, también se previó que cualquier hijo nacido fuera del matrimonio es un hijo simplemente natural y que el padre ya pudo reconocer al hijo que hubiera nacido de una relación adulterina.

Mientras que en el Código Civil de 1928, hizo referencia explícita a la filiación legítima, con la calificación y previsión de un capítulo para los hijos de matrimonio, otro para la legitimación y otro para el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, en el que incluye la investigación tanto de la paternidad como de la maternidad. El reconocimiento de hijo quedó admitido en todo caso para ambos progenitores, salvo en el caso de la mujer casada quien no podía reconocer un hijo que hubiere procreado con otra persona distinta de su cónyuge.

En cuanto al nombre del hijo natural, en el acta de su nacimiento se anotaba en un principio el primero o único apellido del progenitor que reconocía. Un único apellido ponía en evidencia que el sujeto era resultado de una relación extramatrimonial. En 1976 el sistema legal cambió para indicar que el reconocido llevará los dos apellidos del reconociente único.

En el CCDF de 2000 la regulación de la filiación fue tocada en más de la mitad, En ésta ya no se menciona a la paternidad y filiación, sino sólo filiación, seguramente para no hacer menos a la maternidad; desaparece la fórmula de los hijos de matrimonio y se sustituye por la de disposiciones generales, para erradicar cualquier distinción cuyo factor de calificación sea el matrimonio, aun 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, aunque esto sea un pleonismo; congruente resulta la supresión de la legitimación y la desaparición de la alusión a los hijos fuera de matrimonio. Así 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 referencia entre unos hijos y otros.²⁸²

Ahora bien, no sólo se regula la filiación matrimonial y la extramatrimonial, sino que también la filiación legal. Ésta deviene de la adopción o del empleo de TRA. En ambas se les concede la equivalencia de la biológica.

La filiación adoptiva es un acto jurídico por medio del cual se constituye un vínculo paterno filial o materno filial, o ambos, con un menor como si se tratara de un hijo consanguíneo. Se regulan 2 tipos de instituciones adoptivas la simple y la plena.

La primera tiene como característica principal que sólo va a generar derechos y deberes entre el adoptante y el adoptado, por lo cual la filiación y el parentesco sólo se generan entre ellos y no es extensible a la familia del o los adoptantes. Mientras que la plena se incorpora de los descendientes hasta las últimas consecuencias, la relación jurídica no se restringe únicamente al adoptado y adoptante, sino también a la familia extendida del adoptante.²⁸³

²⁸² Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, pp. 487-497.

²⁸³ López Faugier Irene, "Filiación por naturaleza...", *cit.*, p. 152.

Como se mencionó, dentro de la filiación legal también podemos encontrar la proveniente del empleo de TRA. La cual, se dice, que por regla general tiene su origen en el acuerdo de voluntades entre el hombre y la mujer, que se someten a estas técnicas para tener descendencia, aunque en dicho acuerdo también pueden intervenir más personas, dependiendo de los aportes genéticos utilizados en esos procesos.

Es por ello que en ocasiones ese tipo de filiación no tiene un carácter biológico sino exclusivamente jurídico. Se trata de una filiación legal, en virtud de que el vínculo jurídico se actualiza en función de la imputación de la ley y sólo existe en los casos previstos por la misma.²⁸⁴

La aplicación de la tecnología en la totalidad del proceso de la gestación de un ser humano, da lugar que por primera vez en la historia, un individuo pueda ser descendiente de hasta cinco personas a la vez. En este caso 2 hombres y 3 mujeres al mismo tiempo.²⁸⁵

Ahora bien en el tema central que nos atañe, sin considerarla una TRA por los motivos expuestos a lo largo del trabajo, cabe mencionar que también conlleva a una serie de complicaciones respecto en la filiación.

En el caso de la maternidad subrogada en su aspecto genérico y en el gestacional. Ya que en ambas convergen otras mujeres a las que se les puede atribuir la maternidad. Por un lado quien aporta el material genético y por el otro quien gesta y da a luz.

Se debe considerar si la imputación del nexo filial se hará privilegiando, el nexo biológico o el nexo biosíquico del embarazo con la gestación.²⁸⁶ Asimismo, otro factor que puede influir en determinar el vínculo filial lo puede ser la voluntad procreacional.

Además hay que tomar en cuenta que generalmente esa práctica se hace constar en un contrato lo cual contraviene a la filiación ya que ésta no puede ser

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 150.

²⁸⁵ López Faugier Irene, "Los métodos de reproducción asistida y su impacto en la filiación" en Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio, (Coords.), *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa*, México, Colegio de profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho UNAM, 2014, p. 151.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 152.

materia de convenio entre las partes, ni de transacción, debido a la relación que se genera con el padre y la madre, para formar el núcleo primario de la sociedad.

En este sentido cabe precisar que en ciertas legislaciones que abordan el tema suelen imputar el nexo filial a la mujer que ha dado a luz, esto es, la filiación es determinada por el parto. Ejemplo de lo anterior, es lo acontecido en España, donde en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida,²⁸⁷ en su artículo 10 se establece:

“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

²⁸⁷ Gobierno de España, Boletín Oficial del Estado, número 126, 27 de mayo de 2006.

CAPITULO III

CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DISTRITO FEDERAL

1. Necesidad de regulación

La maternidad subrogada indudablemente ha sido un método inmerso en polémica y puntos de vista divergentes. Hay quienes la postulan como una manera ideal para tener descendencia propia. Una alternativa para superar la infertilidad, o bien la esterilidad. Además, también la contemplan como una opción para poder ser madre o padre sin necesidad de que exista la concurrencia de una pareja, o que aquella sea del mismo sexo.

Es un acontecimiento vigente en nuestra sociedad el cual ha proliferado en diversas regiones del país. Es innegable el incremento de los solicitantes, las clínicas, intermediarios y mujeres que intervienen en ella. Ese fenómeno es más fácil visualizarlo en el Estado de Tabasco.

Independientemente del motivo por el que se acuda a esta práctica lo importante es la existencia de una legislación clara y concisa sobre el tema que nos ocupa debido a que el derecho ha quedado rezagado ante los avances tecnológicos.

Urgente es la presencia de una normatividad general que ahonde sobre las TRA y en esa regulación se incluya la maternidad subrogada, pero no como una más de esas sofisticadas técnicas sino como el medio para desarrollar una variante de la IA o de la FIV, según sea maternidad subrogada genérica o gestante.

Igualmente debe existir una regulación donde se haga presente el pronunciamiento de los alcances que se pretenden al incluir en un contrato las obligaciones relacionadas con ese método para garantizar su cumplimiento.

En este capítulo será oportuno analizar, precisamente, esos alcances que se le quieren atribuir. Se hará tomando en cuenta la Teoría General del Contrato como es que se pretende regular esa figura. Empero es necesario plantear cómo es que se llegó a la necesidad esa regulación.

1.1 Avances tecnológicos

Los seres humanos desde sus orígenes han buscado la forma de encontrar una manera para superar sus limitaciones. Al valerse de su inteligencia ha buscado la forma de desarrollar técnicas con las que a su vez puedan originar mecanismos

para facilitar su vida cotidiana. Aunque en ocasiones las grandes invenciones fueron fruto de accidentes en los cuales no se pretendía llegar a éstas.

En cada época de la historia y en cada cultura se han desarrollado diferentes técnicas que han dado como resultado instrumentos para mejorar de algún modo las condiciones sociales de las personas.

Efectivamente, el perfeccionamiento de esas técnicas ha abarcado en todas las áreas de la vida cotidiana de los seres humanos. Tanto que incluso hoy en día han acontecido eventos que otrora eran impensables. Cambios vertiginosos que, en algunos casos, parecieran que son obras de ciencia ficción.

El deseo de los seres humanos de tener hijos siempre ha estado presente y en la actualidad, al verse imposibilitados para lograrlo de forma natural, la biotecnología abre una posibilidad para tal fin.

Los descubrimientos respecto a los avances científicos y tecnológicos han posibilitado el desarrollo y empleo de las TRA. Javier Gafo expone que el dinamismo de las técnicas biomédicas se encuentra en actividad desbordada, tanto que antes de lograr reflexivamente una valoración y asimilación social, ética y jurídica ya surgió una nueva.¹

Ciertamente, hasta hace unas cuantas décadas la única alternativa que tenían las personas que no podían ser padres debido a algún caso de infertilidad o esterilidad era la adopción. En cambio en la actualidad existe un abanico de alternativas para dejar de lado esas condicionantes.

En 1785 *John Hunter* realizó los primeros tratamientos de reproducción asistida a través de una rudimentaria IA; sin embargo, logró un embarazo que culminó con el nacimiento de un niño sano.²

Pero fue a mediados del siglo anterior es donde tuvo auge la sofisticación y perfeccionamiento de diversas TRA, mismas que han brindado la posibilidad de ser padres a personas, que debido a cierta disfunción reproductiva o por el deseo de integrar una de las nuevas formas de familia, no podían hacerlo.

¹ Gafo, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana, biomedicina, ética y Derecho*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 1986, p. 89.

² Cfr. Baccino, Giuliana, "Las familias del nuevo milenio", en Baccino, Giuliana (ed.), *Reproducción humana asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2014, colección Ciencias de la Salud, p. 55.

Una de las particulares características del siglo pasado fue sin lugar a dudas el gran avance tecno-científico alcanzado por la humanidad. Particularmente en la segunda mitad del siglo XX el hombre de ciencia logró profundizar en muchas áreas y especialmente fue así en los procesos biológicos relativos a la vida humana. En esa época emergió lo que ahora se conoce como ingeniería genética.³

El poder de la intervención del avance científico sobre el proceso biológico de la procreación, antes controlado naturalmente, ha desatado gran polémica. Se dice que con ello se despierta en el individuo el deseo de acceder a la libertad de elegir la procreación artificial y la presión de la comunidad para utilizarlo en su provecho.⁴

Es que en presencia de la imposibilidad para procrear hijos por su infertilidad, los seres humanos generaron mecanismos para superar ese óbice. Chiapero indica que la procreación humana ha dejado de ser un hecho natural y fisiológico, para convertirse en un hecho artificial y asistido.⁵

Es así que es posible hablar de la disociación que existe entre la sexualidad y la procreación. Lo cual ahora es posible debido a las diversas alternativas de procrear mediante el empleo de las TRA, o bien con el auxilio de una segunda mujer para que lleve a término la gestación.

Como lo indica Chiapero, los avances en materia de biomedicina han ampliado notoriamente las posibilidades de intervención sobre la naturaleza humana y su facultad generativa, lo que supone un serio desafío para la sociedad, la ciencia del derecho y la libertad del hombre.⁶

Porque es normal que esos sorprendentes avances traigan aparejado grandes desafíos dignos de reflexión debido al impacto que generan en la sociedad, en las modificaciones que originan a diversas instituciones perpetuadas desde hace muchos años.

³ Mendoza Cárdenas, Héctor A., *Reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, UANL-Fontarama, 2011, p. 9.

⁴ Chiapero, Silvana María, *Maternidad subrogada*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 1.

⁵ *Ibidem*, p. 12. Aunque también se debe tener en consideración lo expuesto por Santamaría Solís respecto que propiamente no es adecuado usar el término artificial debido a que no se suplantán los gametos con elementos no biológicos o artificiales. Cfr. Santamaría Solís, Luis, "Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos", *Cuadernos de Bioética*, España, Volumen XI, número 41, enero-marzo de 2000, pp. 37-47, <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>.

⁶ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 12.

Indudablemente la aparición de esas nuevas técnicas implicó el planteamiento de retos éticos y respuestas socioculturales.⁷ Eso se debe en gran parte a que el deseo de tener hijos y el interés médico científico para superar cualquier obstáculo que se interponga para lograrlo han hecho posible la aparición de la maternidad subrogada.

Este procedimiento, como algunos otros, no empieza en las profundidades del cuerpo femenino sino en el laboratorio, donde genes, embriones y fetos son fiscalizados por el control médico.⁸

Tomasini Bassols expone que la ciencia en la actualidad puede entenderse, simultáneamente, tanto como la panacea y caja de Pandora. Por lo que es menester tanto impulsar su desarrollo pero también aprender a neutralizarla.⁹ Esto último en razón de que debe existir un punto medio para su regulación, pues no se trata de marginarla sino que se conduzca por un camino en el que sirva a la humanidad y no se conciba de ninguna manera a los individuos como instrumentos de ésta.

El mismo autor comenta que se debe aprender a distinguir entre lo que podríamos llamar avances ‘médico-cognitivos’, por una parte, y los usos a los que podríamos referirnos como ‘médico-comerciales’, por la otra. Ni mucho menos es el avance del conocimiento lo que se pretende frenar, sino la mercantilización del conocimiento. En este caso, como puede fácilmente entenderse, terminamos comercializando la vida humana misma.¹⁰

Ergo, respecto al tema central de este trabajo, es indispensable una regulación de esta práctica con un perfil preventivo, es decir, establecer los parámetros necesarios para que se evite la instrumentalización del ser humano, su cosificación, como acontece en ciertos casos expuestos en el capítulo anterior.

Además, también es indispensable que en esa norma se prevea como evitar los fenómenos del turismo reproductivo y mercantilización, para no encontrarnos a lo

⁷ Mir Candal, Leila, “La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, *Revista Redbioética/UNESCO*, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética, Vol. 1, Núm. 1, julio, 2010 http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf.

⁸ *Idem*.

⁹ Tomasini Bassols, Alejandro, “Maternidad Subrogada y Racionalidad”, *Analogía*, México, Año XVII, No. 2, 2003, <http://www.filosoficas.unam.mx/~tomasini/ENSAYOS/Subrogacion.pdf>.

¹⁰ *Idem*.

acontecido en India o en Estados Unidos, donde pareciera que la dignidad humana queda avasallada por el deseo a toda costa de tener descendencia.

Se reitera, no se trata de atribuir cualidades en extremo perversas al desarrollo tecnológico, sino que se trata de enfocar ese perfeccionamiento al bienestar de los seres humanos. Puesto que no sólo en la maternidad, la ciencia y la tecnología han ayudado significativamente el desarrollo de los seres humanos, pero un mal empleo de ellas también puede llevar a una gran afectación a su naturaleza.

Para concluir con este apartado, no hay que perder de vista un rasgo curioso de la dimensión moral del hombre, como lo menciona Tomasini Bassols, que es la constante expansión de sus horizontes. En efecto, en la actualidad enfrentamos dilemas que hasta hace un par de generaciones eran sencillamente impensables, por ejemplo, determinar quiénes son los padres de una persona, otrora eran inimaginables y no habrían podido ni siquiera plantearse. No obstante, el permanente, lineal e incontenible avance de la ciencia coloca al hombre ante conflictos nuevos para los cuales éste no está preparado.¹¹

1.2 Cambios sociales

La evolución de la humanidad se logró gracias a grandes acontecimientos que dieron paso a hitos históricos que marcaron su destino. Seres con capacidad cognoscitiva que nos diferencia de otros de la misma escala taxonómica.

Gracias a eso es que a lo largo de la historia se han dado cambios revolucionarios en todas las áreas que le rodean. Implica que en cada época existieron avances científicos y tecnológicos que ocasionaron variaciones en su aspecto social generando nuevos comportamientos.

En nuestros días los cambios se marcan más que en otros tiempos. En el tema anterior se mencionó que los avances tecnológicos conllevan al planteamiento de nuevos retos éticos y culturales.

Respecto a maternidad subrogada se discierne que el empleo del desarrollo de la biotecnología ha hecho posible la disociación de la maternidad. Antes sólo era posible hablar de maternidad de origen biológico o por adopción. Ahora, además de

¹¹ *Idem.*

éstas incluye la posibilidad de la madre genética, o de aquella que tiene la voluntad procreacional.

Baffone ha identificado las siguientes modalidades:

I) Maternidad plena: Engloba la relación biológica (genética y gestacional) de la mujer con el niño y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que son parte de la maternidad; II) Maternidad genética: Se refiere a la donante que proporcionó los óvulos; III) Maternidad gestacional: Es relativa a la mujer que se encarga de la gestación de un embrión, a partir de un óvulo donado; y IV) Maternidad legal: Se refiere a cuando la mujer asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, sin que exista entre ellos algún vínculo biológico.¹²

La máxima romana *mater semper certa est* parecía un principio indiscutible e inmutable porque la maternidad estaba cimentada en una realidad biológica y ostensible: la gestación y el alumbramiento.¹³ Tal y como se había expuesto con anterioridad, la maternidad no necesitaba acreditarse porque existía certeza del vínculo prevaleciente entre la madre y el hijo en virtud de la gestación y parto; sin embargo, hoy en día ya no es tan fácil recurrir a ese principio debido a las innovaciones científicas enfocadas a la fertilidad.

En nuestros días podemos encontrarnos con diversas situaciones en donde el viejo aforismo latino queda a un lado, por ejemplo en la maternidad subrogada.¹⁴ En ese proceso no es tan sencillo determinar quién es la madre. De tal modo surgen interrogantes de si lo es la mujer que gesta y pare aunque no hubiese aportado elementos genéticos, o lo es la mujer que aportó el material genético.

¹² Baffone, Cristiana, "La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 137, mayo-agosto de 2013, pp. 442-470, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art1.pdf>.

¹³ Goyena Copello, Héctor Roberto *et al.*, *Familia, tecnología y Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 123.

¹⁴ Es indiscutible que con los avances científicos y tecnológicos es posible replantear aquel principio, ya que ahora es más bien una excepción, pues con la maternidad subrogada es posible que la mujer que gesta no sea la madre genética del feto. Hoy, por ejemplo, en virtud de la TRA es posible que una mujer admita que se le implante un embrión humano proveniente de la fecundación de un óvulo que no es suyo, con el encargo de adelantar y culminar el proceso de gestación y de entregar su producto a la persona comitente. Cfr. *Ibidem*, p. 125.

Indudablemente estamos inmersos en una vorágine de cambios sociales, eventos que confluyen a una velocidad considerable, los cuales en buena medida fueron impulsados por los avances científicos y tecnológicos, mientras que por otra parte también influyó la, globalización, desarrollo de la economía y los intercambios culturales.

Para ejemplificar podemos hacer mención de la situación que padecía la mujer en décadas pasadas,¹⁵ cuando era impensable que se le incluyera en cargos de suma relevancia, mientras que ahora podemos vislumbrar su inclusión en puestos importantes para el fortalecimiento del país.¹⁶

Es oportuno señalar la importancia del reconocimiento jurídico y la educación de la población, en aquellos valores y principios que dignifican a la mujer como ser humano, ya que en muchos casos no tiene las mismas oportunidades de empleo, de formación y promoción para ingresar y progresar en todos los sectores del mercado laboral; además trabaja fuera del hogar, y continúa, en la gran mayoría de los casos, desempeñando dos tareas: la de su antiguo rol como ama de casa y el nuevo como trabajadora ejecutiva o empleada.¹⁷

Reiterando la rapidez con lo que se van presentando ciertos cambios en la sociedad es que el derecho no se puede quedar atrás y en ese aspecto se han regulado ciertos tópicos de esa evolución social. Sin que ello implique que todas esas reformas sean acertadas, se adecuen y prevean de forma correcta los alcances, límites y variantes que puedan suscitarse en la celeridad de los eventos sociales.

¹⁵ Aunque desafortunadamente no se han erradicado esas conductas dado que en la actualidad se siguen suscitando eventos por más despreciables que atentan contra la dignidad de la mujer, la violencia a su persona. Situación que recientemente llevó a la modificación del Código Penal para el Distrito Federal y establecer el capítulo denominado *Del Femicidio*, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 26 de julio de 2011. La discriminación, aunque si bien no son los mismos parámetros comparativos existentes en épocas pasadas; no obstante, se debe puntualizar que son situaciones que aún existen en nuestro país.

¹⁶ Para la consulta de un estudio detallado referente a la condición jurídica de la mujer en México a través de diversas épocas, véase Magallón Gómez, María Antonieta, "Derecho de la mujeres en México, logros y realidades", en Sánchez Barroso, José Antonio (coord.), *Cien años de Derecho civil en México 1910-2010*, México, Colegio de profesores de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2011, pp. 121 y ss.

¹⁷ *Ibidem*, p. 133.

De tal suerte en el caso que nos ocupa, se comparte la aseveración que en la última década podemos advertir múltiples reformas que han deformado injustificadamente algunas instituciones de lo familiar.¹⁸

Aunque hay quien dice que con este tipo de reformas se ha logrado un gran avance en los ordenamientos jurídicos de nuestro país propiciando que se encuentren a la vanguardia y estén al nivel de algunos países desarrollados; sin embargo, esa expresión no es suficiente para que se aplaudan las mismas. Algunas veces el legislador hace a un lado el fondo de lo que verdaderamente se debe tutelar abriendo paso a una regulación breve, ligera y por demás escueta. Algunas exigencias realizadas por ciertos grupos sociales, reclamos que acoge el legislador con visiones más electorales que de bienestar común.

Debido a ello hay quien sostiene que tal parece que los legisladores han tomado las instituciones de lo familiar para llamar la atención de la ciudadanía con fines electorales, aprobando reformas que nada tienen que ver con la realidad social, erosionando su seriedad, algunos cambios son tan radicales que han alterado instituciones que se habían venido depurando por siglos.¹⁹

Es por ello que también resulta necesaria la existencia de una legislación laboral en donde se consagren los derechos laborales de las mujeres atendiendo fundamentalmente su integración a algún trabajo en el que se le otorguen las condiciones necesarias para que, en su caso, no postergue su etapa reproductiva, o bien no deje de velar por su hogar.

¹⁸ Saldaña Pérez, Jesús, "Evolución de las instituciones de lo familiar", en Sánchez Barroso, José Antonio (coord.), *op. cit.*, p. 120.

¹⁹ *Idem.* Cabe puntualizar que el autor en su artículo hace un estudio de cómo se han venido deformando las instituciones de derecho familiar avocándose al matrimonio, filiación, adopción y el divorcio. Respecto a la erosión de las instituciones que se ha presentado recientemente podemos ejemplificar esa situación con la propuesta de la reforma en la que se presentan capitulaciones familiares respecto a la duración del matrimonio, el cual no podrá ser menor de dos años, concluido ese lapso se decidirá si se renueva el matrimonio o se disuelve. Iniciativa con proyecto de decreto para reformar diversas disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Gaceta Parlamentaria, núm. 169, año 3, 27 de septiembre de 2011.

Quizá otra opción para que se pueda concretar ese acontecimiento es el apoyo de su pareja en las funciones familiares, buscando una paridad entre los deberes que anteriormente le eran consignados tajantemente a la mujer.²⁰

De esta manera, Carreras Lomelí establece que la masculinización de la vida doméstica redundará en la formación de mejores personas y ciudadanos.²¹ Esta idea surge como una posible solución a la dificultad surgida no hace mucho tiempo derivada de la inclusión de las mujeres al mercado laboral, debido a que en el mundo que vivimos es una realidad que no se puede estar fuera del ámbito laboral, pues es latente la necesidad de buscar un trabajo remunerado para ambos géneros.

Ahora bien, hoy en día es innegable que algunas mujeres aplazan el ser madre dentro de su etapa reproductiva para no desatender sus obligaciones laborales. No se trata de estigmatizar a la mujer por el hecho de postergar su embarazo después de todo cuentan con el poder de decidir al respecto. Aunque la situación se complica si esa decisión se deja llevar por presiones sociales.

Lo anterior tiene que ver con el concepto de éxito que se tiene en la actualidad, es decir, cuando la pretensión de ser un buen padre o una buena madre es vista más como un atributo para adornar el éxito social y no como una cualidad sustancial.²²

Debemos recordar que en nuestra época cabe la posibilidad de que sea en la familia donde generalmente se transmite con cierta frecuencia la confusión entre lo que está bien y lo que está mal; en donde el hedonismo y la masificación reinan como prioridades, en donde el éxito y el ámbito de lo público se consideran

²⁰ Al respecto, muchos autores establecen que la familia está en crisis, sus funciones fundamentales se han debilitado, el hogar se ha convertido en una especie de hotel, los padres delegan en la escuela la educación de sus hijos y la transmisión de valores y la mujer, al integrarse al mundo laboral, abandona los trabajos domésticos sin que varón se solidarice y la apoye. Cfr. Carreras Lomelí, María Teresa, "Cómo realizar un proyecto de vida familiar ante la realidad actual", en Ramírez García, Hugo Saúl (coord.), *Familia, semántica de humanidad memorias de las II jornadas universitarias sobre la familia*, México, Porrúa – Universidad Panamericana, 2012, p. 18.

²¹ *Ibidem*, p. 19.

²² *Idem*. Respecto a ello, la autora también expone que esas presiones sociales, referentes del éxito social, llevan a olvidar la función educadora, la responsabilidad de los padres y la responsabilidad que conlleva.

jerárquicamente más importantes que la propia intimidad e integridad de las personas.²³

Existe la yuxtaposición, en donde por un lado quizá haya mujeres que anhelan la plenitud surgida del hecho de ser madre, pero por alguna razón fisiológica o patológica no la puedan alcanzar. Mientras que en oposición a ese supuesto, pueden existir mujeres que se quedaron arraigadas con la idea de lograr la plenitud derivada del éxito social y económico sin que tuvieran como prioridad el ser madre. No obstante, también se puede presentar el escenario en donde este segundo grupo de mujeres quieran ser madres, aunque quizá, por la temporalidad del desarrollo biológico, ya sea tarde.

La posibilidad de que se recurra a la maternidad subrogada se hace latente en esos supuestos. Es en este contexto, al preferir su desarrollo económico y elevar su *status* social dejando en segundo término a la maternidad, pero hay quienes visualizan como una alternativa viable el recurrir a una segunda mujer que lleve la gestación.

Aunque se debe tomar en cuenta que a la mujer que le asistirá para que se lleve a cabo la maternidad gestante le recaerá una gran carga, psicológica, laboral, familiar, etc.

Algunas personas entienden que el acceso a la fertilidad es una prerrogativa absoluta, como se analizó en el capítulo anterior, se busca el derecho pleno de decidir, sin injerencia alguna del Estado ni del derecho, no sólo sobre la propia sexualidad, sino sobre la facultad absoluta de procrear con el auxilio de la ciencia biomédica, sin ningún tipo de limitaciones.²⁴

De esta forma la maternidad subrogada supone, pues un nuevo paso en el desarrollo de los procesos que mediante la IA o la FIV se logra de procreación, indudablemente ese proceso ha cruzado las paredes de los laboratorios y se encentra en las calles. Es ya una realidad social con el correspondiente impacto.

El fin de la maternidad subrogada es para las personas con infertilidad más sustitutivo que terapéutico o curativo. Pretende ser una ayuda para tener un hijo y

²³ Meade Ruíz de Olloqui, María Cecilia, "La inteligencia familiar", en Ramírez García, Hugo Saúl (coord.), *op. cit.*, p. 39.

²⁴ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 18.

lograr una maternidad deseada imposible de obtener o no querida por otros caminos naturales, artificiales o adoptivos.²⁵

La tradicional maternidad a través de la cual una mujer se embarazaba con los gametos de su pareja y después de un término aproximado de nueve meses daba a luz, no es ya la única manera de tener hijos.²⁶

Una posibilidad es que una mujer aporte el óvulo, otra geste el embrión y una tercera, que encargó el proceso, se quede con el niño. De este modo, la maternidad quedará fragmentada y nadie podrá considerarse como la única madre.²⁷

Sin duda en nuestro contexto social ya se hizo presente ese fenómeno desde hace un par de décadas, generando consigo una serie de complicaciones. Al respecto, podemos citar el incremento del turismo reproductivo al considerar los costos más bajos para recurrir al maternidad subrogada que en otros países.

Ante la apertura de este proceso debemos reflexionar si es permisible que el cambio social implique el hecho de que en la maternidad subrogada genérica se entregue al propio hijo al término del embarazo; o bien, en la maternidad subrogada gestante se conciba a la segunda mujer como el instrumento ideal para materializar el anhelo de tener un hijo.

Aunque pasen los años y existan cada vez más sorprendentes avances tecnológicos debemos de tener en claro que algo que no debe cambiar es el respeto a la dignidad de los seres humanos. Más en esta época donde el hedonismo está presente. El respeto a esa dignidad será fundamental para regular los acontecimientos presentes y futuros.

También se debe tener énfasis en los puntos que de forma directa o indirecta influyan en la familia, al ser el pilar central de la sociedad. Debido a que sí en este núcleo primario acontecen situaciones en donde haya falta de valores eso repercutirá negativamente en la sociedad porque los individuos se forjarán con

²⁵ Gafo, Javier, *op. cit.*, p. 92.

²⁶ Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?", en Brena Sesma, Ingrid (Coord.), *Reproducción asistida*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, p. 139.

²⁷ Brena Sesma, Ingrid, *¿Autonomía en la maternidad subrogada?*, V Congreso Latinoamericano y I Congreso Centroamericano, "Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos", Guatemala, 5 de mayo de 2010, p. 2.

pensamientos de consumismo²⁸ y narcisismo, las cuales no son ajenas a nuestra actualidad.

González Marín indica que estamos ante la proliferación de la institución familiar en donde los valores o percepciones de necesidad, utilidad, validez de la misma están poco “cotizadas” y de ahí la falta de interés de conformar un seno familiar, en sus distintas modalidades, y todo lo que de ello deriva. En comparación con otros tiempos existe el incremento de uniones esporádicas o de poca duración, búsqueda de los hijos en edades avanzadas, con la consabida dificultad para acceder a la paternidad y maternidad, el empleo indiscriminado de técnicas anticonceptivas, enfermedades como el estrés.²⁹

2. Análisis del contrato de maternidad subrogada

Como se observó en diversos apartados del capítulo que precede la forma en la que las personas regulan los derechos y obligaciones concernientes a la maternidad subrogada es la de un contrato.

Lo hacen con la intención de prevenir el hecho de que a las personas solicitantes no se les quiera entregar al bebé una vez que haya finalizado el embarazo. También pactan abstenciones de la mujer gestante durante el proceso e inclusive la forma en la se pagarán los gastos médicos, clínicos y los tratamientos para realizar la maternidad subrogada.

Pero, ¿esa forma de querer regular dicha figura corresponde verdaderamente a un contrato? Es turno de analizar lo que en la doctrina y en la práctica se conoce como contrato de maternidad subrogada.

Se abordará el tema teniendo como base la legislación sustantiva civil para el Distrito Federal, en algunos aspectos se tomará la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, la cual si bien fue aprobada en el 30 de noviembre de 2010 por la Asamblea Legislativa, la misma no fue publicada. Sin embargo, en ella se

²⁸ Estamos en un mundo caracterizado por su fluidez, opuesto a lo sólido y lo durable, donde se aborrece todo aquello que exija esfuerzos sostenidos y no ofrezca inmediata satisfacción. Villalobos Pérez-Cortés, Marveya, “Orden funcionamiento en la familia, en Aspe Armella, Virginia (comp), *Familia. Naturaleza, derechos y responsabilidades*, Porrúa – Universidad Panamericana, 2006, p. 227.

²⁹ González Martín, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en Brena Sesma, Ingrid (Coord.), *Reproducción...*, cit., pp. 163-164.

encuentran aspectos muy similares al proyecto presentado en la Legislación del Estado de Puebla, Chihuahua y Sinaloa.

2.1 Finalidad del contrato

La importancia del contrato en general ha sido de gran trascendencia para la realización de actividades de intercambio entre las civilizaciones. En éste se materializa la concurrencia de voluntades.

La figura contractual puede parecer especialmente idónea para dar cauce a la autonomía personal, pues históricamente el contrato ha supuesto y supone todavía una forma de establecer vínculos más allá de las formas tradicionales predeterminadas por la adscripción a un estatus.³⁰

Ahora bien, la tendencia para regular el fenómeno mediático de la maternidad subrogada ha sido a través de un contrato donde convergen múltiples voluntades para llevar a cabo la procreación y la obtención de un hijo para aquellas personas impedidas para lograrlo de forma natural, o bien para quienes no desean tener una pareja o teniéndola sea del mismo sexo, mediante la participación de una mujer que llevará a cabo la gestación para después entregar al bebé a los solicitantes.

Chiapero define este contrato como: “el instrumento técnico que expresa y exterioriza las manifestaciones de voluntades vinculadoras en orden a las descripciones del contenido y alcance del acuerdo, que como es obvio, tiene por finalidad el cumplimiento de una prestación consistente en un servicio (el de gestación humana) que no encuentra tipificación legal dentro del sistema de las leyes civiles.”³¹

De lo anterior se desprende que: i) será mediante un instrumento donde la manifestación de la voluntad sea expresada; ii) enmarca la prestación de servicios gestacionales; iii) se trata de un contrato atípico.

Por su parte, Baffone muestra otra definición en los siguientes términos: “aquel contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o

³⁰ Puigpelat Martí, Francesca, “Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada”, en Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (Coords.), *Debates constitucionales sobre Derechos Humanos de las mujeres*, 2ª ed., México, SCJN – Fontarama, 2012, colección Género, Justicia y derecho, p. 177.

³¹ María Chiapero, Sivana, *op. cit.*, p. XV. (Prologo Juan C. Palmero).

también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos.³²

En esta ocasión se diferencia entre la posibilidad de ser un contrato oneroso o gratuito. Se incluyen las dos modalidades de la maternidad subrogada, genérica si se aporta el óvulo y además se lleva a término el embarazo, o gestacional si sólo se realiza este último. También precisa que los solicitantes pueden ser una pareja casada o no.

Por otra parte, la misma autora precisa que la mujer gestante como la pareja solicitante deberán firmar un contrato que incluya un consentimiento informado, con base en el cual la primera se declare autónoma y consciente y se comprometa a ceder al niño a la pareja en el momento del nacimiento de éste.³³

De lo anterior se desprende la esencia de este contrato, que implica la desvinculación del niño con la mujer que lo gestó, ya que ella lo debe entregar a los solicitantes que manifestaron su voluntad para hacerse cargo del nacido.

Mientras que Contreras López lo denomina como el contrato de prestación de servicios de gestación o gestacionales se entiende como:

“el acuerdo de voluntades por medio del cual una pareja unida mediante un convenio de matrimonio o de un convenio de concubinato o una mujer o un hombre soltero, a los que se le llama “madre o padre solicitantes”, en forma gratuita u onerosa, encomiendan a otra mujer, quien toma el nombre de “madre sustituta o gestante”, el llevar en su vientre el producto de la inseminación o fecundación asistida, con material genético proporcionado por un tercero o cuando menos por alguno de los “solicitantes”, quien se obliga a ser inseminada o fecundada con la mórula producto de la técnica de reproducción asistida respectiva, y a llevar a un buen término el embarazo hasta que nazca el producto de la concepción, con el deber de entregarlo de inmediato o cuando se le pida a los solicitantes, dentro de los seis meses siguientes, de nacido el producto”.³⁴

De la anterior definición se reconoce que los solicitantes pueden ser parejas unidas en matrimonio o concubinato, aunque en el caso del Distrito Federal al estar permitido el matrimonio entre homosexuales, se entiende que tanto parejas

³² Souto Galván, Beatriz, “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva época, núm. 1/2005, p. 278, <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0505110275A/13816>.

³³ Baffone, Cristiana, *op. cit.*, pp. 442-470.

³⁴ Contreras López, Raquel Sandra, *Derecho Civil para la familia. Temas selectos*, México, Porrúa, 2014, p. 289.

heterosexuales como homosexuales, pueden celebrar ese tipo de contrato, o bien la mujer u hombre soltero.

Además, también hace el pronunciamiento de que puede ser oneroso o gratuito. Por último, se consignan las obligaciones primordiales del acuerdo de voluntades, consistentes en que una segunda mujer acepta ser fecundada con la mórula obtenida con material genético de los solicitantes, de alguno de ellos o de un tercero. Llevar a buen término el embarazo. Entregar al bebé inmediatamente o dentro de los primeros seis meses.

De las anteriores definiciones la más clara en cuanto a qué modalidad de maternidad subrogada está permitida es la de Baffone, quien divide los servicios de gestación y en aquellos servicios en los que además se incluye la donación del ovulo por parte de la gestante.

Moreno Luque, llama contrato de maternidad a la prestación de óvulo y vientre. Mientras que denomina como un simple contrato de incubación, cuando se aporta exclusivamente el vientre para recibir uno o varios cigotos producidos con material genético ajeno.

En la primera hipótesis, la madre gestante no sólo concede su vientre sino también el óvulo, de forma que se habrá producido una inseminación artificial heteróloga, siendo el varón de la pareja solicitante quien aporta el semen.

Aclara este autor que cuando una pareja que decide utilizar los servicios de incubación, es la misma que ha producido el embrión que va a ser implantado en la matriz de la madre sustituta, estamos ante el supuesto de fecundación homóloga *in vitro* y su posterior transferencia al útero de una mujer distinta al de la madre genética. Surge entonces el problema de decidir cuál es la verdadera madre, ya que junto a la dueña del óvulo fecundado, que sería la madre biológica, está la mujer que ha gestado y dado a luz al hijo, que vendría a ser la madre legal.

El autor en cita indica que debe distinguirse entre la gestación por cuenta de otra, según haya o no aportación de óvulo, de forma que en el primer supuesto habrá que considerar siempre nulo cualquier convenio, pues estaríamos ante un

contrato cuyo objeto está fuera del comercio de los hombres, siendo su consecuencia la imposibilidad de vinculación y cumplimiento forzoso del mismo.³⁵

En este punto debemos hacer la división de las modalidades de la maternidad subrogada, la genérica y la gestacional.

Respecto a la primera debemos tener presente que es el medio para lograr una IA, por lo que, tanto el óvulo como el vientre lo otorga la misma mujer. Ergo, el producto que llevará durante nueve meses lleva su carga genética.

Luego, si se celebró un contrato de maternidad subrogada y se obliga a entregar al bebé a los solicitantes inmediatamente o dentro de un plazo máximo también pactado, estamos más bien en la presencia de la entrega de su hijo a los contratantes ya sea por un precio cierto, cuando fuera oneroso el contrato, o con un fin "altruista" en el caso de que fuera gratuito.

Como lo alude López Faugier, estamos en presencia más bien del tipo penal de abandono de persona contenido en el artículo 156 del Código Penal para el Distrito Federal, en el que se establece:

"A quien 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".

Atendiendo a este precepto, una madre no podría dar a luz un descendiente y después abandonarlo o entregarlo, pues estaría cometiendo el delito de abandono de persona, aunque de ese abandono no resultara un daño para el menor. En este caso, además de las penas privativas de libertad previstas, se le sanciona con la pérdida de la patria potestad.³⁶

El rechazo de este acuerdo de voluntades es generalizado, pues como se observó es una clara ofensa a la dignidad humana, donde la madre se desprende al entregar voluntariamente a su hijo a unas personas que invocan el derecho a la procreación pero entendiéndolo como el derecho al hijo.

³⁵ Moreno-Luque Casariego, C., "Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena, en II Congreso Mundial Vasco", citado por Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1990, pp. 318-319.

³⁶ López Faugier, Irene, "Aspectos legales y éticos de la maternidad subrogada", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo LX, número especial Ética y Humanismo, 2010, pp. 23-28.

Cabe puntualizar la reflexión de Tomasini Bassols en el sentido de que difícilmente nos toparemos con una legislación que permita, independientemente de los contratos que se hayan firmado, que se le quite el niño a una madre natural.³⁷

Por otra parte, lo que respecta a la estipulación de un contrato en relación a la maternidad subrogada gestante, en este caso hay más aceptación. En principio porque el producto de la concepción no guarda relación genética con la gestante. Recordemos que en este supuesto la maternidad subrogada es el medio para la culminación de una FIV con transferencia de embriones.

Sin embargo, no debemos de perder de vista que en este tipo de contrato se está instrumentalizando a la mujer al considerarla el mecanismo perfecto para obtener la propia descendencia, aún y cuando el motivo de la gestante sea altruista. Se observa esa distorsión cuando incluso en la doctrina se llama a este acuerdo de voluntades como contrato de incubación.

No se discute que quizá el ánimo de participar esa relación sea el del afecto que se les tiene a la solicitantes, pero no debemos perder de vista que durante esos nueve meses ella experimentará cambios en su ser y sentirá como se desarrolla la vida de un nuevo individuo. Ese vínculo psíquico-emocional es innegable, el cual queda a un lado al momento de la entrega del bebé.

Ante esta modalidad López Faugier considera que constituye una distorsión deshumanizadora de la maternidad y promueve una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino.³⁸

Por otra parte, en la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, en su artículo 3, fracción V, se define como:

“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

³⁷ El autor pone como ejemplo que inclusive si una persona firma en estado consciente, ante testigos y notario, que desea convertirse en esclavo de alguien, ni la sociedad ni la ley reconocerán su *status* de esclavo, porque el don de la libertad es inalienable. No hay manera de perderlo. Y puede argumentarse que exactamente lo mismo sucede con el derecho de la madre a conservar a su hijo: no hay contrato que abrogue semejante derecho. Tomasini Bassols, Alejandro, *op. cit.*

³⁸ López Faugier, Irene, “Aspectos legales...”, *cit.*, pp. 23-28.

consentimiento, y que aportan sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y formar un embrión e implantarse en el útero de la mujer gestante”.³⁹

De lo anterior se regula lo concerniente a la maternidad subrogada gestacional. Además que ese contrato debe revestir la formalidad de que sea ante notario público. Será sin fines de lucro.

Asimismo, el ordenamiento legal en cuestión, admite la práctica de este método tanto en las instituciones de salud públicas como privadas, siempre y cuando dichos centros médicos cuenten con la autorización de la Secretaría de Salud del Distrito Federal.

Y para el caso de ser necesario resolver algún conflicto derivado de la ley, se confiere competencia al Juez familiar, específicamente en cuanto a la aplicación del contrato denominado instrumento para la gestación subrogada.⁴⁰

Pero qué pasa si existe la necesidad de la interrupción del embarazo por afectación en la salud de la gestante. ¿Estaría permitido dentro los 12 primeros meses? ¿Los solicitantes pueden oponerse a que se practique el mismo?

Además, se debe reflexionar, en cuanto al bebé, si con esta práctica se le está privando de la posibilidad de la lactancia materna.⁴¹ El hecho de pactar la entrega inmediata una vez nacido conlleva a negarle esa prerrogativa. O bien, si la entrega se pacta dentro de los seis primeros meses, probablemente la gestante se encariñe más con él y el hecho de que lo tenga que entregar sea más difícil.

Indudablemente la actividad de contratar a una mujer para que gaste un embrión, que no guarda relación biológica con ella, hasta el momento del parto, es un proceso cuyos beneficiarios directos son las parejas que no pueden concebir

³⁹ Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura, año 2, núm. 30, 30 de noviembre de 2010.

⁴⁰ López Faugier, Irene, “Maternidad Subrogada”, Domínguez Martínez, Jorge Alfredo (Coord.), *Temas de Derecho civil en homenaje al doctor Jorge Mario Magallón Ibarra*, México, Porrúa, 2011, p. 115.

⁴¹ El 19 de diciembre de 2014 se publicó en el DOF la reforma de la fracción II del artículo 64 de la LGS, donde se incluyeron como acciones de orientación y vigilancia institucional, capacitación y fomento para la lactancia materna incentivando a que la leche materna sea alimento exclusivo durante seis meses y complementario hasta el segundo año de vida.

hijos en su propio vientre.⁴² Aunque también para aquellas personas que sin pareja con anhelos de ser madre o padre. Igualmente lo serían las parejas homosexuales.

Otro aspecto que debe ser tratado es el concerniente a quiénes pueden acceder de facto a ese método. Sólo podrán materializar ese derecho, aquellas personas que cuenten con recursos suficientes para pagar los elevados costos de los tratamientos.

Entonces con esos contratos se justifica: i) el derecho al hijo, el cual como se analizó en el capítulo no debe ser una constante en la sociedad, ii) se disgrega la maternidad, iii) se establece la obligación de la entrega del bebé a los solicitantes, un hijo por encargo, y iv) se legitima la actividad en la que los seres humanos son el instrumento de un nicho de mercado, porque a pesar de que sea a título gratuito los beneficiarios de grandes ganancias serán las clínicas o intermediarios.

2.2 Elementos esenciales

Como fue estudiado en el capítulo respectivo los elementos esenciales de todo contrato lo son el consentimiento y el objeto. En el primero se hace patente tanto la autonomía de la voluntad como la declaración de la misma.

En relación al consentimiento, Guzmán Ávalos precisa que, el requerido en esta materia tiene dos ámbitos: el primero, para que una persona capaz actúe sobre el cuerpo de otra como manifestación de la disposición de su propio cuerpo, y el segundo, es el elemento volitivo que define la aceptación de las consecuencias de la manipulación médica.⁴³

Contreras López estipula que el consentimiento en el contrato de servicios de gestación o gestacionales, se integrará con la policitud u oferta por parte de los cónyuges, concubinos o mujer soltera a la segunda mujer que acepta participar en el proceso de la gestación, para que sea inseminada con material genético de los solicitantes o de otras personas, para llevar a buen término el embarazo, y de manera inmediata, hacerles entrega del nuevo ser humano.⁴⁴

⁴² Amador Jiménez Mónica, "Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada", *Revista en ciencias sociales CS*, Colombia, núm. 6, julio – diciembre 2010, pp. 193 – 217, http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf

⁴³ Guzmán Ávalos, Aníbal, *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*, Xalapa, Veracruz, Universidad Veracruzana, 2001, pp. 71 y 72.

⁴⁴ Contreras López, Raquel Sandra, *Derecho Civil...*, cit., p. 290.

Existe la manifestación de la voluntad por parte de los interesados de auxiliarse por medio de una segunda mujer para llevar a cabo la gestación. Lo que se complementa con la aceptación de la segunda mujer para participar en este proceso. Esto es, ambas partes se ponen de acuerdo para fijar sus alcances.

La voluntad exteriorizada del autor de un acto jurídico o de las partes que intervienen en el mismo es indispensable para la existencia de dicho acto. Pero es restringida por la necesidad de proteger intereses de la sociedad. Así, el Estado ha intervenido para limitar la autonomía de la voluntad de las personas en la celebración de actos jurídicos cuando son contradictorios a las normas de orden público, las buenas costumbres y derechos de tercero.⁴⁵

En efecto, como se analizó al comienzo de este trabajo, la autonomía de la voluntad encuentra sus límites en ciertos tópicos para salvaguardar determinadas prerrogativas en el ámbito social. Las cuales son: i) no debe ir contra leyes prohibitivas, ii) no afecte el orden público, iii) no sea contrario a la moral o las buenas costumbres, y iv) que no afecte la esfera jurídica de terceros.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa debemos decir que en cuanto al primer punto, la libertad absoluta que pretenden hacer quienes celebran este tipo de contrato, argumentan, que hacen valer los medios necesarios para materializar el derecho a la procreación.

En este aspecto, se transgreden normas contenidas en la LGS donde prohíbe determinadas conductas, e incluso, como se observa en el apartado anterior, se puede incurrir en un delito. De manera similar se sobre pasa el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Es cierto que los últimos conceptos mencionados son cambiantes conforme a la época, y si bien la tecnología ayuda a que cambien las actividades de los individuos, es incuestionable que ni con el paso del tiempo, ni con la más sofisticada tecnología se deba permitir que se transgreda la dignidad humana.

Si olvidamos ese principio fundamental se corre el riesgo que el Derecho deje de lado la función de proteger a sus creadores y legitime conductas que contravengan la integridad de ellos.

⁴⁵ Guzmán Ávalos, Anibal, *op. cit.*, p. 70.

En relación a la maternidad subrogada genérica se pacta con antelación la entrega de un hijo a terceros a cambio de una contraprestación económica, o bien como distintivo de singular aprecio a los destinatarios. El dependerse de un hijo a cambio de cualquiera de esas opciones no es justificable. Permitirlo sólo es legitimar las conductas hedonistas que pueden generar problemas serios a la sociedad.

En cuanto a la maternidad subrogada gestante, la aceptación de llevar a término el embarazo sin que el producto de la concepción lleve la carga genética de la gestante, implica que se le reduzca a ser una mera incubadora. Se muestra como esta práctica denigra la dignidad humana al considerarlo sólo un instrumento.

Otra cuestión que implica la afectación del orden público, la moral y las buenas costumbres, es lo acontecido en Tabasco, el turismo reproductivo, debido a la latente posibilidad de que esta práctica se convierta en un mercantilismo en razón a que lamentablemente en muchas regiones del país se encuentran condiciones similares a las de India para la proliferación de la mercantilización de este método.

Hay que tomar en cuenta que, cuando la maternidad subrogada, en cualquiera de sus modalidades, se lleve a cabo entre miembros de una misma familia, las líneas de parentesco se verán completamente trastocadas. Recordemos algunos casos señalados el aparatado de antecedentes, donde la mujer gestante puede ser abuela y madre del nacido.

Otro aspecto importante a señalar es el concerniente a que con este contrato se contraviene lo dispuesto en el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), ya que en dicho numeral se establece que la filiación no puede ser materia de convenio ni transacción. Mientras que en el contrato de mérito se renuncia a la filiación mediante un acuerdo de voluntades.

Por último, se debe precisar que se afectan a terceros. En primer lugar, debido al proceso natural del embarazo de generan cambios en la mujer gestante, los cuales pueden ocasionar circunstancias que pongan en riesgo su salud física y emocional. Incluso antes de la gestación puede tener la afectación de su salud en el supuesto de la maternidad subrogada genérica, debido a las secuelas de la estimulación ovárica.

Respecto al bebé que nazca, se pacta la entrega inmediata lo que implica que se le coarta la posibilidad de obtener los nutrientes básicos para su subsistencia, a través de la leche materna.

Ahora bien, si se pacta que la entrega sea dentro los primeros seis meses se puede generar una afectación a quien lo amamantó porque el vínculo emocional surgido en el embarazo se fortalece con ese acontecimiento. El hecho de que exista un desprendimiento sin que se involucren sentimientos es muestra de que los valores se están perdiendo y los humanos podemos convertirnos en frívolos y carentes de sentimientos.

En cuanto al objeto materia del contrato, como segundo elemento esencial, debemos recordar que éste se divide en objeto jurídico y material. El primero se subdivide en directo e indirecto.

En relación al contrato de maternidad subrogada, ya sea genérica o gestacional, se puede decir que quizá no hay problema con el problema el objeto jurídico directo ya que se trataría de una “creación de derecho”, mientras que el objeto jurídico indirecto lo constituiría un dar o un hacer según la óptica de análisis.

Contreras López indica que el contrato de prestación de servicios gestacionales, tendrá como objeto:

“la realización de conductas de hacer y dar por parte de la mujer gestante; entre las primeras, se encuentran, entre otras, la de ser fecundada con el material genético de las personas que solicitaron el empleo de las técnicas de reproducción asistida, una vez ocurrida la fecundación, el de llevar a buen término la gestación, y al final de la misma, el entregar a sus progenitores el producto del alumbramiento, y por parte de estos últimos, la contraprestación consistirá en el pago de los gastos originados tanto con motivo de la gestación, como del alumbramiento, y de todos aquellos que se originen del estado de salud de la mujer gestante, luego del alumbramiento”.⁴⁶

Sin embargo, no demos perder de vista el objeto material que recae en el objeto jurídico. En éste donde se encuentra la base para estipular que el objeto de este contrato no es permisible.

⁴⁶ Contreras López, Raquel Sandra, “La maternidad sustituta y el contrato de prestación de servicios gestacionales”, en Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (Coords.), *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa*, México, Colegio de profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho UNAM, 2014, p. 61.

¿Qué sería el objeto material de este acuerdo de voluntades? ¿El niño que debe darse a los solicitantes?, ¿El útero de la mujer gestante?, o ¿La capacidad gestacional de ella?

Quienes defienden la viabilidad del contrato argumentan que es éste último el objeto del mismo. No obstante esos “servicios” implican la intervención de una segunda mujer por medio de su útero, que a su vez entregará al producto de la gestación.

Entonces, en todo caso el objeto lo constituiría el bebé y el útero, pero ¿pueden considerarse materia de ese pacto de voluntades?

Si consideramos que en el contrato se consigna una obligación de dar, entonces, al analizar el artículo 2011 del CCDF observamos que no se encuadra en ninguna de las hipótesis contenidas en éste. Mientras que en el numeral 1824 del mismo ordenamiento, tampoco se encuentra justificación sobre el objeto de este contrato.

Lo anterior se desprende desde la redacción de los dos artículos invocados. Esto es así debido a que en el primero hace mención a “la prestación de cosa” y el segundo refiere “la cosa que el obligado debe dar”.

Es indudable que los seres humanos no pueden considerarse cosas. Creer lo contrario contravendría la naturaleza de ellos. Debido a que la entrega que se pretende radica en un ser humano resulta improcedente esa pretensión.

Ante esto, resulta inaplicable lo establecido en el artículo 1825 del CCDF pues aunque algunos consideran que se puede considerar su existencia en la naturaleza y sea determinable el objeto, lo cierto es que, además de que se refiere a cosas y dado que los humanos no se encuentran dentro de esa clasificación, por tanto, tampoco están en el comercio.

El concepto genérico de cosa, abarca todo lo que rodea al ser humano, que sea susceptible de apropiación particular. Desde el punto de vista jurídico, el contenido del término se restringe a los objetos aprehensibles física o mentalmente y que representen una utilidad para su titular. El cuerpo humano, por supuesto, no puede ser objeto de un derecho real, ni sus partes, mientras estén unidas a él.⁴⁷

⁴⁷ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 268.

Brena Sesma, en relación a la maternidad subrogada genérica, indica que cuando la mujer proporciona su óvulo y además gesta al embrión hasta el alumbramiento, es la madre biológica del menor, y si recibe un pago a cambio de la entrega de su hijo está realizando una verdadera venta.⁴⁸

Es cierto que existe el concurso de voluntades e incluso la declaración de ellas, pero las mismas se extralimitan al disponer cuestiones que contravienen al orden público. Por tanto, esas manifestaciones de la voluntad contravienen lo establecido en el artículo 6 del CC.

En relación a sí el útero es el objeto del contrato, es bueno apuntar las reflexiones de López Faugier en el sentido de 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 LGS, que establece a la letra:

“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”.

De la misma manera con fundamento en el artículo 22 del RLGS 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, como refiere la autora, además de estar frente a la violación de normas de orden público, también resulta que otro de los objetos del contrato como es el útero materno, tampoco puede ser objeto del mismo, pues de acuerdo con el artículo 1825 del CC, la cosa objeto del contrato debe estar en el comercio.⁴⁹

Respecto a que el objeto jurídico indirecto consiste en una obligación de hacer, y el material lo son los servicios gestacionales, se debe reflexionar si considerarlo de esa manera no es más bien visualizar un instrumento para alcanzar el deseo de la procreación.

⁴⁸ Brena Sesma, Ingrid, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, México, Cuarta Época, Número 1 Sección de Doctrina, 2012, p. 145, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/1/dtr/dtr7.pdf>.

⁴⁹ López Faugier, Irene, “Aspectos legales...”, *cit.*, pp. 23-28.

Para concluir este apartado debemos de tomar en cuenta que el interés público corresponde a las aspiraciones más amplias y de más largo alcance, se refieren a la colectividad frente a los intereses limitados de los particulares. El contenido de unas cláusulas contractuales y el propósito de las mismas no deben quebrantar a las normas legales ya que en su respeto se sustenta el orden jurídico y la paz social; por ello, un contrato que contradice lo establecido en las leyes no habrá de tener validez, será nulo.⁵⁰

Lo que acontece con este contrato, como se ha analizado, contraviene esas circunstancias. Conlleva al incumplimiento de diversas disposiciones de orden público. Más aún, trastoca la dignidad de los seres humanos al denigrarlos como una cosa susceptible de apropiación, o bien como un mero instrumento, una incubadora.

Como lo manifiesta Tomasini Bassols, no debería perderse de vista que estamos frente a un caso de un niño sobre pedido. Unas personas pagan para que otra lo procree y lo ceda. Se trata de un caso particular de venta de personas y eso se llama 'esclavitud'.

En este caso el problema parecería estar resuelto de antemano: no puede haber dilema porque esa práctica es ilegal. Ni la pareja solicitante tiene derecho a exigir que se le entregue el niño ni la pareja procreadora tiene derecho a venderlo.

Se establecería de inmediato un comercio inmundo de niños. Éstos quedarían automáticamente desprotegidos. Estarían por completo a merced de los caprichos y la locura de los adultos.⁵¹

La distorsión deshumanizadora que no respeta la unidad de valor en la maternidad y el peligro de autorizar una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, a la que se añade la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo. Se trata de una práctica inadmisibles en una sociedad democrática y justa.⁵²

2.3 Elementos de validez

Como se abordó en su momento, los elementos del contrato pueden dividirse en esenciales y de validez. Es momento de enfatizar en éstos últimos respecto a la

⁵⁰ Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada...", *cit.*, p. 147.

⁵¹ Tomasini Bassols, Alejandro, *op. cit.*

⁵² Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 320.

figura contractual de la maternidad subrogada que muchos suelen conferirle a esa práctica.

El primero de ellos es la capacidad de las partes contratantes, entendida como la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones. En cuanto a la capacidad de goce es innegable que por el solo hecho de ser persona se cuenta con ella. En cambio, la capacidad de ejercicio como se había indicado, requiere de la configuración de determinadas circunstancias para adquirirla.

Por regla general, tienen esa capacidad los mayores de edad que no tengan una enfermedad reversible o irreversible, o un grado de discapacidad, que afecte su estado físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o que no puedan gobernarse por sí mismos.

De esta manera, los solicitantes de la maternidad subrogada en cualquiera de sus modalidades, así como la mujer gestante, tendrán que cumplir con las características enunciadas en el párrafo precedente.

En cuanto a la ausencia de vicios en el consentimiento, es oportuno indicar que alguno de ellos puede presentarse de manera más significativa en aquellos lugares donde exista desigualdad social y económica. Pues el hecho de que una persona no tenga una preparación académica puede implicar que no alcance a entender la complejidad que traen consigo los procesos médicos a los que deba someterse con la maternidad subrogada.

Así, el error se presentaría cuando hay una falsa apreciación de la realidad por parte de la mujer gestante. En el plano hipotético, no cabe el error *in negotio*, *in copore*, pero si el error *in sustancia* e *in persona*.

Estos últimos cuando no exista la certeza clara de las obligaciones contraídas o cuando la persona gestante no sea con quien se pretendía celebrar el contrato.

Por otra parte, el dolo se podría hacer presente cuando los solicitantes, a través del empleo de emociones le hagan creer a la mujer que posiblemente sea la gestante su inmensa necesidad de que ella los pueda auxiliar para conseguir su sueño anhelado de tener un hijo.

La violencia sería un supuesto extremo en el cual se le obligue a una mujer a participar en esa práctica. Sin duda se coartaría la voluntad de la mujer gestante para decidir si se integra o no a esa relación.

La carencia que sufre cierto grupo social marginado puede influir en aceptar ese tipo de negociaciones debido a que la mujer gestante obtendría una ganancia que le ayude a salir de esa condición. Como se había expuesto en su momento, el hecho de que se mercantilice esa práctica conlleva al turismo reproductivo donde las leyes del mercado se hacen presentes a pesar de que el centro de la negociación sea un ser humano.

Ahora bien, la licitud en el objeto no puede hacerse palpable en el caso. Como se postuló en el tema anterior, no existe licitud en el objeto de la maternidad subrogada, en razón de que contraviene el orden público, las buenas costumbres y leyes prohibitivas.

Aunque se opine que el objeto jurídico directo e indirecto se encuentren al margen de la ley, lo cierto es que el objeto material, al cual recaen los dos anteriores, no lo es, debido a que se trata de un ser humano el pilar de lo pactado, al que se le cosifica al entregarlo o se instrumentaliza al utilizar a la mujer gestante como incubadora.

Cano considera que este contrato contraviene la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, del cual deriva, en principio, su indisponibilidad.⁵³

Por último, la forma que está vinculada estrechamente con el consentimiento. La tendencia en este tipo de prácticas consiste en que dicha relación contractual revista el carácter de formal.

Ante esto, nos encontramos que en el proyecto de reforma del CCT se exige que dicho acuerdo de voluntades se haga constar mediante un instrumento público celebrado ante notario.⁵⁴ Algo similar ocurre en la propuesta de iniciativa de Ley de

⁵³ Cano, María Eleonora, "Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada", Revista persona, Argentina, 2002, <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>.

⁵⁴ Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco, LXI Legislatura del H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Tabasco, 8 de mayo 2013,

Maternidad Subrogada para el Estado de Puebla (LMSP), en la que se establecen los requisitos que deben cumplir los contratantes en el instrumento firmado ante notario público.⁵⁵

En el caso de la LMSDF, también se exige esa formalidad de que la voluntad de las partes se haga constar en un instrumento signado ante notario público.

No obstante que sean cumplidos con los requisitos de validez, se retoma la postura del apartado anterior. Este tipo de contrato adolece significativamente de que el objeto material del mismo sea un ser humano que por su naturaleza se encuentra fuera del comercio y no puede ser tomado como el centro de negociación contractual alguna, imposibilita la existencia del mismo.

Por lo que la exposición realizada en este apartado fue sólo de manera ejemplificativa en el contexto hipotético donde se le da valor a ese acuerdo de voluntades; sin embargo, desde mi postura es impensable darle valor a ese tipo de relación debido a que transgrede la dignidad humana.

El hecho de considerar lo contrario y justificar la utilización del mismo sólo trae consigo la apertura a una libertad sin límites y legitimar el derecho al hijo a pesar de que transgreda principios éticos y jurídicos.

2.4 Clasificación

A continuación se abordará cómo parte de la doctrina expone la posible clasificación del denominado contrato de maternidad subrogada, la cual, como se verá muchas veces, deriva de la denominación que se le atribuya.

Debemos recordar que en los primeros temas del capítulo anterior se expusieron las diferentes maneras de denominar a este procedimiento. Entre ellas destaca la de arrendamiento de útero o vientre y gestación por encargo o por cuenta ajena.

En cuanto a la primera, se puede advertir que desde el nombre asignado genera la vinculación con un contrato de arrendamiento. Mientras que en la

<http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2013/LXI/OFICIALIA/Iniciativas/90.Iniciativa%20reforma,%20maternidad%20subrogada%20%281%29.pdf>

⁵⁵ Iniciativa de decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de Puebla, LVII Legislatura del Congreso del Estado Libre y Soberano de Puebla, 29 de julio de 2010, *http://congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=5&limit=10&limitstart=120&order=name&dir=DESC&Itemid=8*.

segunda, se le relaciona con uno de prestación de servicios. Pero no basta que el simple nombre le conceda la naturaleza jurídica de determinado acto.

Uno de los problemas que plantea la maternidad subrogada cuando se aborda desde una perspectiva contractual es el de determinar cuál es el objeto del contrato. Es frecuente hablar de maternidad subrogada, maternidad por sustitución o maternidad de alquiler, por lo que parece que el objeto del mismo es el alquiler del útero de una mujer a cambio de una contraprestación económica.⁵⁶

Por ello, en el plano hipotético de que se acepte la regulación de las partes que intervienen en esta práctica mediante un contrato, ¿será cierto que pueda homologarse a un contrato de aquéllos cuya sistematización se encuentra en el CCDF?, o bien, ¿es posible equipararlo a un contrato de arrendamiento o a uno de prestación de servicios?

El CCDF ofrece una regulación ordenada de las figuras que en todo caso califica como contratos, para lo cual toma en cuenta los efectos producidos por cada uno de ellos al hacerla participar en la formación de un grupo de contratos cuyos efectos de esencia sean iguales.⁵⁷

Dentro de esa organización se establecen los contratos preparatorios, traslativos de dominio, traslativos de uso, prestación de servicios, asociativos, aleatorios, de garantía y de afirmación y esclarecimiento de derechos.⁵⁸ De los cuales, el arrendamiento se encuentra en los traslativos de uso y el de prestación de servicios. Mientras que el de prestación de servicios se encuentran los de custodia (depósito, secuestro y hospedaje) y de gestión (mandato, prestación de servicios profesionales, obra a precio alzado, de portadores y alquiladores).

Quien parte de la premisa de que el contrato por medio del cual se regula maternidad subrogada es asimilable a un contrato de arrendamiento lo hace de forma equivocada. Ello deviene, en primer lugar porque éste se refiere a la transmisión temporal de uso de un bien inmueble o mueble.

⁵⁶ Puigpelat Martí, Francesca, *op. cit.*, p. 177.

⁵⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Contratos*, 4ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 101.

⁵⁸ Cabe hacer mención que respecto a este último Domínguez Martínez refiere que el CCDF contempla la transacción como contrato pero su naturaleza estrictamente contractual resulta dudosa, porque no se transmiten derechos, sino que se declaran o reconocen derechos, más bien caería en el supuesto de convenio.

La definición legal de dicho contrato se encuentra en el artículo 2398 del CCDF, en los siguientes términos: “El arrendamiento es un contrato mediante el cual las partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto”.

Reiteramos el hecho de que el objeto de ese contrato versa sobre una cosa inmueble o mueble, lo que implica automáticamente que se excluya la posibilidad de que el útero se encuentre fuera de esa definición dada su propia naturaleza.

Como lo precisa López Faugier, el útero no es cosa porque forma parte de la persona, entonces no se puede conceder el uso o goce temporal del mismo, más aún cuando el cuerpo humano está fuera del comercio. Además, también apunta que si el contrato de maternidad subrogada revistiera la figura de arrendamiento no cabría la manera de comprender la entrega del menor, pues en éste solo se concede el uso y goce temporal de algo.⁵⁹

Existe la postura que sostiene que al referirse como un alquiler de útero o de un arrendamiento de obra, cuyo resultado es el hombre, deben ser prohibidos absolutamente para evitar que la persona o sus componentes sean objeto de estas relaciones jurídicas.⁶⁰

Respecto a la tendencia de encuadrar al contrato de maternidad subrogada como uno más de prestación de servicios, se puede decir que igual que el anterior surge de un supuesto errado.

Como lo indica Domínguez Martínez, el contrato de prestación de servicios tuvo sus orígenes como una de las dos vertientes del contrato de arrendamiento de cosas, obras y servicios. El primero consiste en que el arrendador se obliga a transmitir el uso o goce de una cosa al arrendatario, a diferencia del arrendamiento de obras o servicios, donde una de las partes asume la obligación de ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio a cambio de determinada cantidad.⁶¹

En la actualidad se regula dentro de estos últimos el contrato de prestación de servicios profesionales, de obras a precio alzado, de porteadores y alquiladores.

⁵⁹ López Faugier, Irene, *La prueba científica de la filiación*, México, Porrúa, 2005, pp. 289 y 290.

⁶⁰ Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 319.

⁶¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 627.

Referente a la prestación de servicios profesionales se desenvuelve en el campo del ofrecimiento y dación de un servicio de un sujeto a otro, que requiere de una preparación especial en una técnica o profesión, y que por naturaleza es a cambio de una remuneración.⁶²

La regulación de este tipo de contrato se encuentra a partir del artículo 2606 del CCDF, en el cual se dispone: “El que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos”.

Como quedó asentado, la característica de este contrato es la especialización en alguna técnica o profesión por parte de aquel que va a contratar. Ergo, al hacer referencia al contrato de maternidad no queda duda sobre la imposibilidad de considerarlo como de prestación de servicios.

Efectivamente, este tipo de contrato queda excluido porque la madre gestante no cuenta con conocimientos profesionales en la materia, no es una profesionista en gestación, ya que se trata de una cuestión biológica y natural.⁶³

En relación a la prestación de servicios además del de servicios profesionales también se regulan el de obra a precio alzado o el de portadores y alquiladores. El primero no es aplicable al caso, en razón de que se trata de construcciones, y el segundo tampoco guarda relación al tema que nos atañe debido a que versa sobre el transporte de mercaderías, máxime que el mismo se encuentra en desuso de aspecto civil debido a su imperancia en materia mercantil.

Ante la imposibilidad de asimilar el contrato donde contengan las obligaciones referentes a la maternidad subrogada con alguno de los contratos sistematizados en el CCDF, se dice entonces que ese tipo de contratos pueden ser atípicos o innominados, cuya regulación se encuentra en los artículos 1858 y 1859 del CCDF, a saber:

Artículo 1858. Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento.

⁶² *Ibidem*, p. 630.

⁶³ López Faugier, Irene, *op. cit.*, p. 290.

Artículo 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

En el primer artículo, como lo señala López Faugier, se refiere a los contratos que no están especialmente reglamentados o regulados en la Ley sustantiva civil, en cuanto a los deberes jurídicos principales que se generan como efecto de su celebración, los cuales constituyen una categoría inagotable porque son el resultado de la realidad cambiante y de las nuevas necesidades de la existencia humana, imposibles de prever en su totalidad.⁶⁴

Aunque hay que indicar que existe la teoría de que no se trata de una prestación de servicios en los términos enunciados, sino que se trata más bien de la prestación de servicios de gestación.

Se dice que el contrato de prestación de servicios de gestación tendrá como objeto la realización de conductas de hacer y dar por parte de la mujer gestante. La contraprestación consistirá en el pago de los gastos originados con motivo de la gestación, alumbramiento y todos aquellos que deriven de la salud de la gestante.⁶⁵

Contreras López expone al contrato de servicios de gestación o gestacional como un acto jurídico bilateral de carácter formal, sólo presenta dos elementos de existencia el consentimiento y un objeto posible física y jurídicamente.⁶⁶

La autora en cita plantea que el objeto indirecto así como como el directo de ese contrato es:

“El objeto directo de un contrato de prestación de servicios, consiste en conductas de dar por parte de quien lo solicita el servicio o cliente, la que se traducirá en un prestación en dinero o bienes fungible o no, y en prestaciones de hace, por parte de quien dará el servicio que se le solicita.

Al igual que en cualquier contrato de prestación de servicios, en el caso del contrato de servicios de gestación o gestacional, el objeto directo de su obligación se traducirá en conductas de dar cosa, por parte de quien solicita el empleo de las técnicas de reproducción asistida o inducida y la participación de una segunda mujer que lleve a buen término el proceso de la gestación. La prestación de dar por parte de la persona que recibirá el servicio solicitado, consistirá en el pago de los gastos del proceso de la gestación y del alumbramiento, y de ser necesario, en el pago de los gastos médicos, cuando

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 290 y 291.

⁶⁵ Contreras López, Raquel Sandra, “La maternidad sustituta...”, *cit.*, p. 61.

⁶⁶ Contreras López, Raquel Sandra, *Derecho Civil para...*, *cit.*, p. 266.

derivado de la gestación y alumbramiento, la mujer gestante tuviere complicaciones de salud, ya sean de naturaleza física o psicológica. Con motivo del contrato de prestación de servicios de gestación o gestacional, se derivan conductas de hacer y dar, a cargo de quien prestará el servicio de gestación, en la especie, la madre gestante o segunda mujer en el proceso de gestación, quien autorizará a que se le insemine con material genético de otras personas, a efecto de lograr el alumbramiento de un nuevo ser humano, el que se obliga a entregar de manera inmediata a las personas a las personas que solicitaron sus servicios de gestación o gestacional. Y como parte de sus deberes jurídicos accesorios, se comprometerá a realizar conductas de hacer y de no hacer, a efecto de que el tiempo de embarazo no origine ningún riesgo para el producto, y para ella misma”.⁶⁷

De lo anterior se desprende que se hace referencia a la maternidad subrogada gestacional. También se advierte que el objeto directo lo constituye la creación de derechos y obligaciones, mientras que el objeto indirecto, respecto de los solicitantes, será una obligación de dar, y para la mujer gestante será un conglomerado de obligaciones de dar, hacer y no hacer. Pero, ¿qué hay respecto del objeto material, ¿sobre éste pueden recaer ese tipo de obligaciones?

Al parecer no, debido a que si bien se considera que el objeto indirecto tratará sobre obligaciones hacer, ello recae en el hecho de que una mujer aporte su útero para llevar a término el embarazo. Lo cual, como ya se ha mencionado, no es viable debido a que ese órgano no puede considerarse como un objeto materia de contrato. Además, de ser así se estaría atacando la dignidad del ser humano al reducir a la mujer a ser una incubadora que deba cumplir con un contrato. Se avasalla la integridad de la mujer al quedar sometida al anhelo de un hijo. Si recibe el pago por ese “servicio”, se está marginando al propio ser al considerarlo un simple instrumento para un fin.

Ahora bien, respecto a la situación de que también lleva implícito un objeto indirecto relativo a una obligación de dar, el objeto material tendría que ser el bebé que se entrega a los solicitantes de manera inmediata. Lo que tampoco tendría cabida, en primer lugar porque no se trata de una cosa para que sea entregada previo pedido. Es un ser humano el cual debe ser tratado con el máximo respeto porque de lo contrario se trastocaría la dignidad de la que está investido por su propia naturaleza.

⁶⁷ *Idem.*

Por tanto, aunque se hable de un contrato de prestación de servicios de gestación no se puede considerar como un contrato. Como lo señala Güitrón Fuentevilla, la naturaleza jurídica es lo primordial de cada institución. Lo que no requiere artificios ni mezclas en su integridad. La esencia de cada figura jurídica, origen de las instituciones legales según sus propias notas.⁶⁸

En el caso que nos ocupa, no se puede hablar de un contrato porque a pesar de que haya consentimiento éste contraviene al orden público y en cuanto a su objeto recae sobre bienes que son tutelados por el propio Derecho, ya sea el útero, la capacidad gestacional de la mujer o el niño que se pretende entregar a los solicitantes.

Como lo señala Osset Hernández, se considera una doble ofensa: 1. A la propia dignidad de la mujer como tal, que queda limitada a ser intermediaria fisiológica, por la matriz en un intercambio interesado. 2. Al recién nacido, que, análogamente, queda reducido a ser mero producto de transacción, y susceptible, además, jurídicamente de considerarlo un objeto de propiedad.⁶⁹

A pesar de ello en la literatura hay diversos autores que encuentran un denominado contrato de maternidad subrogada con sus respectivas clasificaciones, sólo para ejemplificar se enunciaran algunas de ellas.

Respecto al concurso de voluntades que intervienen, se dice que se trata de un contrato bilateral, dejando aparte la participación del médico, la clínica o en su caso alguna organización que haya vinculado a los solicitantes con la mujer gestante.

Por otra parte, se dice que desde el punto de vista económico, los acuerdos de maternidad subrogada serán onerosos cuando exista un pago de por medio. En cambio, en los acuerdos a título gratuito, la madre o la gestante aceptan el encargo por un sentimiento altruista de solidaridad respecto a una mujer incapaz físicamente de anidar el embrión.⁷⁰

En la LMSDF se establece en el último párrafo del artículo 2 que la maternidad subrogada se realizará sin fines de lucro, pero como se ha expuesto, el hecho de

⁶⁸ Güitrón Fuentevilla, Julián, "Naturaleza jurídica del Derecho familiar", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Tomo LXIII, Núm. 260, Julio-Diciembre, 2013, pp. 263-292.

⁶⁹ Osset Hernández, Miquel, *Ingeniería genética y Derechos Humanos, legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos*, Barcelona, Icaria, 2000, p. 91.

⁷⁰ Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada..." *cit.*, p. 140.

que se trate de un acto altruista no erradica las cuestiones sobre el uso e instrumentalización de los seres humanos.

Al referirnos a la maternidad subrogada en su sentido genérico se hace presente la venta del hijo, mientras que en la maternidad subrogada gestante se hace referencia a la cosificación de la mujer al considerarla sólo como una incubadora.

El uso mercantil del cuerpo de la mujer, sustentado en transacciones lucrativas, transforma a las madres y a los niños en meros bienes de compra y venta, a excepción de que haya mediado una gestación altruista en ayuda de algún familiar.⁷¹

Por último, en cuanto a la forma de manifestar la voluntad se dice que debería tratarse de un contrato formal. En la LMSDF se establece en el artículo 18 que el consentimiento de aquéllos que intervengan en la maternidad subrogada deberá realizarse ante Notario Público, mediante el instrumento que disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal.

3. Efectos Jurídicos

A lo largo de este trabajo se ha hecho un recorrido sobre ciertos acontecimientos presentes en nuestra época, que impactan fuertemente en el ámbito social y jurídico. Particularmente lo relacionado con la maternidad subrogada, una práctica cuyo empleo va en aumento no sólo en nuestro país sino a nivel mundial.

Como se ha analizado, la tendencia al pretender regularlo en las legislaciones que la permiten consiste en asimilarlo a un contrato. La maternidad subrogada en su sentido genérico existe un consenso de no aceptar esa práctica debido a que se trata de la venta de un hijo. No obstante, el criterio sobre la maternidad subrogada gestacional es contrastante ya que existen posturas a favor y otras en contra. De las que están a favor consideran que un contrato es el medio idóneo para plasmar las obligaciones propias de esa práctica.

Aunque no hay que perder de vista que en esa compleja relación quienes intervienen y son centro de la misma se trata de seres humanos, quienes en algunos casos se encuentran ante una patología que les impida procrear, o bien, que no la

⁷¹ Mir Candal, Leila, *op. cit.*

tengan pero buscan tener descendencia de manera distinta a la convencional por medio de las TRA o de una segunda mujer que intervenga en el proceso.

En su momento se expuso que el derecho a la procreación no es absoluto y es completamente ajeno al derecho al hijo. Éste último es el que invocan la mayoría de las personas que presentan algún tipo de infertilidad o esterilidad para exigir el acceso a las TRA o incluso de la maternidad subrogada para alcanzar su anhelo de tener un hijo.

Existe la idea de que la libertad del hombre debe ser entendida como autonomía absoluta, y que en su nombre es dable reivindicar que el individuo, para realizarse plenamente feliz, pueda hacer siempre lo que le plazca en cada momento, sin obstáculo externo o interno alguno.⁷² Lo cual sólo es muestra plena de que efectivamente nos encontramos en la era donde impera el consumismo, hedonismo y narcisismo, lo que puede generar serias consecuencias en el plano social.

Nuestro derecho actual es la reproducción de la cultura contemporánea, de nuestra civilización postmoderna, que se caracteriza por un pluralismo de estilos de vida. Por ende, esta diversidad cultural trae consigo la diversidad jurídica. El contacto entre culturas diversas genera el contacto entre ordenamientos jurídicos que responden a valores, principios, religiones diferentes.⁷³

Chiapero indica que por legítimos y comprensibles que sean algunos deseos vinculados con la procreación, la libertad de elegir no puede erigirse en un absoluto irracional, que no se frene ni siquiera frente a los peligros que trae aparejado para la vida de terceros y la dignidad de las personas.⁷⁴

Como se dijo en temas anteriores, la libertad no debe ser el fundamento de los derechos que invoquen las personas, sino la dignidad de los individuos debe ser la base de esos derechos. Sólo será posible encontrar el sentido del derecho, y de

⁷² Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 3.

⁷³ Scotti, Luciana B., "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas", *Revista Pensar en Derecho*, Buenos Aires, año 1, número 1, 2012, p. 270.

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/revista-pensar-en-derecho.pdf>

⁷⁴ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 3.

cada una de las instituciones jurídicas, si partimos de un concepto correcto del ser humano, que es su protagonista principal.⁷⁵

El personalismo funda sus teorías en la idea de que la dignidad es una condición que constituye intrínseca y sustancialmente al ser humano. En consecuencia, la persona no es un atributo sino una realidad que necesita ser reconocida.⁷⁶

La dignidad exige, pues, dar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza misma de hombre como ser personal distinto y superior a todo ser animal, en cuanto dotado de razón, de libertad y de responsabilidad.⁷⁷

El Derecho reconoce y asegura la libertad pero establece límites para ejercerla. Esos parámetros radican en la esfera jurídica de otros individuos, el orden público y la dignidad humana. No tiene cabida ningún acto que atente contra cualquiera de ellos.

Efectivamente, el Derecho garantiza la libertad de las personas a fin de que cada una pueda realizar su proyecto de vida sin perjudicar a los demás.

Ahora bien, entenderlas como libres no acarrea necesariamente concebirlo con autonomía absoluta, pues si cada persona reivindicara sus derechos subjetivos como derechos, y todos sus anhelos se identificaran como Derechos Humanos, el ordenamiento jurídico estaría renunciando a la justicia, entendida como dar a cada uno lo suyo.

Si se le exigiera al Derecho que asegure a todas las personas el cumplimiento de sus deseos, ello no tardaría en traer aparejado el fracaso de la humanidad, pues si todo deseo o anhelo subjetivo se reivindicaría como derecho subjetivo, sin interesar el bien común, el Derecho dejaría de cumplir su esencial objetivo de dar a cada quien lo suyo.⁷⁸

El hecho de recurrir a la maternidad subrogada, en cualquiera de sus modalidades, como una panacea es el reflejo de la consideración que hacen algunas

⁷⁵ *Ibidem*, p. 5.

⁷⁶ Baffone, Cristiana, pp. 442-470.

⁷⁷ Souto Galván, Beatriz, *op. cit.*, p. 289.

⁷⁸ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 12.

personas para justificar su derecho al hijo a pesar de que con ese procedimiento se encuentren una serie de conflictos éticos y jurídicos.

Básicamente con esa práctica se disocia la maternidad. Existe un conflicto entre dos agentes que son necesarios para dar la vida a un nuevo individuo. En el caso de la maternidad subrogada gestante, es importante la aportación de la célula germinal femenina pero también importa la implantación del óvulo fecundado en el vientre de la segunda mujer.

Tomasini Bassols plantea que el conflicto sería entre un factor necesario y otro factor necesario y ¿cómo decidir qué factor necesario es más necesario?⁷⁹

El mismo autor formula otra serie de interrogantes ¿cuál de las dos mujeres es su madre: la que proporcionó el óvulo o la que lo gestó y permitió que viviera y creciera? A primera vista, tiene tanto derecho una como la otra y es tan arbitraria una respuesta en favor de una como lo es una respuesta en favor de la otra.⁸⁰

Son dilemas acontecidos con el empleo de esa práctica. Pero no es el único inconveniente que acarrea. Como se ha analizado, una consecuencia seria del uso de este método es la cosificación del ser humano.

La gestación se banaliza o subvierte cuando responde sólo a la satisfacción de un interés meramente individual y en forma aislada, sea que se persiga un fin de orden patrimonial o afectivo.⁸¹

Ahora bien, la aceptación de esta práctica es más notoria cuando a la mujer gestante no aporta el gameto, sino sólo interviene para llevar a cabo el embarazo; no obstante, durante ese proceso puede renunciar al pacto de entregar al ser que lleva en su vientre, es por ello que busca la implementación de un contrato en el que prevenga esa situación.

Sin embargo, no hay que perder de vista que el estado civil es indisponible, los interesados no pueden, de manera unilateral o por un contrato, como el de gestación subrogada, cambiar los elementos, filiación, edad, nombre. Estos cambios sólo pueden implementarse, de acuerdo con la legislación vigente, por una sentencia

⁷⁹ Tomasini Bassols, Alejandro, *op. cit.*

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. XIX.

judicial de reconocimiento, desconocimiento o adopción, respetando siempre las reglas de orden público.⁸²

Al respecto es importante apuntar lo establecido en el artículo 338 del CCDF, cuyo tenor literal es:

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.

Ahora bien, la LMSDF establece que será mediante un contrato formal donde se haga constar lo concerniente a la maternidad subrogada, lo que implica que se transgrede lo establecido en el numeral invocado, ya que se hace pacto sobre la filiación y entrega del niño que nazca.

Por otra parte, es oportuno establecer lo expuesto por Brena Sesma, en el sentido de que la calidad de madre reside en el hecho biológico de la procreación, el cual se prueba con el certificado de nacimiento o en su defecto con la constancia de parto. Cuando una mujer reciba a su hijo biológico gestado y parido por otra mujer, carece de fundamentos para acreditar una maternidad. El contrato privado que hubiese firmado, además de carecer de reconocimiento como fuente de filiación, está prohibido por el artículo en cita.⁸³

La misma autora precisa que el mismo CCDF determina en el artículo 43 que no podrán asentarse en las actas ni por vía de nota o advertencia, sino lo que deba de ser declarado para el acto preciso a que ellas se refieren y lo que esté expresamente prevenido en la ley. Aquella persona que levante un acta de nacimiento declarando que es madre quien no parió aunque haya encargado al niño o niña o solicitara la inserción en ellas de circunstancias o declaraciones prohibidas por la ley, como atribuir la maternidad a quien no dio a luz, caería en ese momento en falsificación de las actas y daría lugar a la aplicación de sanciones para el juez del Registro Civil, sin perjuicio de las penas que la ley señale para el delito de falsedad, y de la indemnización de daños y perjuicios.

⁸² Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada...", *cit.*, p. 149.

⁸³ *Ibidem*, p. 151.

Además, de acuerdo con el artículo 203 del Código Penal, se impondrán de uno a seis años de prisión y de cien a mil días multa, al que, con el fin de alterar el estado civil, presente a registrar a una persona, asumiendo la filiación que no le corresponda.⁸⁴

Para eludir este tratamiento penal, hay quienes consideran que la entrega del menor podría justificarse a través de la figura de la adopción. Bajo tal supuesto, las madres biológicas y mujeres que asumieran el papel de gestantes entregarían al niño en adopción a quienes se lo pidieran.

Si bien es cierto que aparentemente existe una similitud entre adopción y maternidad subrogada por la entrega de un hijo y la transmisión de los derechos y obligaciones derivados de la filiación a otra u otras personas, son dos figuras diferentes.

La adopción es una institución jurídica por medio de la cual una o dos personas establecen un lazo de filiación con un menor que no es su hijo. La institución tiene por objeto proporcionar a los adoptados un hogar alternativo, cuando el suyo no les ofrece el bienestar mínimo que merecen. La adopción de menores surge y se configura como remedio social, ético y jurídico, es decir, esta institución tiene por objeto remediar una situación de hecho ya ocurrida, un niño abandonado o cuyos padres no quieren o no pueden hacerse cargo de él; en cambio, en la maternidad subrogada, el nacimiento de un menor es una situación creada *ex profeso*, para satisfacer los derechos reproductivos de una pareja con problemas de fertilidad.⁸⁵

Como podemos observar, mientras la adopción constituye un remedio para niños ya existentes, en el caso de la subrogación la intención de tener al niño ha sido planificada antes de su concepción misma.⁸⁶ Tramitar una adopción respecto al propio hijo es un acto simulado y, por tanto, ilegítimo. Esta solución se basa en el convencimiento de que el derecho no debe propiciar actos simulados.⁸⁷

El establecimiento del parentesco con base en el vínculo biológico debe quedar claro, en forma especial cuando la gestación se practique entre miembros de una

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 147.

⁸⁶ Baffone, Cristiana, *op. cit.*, pp. 458-459.

⁸⁷ Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada...", *op. cit.*, p. 153.

misma familia. Deberá evitarse que la línea de parentesco se trastoque, convirtiendo a una gestante en madre de su sobrino o de su nieto, y aun cuando se resuelva la situación legal, será conveniente prever los posibles conflictos psicológicos que estos cambios producirán en todo el entorno familiar.⁸⁸

Otra forma de establecer la filiación entre quienes solicitaron la gestación subrogada y el niño puede ser a través del reconocimiento que la pareja haga respecto del menor antes o después de su nacimiento. Sin embargo, conforme a la legislación vigente, la figura del reconocimiento se aplica sólo a los hijos nacidos fuera de matrimonio.⁸⁹

Aunque es necesario recalcar que los asuntos de derecho de familia se consideran de interés público, por los valores éticos que llevan implícitos y la función social que los rige, cualquier renuncia o transacción quedan como regla general prohibidas en el orden familiar.⁹⁰

Ahora es turno de analizar la figura contractual de la maternidad subrogada desde la óptica de la teoría de las nulidades. Debemos recordar que en el CCDF los tres grados de invalidez son: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

El grado máximo en las manifestaciones de invalidez de un acto jurídico y por ende, también de un contrato, es su inexistencia. Tiene lugar cuando en el proceso formador del acto, por cualquier circunstancia no participa algún elemento de existencia y, por ende, se considera que por tal defecto se está ante la inexistencia del acto correspondiente.⁹¹

Domínguez Martínez postula que al no producir efecto alguno, cualquier intervención de la autoridad judicial motivada por un acto inexistente resulta para quienes la sostienen, innecesaria e inútil, pues al ser tan contundente, no tiene que distraerse al órgano jurisdiccional.⁹²

La nulidad absoluta por su parte refiere tiene su origen en la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto. Por regla general no impide que produzca

⁸⁸ *Ibidem*, p. 155.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 152.

⁹⁰ Pérez Contreras, María de Montserrat, "El debate", en Brena Sesma, Ingrid (Coord.), *Reproducción...*, cit., p. 134.

⁹¹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *op. cit.*, p. 81.

⁹² *Ibidem*, p. 84.

provisionalmente sus efectos los que serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad.⁹³

Respecto al contrato de maternidad subrogada hay dos vertientes, la primera considerar inexistente ese pacto debido a la falta de objeto, ya que el ser humano o alguno de sus órganos, en este caso el útero, no pueden ser materia de un acuerdo de voluntades. Por otro lado, se puede considerar que está dentro de la nulidad absoluta debido a la ilicitud de objeto, lo que implicaría que surte sus efectos provisionalmente.

López Faugier precisa que en nuestra legislación un contrato de esa naturaleza no podría tener efectos jurídicos, e incluso sería nulo absolutamente. Primero, porque con fundamento en el artículo 1784, fracción II, del CCDF, la existencia de todo contrato requiere que su objeto puede ser materia del mismo, en el caso de la maternidad gestante, el objeto del contrato es una persona, es decir, el menor que debe ser entregado lo cual evidentemente no puede actualizarse.⁹⁴

Los pactos de maternidad subrogada carecen de validez porque los negocios jurídicos relativos al Derecho de familia están sustraídos de la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público, por los fuertes impedimentos éticos y la función social que los preside, de tal manera que las renunciaciones, transacciones, etc., quedan como regla general prohibidos en la relación del estado de familia.⁹⁵

La prohibición de la maternidad subrogada ha sido justificada con diferentes argumentos, los más frecuentes en contra son: que es contraria a la dignidad de la madre y del hijo, que altera el orden natural, que entroniza la compraventa de los hijos, que puede dar lugar a la explotación de las mujeres pobres y que favorece sólo a las mujeres y parejas de clases altas.⁹⁶

Se alega que tales convenios serían nulos por aplicación del art. 953 del Código Civil, que los considera tales por ser de objeto ilícito, contrario a las buenas costumbres y por recaer sobre cosas que no se hallan en el comercio.⁹⁷

⁹³ *Ibidem*, p. 85.

⁹⁴ López Faugier, Irene, *La prueba científica...*, *cit.*, p. 291.

⁹⁵ Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada...", *cit.*, p. 147.

⁹⁶ Puigpelat Martí, Francesca, *op. cit.*, p. 173.

⁹⁷ Scotti, Luciana B., *op. cit.*, p. 275.

Se señala que no se puede contratar sobre la gestación o la entrega del nacido, ya que no se trata de cosas o de objetos de comercio o transacción. Se dice que atenta contra la dignidad humana de la mujer gestante y del nacido, quien ya es sujeto de protección por el derecho.⁹⁸

Sin duda, esta práctica puede constituirse en una forma de manipulación del cuerpo femenino, inadmisibles en una sociedad democrática.⁹⁹ La dignidad de la persona, del hijo y de la madre gestante, se alza así como argumento principal para rechazar la práctica de ese método.¹⁰⁰

La prohibición de la maternidad subrogada tiene como objeto evitar que tanto la madre gestante como el nacido sean considerados para prácticas de comercio ilícitas o antiéticas que violentan los Derechos Humanos de la mujer y el interés superior de la infancia.¹⁰¹

Aunque ha quedado claro que dicho pacto no puede surtir efectos jurídicos debido a que envuelve a los individuos en una serie de complejidades que afectan su dignidad y contravienen su naturaleza, esto es, los seres humanos jamás podrán ser objeto de contrato alguno.

Más allá de las nulidades o invalidaciones contractuales que fulminen el contrato, a partir del nacimiento de una persona humana es menester resolver múltiples cuestiones desde su emplazamiento familiar, por medio del otorgamiento de la tenencia del menor, así como el régimen de sostenimiento económico o alimentos, sus derechos familiares y hereditarios o estatus jurídico dentro de la sociedad, todo lo que muestra la complejidad de este problema y la soledad en que se encuentran los jueces cuando deben resolver tales conflictos o dilemas sin ninguna referencia de orden legal.¹⁰²

Pese a que el contrato sea nulo, en el plano fáctico el hijo existe, entonces los jueces deben adoptar determinaciones trascendentes con lo cual se haga efectiva la justicia. La invalidación del acuerdo no resuelve el problema, ya que a partir de ese mismo momento los jueces tienen que resolver otra cantidad de temas nada

⁹⁸ Pérez Contreras, María de Montserrat, *op. cit.*, p. 135.

⁹⁹ Souto Galván, Beatriz, *op. cit.*, p. 288.

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ Pérez Contreras, María de Montserrat, *op. cit.*, p. 135.

¹⁰² Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. XV y XVI.

menores, como ocurre con la necesaria imputación de las consecuencias que se le infieren.¹⁰³

Si el contrato carece de fuerza vinculante por tener objeto ilícito o falta de objeto, pero la justicia se ve ante el imperativo de tener que adoptar una decisión capaz de superar este conflicto objetivo, en general estuvo siempre a favor de privilegiar a la maternidad natural, seguramente en razón de la existencia de una tradición muy fuerte en este sentido, y también quizá por las circunstancias de que en definitiva ella es la que lleva adelante el proceso biológico, asume riesgos, lo alimenta y protege en su vientre resultando, en cierta forma, su madre natural.¹⁰⁴

También, no es ajeno al hecho de considerar que la prohibición de la maternidad subrogada pueda implicar la clandestinidad de la práctica. Lo que se necesita es una regulación completa sobre TRA, dentro de la cual se haga pronunciamiento de la maternidad subrogada, en sus dos modalidades, pero no como una más de esas técnicas sino como el medio para la consecución de las variantes de IA o FIV, en donde se restrinja su implementación debido a que contraviene aspectos fundamentales de los seres humanos.

Debe existir la objetividad en este asunto y dejar de lado las emociones que nos hagan declinar por la implementación del uso de tecnologías que indirectamente transgreda la dignidad humana. Ante esto, corresponde a las legislaciones civiles reafirmar ese aspecto, reconociendo el hecho de que la filiación corresponderá a la mujer gestante. Y no tratar de integrar ese tipo de contratos en su sistematización debido a que, como se analizado, se legitimarían acciones contrarias a la naturaleza humana.

Para prevenir la clandestinidad se requiere de instituciones sólidas que sean capaces de prevenir ese tipo de conductas, con tal de salvaguardar el orden público y garantizar que no se comercialice con seres humanos. Incluso, no permitir las agrupaciones encargadas de vincular a las mujeres que deseen ser gestantes con los posibles solicitantes.

¹⁰³ *Ibidem*, p. XVI.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. XVII.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La maternidad es un vínculo dogmático cuya trascendencia va más allá de la aportación de la célula germinal o de la gestación. Convergen una serie de eventos de alta complejidad tanto en la mujer como en el bebé. No se sobrevalora ese acontecimiento sino se reconoce la importancia del mismo. Es innegable que durante el embarazo se producen relaciones psico-emocionales. Se genera un lazo de unión entre la mujer gestante y el feto, y obligar a entregarlo, apenas nace, podría traer consecuencias psicológicas negativas para el bebé y para la madre gestante, quienes incluso son sometidas a tratamiento psicológico para evitar dicha vinculación.

SEGUNDA. La procreación de un ser humano no es la mera producción de órganos y estructuras, pues si bien la concepción como proceso biológico se da sin que intervenga necesariamente una relación emocional entre los progenitores o inclusive, el solo deseo de concebir, el afecto por un ser que se visualiza en el imaginario de la mujer que desea ser madre, no basta para la creación de vida. Es una realidad que una vez que la concepción se da, el embrión y posteriormente el feto, percibe las emociones de la madre, creando un vínculo. Los estados de ánimo de la madre, llegan a producir efectos en su crecimiento, conectando ambas vidas, pues aún en la obscuridad del seno materno, el corazón de la madre, su voz y su tacto a través de la piel del vientre, estimulan a esta vida y producen efectos en la psique de la madre, que son innegables. No es posible negar el vínculo cuando se ha sentido crecer en el interior del propio cuerpo una vida, no menos importante es para la sociedad preservar esta unión.

TERCERA. En el Derecho romano se constituyó una fórmula que trascendió por muchos siglos y fue incorporada por la mayoría de las legislaciones que adoptaron el sistema romano. Consistía en imputar a la maternidad en virtud del acontecimiento natural del parto. Pero en la actualidad, ante el surgimiento de avances biotecnológicos ya no es tan sencillo recurrir a ese planteamiento debido a que puede dissociarse la maternidad y que exista una mujer que aporte el material

genético, otra que lleve a término la gestación y una más que sea quien tenga la voluntad procreacional.

CUARTA. El derecho a la procreación no es un derecho absoluto, al igual que todos los demás presenta límites los cuales se encuentran en la no afectación de los demás. Considerar lo contrario implica creer en el derecho al hijo, que es totalmente distinto al primero mencionado. El ejercicio del derecho a la procreación no debe transgredir, directa o indirectamente, los derechos de terceros. Además cuando exista una causa justificada puede limitarse por el poder público, por lo que, se comete una equivocación al pretender justificar el acceso a la maternidad subrogada en aras de conseguir ese derecho. Primero, se afectan los derechos de la mujer gestante al exigir la entrega del hijo y considerarla sólo el medio para la consecución de un fin. Segundo, al producto de la concepción se le conceptualiza como un objeto susceptible de apropiación. Por tanto, el poder público si puede intervenir, ya que incluso se afectan las relaciones familiares.

QUINTA. La maternidad subrogada es un acontecimiento que tuvo su origen gracias a los avances tecnológicos y al perfeccionamiento de la inseminación artificial (IA) y la fecundación *in vitro* (FIV), pero no es una técnica de reproducción asistida, ya que sólo es el medio para culminar con cualquiera de las dos mencionadas anteriormente. Sin el empleo de ellas no es posible lograr la maternidad subrogada. En cambio, tanto la IA como la FIV podrán realizarse aunque no exista la participación de una segunda mujer para llevar a cabo la gestación.

SEXTA. La maternidad subrogada puede ser genérica o gestacional. La primera se presenta cuando un varón, una mujer o una pareja, infértil o no, acuerdan con otra, casada o no, llevar a cabo la gestación, y esta última proporciona el óvulo que será fecundado mediante inseminación artificial con el espermatozoide del varón, solo o integrante de la pareja, o con uno donado. Mientras que en la maternidad subrogada gestante, no se utiliza el óvulo de la mujer gestante, sino los gametos de la pareja que acude a dicha práctica o a través de la donación, ya sea del óvulo,

espermatozoide o ambos. La característica primordial es que no hay vínculo genético entra la gestante y el bebé que va a entregar. Para dar lugar a dicha situación se necesita de la FIV. La característica primordial de esta práctica es que en ambos casos existe la obligación de entregar inmediatamente al bebé una vez nacido a los solicitantes, renunciando la mujer gestante a cualquier relación de parentesco.

SÉPTIMA. La maternidad subrogada en su aspecto genérico transgrede la dignidad humana. En principio porque al existir un vínculo genético con la gestante se está entregando a su propio hijo, independientemente de si el acuerdo se hizo de forma gratuita u onerosa, pero en éste último se afecta aún más debido a que se configura la venta de una persona. Se reduce al individuo a un simple objeto susceptible de transacción. La maternidad subrogada gestacional, aunque es más aceptada por diversos autores que abordan el tema, también infringe esa dignidad. Se menosprecia el vínculo afectivo surgido entre la gestante y el bebé, por lo que, aunque no exista vínculo genético con él si se genera un lazo afectivo el cual tendría que renunciarse por virtud de un contrato. El hecho de hacer menos ese vínculo puede generar que se ignore el mismo, lo que conllevaría a la deshumanización de las personas; además, se trata a la mujer gestante como el instrumento por el cual se va a materializar el anhelo de tener un hijo. Al verla únicamente como una incubadora implica que nuevamente se considere a los individuos como cosas.

OCTAVA. Contemplar a la maternidad subrogada como el único recurso para superar la infertilidad o esterilidad y considerarla una panacea, trae consigo las complicaciones de cerrarse el panorama ante la búsqueda de otras alternativas que ayuden a superar su condición. Hay que reflexionar en cada caso concreto qué tratamiento puede ser el correcto de acuerdo a las características de los pacientes y analizar el motivo que origina la exigencia inconmensurable de que el hijo tenga la carga genética de los solicitantes.

NOVENA. Las motivaciones para acudir a la maternidad subrogada no sólo estriban en el anhelo de tener un hijo por estar impedido para procrearlo de forma natural. En nuestra época donde una característica es el hedonismo imperante en la sociedad, también hay personas que no son infértiles pero por cuestiones estéticas, vanidad, narcisismo, circunstancias laborales o egoísmo porque la adopción no la consideran como una opción viable para satisfacer su anhelo de tener descendencia, es que recurren a ella. Por lo que es necesario tomar en cuenta que con una legislación inadecuada se pueden propiciar más conflictos de los que por sí misma genera esa práctica.

DÉCIMA. Al estimarse válida la maternidad subrogada, nos puede llevar a una grave consecuencia, al creer que todo derecho subjetivo pueda reivindicarse como si fuera un derecho, es decir que todos aquellos anhelos que se identifican subjetivamente con la felicidad, puedan ser erigidos como derechos humanos.

UNDÉCIMA. Es indispensable la regulación integral sobre técnicas de reproducción asistida y sin considerar una más de ellas a la maternidad subrogadas se debe restringir en su totalidad esa práctica, así como evitar el surgimientos de centros que vinculen a la mujer gestante con los solicitantes. Es primordial que se reflexione sobre los alcances de la asistencia tecnológica para ejercer el derecho a la procreación, porque no es bueno generar una regulación asimilando ese derecho como si se tratara del derecho al hijo. De considerarlo así se puede dejar un aspecto de suma importancia el cual jamás debe ser menospreciado y ese es el de la dignidad humana. Asimismo, las legislaciones civiles que contemplan el acceso a cualquier técnica de reproducción asistida deben ser concisas en ese aspecto, porque al no delimitarlas y ante la falta de un ordenamiento que las regule, se genera una interpretación en el sentido de que incluso se puede recurrir a la maternidad subrogada.

DUODÉCIMA. La mercantilización es un fenómeno que se circunscribe en la maternidad subrogada, el cual se marca más en las regiones donde existe una

desigualdad económica y social. En las zonas marginadas se puede presentar que sea visto como un buen negocio por las ganancias que pueden generarse; sin embargo, ese es otro motivo por el cual se deben establecer los límites para restringir esta práctica, porque es incorrecto que al embrión se le dé un trato de “producto”, objeto de técnicas científicas y empresariales, dados los múltiples problemas jurídicos que se suscitan cuando la madre gestante o los padres biológicos pierden interés en el niño, debido a que no “satisface” los requisitos de calidad que esperaban.

DÉCIMA TERCERA. La maternidad subrogada tanto genérica como gestacional, no es un método terapéutico, debido a que no cura la infertilidad, ni corrige la esterilidad ya que el problema orgánico o anatómico continúa en el individuo. Lo que se hace con el empleo la tecnología es substituir o asistir a un proceso generativo, que por diversas circunstancias patológicas no puede completarse satisfactoriamente de modo espontáneo.

DÉCIMA CUARTA. Es deber de los juristas no apartarse de la objetividad en ésta y en otras áreas donde se vea involucrada la dignidad de los seres humanos. En la regulación que se haga respecto a la maternidad subrogada debe tomar en cuenta que con esta práctica se genera un individuo, quien por su propia naturaleza debe ser protegido por la ley, y debe garantizarse su protección para que no se produzcan actos que de manera directa o indirecta, contravengan la dignidad humana.

DÉCIMA QUINTA. En las cuestiones médicas, es necesario plantear una forma integral para el tratamiento a la infertilidad o esterilidad. Un enfoque interdisciplinario que no sólo incluya la maternidad subrogada, sino que se tome en cuenta el aspecto psicológico de las personas para comprender su verdadera motivación y entender cuáles son las circunstancias por las que se recurre a la maternidad subrogada. Se deben establecer estrategias para formar un programa integral para la atención adecuada de las personas infértiles. En donde se incluyan estrategias para afrontar

de mejor manera la infertilidad y no sólo dar posibles soluciones con las cuales se puede ver afectada la dignidad del ser humano.

DÉCIMA SEXTA. La figura contractual es la que prevalece para pretender una regulación sobre la maternidad subrogada, ya que se establecen las obligaciones de cada una de las partes y se garantiza el cumplimiento de las mismas; sin embargo, es inexacto que se pretenda establecer mediante contrato porque su objeto contraviene el orden público. Aceptar la viabilidad de ese contrato sólo es legitimar actos que transgredan la dignidad humana, ya que admitir la maternidad subrogada genérica es consentir la venta de personas, mientras que permitir la maternidad gestacional implica desvalorizar a las personas y considerarlas como simples objetos.

DÉCIMA SÉPTIMA. Si bien el Derecho es cambiante de acuerdo a las variaciones acontecidas en una época determinada, jamás debe dejarse de lado que la dignidad humana es el pilar para cualquier ordenamiento jurídico. Por lo que, a pesar de que la maternidad subrogada sea considerada como una alternativa para tener su propia descendencia, esto más bien es una manera de transgredir esa dignidad, ya que genera la cosificación del ser humano e incentiva el hecho de exigir una vinculación total, lo cual también conlleva a que las personas con mayores recursos puedan acudir a ese procedimiento. Ergo, aceptar la regulación de esa práctica y más aún como contrato sólo legitimaría esos actos que desvalorizan a las personas.

FUENTES DE CONSULTA

A) Bibliográfica.

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, *Contratos civiles*, 2ª ed., México, Porrúa, 1997.

ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María (Coord.), *Panorama internacional de Derecho de familia. Cultura y sistemas jurídicos comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2006, t. I.

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado*, 17ª ed., México, Porrúa, 2008.

ASPE ARMELLA, Virginia (comp.), *Familia. Naturaleza, derechos y responsabilidades*, México, Porrúa – Universidad Panamericana, 2006.

BACCINO, Giuliana (ed.), *Reproducción humana asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos*, Valencia, Tirant lo blanch, 2014, colección Ciencias de la Salud.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y **BUENROSTRO BÁEZ**, Rosalía, *Derecho civil, introducción y personas*, 12ª ed., México, Oxford University Press, 2006, colección Textos Jurídicos Universitarios.

BIALOSTOSKY Sara, *Panorama del Derecho romano*, 4ª ed., México, Porrúa, 2009.

BONFANTE, Pietro, *Instituciones de Derecho romano*, México, TSJDF - Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2007, Colección Clásicos del Derecho.

BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 9ª ed., México, Porrúa, 1984.

BRENA SESMA, Ingrid (Coord.), *Reproducción asistida*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012.

CARRAL Y DE TERESA, Luis, *Derecho notarial y registral*, 12ª ed., México, Porrúa, 1993.

CHIAPERO, Silvana María, *Maternidad subrogada*, Buenos Aires, Astrea, 2012.

CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, *Derecho Civil para la familia. Temas selectos*, México, Porrúa, 2014.

CRUZ PARCERO, Juan A. (Coord.), *Debates constitucionales sobre Derechos Humanos de las mujeres*, 2ª ed., México, SCJN - Fontarama, 2012, colección Género, Derecho y Justicia.

D XXV, III, 1, ss 1. *Corpus Iuris Civilis, Codicis Justiniani*, trad. de Emilio del Rio Pacheco y Armando Ríos Jáquez, México, Reproducciones Gráficas Laguna, 2006, Vol. III *Digestorum seu Pacdectarum*.

D. II, IV, 4, en *Corpus Iuris Civilis, Codicis Justiniani*, trad. de Emilio del Rio Pacheco y Armando Ríos Jáquez, México, Reproducciones Gráficas Laguna, 2006, Vol. I *Institutionum – Digestorum*.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo (Coord.), *Temas de Derecho civil en homenaje al doctor Jorge Mario Magallón Ibarra*, México, Porrúa, 2011

_____, Jorge Alfredo y **SÁNCHEZ BARROSO**, José Antonio, (Coords.), *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa*, México, Colegio de profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho UNAM, 2014.

_____, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Contratos*, 4ª ed., México, Porrúa, 2011.

_____, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Familia*, 3ª ed., México, Porrúa, 2014.

FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El Derecho privado romano*, 24ª ed., México, Esfinge, 1999.

GAFO, Javier, *Nuevas técnicas de reproducción humana, biomedicina, ética y Derecho*, España, Universidad Pontificia Comillas Madrid, 1986.

- GAONA ARREOLA**, Ranferi, *et al. (ed.)*, *Endocrinología reproductiva e infertilidad*, México, Asociación Mexicana de Medicina de la Reproducción, A.C. – Prado, 2013.
- GARZA GARZA**, Raúl, *Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles*, México, Trillas, 2000.
- GONZÁLEZ DE CHÁVEZ**, María Asunción (Comp.), *Subjetividad y ciclos vitales de las mujeres*, Madrid, España, Siglo XXI editores, 1999.
- GOYENA COPELLO**, Héctor Roberto *et al.*, *Familia, tecnología y Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 123.
- GUZMÁN ÁVALOS**, Aníbal, *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*, Xalapa, Veracruz, Universidad Veracruzana, 2001.
- HUBER OLEA**, Francisco José, *Derecho romano I*, México, Iure, 2005.
- IBARROLA**, Antonio de, *Derecho de familia*, 5ª ed., México, Porrúa, 2011.
- LARROUMET**, Christian, *Teoría general del contrato*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis, 1993.
- LEMA AÑÓN**, Carlos, *Reproducción, poder y Derecho, ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Trotta, 1999, colección Estructuras y Procesos.
- LÓPEZ FAUGIER**, Irene, *La prueba científica de la filiación*, México, Porrúa, 2005.
- LÓPEZ JUÁREZ**, Ponciano, *Elementos de identidad del notariado de tipo latino*, México, 2001, Porrúa – Colegio de Notarios del Distrito Federal, Colección de temas jurídicos en brevarios, número 3.
- DIEZ PICAZO**, Luis, *Protección jurídica, familiar y Derecho*, Centro de estudios sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho civil*, México, Porrúa, 1988, t. III.

MENDOZA CÁRDENAS, Héctor A., *Reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, UANL-Fontarama, 2011.

OLAVE IBARRA, Sergio, *Obligaciones y contratos civiles*, 9ª ed., México, Banca y Comercio, 2005.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (Coord.), *Hacia la protección de la familia, perspectivas del Derecho de Familia hoy: preguntas, respuestas y propuestas*, España, Aranzandi, 2012.

ORTIZ URQUIDI, RAÚL, *Derecho civil, parte general*, México, Porrúa - Anales de Jurisprudencia y publicaciones - TSJDF, 2010.

OSSET HERNÁNDEZ, Miquel, *Ingeniería genética y Derechos Humanos, legislación y ética ante el reto de los avances biotecnológicos*, Barcelona, Icaria, 2000.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos civiles*, 6ª ed., México, Porrúa, 1999.

PETIT, Eugène, *Tratado elemental de Derecho romano*, 15ª ed., trad. de José Ferrández González, México, Porrúa, 1999.

RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl (coord.), *Familia, semántica de humanidad memorias de las II jornadas universitarias sobre la familia*, México, Porrúa – Universidad Panamericana, 2012.

RÍOS HELLING, Jorge, *La práctica del Derecho notarial*, 2ª ed., México, Mc. Graw Hill, 1997.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho civil*, 17ª ed., México, Porrúa, t. III Teoría General de las Obligaciones, 1991.

- SÁNCHEZ BARROSO**, José Antonio (Coord.), *Cien años de Derecho civil en México 1910-2010*, México, Facultad de Derecho, UNAM, 2011.
- SÁNCHEZ BRINGAS**, Ángeles, *Mujeres, maternidad y cambio, prácticas reproductivas y experiencias maternas en la Ciudad de México*, México, UAM - Programa Universitarios de Estudios de Género - UNAM, 2003.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ**, Olga, *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?*, Madrid, España, Universidad de Alcalá, 2010, colección de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos.
- SÁNCHEZ MEDAL**, Ramón, *De los contratos civiles, teoría general del contrato, contratos en especial, registro público de la propiedad*, 23ª ed., México, Porrúa, 2008.
- SOLÍS PONTÓN**, Leticia (Coord.), *La familia en la Ciudad de México, presente, pasado y devenir*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1997.
- SOTO LAMADRID**, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1990.
- TAME**, Nancy, *Infertilidad: El dolor secreto, métodos para prevenirla*, México, Pax 2007.
- TAPIA RAMÍREZ**, Javier, *Contratos civiles, teoría del contrato y contratos en especial*, México, Porrúa, 2009.
- TARDUCCI**, Mónica (Coord.), *Maternidades en el siglo XXI*, Buenos Aires, Argentina, Espacio editorial, 2008.
- TREVIÑO GARCÍA**, Ricardo, *Los contratos civiles y sus generalidades*, 6ª ed., México, Mc Graw Hill, 2002.

URBANO SALERNO, Marcelo, *Contratos civiles y mercantiles*, México, Oxford, 2002.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos civiles*, 10ª ed., México, Porrúa, 2004.

ZAVALA PÉREZ, Diego H., *Derecho familiar*, 3ª ed., México, Porrúa, 2011.

B) Hemerográficas

ABREU DE LA TORRE, Clara, *et al.*, “Perfil de personalidad en pacientes que solicitan cirugía estética”, *Cirugía Plástica*, Volumen 10, núm. 3, septiembre-diciembre, 2000, pp. 97-101, <http://www.medigraphic.com/pdfs/cplast/cp-2000/cp003c.pdf>.

AMADOR JIMÉNEZ MÓNICA, “Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada”, *Revista en ciencias sociales CS*, Colombia, núm. 6, julio – diciembre 2010, pp. 193 – 217, http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf.

ARRANZ LARA, Lilia, *et al.*, “El deseo de maternidad en pacientes sujetas a tratamientos de reproducción asistida: Una propuesta de psicoterapia”, *Revista de perinatología y Reproducción Humana*, México, Volumen 15, núm. 2, abril-junio, 2001, pp. 133-138, <http://www.inper.mx/descargas/pdf/Pr012-03.pdf>.

_____, Lilia, *et al.*, “Estrés percibido en mujeres a quienes se realizarán tratamientos de reproducción asistida y sus parejas”, *Revista de Especialidades Médico-Quirúrgicas*, Volumen 14, núm. 3, julio-septiembre, 2009, pp. 117-120, <http://www.medigraphic.com/pdfs/quirurgicas/rmq-2009/rmq093c.pdf>.

_____, Lilia, *et al.*, “Estudio de un grupo de mujeres sujetas a tratamientos de reproducción asistida: Un enfoque cualitativo”, *Revista Salud Mental*, Volumen 24, núm. 5, octubre, 2001, pp. 30-36.

ARTETA ACOSTA, Cindy, “Maternidad subrogada”, *Ciencias Biomédicas*, España, volumen 2, núm. 1, 2011, pp. 91-97, <http://www.revistacienciasbiomedicas.com/index.php/revciencbiomed/article/view/65/60>.

BAFFONE, Cristiana, “La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVII, núm. 137, mayo-agosto de 2013, pp. 442-470, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/137/art/art1.pdf>.

BRENA SESMA, Ingrid, “Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXVIII, núm. 82, enero-abril de 1995, pp. 71-88, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/82/art/art2.pdf>.

_____, Ingrid, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, México, Cuarta Época, Número 1 Sección de Doctrina, 2012, pp. 141-157, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoPrivado/1/dtr/dtr7.pdf>.

CANO, María Eleonora, “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”, *Revista persona*, Argentina, 2002, <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>.

CARBALLO MONDRAGÓN, Esperanza, *et al.*, “El valor de la edad paterna en los resultados de inseminación intrauterina”, *Ginecología y Obstetricia de México*, México, Volumen 81, núm. 6, junio 2013, pp. 329-333, <http://www.medigraphic.com/pdfs/ginobs/mex/gom-2013/gom136f.pdf>.

DOBERNIG GAGO, Mariana, “Aspecto jurídico del proyecto genoma”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 30, 2000, pp. 473-479, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/30/cnt/cnt19.pdf>.

GAONA ARREOLA, Ranferi, *et al.*, “Síndrome de hiperestimulación ovárica”, *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, México, Volumen 2, núm. 3, enero-marzo, 2010, pp. 67-73, <http://www.medigraphic.com/pdfs/reproduccion/mr-2010/mr103a.pdf>.

GERSON, Raquel, “Fertilidad y cáncer”, *Revista Médica del Hospital General de México*, Volumen 63, núm. 1, enero-marzo, 2000, pp. 30-40, <http://www.medigraphic.com/pdfs/h-gral/hg-2000/hg001f.pdf>.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, “Naturaleza jurídica del Derecho familiar”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, Tomo LXIII, núm. 260, Julio-Diciembre, 2013, pp. 263-292.

HERNÁNDEZ FALCÓN, Julio y **ALBA LEONEL**, Adela, “Filosofía, cronicidad y calidad de vida”, *Revista de Enfermería Neurológica*, México, Volumen 12, núm. 1, 2013, pp. 48-52, <http://new.medigraphic.com/cgi-bin/resumen.cgi?IDREVISTA=221&IDARTICULO=42970&IDPUBLICACION=4476>.

JARA DÍAZ, Julio Francisco de la, “La cirugía reproductiva; ¿un arte obsoleto?”, *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, México, Volumen 4, núm. 2, octubre-diciembre, 2011, pp. 53-55, <http://www.medigraphic.com/pdfs/reproduccion/mr-2011/mr112a.pdf>.

LAVY, Gad, “Útero de alquiler”, *Asociación para el Estudio de la Biología de la Reproducción (ASEBIR)*, España, volumen 15, núm. 2, diciembre de 2010, pp. 4-5, <http://revista.asebir.com/assets/asebir-diciembre-2010.pdf>.

LÓPEZ FAUGIER, Irene, “Aspectos legales y éticos de la maternidad subrogada”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, tomo LX, número especial Ética y Humanismo, 2010, pp. 23-28.

MALACARA, Juan Manuel, “Menopausia: Nuevas evidencias, nuevos enigmas”, *Revista de Endocrinología y Nutrición*, México, Volumen 11, núm. 2, abril-junio, 2003, pp. 61-72, <http://www.medigraphic.com/pdfs/endoc/er-2003/er032c.pdf>.

MARCUSCHAMER S., Eva, “La posmodernidad, cultura y vocación”, *Revista de Medicina Universitaria*, México, Volumen 10, núm. 41, 2008, pp. 248-254, <http://www.medicinauniversitaria.uanl.mx/41/pdf/248.pdf>.

MATEO SÁNEZ, Henry Aristóteles, *et al.*, “Hipotiroidismo e infertilidad femenina”, *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, Volumen 5, núm. 1, julio-septiembre, 2012, pp. 3-6, <http://www.medigraphic.com/pdfs/reproduccion/mr-2012/mr121b.pdf>.

MIR CANDAL, Leila, “La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”, *Revista Redbioética/UNESCO, Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética*, Volumen. 1, Núm. 1, julio, 2010, http://www.unesco.org.uy/ci/fileadmin/shs/redbioetica/revista_1/Leila.pdf.

MONDRAGÓN ALCOCÉR, Héctor Luis, *et al.*, “Embarazo ectópico abdominal primario”, *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, Volumen 3, núm. 3, enero-marzo, 2011, pp. 133-137, <http://www.medigraphic.com/pdfs/reproduccion/mr-2011/mr113g.pdf>.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Diana, “Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato”, *Revista de Derecho Privado*, México, Nueva época, año IV, núm. 11, 2005, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr/dtr5.htm#N7>.

ROMERO GUTIÉRREZ, Gustavo, *et al.*, “Prevalencia de tristeza materna y sus factores asociados”, *Ginecología y Obstetricia de México*, Volumen 78, núm. 1, enero, 2010, pp. 53-57, <http://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsMex/gom-2010/gom101i.pdf>.

ROMERO PÉREZ, Irma, “Muerte materna: Una revisión de la literatura sobre factores socioculturales”, *Perinatología y Reproducción Humana, México*, Volumen 24, núm. 1, enero-marzo, 2010, pp. 42-50, <http://www.medigraphic.com/pdfs/inper/ip-2010/ip101f.pdf>.

SAAVEDRA ABRIL, Jaime Alejandro, *et al.*, “Cáncer de testículo”, *Anales de Radiología*, México, número 1, 2009, pp. 47-59, <http://www.medigraphic.com/pdfs/anaradmex/arm-2009/arm091f.pdf>.

SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio, “El “matrimonio” entre personas del mismo sexo en el Distrito Federal”, *Ars Iuris*, número 43, México, 2010, pp. 245-287.

SANTAMARÍA SOLÍS, Luis, “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos”, *Cuadernos de Bioética*, España, Volumen XI, número 41, enero-marzo de 2000, pp. 37-47, <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/37.pdf>.

SCOTTI, Luciana B., “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Revista Pensar en Derecho*, Buenos Aires, año 1, número 1, 2012, pp. 267-289, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/revista_pensar-en-derecho.pdf.

SOUTO GALVÁN, Beatriz, “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva época, núm. 1/2005, pp. 275-292, <http://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0505110275A/13816>.

TRUJANO RUIZ, María Magdalena, "Del hedonismo y las felicidades efímeras", *Revista Sociológica de la UAM*, México, año 28, núm. 79, 2013, pp. 79-109, <http://www.revistasociologica.com.mx/pdf/7903.pdf>.

VVAA, "Declaración de Guanajuato sobre la fecundación in vitro", *Persona y Biótica*, Volumen 17, núm. 1, enero-junio 2013, pp. 111-115, <http://www.redalyc.org/pdf/832/83228613009.pdf>.

C) Legislativas y Publicaciones Oficiales.

Código Civil de Coahuila, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Coahuila de Zaragoza el 25 de junio de 1999.

Código Civil de Querétaro, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Querétaro el 21 de octubre de 2009.

Código Civil del Estado de México, publicado el 7 de julio de 2002.

Código Civil del Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Tabasco el 9 de abril de 1997.

Código Civil para el Distrito Federal Publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 25 de mayo del 2000.

Código Familiar de San Luis Potosí, publicado en el Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí el 18 de diciembre de 2008.

Código Familiar de Sinaloa, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Sinaloa el 6 de febrero de 2013.

Código Familiar para el Estado de Hidalgo.

Código Familiar del Estado de Michoacán, publicado 11 de febrero de 2008.

Código Familiar del Estado de Zacatecas, publicado el 10 de mayo de 1986, con reforma publicada el 3 de octubre de 2007.

Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 2001.

Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1992.

Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, Diario de los debates de la Cámara de Diputados, XLIX Legislatura, año II, México, Diario 33, 14 de noviembre de 1974, <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebate/49/2do/Ord/19741114.html>.

Estados Unidos Mexicanos, Gobierno del Estado de Querétaro. Periódico Oficial “La sombra de Artega”, Tomo CXLII, número 80, 21 de octubre de 2009, <http://www2.queretaro.gob.mx/disco2/servicios/LaSombradeArteaga/>.

Estados Unidos Mexicanos, LV Legislatura del H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Tabasco, Decreto número 205, <http://www.cedhtabasco.org.mx/assets/archivo01.pdf>.

Estados Unidos Mexicanos, LVIII Legislatura del Congreso del Estado de San Luis Potosí, Diario de debates, 12 diciembre de 2008, http://148.235.65.21/LVIII/act_legislativa/diario_debates/1erPO_3erAEL/20081212_SO81.pdf.

Estados Unidos Mexicanos, LX Legislatura del Congreso del Estado de Sinaloa, Diario de Debates, 8 de enero de 2013, <http://www.congresosinaloa.gob.mx/debate/diario-de-debates-164-lx-legislatura/>.

Estados Unidos Mexicanos, LX Legislatura del Congreso del Estado de Sinaloa, Diario de Debates, 17 de enero de 2013, <http://www.congresosinaloa.gob.mx/debate/diario-de-debates-167-lx-legislatura/>.

Estados Unidos Mexicanos, LX Legislatura del Estado de San Luis Potosí, Instituto de Investigaciones Legislativas Unidad de Informática Legislativa, Código Familiar del Estado,

*[http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdf-
zip/codigos/CF/CFam.pdf](http://www.stjslp.gob.mx/transp/cont/marco%20juridico/pdf-
zip/codigos/CF/CFam.pdf)*

Estados Unidos Mexicanos, LXI Legislatura del H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Tabasco, Diario de Debates, 8 de mayo de 2013, *<http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2013/LXI/orden18/OFICIALIA/Diario%20de%20Debates/Mayo/DSPO-08-05-2013.pdf>*.

Iniciativa con proyecto de decreto para reformar diversas disposiciones del Código Civil del Distrito Federal, V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Gaceta Parlamentaria, núm. 169, año 3, 27 de septiembre de 2011.

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco, LXI Legislatura del H. Congreso del Estado Libre y Soberano de Tabasco, 8 de mayo 2013,

*[http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2013/LXI/OFICIALIA/Iniciativas/
90.Iniciativa%20reforma%20maternidad%20subrogada%20%281%29.pdf](http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2013/LXI/OFICIALIA/Iniciativas/90.Iniciativa%20reforma%20maternidad%20subrogada%20%281%29.pdf)*

Iniciativa de decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de Puebla, LVII Legislatura del Congreso del Estado Libre y Soberano de Puebla, 29 de julio de 2010, *http://congresopuebla.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=5&limit=10&limitstart=120&order=name&dir=DESC&Itemid=8*.

Iniciativa para que se deroguen algunos títulos y capítulos de los libros primero y tercero del Código Civil de Sinaloa y expedición del Código Familiar del Estado, LIX Legislatura del Congreso del Estado de Sinaloa 6 de enero de 2008, *[http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/iniciativas/ziplix/
iniciativa_62.pdf](http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/iniciativas/ziplix/iniciativa_62.pdf)*.

Iniciativa para que se deroguen algunos títulos y capítulos de los libros primero y tercero del Código Civil de Sinaloa y expedición del Código Familiar del Estado, LX Legislatura del Congreso del Estado de Sinaloa, 1 de julio de

2011,http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/iniciativas/zip/lx/Iniciativa_416.pdf.

Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Gobierno de España, Boletín Oficial del Estado, número 126, 27 de mayo de 2006.

Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V Legislatura, año 2, núm. 30, 30 de noviembre de 2010.

Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984.

Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, publicada el 9 de abril de 2007.

Reforma al Código Penal para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del Distrito Federal el 26 de julio de 2011.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1987.

Tesis aislada, 3ª Sala, Semanario Judicial de la Federación CXXII, Quinta Época, p. 581.

Tesis aislada, Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Séptima Época, 83 séptima parte, p. 15.

Tesis Aislada, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Cuarta Parte, XCVI, p. 1629.

Tesis Aislada, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, 52 Cuarta Parte, Séptima Época, p. 45

Tesis: I.14o.C.24 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, Enero de 2004, p. 1629.

Tesis: II.2o.C.441 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XIX, Enero de 2004, p. 1535.

D) Periodística.

“Ciencia sin conciencia”, *El País*, 9 de agosto de 2001, http://elpais.com/diario/2001/08/09/opinion/997308004_850215.html.

Barboza, Roberto y Torres, Katia, “Renta de úteros, a un click de distancia”, *El Universal*, México, 16 de diciembre de 2013. <http://www.eluniversal.com.mx/estados/2013/renta-de-uterus-a-un-click-de-distancia-973256.html>.

Diego, Juan Manuel, “Tabasco buscará regular la maternidad subrogada”, *El Universal*, México, 8 de diciembre de 2014, <http://www.eluniversal.com.mx/estados/2014/tabasco-buscara-regular-maternidad-subrogada-1060424.html>.

Galán, L., “Antinori show”, *El País*, España, 9 de mayo de 2002, http://elpais.com/diario/2002/05/09/sociedad/1020895207_850215.html.

Herrera, Geovanna, “Maternidad subrogada, un anhelo de 137 mil pesos”, *La Razón*, México, 14 de abril de 2012, <http://razon.com.mx/spip.php?article118250>.

Joignot, Frederic, “Niños de máquina”, *El País*, 12 de junio de 2005, http://elpais.com/diario/2005/06/12/eps/1118557609_850215.html.

Kolata, Gina, “When Grandmother Is the Mother, Until Birth”, *The New York Times*, 1991, <http://www.nytimes.com/1991/08/05/us/when-grandmother-is-the-mother-until-birth.html>.

Marirrodriga, Jorge, “Un embarazo por un piso”, *El País*, España, 10 de marzo de 2008, http://elpais.com/diario/2008/03/10/sociedad/1205103605_850215.html.

No gesté a los niños por dinero. *El País*, España, 12 junio 2010, http://elpais.com/diario/2010/06/12/sociedad/1276293603_850215.html.

Piquer, I., “La comunidad científica rechaza los dos proyectos de clonación humana”, *El País*, España, 8 de agosto de 2001, http://elpais.com/diario/2001/08/08/sociedad/997221601_850215.html.

E) Otras.

Brena Sesma, Ingrid, *¿Autonomía en la maternidad subrogada?*, V Congreso Latinoamericano y I Congreso Centroamericano, “Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos”, Guatemala, 5 de mayo de 2010.

Conferencia: “Análisis legal del fallo de la Corte Interamericana de Derecho sobre la fertilización *in vitro* en Costa Rica”, pronunciada por José Antonio Sánchez Barroso el 19 de abril de 2013 en el marco del IX Congreso Latinoamericano y del Caribe de Bioética FELAIBE, realizada en Guanajuato, México.

Diccionario de la Lengua Española, 22^a ed., Madrid, España, Real Academia Española, 2001.

Diccionario Jurídico Mexicano, T. III, 2^a ed., México, Porrúa - IJ UNAM, 1998.

González Alcántara, Juan Luís *et al.*, *Compendio de términos de Derecho civil*, México, Porrúa – IJ UNAM, 2004, p. 224.

Organización Mundial de la Salud,
<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>.

El perfil del Dr. Severino Antinori, BBC News, 7 agosto de 2001, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/sci/tech/1477698.stm>.