

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT



UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO

2011-2013

TÍTULO

REGULACIÓN JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL
CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NAYARIT.

TESIS MAGISTRAL QUE PRESENTA

LIC. MARÍA HILDELISA RODRÍGUEZ ORTEGA.

TEPIC, NAYARIT; SEPTIEMBRE 2015

DEDICATORIA

Agradezco a Dios por todas las bendiciones recibidas a lo largo de mi vida; los dones y virtudes entregadas así como los defectos han hecho de mí una persona en busca del crecimiento constante.

A mi esposo Omar Bersain Moreno Jiménez y hermana María Guadalupe Rodríguez Ortega ya que gracias a su ayuda y esfuerzo pude culminar esta etapa de mi vida y a mis pequeños hijos Omar y Victoria, por ser otra fuente de inspiración para mi superación.

A mi Alma Mater, la Universidad Autónoma de Nayarit, a través de la Unidad Académica de Derecho, que me brindó la formación y me dio los medios para lograr la culminación de este proyecto.

Agradezco a mis padres: María Fidélusia Ortega Ortega y Juan Francisco Rodríguez Torres, por ser mi inspiración de formación y el impulso para alcanzar siempre las metas propuestas y sobre todo por su amor y apoyo incondicional.

A mi Asesor, Maestro en Derecho José Guadalupe Campos Hernández, un gran ejemplo, excelente profesionista de indudable calidad humana, que con su ayuda, orientación y asesoría fue posible la realización del presente trabajo.

Y a todas aquellas personas que he conocido a través de mi vida y que han sido pieza clave para que yo haya llegado a este momento.

Gracias.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1 MARCO TEORICO

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.1. Reproducción humana y la gestación.....	4
1.2 Factores que afectan la reproducción humana.....	8
1.2.1 Esterilidad.....	10
1.2.1.1. Causas de Esterilidad en la mujer.....	12
1.2.1.2. Causas de Esterilidad en el hombre.....	14
1.2.2 Infertilidad.....	16
1.3 Diversas Técnicas de Reproducción humana asistida.....	18
1.3.1 Inseminación Artificial.....	19
1.3.2 Fecundación In vitro.....	22
1.3.3 Transferencia Intratubaria de Gametos.....	25
1.4 Definiciones de maternidad subrogada.....	27
1.5 Clasificación de la maternidad subrogada.....	29

CAPITULO 2

ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

2.1 Antecedentes históricos de la maternidad subrogada.....	32
2.2 Avances de las técnicas de reproducción humana.....	36
2.3 La maternidad subrogada en el mundo.....	38
2.3.1 Continente Americano.....	38

2.3.2 Continente Europeo.....	52
2.3.3 Continente Asiático.....	64

CAPITULO 3.- INFLUENCIA Y TRASCENDENCIA EN LA SOCIEDAD

3.1 Evolución humana y bioética.....	72
3.2 Aspectos religiosos.....	76
3.3 Evolución de la familia.....	82
3.4 Aspectos jurídicos.....	85

CAPITULO 4.- ASPECTOS DE LA LIBERTAD DE PROCREAR DESDE EL DERECHO CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN.

4.1 Fundamentos y límites de la libertad de procrear.....	89
4.2 Derecho a la Salud.....	94
4.3 Derecho a la libertad o autodeterminación personal.....	97
4.4 Derecho de fundar una familia.....	97
4.5 Derecho del Hijo.....	98

CAPITULO 5.- LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO LOCAL MEXICANO.

5.1 Tabasco.....	103
5.2 Distrito Federal.....	106
5.3 Coahuila y San Luis Potosí.....	109
5.4 Problemática jurídica de las técnicas de reproducción asistida.....	111
5.5 Efectos Jurídicos de la maternidad subrogada.....	117
5.5.1 Filiación.....	118

5.5.2 Filiación biológica y filiación jurídica.....	119
CONCLUSION.....	122
PROPUESTA.....	123
FUENTES DE CONSULTA.....	132

INTRODUCCION

En la actualidad es importante hablar de los avances tecnológicos que se han desarrollado a lo largo de los años y que cambian la perspectiva de vida de una sociedad, puesto que al generarse nuevos avances tecnológicos, la sociedad tiene que inmiscuirse en los mismos, en todos los ámbitos; es decir desde el punto de vista, social, éticos, jurídicos, morales, entre otros; uno de esos avances y en particular el avance que interesa en esta investigación es el referente a las técnicas de reproducción asistida, haciendo un estudio más detallado de la práctica de la maternidad subrogada.

El motivo por el cual es importante hacer un análisis de la práctica de la maternidad subrogada se debe a los diferentes cambios que se presentan en la sociedad, respecto al interés de formar una familia, que entre otros aspectos se debe a la manera en la que han ido cambiando los objetivos de los seres humanos, puesto que en décadas anteriores el objetivo primordial era formar una familia como base de la sociedad.

Sin embargo en la actualidad ya no es una prioridad formar una familia, sino que los objetivos primordiales tanto para el hombre como en la mujer, es entre otros lograr una estabilidad económica y desarrollarse profesionalmente antes que pensar en formar una familia.

El tema de la maternidad subrogada es sumamente complejo, así como todo aquello relacionado con los derechos reproductivos, es por ello que es importante el estudio, análisis y propuesta de cómo es que podría desarrollarse la práctica de la maternidad subrogada en nuestro estado, a través de una serie de interrogantes de tipo ético y jurídico, cuya solución dependerá de la normatividad que se establecerá para tal efecto, en la que se verían beneficiados las personas que pretendan acceder a este tipo de práctica con el objeto de dar vida a un nuevo ser.

El objetivo de la presente tesis es identificar la normatividad legal vigente en nuestro país y en otros países respecto a la maternidad subrogada, haciendo un análisis de comparación con las diferentes normativas aplicables.

Proponer criterios y una regulación en el Estado de Nayarit, mediante los cuales se puede llevar a cabo la práctica de la maternidad subrogada, preponderando en todo momento el bienestar de los actores, así como del nuevo ser.

Es por ello que la necesidad de regular la práctica de reproducción asistida llamada maternidad subrogada es evidente, en razón de que con ella se podrán resolver los conflictos que puedan presentarse por el uso de esta práctica y con ello se impongan límites y soluciones que den mayor seguridad a las partes involucradas en ella, dejando atrás la incertidumbre jurídica de tener que recurrir a maniobras legales como la adopción para poder reconocer al propio hijo nacido a través de este procedimiento.

La metodología utilizada en la presente tesis se basa en el método histórico, ya que es importante comprender la evolución y el desarrollo que ha tenido este fenómeno en la historia, asimismo se recurre al método científico, particularmente en el fenomenológico, formulando interrogantes sobre la realidad existente, tratando de buscar soluciones, a través de la recopilación de datos, haciendo uso además del método analógico, respecto al estudio de comparación de los diversos ordenamientos que regulan la práctica de la maternidad subrogada y por último el método inductivo, puesto que crea leyes a partir de la observación de los hechos, mediante la generalización del comportamiento observado utilizando el método sistemático para hacer una propuesta respecto a la presente investigación, que contenga un orden y coherencia.

La presente tesis se compone de cinco capítulos en el primero de ellos se desarrolla los conceptos fundamentales desde el origen, formación y desarrollo del embrión, así como las causas y factores que impiden que por medios naturales se lleve a cabo la

procreación y desarrollo del embrión, los tipos de reproducción asistida que existen, definiciones y su mecanismo.

En el segundo capítulo se abordaran los antecedentes y el derecho comparado respecto a la práctica de la maternidad subrogada, como es que se dieron los primeros casos conocidos de maternidad subrogada y como es que se lleva a cabo la maternidad subrogada en el mundo, abarcando los países en los que más se utiliza este tipo de práctica, señalando como es que estos la regulan.

En el capítulo tercero, se hace un breve análisis de la influencia y trascendencia que este tipo de práctica han tenido en la sociedad, en la que se toma como base la evolución humana, como es que a través de la bioética esta se ha desarrollado, los puntos de vista de la religión respecto al uso de las técnicas de reproducción asistida entre ellas la maternidad subrogada, para llegar a cómo ha evolucionado la familia a lo largo de los años y los aspectos jurídicos que se presentan.

El cuarto capítulo se presentan los aspectos de la libertad de procrear desde el derecho consagrado en la constitución, haciendo un pequeño análisis del derecho a la libertad de procrear, el derecho a la salud, a la autodeterminación, el derecho a fundar una familia y el derecho del hijo los que dan pauta al individuo para poder ejercer la práctica de la maternidad subrogada.

En el último capítulo se analizara la maternidad subrogada desde el derecho Local, los estados que han incorporado a sus ordenamientos jurídicos la práctica de la maternidad subrogada, y la problemática y efectos jurídicos que se dan con la práctica de la maternidad subrogada para finalmente hacer una propuesta.

JUSTIFICACIÓN

El motivo por el cual es importante hacer un análisis de la práctica de la maternidad subrogada se debe a los diferentes cambios que se presentan en la sociedad, respecto al interés de formar una familia, que entre otros aspectos se debe a la manera en la que han ido cambiando los objetivos de los seres humanos, puesto que en décadas anteriores el objetivo primordial era formar una familia como base de la sociedad.

Sin embargo en la actualidad ya no es una prioridad formar una familia, sino que los objetivos primordiales tanto para el hombre como en la mujer, es entre otros lograr una estabilidad económica y desarrollarse profesionalmente antes que pensar en formar una familia.

Es por ello que al momento de que el ser humano decide concebir un nuevo ser, tiene diversos problemas para concebirlo, los cuales se desarrollaran en la presente tesis, en la que se hará un análisis de los motivos por los cuales le es difícil al ser humano lograr concebir un nuevo ser, dando como consecuencia que ese obstáculo y su deseo por formar una familia, los lleve a tomar otras alternativas para lograr su objetivo.

Entre esas alternativas se encuentra la utilización de las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la maternidad subrogada, en algunas de estas técnicas no existe conflicto puesto que se encuentran reguladas o en su caso no hay conflicto en cuanto a la maternidad, puesto que la gestación del bebé será desarrollada por su madre biológica.

En cambio, en la maternidad subrogada siempre la gestación del bebé será realizada por otra mujer, con el fin de que una vez que dé a luz lo entregará a la familia con la que hubiera acordado la práctica de la maternidad subrogada.

Si bien no es conocido que en nuestro estado haya sido utilizada la técnica de la maternidad subrogada o no se tiene algún antecedente de ello, se debe a que no

se encuentra regulada, lo que trae como consecuencia una serie de conflictos en el caso de que se llevara a cabo, ya que no se puede establecer quién es la madre, cómo es que ésta se puede realizar, si debe considerarse como un contrato, cuales son las obligaciones y derechos que tienen las personas que utilizan este tipo de práctica entre otros conflictos; sin embargo existe la posibilidad de que se dé el caso, debido a los avances que tiene nuestra sociedad así como los avances científicos que se presentan.

Es por ello que considero importante el estudio, análisis y propuesta de cómo es que podría desarrollarse la práctica de la maternidad subrogada en nuestro estado, a través de una serie de interrogantes de tipo ético y jurídico, cuya solución dependerá de la normatividad que se establecerá para tal efecto, en la que se verían beneficiados las personas que pretendan acceder a este tipo de práctica con el objeto de dar vida a un nuevo ser; por lo tanto a través de un estudio social, ético y legal se determinara los casos en los cuales se puede acceder a este tipo de práctica o método de reproducción, preponderando siempre el bienestar del nuevo ser, así como la protección adecuada de los derechos de los actores implicados, es decir, de las personas que solicitan este método y de los terceros que pueden o no intervenir como son los donantes y madres sustitutas.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El tema de la maternidad subrogada es sumamente complejo, así como todo aquello relacionado con los derechos reproductivos. Tal y como se desarrolla en la obra de garantismo judicial estos derechos fueron definidos en mayor medida en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo cuyo texto fue aprobado el 13 de septiembre de 1994 en el Cairo en la que se señala que "la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones

y procesos. Ello lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y tener acceso a métodos de su elección seguros, eficaces, aceptables y económicamente asequibles en materia de planificación de la familia, así como a todos los métodos de su elección para la regulación de su fecundidad que no estén legalmente prohibidos y el derecho de la mujer a tener acceso a los servicios de atención de la salud que propicien los embarazos y los partos sin riesgos. La atención de la salud reproductiva incluye la salud sexual cuyo objetivo es el desarrollo de la vida de las relaciones personales.

Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales de derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de servicios de los adolescentes con el objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable¹.

Por otra parte, en la Constitución Política Mexicana se menciona respecto a este tema en su artículo cuarto, párrafo segundo, el derecho a la salud y una libertad de procreación. El derecho consagrado a favor del ciudadano significa la oportunidad de organizar y desarrollar una familia, lo que implica que el Estado

¹ Silva García, Fernando, (coord.), *Garantismo Judicial, Libertad Reproductiva*, México: Porrúa, 2011, p 515 y 519

tiene la obligación de no interferir en ello, sino brindar la protección debida para el caso de que se quiera obstaculizar la actualización de este derecho.

A ese respecto se puede decir que la maternidad subrogada constituye uno de los temas límite de los derechos reproductivos, pues, aun cuando la maternidad constituye claramente una parte de este grupo de derechos, no existe un consenso respecto de los límites al mismo ni sobre las formas de hacerlo efectivo.

El Código Civil para el Estado de Nayarit al no reconocer este tipo de práctica deja en indefensión a los hijos nacidos a través de este tipo de procedimiento, ya que se decide que en vez de registrar al menor con el nombre de ambos padres, se inscriba con el nombre de la madre gestante, es decir, la que da a luz y posteriormente sea adoptado por los padres genéticos, lo que se podría considerar injusto, puesto que en algunos casos el niño cuenta con el material genético de ambos padres, y al considerarse adoptado puede resultar víctima de abusos y desconsideraciones sociales y culturales.

Por lo tanto el problema de investigación tiene varias interrogantes: ¿Qué importancia tiene regular el uso de la práctica de reproducción asistida consistente en la maternidad subrogada o sustituta en el Estado de Nayarit? ¿Qué sucede si la madre sustituta se arrepienten de entregar al menor?, ¿Qué pasa si hay un nacimiento múltiple?, ¿Esta práctica sería únicamente para los matrimonios o también las parejas no casadas?, ¿Se permitirá solo en casos de esterilidad comprobada o en otro tipo de supuestos? ¿Por qué es necesario saber quién es la madre biológica, genética o social? entre otras.

OBJETIVO GENERAL

Con el presente proyecto se busca explicar y proponer un tipo de regulación respecto al uso de la práctica de maternidad subrogada en nuestro Estado, en la que se permita controlar y establecer criterios para poder llevar a cabo la práctica

de la maternidad subrogada, atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas, es decir tanto de la madre subrogante, las personas que buscan este tipo de práctica y del nuevo ser que será origen del acuerdo de las partes.

OBJETIVO ESPECÍFICO

Identificar la normatividad legal vigente en nuestro país y en otros países respecto a la maternidad subrogada, haciendo un análisis de comparación con las diferentes normativas aplicables.

Proponer criterios y una regulación en el Estado de Nayarit, mediante los cuales se puede llevar a cabo la práctica de la maternidad subrogada, preponderando en todo momento el bienestar de los actores, así como del nuevo ser.

HIPÓTESIS

La necesidad de regular la práctica de reproducción asistida llamada maternidad subrogada es evidente, en razón de que con ella se podrán resolver los conflictos que puedan presentarse por el uso de esta práctica y con ello se impongan límites y soluciones que den mayor seguridad a las partes involucradas en ella, dejando atrás la incertidumbre jurídica de tener que recurrir a maniobras legales como la adopción para poder reconocer al propio hijo nacido a través de esta práctica.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO TEORICO

CONCEPTOS FUNDAMENTALES

La importancia de la reproducción humana, vista la humanidad como género animal, radica en perpetuar la especie, así como también si lo analizamos desde el punto de vista social su objetivo es formar una familia.

Ahora bien para entender mejor este tema, es importante conocer los tipos de técnicas de reproducción asistida que existen, para posteriormente entrar al estudio de los antecedentes de la maternidad subrogada, para lo cual es de utilidad lo señalado por la Jurista Dina Rodríguez López, en su artículo "Nuevas técnicas de Reproducción Humana. El útero como objeto de contrato" artículo en el cual desarrolla los aspectos del porque el origen del uso de las técnicas de reproducción asistida, haciendo referencia principalmente a las causas de esterilidad e infertilidad en las parejas, derivadas algunas veces de causas como posponer la maternidad para edades avanzadas, el uso de los anticonceptivos, que muchas veces no son prescritos por los médicos especializados, sino que se recurre a la automedicación, el estrés, el contacto con diversas sustancias toxicas, entre otras.

Por otra parte en dicho artículo se hace alusión a lo señalado por el especialista Efrain Pérez Peña, respecto a las causas psicológicas que se generan por el hecho de que las parejas no puedan concebir un hijo, lo cual es útil para esta investigación, ya que de esa manera se pueden entender aspectos sociales y psicológicos que pueden darnos a conocer por qué se lleva a cabo el uso de las técnicas de reproducción asistida, así mismo se conceptualizan los diversos tipos de reproducción asistida existentes en la actualidad, dentro de los cuales se encuentra la maternidad subrogada; en la que si bien no es propiamente una técnica de reproducción asistida en si, tal y como lo considera la jurista Dina Rodríguez López en su artículo, en virtud de que se lleva a cabo utilizando varias técnicas de

reproducción asistida, si es considerada como una técnica más en la actualidad y la define como la técnica que se ha desarrollado para mujeres estériles sin útero o con ovarios, de tal manera que se han creado programas en donde mujeres que reúnen ciertos requisitos de edad y características psicológicas y medicas, entre otras, establecen un contrato en el que se comprometen a llevar en su útero el producto de la concepción de oocitos y espermatozoides de una pareja estéril, para regresarlo a la pareja inmediatamente después del parto vaginal o cesárea.¹

En cuanto al tema de maternidad subrogada existen diversas definiciones dadas por varios doctrinistas, mismos que se estudiaran en el desarrollo de la investigación, los cuales tienen diversos enfoques, que pueden ser interpretados de manera diferente, además de que en algunas definiciones se considera a la maternidad subrogada como un contrato; sin embargo existen críticas en contra de esta postura ya que en la legislación Mexicana la maternidad subrogada no puede ser considerada como contrato, ya que se estaría comercializando con el cuerpo humano, lo que traería como consecuencia la nulidad de pleno derecho, no obstante lo considerado con anterioridad, tampoco es posible no considerar la regulación de la técnica de maternidad subrogada, en razón de que en la actualidad y aun cuando no esté prevista por ningún ordenamiento jurídico en algunos estados como lo es el de Nayarit, esta se puede dar o se está dando, dejando muchas veces en estado de indefensión a las partes que intervienen en ella y aún más al menor concebido mediante este tipo de técnica, ya que se deja al arbitrio de los jueces los problemas que se puedan presentar.

Asimismo existen diversas teorías y críticas respecto a quien debería considerarse como la madre dentro de este tipo de técnica; una de estas teorías es la señalada por Trabucchi quien afirma que la mujer gestante desempeña el papel de una primera causa eficiente fuera de la vida del nacido. De manera que, para negar la maternidad de la mujer que da a luz, se debería demostrar una causa negativa para

¹RODRIGUEZ LOPEZ, Cira, Revista de Derecho Privado, "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato", Nueva Época, Año IV, 11, mayo-agosto de 2005, p. 108. Citado en: Pérez Peña, Efraim, Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral, 2ª. Ed. México, Editorial Salvat, 1995, pp.1-11

excluir la relevancia social que sobre la humanidad del nacido tiene la mujer que lo ha traído al mundo. Es decir tiene un enfoque de tipo únicamente biológico, o como se ha utilizado a lo largo del tiempo bajo la regla "mater Semper certaest" que se considera madre a la que pare al nuevo ser.

Sin embargo existe una nueva corriente que defiende la posibilidad de una maternidad meramente social. Que propone la modificación del dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que además de coincidir con la voluntad de la pareja es el criterio más favorable a los intereses del menor. En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que origino el nuevo ser humano y que además desee el hijo para sí.

De igual forma Gorassini afirma la existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio valido para designar a la madre. Por ello en opinión del citado autor se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción conjuntamente con la de su compañero, no se hubiese efectuado el proceso biológico que da origen a un nuevo ser humano. Así, en los supuestos de maternidad subrogada se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboro con el nacimiento del nacido.

También existen diversos criterios doctrinarios y jurisprudenciales al respecto, el Jurista Pedro Silva Ruiz, afirma que se protegen mejor los intereses tanto de los padres, como de los hijos, si se reconocen tal y como algunas jurisprudencia lo han hecho, que madre es aquella que : 1) tiene la intención de criar al niño, aquella que pensaba tenerlo porque le dio el ser, porque lo concibió, a pesar de que no lo gesto, ni lo pario; 2) madre es aquella que lo gesto y que lo pario porque otra mujer le cedió los embriones, se los dono, porque ella deseaba un hijo pero no lo podía concebir.

En consecuencia es importante conocer el origen, formación y desarrollo del embrión, para posteriormente analizar las causas y factores que impiden que por métodos naturales se lleve a cabo la procreación y el desarrollo del embrión; así como analizar los tipos de técnicas de reproducción asistida que existen, su definición y el mecanismo que permite la creación de un nuevo ser, entre otros puntos principales que se abordarán en el presente capítulo.

1.1 REPRODUCCIÓN HUMANA Y LA GESTACIÓN.

Como se señaló al inicio de este capítulo uno de los objetivos del ser humano, como raza, es tener descendencia ya sea por el hecho de perpetuar la especie o formar una familia, por lo que para tener un mejor entendimiento es necesario señalar el concepto de reproducción que de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española reproducción:

*"es la acción o efecto de reproducirse" que conjugado con reproducir significa "dicho de los seres vivos: engendrar y producir otros seres de sus mismos caracteres biológicos".*²

De la definición anterior se advierte que la reproducción humana tiene como finalidad la creación de un nuevo ser, el cual se lleva a cabo a través de la fecundación, siendo importante conocer el concepto de fecundación y la forma en la cual se efectúa, es decir las fases correspondientes al nacimiento del nuevo ser que culminan en el parto.

A lo que de acuerdo con el Dr. Ricardo Cruz-Coke

*"La fecundación se define como la fertilización de un ovulo mediante un espermio. Es decir la unión de un gameto masculino con otro femenino"*³

² Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, España, Madrid, 2001.

³ Cruz-Coke, Ricardo, "Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana" Homenaje al cincuentenario de la Revista Soelo, Chile, Abril 1980, <http://www.scielo.cl/pdf/rqv/v51n2/a1006.pdf>

Anteriormente se tenía la creencia de que esta unión se realizaba únicamente de manera interna y que la fertilización del óvulo y el espermatozoide se daba únicamente a través del acto sexual, pero con los avances científicos la fecundación ahora puede realizarse de manera externa a través de las diversas técnicas de reproducción asistida y bajo procedimientos específicos los cuales tienen como consecuencia la creación de un nuevo ser.

Asimismo el Dr. Ricardo Cruz-Coke en su publicación en la Revista Scielo, en el tema Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana señala que el estudio de la reproducción debe abordarse desde varios niveles biológicos siendo estos: molecular, genético, celular, endocrino y poblacional debido a su complejidad para lo cual hace la descripción del nacimiento de la especie humana, misma que depende de la fusión de dos células, el gameto masculino (espermio) y el gameto femenino (óvulo), que como resultado de la unión de estos dos gametos, se forma una nueva célula llamada cigoto; menciona que tanto el gameto como el cigoto se definen por el número de cromosomas; es decir el gameto cuenta con 23 cromosomas y el cigoto con 46 cromosomas.

El cigoto es pues una célula primordial que contiene todos los cromosomas del ser humano, y por consiguiente también todos sus genes.

Ahora bien, los cromosomas transportan los genes, éstos están ubicados en lugares precisos denominados locus, sitio o lugar.

Por otra parte explica que el genotipo cigoto tiene una fórmula o constitución genética llamada genotipo, lo cual se forma de 2 procesos matemáticos: una sumatoria y una multiplicatoria, la primera es la adición física de las masas nucleares del espermio y la citológica del óvulo y la conjunción de sus cromosomas y la multiplicatoria es la interconexión teórica de las probabilidades de existir de los genes en la combinatoria del azar.

Por tanto sostiene que el genotipo del individuo ya está formado definitivamente en el momento de la concepción o lo que es lo mismo en el acto de la fecundación cuando se origina físicamente y probalísticamente el cigoto que es la célula primordial del ser humano.

Señala que la fecundación es un proceso de transmisión de la vida de una generación a otra, por lo que no hay creación, sino una copia de moldes genéticos, es por ello importante comprender el mecanismo molecular de la transmisión de la vida.

Una vez señalado el contexto de cómo se inicia la vida humana se explicará de manera general las fases por las que se desarrolla el ser humano, desde la vida fetal hasta el nacimiento.

Para ello el Dr. Ricardo Cruz-Coke, explica lo siguiente:

"El ser humano recibe el nombre genético de Feto durante toda la vida intrauterina, pero como atraviesa por diversos periodos de desarrollo recibe otros tantos nombres. Pese a que el proceso de desarrollo fetal es gradual, por motivos técnicos se acostumbra a dividir la vida fetal en varias etapas.

"La primera etapa de una semana es el periodo de pre implantación y el feto se llama blastocito. Al implantarse en la pared uterina, el blastocito recibe el nombre de embrión. El embrión genéricamente se define como un germen de ser vivo. Embrión es un feto, de la raíz griega Eu —dentro de bryos— pulular o reproducción rápida.

"En esta segunda etapa de unos 2 meses el embrión forma los órganos del feto, al cabo de 2 o 3 meses el ser humano tiene ya una forma humana y mide alrededor de tres centímetros. Este embrión ya es

llamado simplemente feto, y comienza una tercera etapa que terminará a los 5 meses.

"La cuarta etapa de desarrollo fetal comienza alrededor de los 5 meses. El feto ya es viable; es decir puede vivir fuera del útero. Hay algunos fetos abortados que han vivido solo con cuatro meses para morir como mortinatos. Con esta etapa viable el feto completa su evolución hasta el nacimiento entre los 7 y 10 meses".⁴

El nacimiento consiste en la dilatación y expulsión del bebé, por la ruptura del saco amniótico (dilatación) para permitir el paso del bebé a través de la pelvis (expulsión).

Otra manera de realizarse el parto, es por medio de la cesárea, que consiste en la intervención quirúrgica que se realiza a través de la incisión en el abdomen de la mujer que gestó al nuevo ser durante los nueve meses y se practica cuando ocurren problemas inesperados durante el parto. Entre ellos se encuentran:

- a) Problemas de salud de la mujer gestante
- b) Posición del bebé
- c) Falta de espacio para que el bebé salga a través del canal vaginal
- d) Signos de sufrimiento en el bebé

Durante la vida intrauterina el feto va perfeccionando y desarrollando muchas complejidades genéticas, se van formando nuevas proteínas y estructuras vitales. El ser humano está en proceso de fabricación a partir del molde original concebido en la fecundación cuando se forma el cigoto o célula primordial.

⁴ Cruz-Coke, Ricardo, "Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana" op. cit.

1.2 FACTORES QUE AFECTAN LA REPRODUCCIÓN HUMANA

El índice de personas que son afectadas por la esterilidad e infertilidad ha ido en aumento, esto debido a diversos factores que han orillado a las personas a llevar ritmos de vida diferentes a los que se acostumbraba en décadas anteriores y en los que las prioridades de los seres humanos han cambiado.

Los tratadistas Rico Álvarez Fausto, Garza Bandala Patricio, Michel Cohen Chicurel mencionan en su obra "Derecho de familia" que:

*"Es un problema de salud pública que afecta a 80 millones de individuos en el mundo. En México, cifras presentadas por el Consejo Nacional de Población indican que el 17 por ciento de los y las mexicanas en edad reproductiva, cursa con algún trastorno relacionado con la fertilidad; lo que evidencia la creciente necesidad de servicios de salud para atender esta problemática"*⁵

Algunos factores que afectan al ser humano en cuanto a su capacidad reproductiva se encuentran los siguientes:

- a) **La edad de las mujeres**, esto se debe a que en la actualidad las mujeres no tienen como objetivo primordial concebir un nuevo ser, por lo que deciden postergar la idea de tener descendencia, lo que conlleva que al momento de querer concebir un nuevo ser sea difícil hacerlo, puesto que como se conoce la edad primordial para tener hijos es la comprendida entre los 18 y los 35, ya que si no se realiza dentro de dicho periodo aumenta el riesgo de que el nuevo ser no se desarrolle normalmente.
- b) **El mal uso de los métodos anticonceptivos**, debido a que muchos no son recomendados por especialistas y en varias ocasiones tienen como consecuencia la infertilidad o disminución en la capacidad reproductiva.

⁵ Rico Álvarez Fausto, et. al, Derecho de Familia México, Porrúa, 2011, p. 194.

- c) El **estrés** origina una alteración fisiológica y hormonal en los seres humanos, debido a la segregación de importantes cantidades de sustancias tóxicas derivadas de la adrenalina, sustancia que liberamos en situaciones de gran tensión emocional. Este estrés en muchas ocasiones genera drogadicción y alcoholismo, que son factores que disminuye la capacidad reproductiva en los seres humanos, pues el consumo de estas sustancias aumenta la posibilidad de un producto presente algunas malformaciones congénitas.
- d) La **automedicación** es una causa más de problemas reproductivos, lo que genera en muchas ocasiones que se afecte la función neuroendocrina; los fenómenos ovulatorios, la espermatogénesis y en diversas ocasiones el funcionamiento sexual se alteran al usar tranquilizantes, estimulantes o analgésicos, así como estimulantes menores, como lo serían la cafeína y la nicotina, que si bien no provocan un daño a corto plazo, si generan severas afecciones a largo plazo.

Al respecto, Méndez Jiménez refiere que:

"Actualmente se conoce una serie de enfermedades cuya aparición responde a efectos directos de la producción.

"Así pues, la tensión nerviosa (estrés), distintas intoxicaciones con agentes químicos, sordera derivada de la acción del fuerte ruido, la bronquitis crónica, la neurastenia, la pérdida de apetito, irritabilidad, el dolor de cabeza, la migraña, resequedad de la piel, hipertonia, el infarto del miocardio, aterosclerosis, gastritis, úlcera estomacal, alteraciones del sistema endocrino, la degeneración grasa del hígado por el sometimiento crónico de dosis pequeñas de compuestos químicos tipo DDT, hipoproteinemia por efecto de cambios en la alimentación y de afectaciones tóxicas, la degeneración del páncreas por la acción de hidrocarburos clorados, entre otros. (Shosh et al, 1976: 11), a menudo se detectan

principalmente en pobladores de las grandes ciudades y allí en donde se ha desarrollado la industria".⁶

De lo señalado con anterioridad se desprende que existen un sinfín de causas que derivan en la imposibilidad de poder lograr la reproducción humana, lo cual ha llevado al ser humano a recurrir a otros métodos para poder lograr el objetivo de concebir un nuevo ser.

1.2.1 ESTERILIDAD

Es necesario señalar que entre los concepto de esterilidad e infertilidad existen diferencias para lo cual se hará un pequeño análisis de los mismos.

Esterilidad es:

"la incapacidad del macho para fecundar e incapacidad de la hembra para concebir."⁷

La jurista Dina López Rodríguez señala que por pareja estéril:

"se entiende a un hombre y una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no puede darse bajo ninguna circunstancia".⁸

⁶ Méndez Jiménez, T. "Perspectivas de la reproducción humana ante el desarrollo actual de la revolución científico-técnica" *Revista Comunicación*, 2011, núm. 20

⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición, España, Madrid, 2001

⁸ Rodríguez López, Dina, "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato", *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año IV, 11, mayo-agosto de 2005, p. 100

Asimismo menciona que el especialista mexicano Efrain Pérez Peña considera a la esterilidad como la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva.

En el campo de la medicina se considera que la esterilidad puede darse de dos formas:

- a) **primaria**, cuando la pareja no ha tenido hijos anteriormente y;
- b) **secundaria**, cuando la pareja tras haber tenido uno o más hijos no consiguen un nuevo embarazo.

Los motivos de esta esterilidad son diversos, de acuerdo con Jaime Guerrero, Máster de Reproducción Humana por la Universidad Complutense de Madrid:

*"La esterilidad, dada su incidencia, ha sido reconocida por la Organización Mundial de la Salud (WHO) como un problema de salud pública. Se estima que entre el 10-15% de las parejas en edad reproductiva tendrán problemas para concebir, de las que el 40-45% tendrían una causa femenina, el 40-45% serían atribuibles al varón, y el 10-15% restante tendrían un origen desconocido."*⁹

Esto se debe a que en la actualidad, las parejas retardan el hecho de convertirse en padres o las mujeres retardan voluntariamente el comienzo de su reproducción; por lo tanto, debido a su estilo de vida podría tener como consecuencia la esterilidad.

Al darse cuenta tanto los hombres como las mujeres que durante el transcurso del tiempo y una vez iniciada la actividad sexual, no hay embarazo, las reacciones que se presentan pueden ser de incredulidad o sorpresa, frustración o aislamiento, que muchas veces repercuten en violencia hacia la pareja, para posteriormente sentirse

⁹ Dirección de internet: <http://www.invitrote.com/profesional/jaime-guerrero/1701.neoginter-medicina-reproductiva-al-alcanza-de-todos>, fecha de consulta: 22 de noviembre 2012, hora: 10:00 a.m.

culpables por hechos pasados, ya sea por haber utilizado algún procedimiento anticonceptivo sin prescripción médica o alguna mala acción realizada en el pasado (interrupción de un embarazo). Al respecto, Rico Álvarez, señala que:

"Es a finales del siglo XX donde es evidente el hecho de que más de un tercio de las parejas en etapa reproductiva no lograba sus propósitos con solo tener vida sexual regular, por lo que se incrementaron las consultas buscando la fertilidad y se depuraron técnicas y procedimientos diagnóstico-terapéuticos con este fin; así de forma natural, dadas las circunstancias, nació formalmente la Medicina Reproductiva y con ella la reproducción asistida".¹⁰

Como se señaló en párrafos anteriores las causas de esterilidad pueden ser en la mujer, en el hombre o en ambos (mixta).

1.2.1.1. Causas de Esterilidad en la Mujer

Según estudios realizados por especialistas en esterilidad, las causas que producen esterilidad femenina se debe a los factores que la provocan entre los que se encuentran:

a) Factor ovárico.

Los ovarios son los encargados de producir los óvulos, y al existir complicaciones que impiden que se produzcan los óvulos de manera normal es causa de esterilidad. Estas complicaciones pueden ser por cuestiones hormonales que afectan que el ovulo madure o algún defecto en el ovario, entre las causas mas comunes se

¹⁰ Rico Álvarez, Fausto, op. cit. p.195.

encuentra la ausencia de ovulación, ovarios poliquísticos¹¹, menopausia precoz o mala calidad ovocitaria.

b) Factor tubárico.

Las trompas de Falopio son las encargadas de producir la fecundación, ya que captan al óvulo en el momento de la ovulación, facilitan el transporte de los espermatozoides para que de tal manera pueda implantarse el embrión en el útero.

La obstrucción de las trompas es una de las causas más frecuentes de esterilidad en la mujer; ya que impide el paso normal del óvulo y del espermatozoide, pero también una escasa movilidad de las trompas para ayudar a los espermatozoides a llegar hasta ellas puede contribuir a la esterilidad.

Tanto la obstrucción como la escasa movilidad de las trompas puede ser consecuencia de una infección anterior.

c) Factor uterino.

En el útero es donde se implanta el embrión. Las malformaciones del útero, trastornos hormonales o la presencia de miomas (tumores benignos en el útero) pueden dificultar el desarrollo del óvulo fecundado.

El endometrio (tejido que recubre el útero) ejerce un papel importante en este sentido y cualquier alteración, como la endometriosis o endometritis (inflamación del endometrio), puede contribuir a la esterilidad.

¹¹ El SOP (síndrome del ovario poliquístico) es una alteración hormonal frecuente que afecta, sobre todo, a mujeres jóvenes. Por definición, se padece síndrome SOP cuando se cumplen dos de los tres criterios siguientes:

1. Al menos ocho quistes en los ovarios (llamados ovarios poliquísticos)
 2. Ovulaciones escasas o ausencia de ovulación (el sangrado menstrual se produce en periodos largos o no se produce)
 3. Indicios de mayor cantidad de hormonas sexuales masculinas de lo normal (hiperandrogenismo).
- http://www.omseda.es/enfermedades/SOP_sindrome_del_ovario_poliquistico-definicion-2712-2.html, fecha de consulta 22 septiembre 2014, hora: 9:00 a.m.

d) Factor cervical.

En el cuello uterino o cérvix es donde se recibe el espermatozoide y donde se segrega el moco cervical que facilita el ascenso de los espermatozoides al interior del útero. Pueden existir anomalías en el cuello uterino o infecciones que imposibilite la fecundación.

Otras causas de esterilidad se dan por factores infecciosos como pueden ser: infecciones en las vías urinarias, toxoplasmosis¹², sífilis, tuberculosis, por causas ambientales, drogas, sustancias químicas, radiaciones, tabaquismo, alcoholismo, estrés, por cuestiones psicológicas o algún otra causa como por ejemplo la obesidad o alteraciones en las glándulas tiroideas.

1.2.1.2. Causas de Esterilidad en el Hombre.

Acerca del tema el Dr. Manuel Elbaile Alfonso, Licenciado en Medicina y Cirugía, con especialidad en Obstetricia y Ginecología, junto con otros especialistas, señalan que:

*"La mayoría de las causas de esterilidad masculinas están íntimamente relacionadas con la baja calidad del semen (espermatozoides con anomalías morfológicas, en la concentración espermática o en su movilidad). Pero existen también alteraciones estructurales y funcionales en los espermatozoides que no pueden visualizarse en un seminograma (análisis de semen), pero sí que pueden manifestarse durante la interacción con los óvulos en la fecundación o durante el desarrollo de los embriones generados."*¹³

¹² F. Med. Enfermedad producida por protozoos del género *Toxoplasma* que, contraída durante la gestación, puede ocasionar anomalías fetales. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Tomo I y II, 22ª edición, España, Madrid, 2001.

¹³ Dirección de internet: <http://www.invitrotv.com>, fecha de consulta 22 de noviembre de 2012, hora: 8:00 p.m.

Asimismo existen otras causas que no se relación con el semen, como son las que impiden que el semen pueda ser depositado en la vagina, por ejemplo: la hipospadia¹⁴, disfunción eréctil o eyaculación retrograda.

Otras causas son:

"A) Oligo-Asteno-Terato zoospermia.

La Oligozoospermia es la presencia de una baja concentración de espermatozoides en el semen y es una de las alteraciones seminales que más repercusión tiene en la fertilidad del varón. De hecho, constituye el problema de esterilidad más frecuente en el varón estéril. Normalmente es de origen testicular debido a una escasa producción de espermatozoides en los testículos.

La Astenozoospermia puede ser de origen testicular, de origen epididimario provocada por la acción de componentes químicos, infecciosos o inmunológicos presentes en el plasma seminal o incluso por defectos genéticos que afectan la ultraestructura de los espermatozoides.

La teratozoospermia se presenta raramente aislada y suele ser de origen testicular o citogenético."¹⁵

B) Azoospermia.

Es la ausencia total de espermatozoides.

Se distinguen dos tipos de azoospermia: la obstructiva y la secretora.

"Azoospermia obstructiva, los pacientes que la presentan si que presentan espermatozoides en el interior de sus testículos, pero debido a un problema en algún conducto que se encarga de transportarlos no

¹⁴ m. (Patol. Nefrol., Urol.) Anomalia anatómica congénita por la que la uretra desemboca en la cara inferior del pene. <http://diccomed.usal.es/palabra/hipospadias>

¹⁵ Dirección de internet: <http://www.invitrolv.com>, fecha de consulta 22 de noviembre de 2012, hora: 8:00 p.m.

pueden llegar hasta la uretra que es el lugar donde se expulsa en el eyaculado.

Azoospermia secretora es la más severa, en este caso existe un problema de producción de espermatozoides en el testículo. Las causas de este tipo de azoospermia pueden ser hormonales o testiculares.¹⁶

A) Aneyaculación.

Es la ausencia de eyaculación, también es conocida como aspermia, y este problema puede deberse a una eyaculación retrógrada (cuando el esperma, se dirige al interior de la vejiga, en lugar de ser expulsado por el pene), intervenciones quirúrgicas en la próstata, trastornos neurológicos variados, como efecto secundario de algunos medicamentos, a la diabetes o a ciertas lesiones de la médula que provocan paraplejía.

También pueden ser causados por factores psicológicos o en determinadas profesiones donde se está en contacto con sustancias o agentes físicos tóxicos para la fertilidad, así como las profesiones en contacto con pesticidas (agricultores), el calor (fundiciones, trabajadores en hornos), radiación, éteres de glycol (astilleros y trabajadores de fundiciones), metales como el plomo, el mercurio, etc.

1.2.2 INFERTILIDAD

Desde el punto de vista médico infertilidad se define como la imposibilidad de llevar a término el embarazo, porque el mismo se detiene o porque se pierde en algún momento de su desarrollo.

¹⁶ Dirección de internet: <http://www.azoospermia.es/ligos/>, fecha de consulta: 22 de noviembre de 2012, hora: 8:40 p.m.

"Por pareja infértil se entiende aquella que presenta la capacidad para la lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo y esta a diferencia de la esterilidad es susceptible de corrección".¹⁷

Arturo Arrighi en su libro titulado ***Esterilidad e Infertilidad humana***, citado por Dina Rodríguez López, define a la infertilidad como la imposibilidad de llevar a término el producto concebido, y afirma que este concepto es mucho más difícil de definir, toda vez que para la esterilidad basta decir que existe una imposibilidad para concebir, mientras que la infertilidad no tiene parámetros plenamente determinados, sin embargo, existe el supuesto de que puede ser corregido y origina una expectativa mayor de reproducción en las parejas.

"La organización Mundial de la Salud señala a la infertilidad como una enfermedad creciente y sostiene que en más del 90 por ciento de los casos que se presentan existe solución con la aplicación de la tecnología reproductiva actual." ¹⁸

Tanto en la esterilidad como en la infertilidad las causas o factores que generan dicha incapacidad para concebir un nuevo ser son las mismas que se señalaron en el estudio de la esterilidad; por lo tanto la diferencia únicamente radica en la definición de los conceptos esterilidad e infertilidad, en el primero existe la incapacidad para concebir y en el segundo se tiene la capacidad de concebir, pero no es posible que dicha concepción llegue a su término debido a los diversos factores señalados con anterioridad.

¹⁷ Pérez Peña, Elfrén, *Infertilidad: esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral*, 2ª ed., México, Salvat, 1996, pp. 1-11 citado por Rodríguez López, Dina *nuevas técnicas de reproducción humana: el útero como objeto de contrato* Revista de Derecho Privado. Nueva Serie, Número 11 Mayo - Agosto Año 2005.

¹⁸ Rico Álvarez, Faveto, op. Cit, p. 194

1.3 DIVERSAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Una vez que las parejas llevaron a cabo todo tipo de métodos, diagnósticos o técnicas terapéuticas para poder lograr un embarazo de manera natural y no tuvieron éxito, pero desean procrear un nuevo ser, acuden a las técnicas de reproducción humana asistida, mismas que algunas veces vienen a solucionar los problemas de esterilidad e infertilidad en los seres humanos.

"Las técnicas de reproducción asistida, son las técnicas biomédicas que facilitan la interacción entre las células germinales femeninas y masculinas en los procesos de fertilización"¹⁹

Desde el punto de vista médico se define como:

"El conjunto de técnicas y de tratamientos médicos o quirúrgicos destinados a conseguir un embarazo en los casos en que por vías naturales no es posible debido a problemas de infertilidad."²⁰

De lo anterior se desprende que **reproducción asistida se define como el conjunto de técnicas que ayudan a la reproducción humana en casos que existen problemas de esterilidad e infertilidad por parte de algún o ambos miembros de una pareja.**

Dentro de las técnicas más conocidas de reproducción asistida se encuentran las siguientes:

- a) Inseminación artificial.
- b) Fecundación in vitro.
- c) Transferencia intratubaria de gametos y
- d) La maternidad subrogada.

¹⁹ Rico Álvarez, Fausto, op. Cit. p. 196

²⁰ Dirección de internet: <http://salud.docesimio.es/diccionario-medico/reproduccion-asistida-tecnicas-de.html>, fecha de consulta: 22 de noviembre de 2012, hora 9:00 p.m.

Es importante señalar que existen otras técnicas de reproducción asistida tales como la Hiperestimulación ovárica controlada, la perfusión espermática a oviductos, la transferencia de embriones, la transferencia Intratubaria de embriones o cigotos, la donación de oocitos y espermatozoides también conocida como la congelación de embriones y la clonación; sin embargo para el estudio de esta investigación nos enfocaremos únicamente a las primeras mencionadas ya que son las que tienen relación con el tema central de la maternidad subrogada.

Haciendo referencia al origen de los gametos, las Técnicas de Reproducción Asistidas intracorpóreas pueden ser homólogas o heterólogas.

Y de acuerdo con la metodología se clasifican en: inseminación Artificial, Fecundación In Vitro, Transferencia Intratubaria de Gametos, Maternidad Subrogada entre otras.

Se entiende por técnica homóloga aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente y por técnica heteróloga aquella en la que ya sea uno de los gametos masculinos o femeninos o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja.

1.3.1 Inseminación Artificial.

"Inseminación artificial consiste en la introducción de los espermatozoides mediante un catéter en la vagina de la mujer, a continuación, la llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación se efectúan de modo idéntico a lo que sucede en el proceso fisiológico normal". ²¹

²¹ Santamaría Solís, Luis. "Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos bioéticos". Cuadernos de Bioética, 2000. p.39.

Lo que coincide con lo señalado por la jurista Dina Rodríguez López, agregando que la técnica más utilizada y efectiva es la intrauterina, aunque también se han empleado la intracervical vaginal, intraperitoneal e intrafolicular

Al respecto Narciso Sánchez Gómez nos dice:

"La inseminación artificial, sea con semen del cónyuge o con semen del donante es una técnica sencilla, que tan solo precisa tratamiento previo del semen y en su caso, la congelación de las muestras.

Su uso está plenamente aceptado y no presenta ningún problema ético siempre que exista consentimiento informado y el procedimiento se atenga a una buena práctica médica. La eficacia de la técnica varía según las características de cada paciente, la habilidad y experiencia del equipo biomédico, aunque el porcentaje de éxitos sea el más bajo de todas las técnicas de reproducción asistida"²²

Existen principalmente tres tipos de inseminación:

- a) La inseminación homóloga, que se realiza con el espermatozoides del propio marido;
- b) La inseminación fuera del matrimonio, en el caso de una mujer soltera que desea tener un hijo, pero no marido; y
- c) La inseminación heteróloga, cuando se trata de la inseminación de una mujer casada con espermatozoides no del propio marido sino de un donante extraño al matrimonio.

La inseminación artificial del cónyuge es una técnica que se emplea cuando una pareja no consigue concebir un hijo, pero el varón no es completamente estéril, se

²² Sánchez Gómez, Narciso, *Derechos Humanos, Bioética y Biotecnología un enfoque interdisciplinario*, Editorial Porrúa, México 2008, p. 271 y 272

puede pensar que las oportunidades de fecundación se incrementarían al concentrar el semen o al insertarlo directamente en el útero de la mujer.

Este método puede ser útil para superar un tipo de esterilidad femenina conocida como hostilidad cervical, en el que el esperma es dañado o destruido por anticuerpos en el mucus cervical. Otra situación que se presenta dentro de ese tipo de inseminación es en el caso de que el cónyuge congele y almacene el esperma para una posterior inseminación ya sea porque recibirá algún tratamiento que pueda provocar esterilidad o porque tenga el Virus de Inmunodeficiencia Humana en el cual es necesario utilizar preservativo para evitar el contagio a su pareja; sin embargo y conforme a la legislación de nuestro país, se tiene que para la inseminación artificial se necesita la conformidad de ambos cónyuges, por lo tanto en el caso de que el cónyuge fallezca antes de que la mujer sea inseminada, esta no podrá realizarse.

La inseminación artificial, con donante, es utilizada cuando el cónyuge varón resulta ser estéril o cuando una mujer no tiene cónyuge varón.

*"Para realizar una inseminación Artificial del donante, se recurre a semen de banco. Para que un donante sea aceptado, debe someterse a una anamnesis completa, personal y familiar, y a pruebas analíticas que aseguren la ausencia de enfermedades o alteraciones infecciosas, genéticas, etc. Tan solo se utilizan muestras con parámetros normales poscongelación. El donante es compensado económicamente por sus gastos y molestias con una cantidad simbólica."*²³

"De cada 100 ciclos de inseminación artificial 13 resultan en gestación, y de cada 100 parejas que completan 4 ciclos, 60 consiguen gestación. De todos los embarazos conseguidos, un 15-20% son gemelares y otro 15% se malogran. Se recomienda realizar entre 4 y 6 intentos para

²³ Sánchez Gómez, Narciso, op.cit p. 273.

aprovechar plenamente la utilidad de esta técnica simple. Si después de cuatro ciclos de Inseminación Artificial no se ha logrado el embarazo, la posibilidad de lograrlo con ciclos adicionales se hace muy remota, por lo que se recomienda explorar otros métodos de fertilización.”²⁴

1.3.2 Fecundación In Vitro.

La **Fecundación in vitro (FIV)** consiste en poner en contacto uno o más óvulos de la paciente con los espermatozoides de su pareja. El objetivo es facilitar y lograr el embarazo.

En este sentido los tratadistas Mary Warnock en su obra *Fabricando bebés*, Dina Rodríguez López y Narciso Sánchez Gómez, señalan que la fecundación in vitro también conocida como fecundación artificial o bebé de probeta, es un procedimiento mediante el cual se obtiene de una mujer varios óvulos, para que posteriormente se mezclen con los espermatozoides, cuya fusión tiene como característica que es realizada en un laboratorio y una vez que se produce la fecundación, el embrión o embriones son insertados en el útero de la mujer, quien será quien lo desarrolle y gesté un embarazo normal.

El término “in vitro” significa “en cristal” en latín, y se utilizó para nombrar este procedimiento debido a que en los comienzos de la técnica se utilizaban recipientes de cristal para realizar las fecundaciones.

“El primer bebé que nació con esta técnica fue en el año 1978 en Inglaterra. Desde entonces más de 1.000.000 de niños han nacido gracias a la fecundación in vitro.”²⁵

Por consiguiente se tiene que la técnica de reproducción asistida consiste en la fecundación del óvulo fuera del cuerpo de la mujer en un ambiente artificial y

²⁴ Dirección de Internet: www.lainseminacionartificial.com, fecha de consulta: 22 de noviembre 2012, hora: 5:00 p.m.

²⁵ Warnock, Mary, *Fabricando bebés*, Barcelona España, Editorial Gedisa, febrero 2004, p. 14

controlado que simula las condiciones que existen en las trompas de Falopio. Esta técnica se emplea en los casos en que la mujer posee una matriz sana pero que presenta una alteración en la trompa de Falopio que impide que el óvulo pueda llegar e implantarse de forma natural.

La fecundación in vitro (FIV) es un proceso que se desarrolla en cuatro fases:

Que son la **estimulación ovárica**, que se realiza a través de medicamentos administrados a la mujer para que incremente la producción de óvulos, la segunda fase consiste en la **recolección de óvulos**, mediante una punción ovárica, posteriormente se da la **inseminación y fecundación**, que consiste en mezclar el espermatozoide con los óvulos y por último la **transferencia de embriones**, a los pocos días una vez que los óvulos son fecundados, el embrión o embriones son observados en el laboratorio, para después transferirlos al útero de la mujer.²⁶

"De acuerdo con la Sociedad de Tecnologías de Reproducción Asistida (Society of Assisted Reproductive Technologies, SART), la posibilidad aproximada de dar a luz a un bebé vivo después de una fecundación in vitro es como sigue:

"41-43% para mujeres menores de 35 años

"33-36% para mujeres de 35 a 37 años

"23-27% para mujeres de 38 a 40 años

"13-18% para mujeres de más de 41 años"²⁷

²⁶ Cfr. <http://www.invitroiv.com/esterilidad-e-infertilidad/fecundacion-in-vitro-fiv> fecha de consulta: 22 de noviembre 2012, hora: 8:00 p.m.

²⁷ Dirección de Internet: <http://celam.com.mx/fecundacion-in-vitro-fiv/>, fecha de consulta 22 de noviembre 2012, hora de consulta 9 20p.m.

El Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia, dentro de la página Zenit, recopiló algunos datos sobre la fecundación in vitro de los que destaca lo siguiente:

"En 2011 se reportaron en Europa 588.629 ciclos de fecundación in vitro. Esta cifra para Estados Unidos, en ese mismo año, era de 151.923; de 66.347 para Australia y Nueva Zelanda; de 84.443 para Francia; de 67.596 para Alemania; de 66.120 para España; de 59.807 para Reino Unido; 63.777 para Italia; de 56.253 para Rusia; de 18.510 para Suecia y de 14.578 para Australia. Los países con mayor número de ciclos de fecundación son Japón y Estados Unidos. Sin embargo si el número de ciclos se expresa por millón de habitantes los países nórdicos y Bélgica son los que mayor prevalencia tienen.

"En Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estonia, Islandia, Noruega, Eslovenia y Suecia más del 3 % de los niños nacen utilizando técnicas de reproducción asistida, sin embargo este porcentaje en Estados Unidos es aproximadamente un 1%

"Un aspecto importante a considerar es el número de embriones que se trasfiere para aumentar la eficacia de la técnica. La cifra media en el mundo es de 1.75. En Europa prácticamente no está legalizada la implantación de más de tres embriones, por lo que los embarazos múltiples han disminuido de un 26,9% en el año 2000 a un 19,4 % en 2011, cifras muy inferiores al 30% que se da en Estados Unidos. El país con menor número de embarazos gemelares en el mundo es Suecia, con seguridad debido a que en el 74,4% de los casos se implanta un solo embrión.

"En relación con la eficacia de la técnica, en 2011 el índice de embarazos por embrión transferido fue un 33,3% cuando se utilizó la

fertilización in vitro, de un 31,6% cuando se utilizó el ICSI²⁸ y de 23,4 % si se utilizaron embriones congelados.²⁹

1.3.3 Transferencia Intratubaria de Gametos.

*"La transferencia Intratubaria de gametos consiste en la colocación de óvulos y espermatozoides capacitados para lograr la fertilización en las trompas de la mujer estéril, siempre y cuando la permeabilidad de estas no esté afectada, propiciando el proceso fisiológico de fecundación propio del ser humano, de tal manera que tanto la fertilización como el transporte y nidación siguen los parámetros normales."*³⁰

En el portal del Diccionario Medico Cubano se define como:

*"La Intervención destinada al tratamiento de la infertilidad, que consiste en llevar los gametos masculinos y femeninos a la trompa de Falopio de la mujer para facilitar de este modo, las condiciones naturales de la fecundación. Apenas se practica, ya que el afán de efectividad hace preferir la fecundación in vitro que registra unos resultados algo mejores."*³¹

Este procedimiento fue introducido en 1984 por un grupo de médicos latinoamericanos que en esa época trabajaban en un hospital de San Antonio Texas, antes de realizarlo en mujeres experimentaron en monos. Los resultados que obtuvieron posteriormente fueron repetidos por médicos en todo el mundo y eran mejores que los de la fecundación in vitro o FIV, puesto que en esa época las

²⁸ (Intra-Cytoplasmic Sperm Injection): Microinyección Intracitoplasmática de Espermatozoides: consiste en la introducción de un único espermatozoide en el interior de un ovocito maduro para conseguir su fecundación

²⁹ Dirección de Internet: http://www.zenit.org/es/articulos/algunos-datos-sobre-el-uso-de-la-fecundacion-in-vitro?utm_campaign=diariozmi&utm_medium=email&utm_source=dispatch fecha de consulta: 12 de febrero del 2015 dos mil quince, hora: 6:00 p.m.

³⁰ Boti, Gustavo et al., "Técnicas de fertilización asistida", en Tozzini, Roberto Ítalo et al., *Esencia de infertilidad humanas*, 2a ed., Buenos Aires, Médica Panamericana, 1992, citado por Rodríguez López, *Dina nuevas técnicas de reproducción humana. el útero como objeto de contrato revista de derecho privado. nueva serie, Número 11 Mayo – Agosto. Año 2005*

³¹ Dirección de Internet: www.medicoscubanos.com, fecha de consulta: 18 de noviembre 2012, hora: 9:22 p.m.

condiciones de laboratorio no eran tan buenas, también es necesario hacer hincapié en que para utilización de esta técnica es requisito indispensable que al menos una trompa estuviera sana y muchas veces se realizaba en mujeres aparentemente normales pero que permanecían infértiles.

La Transferencia Intratubaria de Gametos; es una técnica que cada vez se utiliza menos puesto, que además de todo lo que se efectúa en FIV(la estimulación de los ovarios con medicamentos y la extracción de los óvulos con una aguja guiada por ultrasonido) requiere una laparoscopia para introducir los óvulos y espermatozoides a la trompa. Otra causa para su menor utilización es que los resultados con ambas técnicas, ahora son similares y resulta menos invasiva la FIV y además proporciona mayor información en el caso de que no se produzca el embarazo, mientras que en la Transferencia Intratubaria De Gametos sólo podemos suponer.

Sin embargo, persisten indicaciones y casos en donde la Transferencia Intratubaria de Gametos es una excelente opción. Una de ellas, muy importante en México, es que por convicciones religiosas las parejas no deseen FIV y si fertilización in vivo. Otra de ellas son aquellas parejas infértiles de causa desconocida en donde las inseminaciones no obtienen embarazos.

En forma general, las posibilidades de éxito con la Transferencia Intratubaria de Gametos por ciclo, son de alrededor del 30 %, lo cual puede variar, entre otras cosas, por la edad de la mujer y la calidad de los espermatozoides, así como el estado de las trompas. Cuando se compara en grupos similares las posibilidades de éxito con inseminación intrauterina por ciclo, resulta que varían entre el 12 y el 15 %, por lo que esta técnica duplica las posibilidades de éxito.³²

En conclusión la transferencia Intratubaria de gametos o GIFT es una técnica de reproducción asistida, con posibilidades similares de éxito que la fertilización in vitro o FIV que requiere una intervención quirúrgica adicional, que afortunadamente es de

³²Cfr. Dirección de internet: www.institutivida.com, fecha de consulta: 16 de noviembre 2012, hora: 9:30 p.m.

mínima invasión y rápida recuperación, por lo que la paciente sale el mismo día. Se utiliza poco puesto que requiere que además de la operación adicional, las trompas estén bien y que los espermatozoides no tengan alteraciones, pero es una excelente opción para parejas en donde este indicada, en especial aquellas que por ser congruentes con sus convicciones no acepten otros métodos de reproducción asistida.

1.4 DEFINICIONES DE MATERNIDAD SUBROGADA.

La maternidad subrogada no es considerada por algunos doctrinistas como una técnica de reproducción asistida en sí, ya que para que esta se logre se requiere de la combinación de otras técnicas de reproducción.

En la actualidad este tipo de técnica se ha convertido en algo común y ha sido utilizada por diversos famosos entre ellos el conocido cantante Ricky Martin; a la maternidad subrogada también se le conoce como madres sustitutas, madres de alquiler, gestación contratada, gestación por cuenta ajena, alquiler de útero, alquiler de vientres entre otras.

Doctrinariamente existen diversas definiciones al respecto. De manera general se entiende que la maternidad subrogada es la técnica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento.

Pedro Silva Ruiz y Jaime Vidal comentan que la maternidad subrogada:

*"es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa."*²²

²² Hurtado Oliver, Xavier. *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido: Problemas éticos, legales y religiosos*. Editorial Porrúa, México 1999, P 54.

Steven M. Recht considera a la maternidad subrogada como:

*"un contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciara para que sea adoptado por la esposa de aquel con cuyo semen fue inseminada."*³⁴

Ana Lizbeth Araujo Rodríguez, en su artículo **problemas en la determinación de la filiación**, señala diversas definiciones hechas por los doctrinistas entre ellas la Peralta Andia que define a la maternidad subrogada, como el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto. Asimismo señala que Juan Espinoza; define a la madre sustituta como aquella mujer que ofrece su útero para que se desarrolle en este el embrión concebido extracorpóreamente, para después entregar al niño a sus "verdaderos padres". Por otra parte dice que Clara Mosquera considera a la maternidad subrogada como un fenómeno de la última década que se presenta principalmente en países desarrollados, y que consiste en que una mujer "contratada" para que sea inseminada con el semen del marido de una mujer infértil o con el de un cedente y procrear de esa forma un hijo. Al nacer este, lo entrega al matrimonio que la "contrató", cediendo la custodia del menor en favor del padre y renunciando a sus derechos materno-filiales para que el niño pueda ser adoptado por la esposa del padre.³⁵

³⁴ "usually by contract, for the surrogate to be artificially inseminated with the semen of the husband of the infertile couple, to carry the fetus to term, and to relinquish parental rights upon birth" Dirección de Internet <http://www.wci.american.edu/journal/lawrev/37recht.pdf>, fecha de consulta: 10 de diciembre 2012, fecha de consulta: 9:40 p.m.

³⁵ Cf. Dirección de Internet: <http://lanipruebas.blogspot.mx/2009/04/la-maternidad-subrogada-por-sustitucion.html>, fecha de consulta: 14 de diciembre 2012, hora de consulta 9:00 p.m.

Zannoni dice que:

"La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja".³⁶

Por lo tanto de acuerdo con las definiciones antes señaladas, se tiene que la maternidad subrogada, es aquella en la que una mujer permite le sea implantado el embrión de una pareja ya sea de manera homóloga o heteróloga, por algún medio de reproducción asistida (inseminación artificial o fecundación in vitro), para llevar a cabo el desarrollo del embarazo y al dar a luz entregará al bebé a la pareja con la que pactó o se comprometió a realizar este tipo de técnica.

2.4.1 Clasificación de la Maternidad Subrogada.

Dependiendo de las deficiencias y padecimientos de la pareja solicitante de esta técnica de reproducción asistida se clasifica de la siguiente manera:

a) Subrogación total. En ella la mujer con la que se pacta el convenio, también es la que aporta el óvulo y una vez que nazca lo entregara al padre biológico, renunciando a todos sus derechos generados por la maternidad, para permitir que la pareja del padre biológico lo adopte; este tipo de subrogación se le conoce como inseminación artificial heteróloga, puesto que en realidad la madre genética del nuevo ser es la que lo gesta, con lo que se puede decir que no es una sustitución de vientre propiamente.

b) Subrogación parcial. En esta la mujer contratante únicamente le es

³⁶ Jurisprudencia Argentina. 1999. IV, pág. 805, citado en <http://www.diputados.gob.mx/ceda/la/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>, fecha de consulta 16 de diciembre 2012, hora: 7.00 p.m.

implantado el embrión que previamente fue fecundado mediante la técnica de fecundación in vitro, pero que tanto el espermatozoide como el ovulo son aportados por la pareja contratante.

c) Subrogación comercial. Esta es aquella realizada como un servicio en la que previamente se pacta cuanto es lo que se pagara por permitir que en su vientre se geste el nuevo ser de la pareja contratante.

d) Subrogación altruista. Se da cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra; de manera gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja implicada un lazo de amor, amistad o parentesco.³⁷

³⁷ Cfr. Rodríguez López, Dina, "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato", Revista de Derecho Privado, nueva época, año IV, 11, mayo-agosto de 2005.

CONCLUSIÓN

En consecuencia de lo descrito en este capítulo se tiene que en la actualidad es posible dar alternativas a los problemas de infertilidad y esterilidad tanto en hombres como mujeres, ello debido a los diversos factores que lo impiden, para así lograr los objetivos de la reproducción humana; en consecuencia con las técnicas de reproducción asistida se tiende a preservar la especie y formar familias en la sociedad.

Por otra parte se advierte que conforme a los avances científicos la sociedad tiene que adaptarse a los cambios, es por esto que la maternidad al día de hoy, no puede ser considerada como anteriormente se creía y bajo el principio de *"mater Semper certa est"*; en razón de que no siempre la madre que da a luz a un nuevo ser (bebé) suele ser la madre "verdadera", ya que como se analizó en algunos casos de fecundación in vitro, así como en la maternidad subrogada intervienen una tercera persona, a la cual le es implantado un embrión para que se desarrolle en su vientre y dé a luz al bebé, el que será entregado a las personas con las que se comprometió a realizar la técnica de la maternidad subrogada, cuya intervención dependerá si es total, parcial, comercial o altruista.

A continuación se analizará como se ha llevado y se lleva a cabo el uso de la técnica de la maternidad subrogada en el mundo desde el punto de vista histórico hasta la actualidad.

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO

Desde tiempos remotos se ha practicado la maternidad subrogada, claro está que de acuerdo con los medios que se contaban en aquellos tiempos, los cuales se describirán en el presente capítulo; asimismo es importante conocer la manera en que se práctica de la maternidad subrogada en el mundo, su regulación y la forma en la que se lleva a cabo, analizando principalmente en los continentes americano, europeo y asiático, abarcando para ello los países en los que más se ha utilizado.

2.1 ANTECEDENTES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

En la vida del ser humano siempre uno de los objetivos ha sido la procreación, con el objetivo de formar una familia, por esa razón en la antigüedad en los casos de que existiera esterilidad e infertilidad, que en aquellos tiempos era una enfermedad incurable, se buscaban otros medios para conseguir el objetivo anhelado de procrear un nuevo ser quien sería el heredero.

En consecuencia para resolver este clase de problemas. En la antigüedad se hacía uso de la práctica de la maternidad subrogada, que si bien era considerado como un gestación subrogada "tradicional", se equipará a esta práctica, pues consistía que en el caso de que la esposa no pudiera tener hijos, le ofrecía a su esposo una de sus esclavas para que pudiera procrear y de esa manera tener descendencia.

Uno de los primeros casos que se conocen en la historia, se remonta a unos dos mil años antes de Cristo en la tierra de Canaán y señalada en el Libro sagrado de la

Biblia (Génesis 16), en el que Sarai esposa de Abram³⁸ era infértil y le ofreció a su marido la esclava Agar para que le gestara un hijo por lo que Sarai le dijo a Abram:

"Mira, el Señor no me ha permitido tener hijos, pero te ruego que te unas a mi esclava Agar, pues tal vez tendré hijos por medio de ella".³⁹

Y atendió Abram al ruego de Sarai. Posteriormente nació Ismael al que Sarai tomó como su hijo, es así como se dio el primer caso se la maternidad subrogada de manera "tradicional".

El segundo caso contemplado también en La Sagrada Biblia (Génesis 30), Raquel la segunda esposa de Jacob, nieto de Abraham, al no poder tener hijos le entregó a su esclava Bilhá.

"Cuando Raquel vio que no podía dar hijos a Jacob, sintió envidia de su hermana Lia, y dijo a su esposo: -Dame hijos, porque si no, me moriré.

2. Pero Jacob se enojó con ella y le dijo: -¿Acaso yo soy Dios? Él es quien no te deja tener hijos.

3. Entonces ella le dijo: - Mira, toma a mi esclava Bilhá y únete con ella, y cuando ella tenga hijos, será como si yo misma los tuviera. Así podré tener hijos".⁴⁰

La tercera madre subrogada fue Zilpá la sierva de Lia, la primera y no querida esposa de Jacob. Tratando de conquistar el amor de Jacob, Lia dio a luz a cuatro hijos. Al poco tiempo perdió temporalmente la capacidad de concebir y Zilpá dio a Jacob dos hijos, Gad y Aser. Luego Lía se recuperó y Jacob tuvo con ella dos hijos más Isacar y Zabulón, así como su hija Dina.

Posteriormente en Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII a.c la gestación subrogada era una práctica común y consolidada legalmente, en razón de que se encontraba regulada por el Código de Hammurabi (1792-1750), creado en 1780 a.c.

³⁸Quien posteriormente fueron conocidos como Sara y Abraham, una vez que Abraham hizo la alianza con Dios.

³⁹Dirección de internet: www.biblia.net, fecha de consulta: 12 de junio de 2013, hora: 9:15 p.m.

⁴⁰Ibidem.

en el que establecía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que este pudiera buscarse a otra concubina, a menos que su esposa no lograra concebir un hijo varón. De igual forma se establecieron "garantías sociales" para las madres subrogadas que tuvieran hijos, a las cuales no se podía vender por dinero.

"144 § Caso que un hombre haya tomado (por esposa) a una (sacerdotisa) naditum⁴¹ y esa naditum le haya ofrecido una esclava a su marido y ella le haya hecho tener hijos, si luego ese hombre se propone tomar (¿por concubina?) a una shugitum⁴² [por la esterilidad de la esposa], que no se lo concedan a ese hombre; no tomará a la shugitum.

145 § Caso que un hombre haya tomado (por esposa) a una (sacerdotisa) naditum y ella no le haya alumbrado hijos, si luego se propone tomar a una gugitum, que ese hombre tome a la shugitum, que la meta en su casa; pero la shugitum no tendrá el mismo rango que la naditum.

146 § Si un hombre toma (por esposa) a una (sacerdotisa) naditum y ella le ofrece una esclava a su marido y alumbró hijos, pero luego esa esclava se considera del mismo rango que su dueña por haber dado hijos, que su dueña no la venda; la obligará a llevar el copete y la contará como esclava.

147 § Si no alumbró hijos, que su dueña la venda."⁴³

De igual forma se tiene como antecedente el antiguo Egipto, en donde los faraones se servían de sus criadas para tener hijos. Tal es el caso de Amemhotep I, el faraón del Reino Nuevo que gobernó en el siglo XVI a.c quien no tenía heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis I. Aun

⁴¹ Conocida por ser virgen, la naditum podía casarse pero no podía tener hijos

⁴² También llamada sugitum, es la segunda esposa o concubina.

⁴³ Dirección de internet: http://dgb.conaculta.gob.mx/centro/coleccion/coleccion_pdf/31000000535.PDF, fecha de consulta: 22 de mayo de 2013, hora: 8:00 p.m.

cuando los hijos de las esposas secundarias eran considerados como hijos del faraón, se veían perjudicados en sus derechos y solo podían acceder al trono en caso de que no hubiera herederos legítimos. Tutmosis I reinó durante 13 años, conquistó la mitad del mundo conocido entonces y trajo a Egipto a miles de esclavos; posteriormente, al morir su esposa y hermanastra Ahmose en 1490 a.c., fue destronado por los sacerdotes y asumió el poder su hija Hatshepsut, de 16 años que se considera la primera reina en la historia del mundo, a pesar de que Tutmosis ya tenía un hijo Tutmosis II, dado a luz por una esposa secundaria; sin embargo, la monarquía egipcia se heredaba por línea "solar" femenina, así que el hijo del faraón, independientemente de su filiación, no podía ascender al trono sin haberse casado con su hermana o hermanastra.

Asimismo, la maternidad subrogada fue una práctica también conocida en la Antigua Grecia y Roma, en donde Estratónica (esposa estéril de Deyotaro), seleccionó entre las prisioneras a Electra para su marido y crió a los niños fruto de esa relación como hijos propios.

En Europa medieval también se llevó a cabo esta práctica de maternidad subrogada "tradicional", ya que a través de las concubinas se lograba el fin de tener descendencia; sin embargo, en esta región al igual que en el antiguo Egipto sus derechos se veían menoscabados, en razón de que eran considerados como ilegítimos, ya que provenían de una relación extramatrimonial.⁴⁴

Por otra parte, en el Antiguo estado Ruso, el Santo Príncipe Vladimir I de Kiev más conocido como el "Sol Rojo", antes de convertirse al cristianismo tenía hasta 800 concubinas y estuvo casado con cinco esposas, incluyendo una princesa búlgara y la hija de un príncipe checo, pero en su afán de tener más hijos varones se relacionó con una monja griega, la viuda de su hermano Yaropolk. De esta unión en 978 nació el Sviatopolk "el Maldito". Vladimir le reconoció como su heredero, al tiempo que

⁴⁴ Cfr. Dirección de internet <http://surrogacy.rutles/history.php>, fecha de consulta 12 de junio 2013, hora: 9:25 p.m

Sviatopolk, insistía en que era hijo de Yaropolk⁴⁵, lo que tiene como consecuencia que se generara una ficción legal de filiación paterna, teniendo relación con lo establecido en el artículo 366 del Código Civil vigente en el Estado de Nayarit, en el supuesto de que la esposa concibiera un hijo con un hombre distinto a su marido, a quien se le atribuirá la paternidad, por existir el vínculo jurídico creado por el matrimonio, tema que se desarrollara en el capítulo quinto.

2.2. AVANCES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA.

Antes de entrar al estudio de la forma en la que se ha desarrollado la práctica de la maternidad subrogada en el mundo, es necesario hacer un breve análisis del desarrollo de los avances que han tenido las técnicas de reproducción humana a lo largo del tiempo, por ello se tiene que el caso más remoto de inseminación artificial en humanos, es el de Villeneuve, conocido como el médico de Reyes y Papas, de quien se dice, practicó la inseminación artificial a la segunda esposa de Enrique IV de Castilla, Juana de Portugal, cuyo intento resultó fallido ya que el rey era estéril.

En 1677 el inventor del microscopio Antoni van Leeuwenhoek estudió el semen humano y fue el primero en ver espermatozoides. Así mismo, en 1790 el eminente cirujano y venereólogo escocés John Hunter recogió en una jeringa el semen de un mercader que padecía de hispospadi⁴⁶ y le inyectó en la vagina de mujer, realizando así la primera inseminación artificial en la historia.

En el año 1967 el biólogo Robert Edwards consiguió el primer éxito en la fecundación in vitro de un óvulo humano.⁴⁷

⁴⁵ circulaban rumores de que Julia, la madre de Sviatopolk, ya estaba embarazada cuando murió Yaropolk.

⁴⁶ F. Med. Es una anomalía de nacimiento (congénita), en la cual la abertura de la uretra está ubicada en la cara inferior del pene. La uretra es el conducto que drena la orina desde la vejiga. En los hombres, la abertura de la uretra está normalmente en el extremo del pene.

⁴⁷ Cfr. Dirección de internet: <http://surrogacy.ru/es/>, fecha de consulta: 12 de junio 2013, hora: 9:25 p.m.

Sin embargo el primer caso de maternidad subrogada realizado con la ayuda de la técnica de fecundación in vitro que se conoció, fue en el año de 1976; desgraciadamente al haber sido extrauterino no pudo lograrse, por lo que

"Después de nueve años de investigaciones y experimentos sin cesar, el 10 de noviembre de 1977, cuando el número de intentos fallidos de FIV ya supero la cifra de 600, los médicos transfirieron al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable."⁴⁸

Finalmente el 25 de julio de 1978 en la pequeña ciudad inglesa de Oldham (condado de Lancashire) nació la primera niña concebida por la técnica de fecundación in vitro, llevada a cabo por los doctores Patrick Steptoe y Robert Edwards de nombre Louise Brown.

En 1980 en Melbourne (Australia) en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata después de ocho años de intenso trabajo nació el segundo "bebe de probeta", esta vez un niño, mientras que en 1981 se realizó el primer programa exitoso de FIV en Estados Unidos.

"En la Unión Soviética los experimentos de fecundación de óvulos fueron iniciados a finales de los años 60 por B. Leonov en Moscú y A. Nikiitin en Leningrado. La primera "niña probeta" rusa Lena, procreada en el Laboratorio de B. Leonov, nació en Moscú en febrero de 1986, manifestando el comienzo de la famosa "perestroika". Pasados pocos meses, en Leningrado nació su "hermano" Cirilo."⁴⁹

Asimismo en Italia en el año de 1997, se dio un caso de maternidad senil, mediante el implante de un óvulo donado y fecundado in vitro, a una mujer de 63 años que dio a luz un niño, convirtiéndose en la mujer de más edad en procrear.

⁴⁸ Dirección de internet: <http://surrogacy.ru/es/>, fecha de consulta: 12 de junio 2013, hora: 9:25 p.m.

⁴⁹ Dirección de internet: <http://surrogacy.ru/es/>, fecha de consulta: 12 de junio de 2013, hora: 10:00 p.m.

De esta manera, debido a las innumerables investigaciones y avances en la ciencia, ahora es posible llegar a procrear un nuevo ser, ya no solo de manera tradicional, sino a través de las técnicas de reproducción asistida que han sido de gran ayuda para aquellas personas que no pueden llegar a procrear por las causas de esterilidad o infertilidad tanto en el hombre como en la mujer.

2.3 LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL MUNDO.

Ahora bien una vez analizada la historia y el desarrollo de la maternidad subrogada así como las diversas técnicas de reproducción asistida, entraremos al estudio y comparación de las legislaciones, el uso y la manera en cómo es considerada la maternidad subrogada en el mundo.

Para ello se estudiará únicamente el continente americano, europeo y asiático ya que en tales continentes se encuentra regulada la práctica de la maternidad subrogada unos a favor y otros en contra de acuerdo a la cultura y la sociedad de cada país.

2.3.1 CONTINENTE AMERICANO.

A) CANADÁ.

En el caso de Canadá, existe una Ley de Reproducción Humana Asistida⁵⁰ en la que se regula la maternidad subrogada. Se caracteriza en que el uso de esta práctica es solo con fines altruistas, ya que prohíbe el pago de una remuneración a la madre gestante por el tiempo que dure el embarazo, haciendo la excepción de que en caso de que no pueda trabajar, siempre y cuando esté justificado se le otorgará una ayuda; para una mejor comprensión a continuación se transcribe lo señalado en la ley de referencia respecto a la maternidad subrogada.

⁵⁰ Assisted Human Reproduction Act 200 c. 22

PRINCIPIOS

"2. El Parlamento de Canadá reconoce y declara que

"(a) la salud y el bienestar de los niños nacidos a través de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida se debe dar prioridad en todas las decisiones que respeten su uso;

"(b) los beneficios de las técnicas de reproducción humana asistida y la investigación relacionada con los individuos, las familias y para la sociedad en general, se puede asegurar más efectivamente mediante la adopción de medidas adecuadas para la protección y promoción de la salud humana, la seguridad, la dignidad y los derechos en el uso de estas tecnologías y en la investigación relacionada;

"(c), mientras que todas las personas que se ven afectadas por estas tecnologías, las mujeres más que los hombres están directa y significativamente afectados por su aplicación y la salud y el bienestar de las mujeres deben ser protegidas en la aplicación de estas tecnologías;

"(d) el principio del consentimiento libre e informado debe ser promovido y aplicado como una condición fundamental de la utilización de las tecnologías de la reproducción humana;

"(e) las personas que buscan someterse a procedimientos de reproducción asistida no deben ser objeto de discriminación, en particular sobre la base de su orientación sexual o estado civil;

"(f) el comercio de las capacidades reproductivas de hombres y mujeres y la explotación de niños, mujeres y hombres con fines comerciales elevar la salud y las preocupaciones éticas que justifican su prohibición, y

"(g) la individualidad y la diversidad humana y la integridad del genoma humano, debe ser preservados y protegidos."

"INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN"

"3. *Las siguientes definiciones se aplican en la presente ley.*

"Madre de alquiler" significa una persona de sexo femenino que - con la intención de entregar el niño al nacer a un donante u otra persona - lleva un embrión o feto que fue concebido por medio de un procedimiento de reproducción asistida y la deriva de los genes de un donante o donantes."

"ACTIVIDADES PROHIBIDAS"

"6. (1) *Ninguna persona podrá dar una contraprestación o hacer publicidad de que se le pagará por ser madre de alquiler*

"Actuar como intermediario

"(2) Ninguna persona deberá aceptar algún arreglo por el servicio de una madre de alquiler ni ofrecer para que tal disposición sea a título oneroso.

"(3) Ninguna persona podrá prestar atención a otra persona para organizar los servicios de una madre de alquiler, la oferta de tal contraprestación o anunciar el pago de la misma.

"La madre sustituta - edad mínima

"(4) Ninguna persona podrá aconsejar o inducir a una persona de sexo femenino para convertirse en una madre de alquiler, o realizar cualquier procedimiento médico para ayudar a una persona de sexo femenino para convertirse en una madre de alquiler, sabiendo o teniendo razones para creer que la persona de sexo femenino es menor de 21 años de edad.

"Validez del contrato

(5) En este apartado no afecta a la validez conforme a la ley provincial de un acuerdo en virtud del cual una persona se compromete a ser una madre de alquiler.

**El reembolso de los gastos*

"12. (1) Ninguna persona, salvo de conformidad con los reglamentos,

(a)...;

(b) ..., o

(c) reembolsar a una madre de alquiler para un gasto incurrido por ella en relación con la maternidad subrogada.

**Recibos*

"(2) Ninguna persona podrá abonar a los gastos contemplados en el apartado (1) a menos que haya un recibo a la persona para el gasto.

**No reembolso*

"(3) Ninguna persona deberá reembolsar a una madre de alquiler para una pérdida de ingresos relacionados con el trabajo y que haya incurrido durante su embarazo, a menos que

"(a) un médico cualificado certifique por escrito que seguir trabajando puede suponer un riesgo para su salud o la del embrión o el feto, y

"(b) el reembolso se efectuará de conformidad con los reglamentos".⁵¹

En Canadá, el contrato de Maternidad Subrogada debe ser validado por un juez, y

⁵¹ Cfr. Dirección de internet: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/>, fecha de consulta: 12 de junio de 2012, hora: 11:30 p.m.

es sólo para parejas que no tengan otra alternativa de procreación.

B) ESTADOS UNIDOS.

Al ser un país federal, compuesto por Estados independientes dependerá de la potestad del gobierno local regular la legalidad o no del contrato de maternidad subrogada; por consiguiente, no se cuenta con una ley a nivel nacional que reglamente la práctica de la maternidad subrogada y en consecuencia tampoco una ley que lo prohíba.

Los Estados en los cuales se encuentra regulada la maternidad subrogada y es permitida son: Arkansas, California, Florida, Illinois, Nevada, New Hampshire, Nueva Jersey, Nuevo México, Utah, Texas, Tennessee, Virginia y Washington.

En estos Estados se establecen directrices o requisitos específicos⁵² del cómo es que se debe llevar a cabo y los supuestos que podrían presentarse para en el caso, resolver los conflictos que se presenten. En la mayoría de estos estados a excepción de California no está claro como resolverían los tribunales en el caso de que en esta práctica se vean involucrados personas lesbianas, gays, bisexuales y transexuales; asimismo algunos estados hacen diferencias entre subrogación gestacional⁵³ y acuerdos tradicionales⁵⁴ de alquiler de vientres. En los Estados de Nuevo México, Nueva Jersey, Virginia y Washington únicamente aprueban la maternidad subrogada de manera altruista, ya que en el caso de que sea compensada no será válida, en Tennessee la ley no aprueba ni prohíbe los acuerdos, pero si establece que el nacimiento subrogado solo se produce cuando el producto se gesta para una pareja casada.

⁵² Edad, haber dado a luz al menos a un niño, una evaluación médica, psicológica, póliza de seguro, aportar al menos uno de los gametos, que exista una necesidad médica, haber consultado a un abogado, otros establecen que sea validado por un tribunal, que estén casados.

⁵³ En el que la madre de alquiler no aporta el óvulo, este es producto de un donante o de la misma mujer que contrata

⁵⁴ La madre de alquiler también aporta el óvulo.

Por otra parte, los Estados que aún cuando en sus estatutos no se encuentra regulada la práctica de la maternidad subrogada, si se reconocen los derechos de los padres en el caso de que se presente este tipo de acuerdos, son los estados de: Alabama, Idaho, Iowa, Kentucky, Carolina del Norte, Ohio, Oklahoma, Oregón, Pennsylvania, Carolina del Sur, West Virginia y Wisconsin. Al igual que en los Estados en donde se encuentra regulada el uso de esta práctica, se reconocen los derechos siempre y cuando no se trate de una maternidad subrogada compensada, basando su opinión en que existen disposiciones legales que prohíben la venta de niños y que requieren el consentimiento voluntario.

Asimismo existen Estados en donde en sus estatutos no se permite la práctica de la maternidad subrogada, como: Arizona, Alaska, Michigan⁵⁵, Distrito de Columbia, Indiana, Lousiana, Nebraska, Nueva York y Dakota del Norte.

En el caso de Arizona esta ley es considerada inconstitucional, puesto que viola la cláusula de igual protección de la decimocuarta enmienda, concediendo al padre la oportunidad de establecer la paternidad legal, ya que se presentó un caso en el que el esposo y la esposa firmaron un acuerdo de subrogación gestacional utilizando los óvulos de la mujer y los espermatozoides del marido. Pero durante el transcurso del embarazo de la madre sustituta, la esposa pidió el divorcio y la custodia de los trillizos nacidos, en tanto que el marido sostuvo que él era el padre biológico. Resolviendo que la disposición que confiere automáticamente personalidad jurídica a la madre, para la madre sustituta era inconstitucional, y la suprema corte de Arizona decidió no revisar el caso, ya que el alcance exacto de la ley prohíbe los acuerdos de maternidad subrogada.

En el Distrito de Columbia están prohibidos los acuerdos tradicionales y la subrogación gestacional, dicha violación se castiga con una multa de hasta

⁵⁵ Impone multas y penas de cárcel por realizar este tipo de acuerdos.

\$10,000.00 dólares o encarcelamiento de hasta un año o ambas cosas. Sin embargo es importante señalar que esta ley solo prohíbe los acuerdos de alquiler de vientres y no el acto mismo de la subrogación. Similar regulación se encuentra en el Estado de Indiana.

En Lousiana, los acuerdos de subrogación tradicional son inaplicables y nulos, ya que en sus estatutos establece que el contrato de maternidad subrogada será absolutamente nulo por ser contrario al orden público, además señala que cualquier acuerdo mediante el cual una persona no casada con el contribuyente del espermatozoide se compromete a título oneroso a ser inseminada, para llevar a cualquier feto al nacimiento y después renunciar a la custodia y a todos los derechos y obligaciones del niño, es nulo⁵⁶. Lo que nos lleva a suponer que cuando se trate de una maternidad subrogada sin ningún tipo de remuneración, podría estar permitida. Lo mismo sucede en el Estado de Nebraska, a diferencia de que la ley también señala que el niño nacido a consecuencia del contrato tendrá todos los derechos y obligaciones que establecen las leyes; esto quiere decir que la custodia del niño reside en el padre biológico y la madre gestacional.

Por último en Dakota del norte, se hace la distinción entre subrogación tradicional y gestacional, en su ley está prohibida la subrogación tradicional, sin embargo la subrogación gestacional es legal y aplicable, por lo tanto establece que la madre sustituta y su esposo son los padres legales del niño, en cambio el hijo de una portadora gestacional es un niño de los futuros padres.

Como se pudo apreciar cada Estado tiene su normativa y posturas respecto a la práctica de la maternidad subrogada, derivado de la forma en que va evolucionando la sociedad y la manera en que van presentándose los casos concretos.

⁵⁶ Cfr. Dirección de Internet: <http://www.selectsurrogate.com/surrogacy-laws-by-state.html>, fecha de consulta, 19 de junio del 2013, hora: 11:00 p.m.

C) COLOMBIA.

En Colombia, la práctica de la maternidad subrogada no está contemplada en ningún ordenamiento jurídico; sin embargo es muy utilizada ya que se obtiene una remuneración monetaria, pues debido a la extrema pobreza muchas mujeres suelen utilizarla como negocio; por lo tanto, al no encontrarse prohibida se realiza, lo que conlleva, al igual que en otros países, que por la falta de regulación de la práctica de la maternidad subrogada, muchas veces se vulneren los derechos de las partes que intervienen en ella.

Uno de los problemas que se presentan es al momento del parto, en donde el médico debe elaborar el registro del nacido. Ya que la madre que debe registrarlo es la que lo parió, pero en muchas ocasiones la madre gestante no es la madre genética, debido a que el ser concebido es producto del óvulo y el semen de la pareja contratante o en otros casos de algún donante.

Según el pronunciamiento de la Corte en Constitucional Sentencia T-968 de 2009, fungiendo como Magistrado Ponente la Dra. María Victoria Calle Correa, se determinó que:

“Es clara la corte al delimitar esta practica a situaciones tales como: a) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; b) que los gametos que se requieren para la concepción sean aportados por la mujer gestante (quien facilita el vientre); c) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas, d) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc; e) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; f) que se preserve la identidad de las partes; g) que la mujer gestante,

una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; h) que los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y j) que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.¹⁵⁷

Existen posturas respecto a que el contrato de maternidad subrogada aunque carezca de un ordenamiento jurídico, no es una razón para considerar ilegal el acto jurídico, pues se trata de un contrato atípico que goza de plena validez.

Asimismo, la constitución colombiana de 1991 ampara la institución de la familia en el Capítulo II del Título Segundo que consagra las normas relativas a este tema:

“ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y

¹⁵⁷Dirección de Internet: www.redsoconjuridica.org/escenarios/edicion-6/incidencias-sociales-juridicas-y-bioeticas-de-la-maternidad-subrogada.pdf, fecha de consulta 12 de junio de 2013, hora: 10:40 p.m.

responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos...⁵⁸

En contraparte existen posturas que están en contra de la regulación de la maternidad subrogada ya que consideran que esta práctica destruye la maternidad y principios sólidamente establecidos como el principio romano de "*mater Semper certa est*", base de las normas de filiación en los países del derecho romano. Principio que en nuestros días resulta inaplicable, puesto que esta práctica es utilizada y no siempre la madre que concibe al nuevo ser es la que aportó el óvulo.

D) BRASIL.

Prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica pero señala que las clínicas o servicios de reproducción humana podrán crear una situación cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica. Los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina.

Por ello estableció en la **RESOLUCIÓN CFM N ° 1358, 1992**, del Consejo Federal de Medicina, normas para la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida, la cual se divide en siete secciones: I) Principios Generales; II) Usuarios de las Técnicas de Reproducción Asistida, III) Clínicas, centros o servicios que ponen en práctica las técnicas de reproducción asistida; IV) Donación de gametos o pre-embriones; V) Preservación de gametos o pre-embriones a través de crioterapia; VI) Diagnóstico y tratamiento de pre-embriones; VII) Gestación de sustitución (donación temporal del útero)

⁵⁸ Dirección de Internet: <http://www.atcaldibogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125#42>, fecha de consulta 13 de junio del 2013, hora 10:50 p.m.

En lo que respecta a la fracción VII de dicha resolución y lo que interesa en esta investigación se lee:

"Clínicas, Centros y Servicios de Reproducción Humana RA pueden utilizar técnicas para crear la condición conocida como reemplazo de embarazo, siempre y cuando haya un problema médico que impida o contra-indican el embarazo en la donante genético. 1 - Los donantes útero temporal debe pertenecer a la familia del gen donante en un parentesco hasta el segundo grado, y los casos restantes requerirán la autorización del Consejo Regional de Medicina. 2 - La donación temporal del útero no puede tener fines económicos o comerciales."⁵⁹

Asimismo, en su Constitución Federal en el artículo 199 párrafo cuarto, establece que las leyes dispondrán sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización.

Por lo tanto, de lo mencionado con anterioridad al igual que en otros Estados de la unión americana para realizar la práctica de la maternidad subrogada se deben cumplir una serie de requisitos y solo debe ser con un fin altruista, agregando que la madre gestante tendrá que ser familiar o en su caso se deberá tener la autorización de la autoridad competente, prohibiendo totalmente la comercialización en las técnicas de reproducción asistida.

⁵⁹ Dirección de Internet: http://www.gub.ve.org/doi_c/juridicos/resol1358.htm, fecha de consulta: 19 de junio de 2013, hora: 12:30 a.m.

E) ARGENTINA.

Según un estudio realizado por la Abogada Argentina Elsa Gladys Perlo, los tratamientos de fertilidad e inseminación artificial se practican desde hace décadas y existen clínicas especializadas con tecnología avanzada; sin embargo no existe un marco jurídico de las técnicas de reproducción asistida.

La maternidad subrogada en Argentina no se encuentra prohibida, pero tampoco se encuentra regulada en ningún ordenamiento legal y si es muy utilizada.

Uno de los precedentes de maternidad subrogada en Argentina es el caso de un matrimonio de dos varones Argentinos⁶⁰, quienes en julio de 2012 registraron a un niño nacido en la India como hijo de ambos padres. Se considera el caso como el primer reconocimiento en Argentina de una inscripción de copaternidad igualitaria.

En un Artículo realizado por Sabrina Améndola, señala que dicho caso es el primero en el mundo y que Carlos Dermgerd y Alejandro Grinblat, los padres del niño nacido en la India de nombre Tobías, comenzaron solicitando a la Justicia para poder contemplar su caso, ya en la legislación argentina, como se dijo con anterioridad, no está permitida la maternidad subrogada, pero tampoco esta prohibida, lo que genera un vacío legal para poder resolver el uso de esta práctica. Además señala que:

"Desde el nacimiento de Tobías, el 29 de junio de 2012, los padres del pequeño pasaron no solo por la nursery del hospital de Nueva Delhi, India, o el hotel donde se hospedaban – que fue su casa durante mas de tres semanas -, sino que también hicieron paradas obligadas en el consulado argentino en la capital India, porque existían trabas para entregarle el DNI⁶¹ y el pasaporte del niño, lo que les impedía regresar

⁶⁰ Conforme al artículo 16 de la constitución de la Nación Argentina y las leyes 26.618, 23.992 y 23.054, en el que se consagra el principio de igualdad formal por la que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias. Por ley de matrimonio igualitario desde el 2010 los matrimonios pueden ser formados por personas del mismo sexo cuyos derechos y deberes deberán ser amparados en igualdad de condiciones.

⁶¹ Documento Nacional de Identidad

*al país con su hijo, porque no figuraba una madre y, en cambio, tenía dos papás.*⁹²

La inscripción del bebé en la Argentina tuvo lugar tras la actuación de las juezas porteñas Fabiana Schafrick y Elena Liberatori, la Subsecretaria de Justicia, la Dirección del Registro Civil del gobierno Porteño y la Cancillería Argentina, a través de la Dirección de Asuntos Consulares.

Existen proyectos de reforma acerca de la Maternidad Subrogada en Argentina, uno de ellos es el presentado por el diputado Alberto Monti del Partido Justicialista, quien proponía una ley provincial en Santa Fe de maternidad gestacional subrogada este proyecto se basa:

"en un acuerdo entre privados patrocinados por abogados, si en el instrumento de subrogación gestacional se contemplaba el pago de una compensación a la madre sustituta gestacional, la misma debía depositarse en un banco oficial a su nombre antes del comienzo de cualquier procedimiento médico, la paternidad y maternidad de quienes subrogaren debían demostrarse con el contrato firmado por todas las partes y notificado al Registro Nacional de las Personas para registrar la filiación. La madre gestacional sustituta tenía que haber dado a luz al menos un hijo antes de consentir este acuerdo y en caso de estar casada debía quedar asentado el consentimiento de su cónyuge, ella también debía ser evaluada clínica y psicológicamente. El o los padres subrogantes debían contribuir con al menos uno de los gametos resultantes en un pre-embrión que la sustituta gestacional tenía que intentar llevar a término. La gestadora y subrogantes debían ser

⁹² Dirección de Internet: www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-200027-2012-08-01.html, fecha de consulta: 12 de junio de 2013, hora: 10:11 p.m.

mayores de edad y tener al menos dos años de residencia en la provincia de Santa Fe".⁶³

En este proyecto se consideró el derecho a la procreación, como un derecho de titularidad y ejercicio individual o compartido de los habitantes en condición de igualdad.

Otro de los proyectos presentados en Argentina fue el del diputado neuquino⁶⁴ Hugo Nelson Prieto en el año 2011, denominado "Régimen de Maternidad Subrogada".

En dicho proyecto se contempla:

*"La creación de una Agencia Pública de la maternidad subrogada con personal y asignación de presupuesto, de la manera de instrumentar la maternidad subrogada, de los requisitos de la mujer gestante, de los requisitos del subrogante o subrogante, de los médicos intervinientes, de la donación de óvulos y espermatozoides y de las prohibiciones. Uno de los requisitos contemplados es que la madre gestante debe tener una edad comprendida entre los 18 y 35 años, y no ser la donante de óvulo que originará al niño por nacer. Además debía ser plenamente capaz y hallarse inscrita en el Registro de la Agencia Pública de la Maternidad Subrogada, además de cumplir con otros requisitos legales de tipo médico"*⁶⁵.

De lo anterior se advierte que no hace ninguna mención acerca de la remuneración para la mujer gestante a diferencia del proyecto presentado en la provincia de Santa Fe, así como tampoco se mencionaba el sexo de pertenencia de los subrogantes, lo

⁶³ Dirección de internet: http://itocyn.congreso.gov.ar/ponencias/ashuala/pdf/US_009_ELSA_PERLO.pdf, fecha de consulta: 12 de junio de 2013, hora: 10:20 p.m.

⁶⁴ Partido político argentino de actuación en la Provincia del Neuquén, fundado en 1961

⁶⁵ Dirección de internet: www.unh10resposable.com, fecha de consulta: 20 de junio de 2013, hora: 10:00 p.m.

que indicaría que se hallaba abierto a parejas de igual o distinto sexo además que el primero era considerado como un contrato privado y en este proyecto tenía que realizarse por medio de la creación de una Agencia Pública especializada en la maternidad subrogada.

Si bien existen proyectos sobre la práctica de la maternidad subrogada que permitirían resolver los conflictos que se presenten, a la fecha no existe en la realidad jurídica puesto que aun se encuentran sometidos a debate; por tanto, se continua dejando al arbitrio de los jueces resolver los casos concretos que se le presenten conforme a los ordenamientos jurídicos que pudieran ser aplicables al caso en concreto, tal y como se presentó con el bebé "Tobías".

2.3.2 CONTINENTE EUROPEO.

A) REINO UNIDO.

En la legislación inglesa, las técnicas de reproducción asistida han sido aceptadas por la sociedad, pero con algunas restricciones.

"En el Gran Bretaña, la inseminación artificial con donador, se comenzó a considerar seriamente en los años treinta, toda vez que los conocimientos médicos demostraron que un número considerable de parejas permanecían sin hijos debido a la esterilidad del marido."⁶⁵

En el año de 1982, el gobierno inglés designó una Comisión encabezada por Dame Mary Warnock con la finalidad de considerar el reciente y potencial desarrollo de la medicina y la ciencia en relación con la fertilización humana y la embriología y

⁶⁵ Guzmán Ávalos, Anibal, *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*, Editorial Biblioteca Universidad Veracruzana, México, 2001, p.31.

considerar qué políticas y salvaguardas deben ser aplicadas, incluyendo consideraciones sobre sus aplicaciones éticas, sociales y legales, haciendo las recomendaciones pertinentes.

Fue hasta en el año de 1985 cuando el informe Warnock, entró en vigor, creado para solucionar el conflicto existente entre la técnica de reproducción asistida y la maternidad subrogada, proponiendo ciertas limitaciones.

En este informe se hicieron tres recomendaciones principales en relación a la maternidad subrogada, se prohibieron las empresas y agencias intermediarias que tuvieran por objeto realizar gestiones y actos dirigidos a poner en relación a las posibles partes, de realizarse a través de dichas empresas o agencias se considerarían ilegales y por ende no podrían exigirse su cumplimiento a través de los tribunales. Asimismo señalaba que el hijo que naciera como consecuencia de ese pacto se consideraría como hijo de la madre gestante.

Es así como este documento fue la base para la creación de distintas leyes en Inglaterra, encaminadas a evitar el nacimiento de actividades mercantiles de mediación para la realización de la maternidad subrogada.

El Reino Unido creó una ley especialmente destinada a reprimir el posible tráfico lucrativo en torno a estas prácticas, llamada Surrogacy Arrangements Act⁶⁷ de 1985, que recogió la primera recomendación; para esta ley el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar a la realización de acuerdos o contratos de maternidad subrogada. Y define a la madre sustituta como aquella mujer que da a luz a un niño en cumplimiento de un contrato, con el propósito de entregar al nuevo ser a otras personas. No castiga a los particulares, a la madre sustituta y a la pareja

⁶⁷ Cfr Dirección de internet <http://www.surrogacyone.com/a-better-understanding-of-surrogacy/>, fecha de consulta 21 de junio 2013, hora: 11.20 a.m.

solicitante, aun cuando haya mediado dinero, sino que se quiere impedir todo tipo de mediación en esta práctica.

Por otra parte, en el año de 1990 se expidieron disposiciones sobre las condiciones requeridas de los usuarios de las técnicas, permitiendo la práctica de estas técnicas a las mujeres solteras, a condición de haber manifestado una intención seria de cumplir las obligaciones inherentes a la educación de los niños y haber expresado su consentimiento por escrito, llamada Fertilización Humana y embriología⁶⁸, asimismo esta ley acoge la segunda recomendación del Informe Warnock y declara no ejecutable ningún acuerdo de maternidad subrogada y ordena que la madre que gestó al hijo sea considerada como madre legal.

Esta ley señala que la donación de gametos es anónima y que el niño no tiene derecho a conocer a sus padres biológicos, solo sus características genéticas. Además, admite la inseminación artificial post mortem, sin que la paternidad del padre fallecido sea reconocida.

Asimismo se tiene que admite el contrato de subrogación, cuando es gratuito. En este caso la pareja contratante puede demandar el reconocimiento legal del niño, pero la madre sustituta tiene derecho de visita, no estando el contrato ejecutado.

B) FRANCIA.

En Francia aun se encuentra en debate, la forma de legalizar la práctica de la maternidad subrogada, ya que en la ley Francesa se encuentra establecido que "Todo acuerdo sobre la protección o la gestación por cuenta de otro es nulo". Lo que ha generado varios problemas relacionados con la filiación legal de los hijos e incluso

⁶⁸ *Human Fertilisation and Embriology Act. Dirección de internet: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>, fecha de consulta: 20 de junio de 2013, hora: 18:00 p.m.

ha generado jurisprudencias contradictorias, ya que los tribunales suelen aceptar la paternidad pero no la maternidad.

Uno de los Casos que se ha presentado en Francia es el de dos niños nacidos de una madre de alquiler extranjera, que fueron inscritos por el registro civil francés, en el que El Tribunal de Apelación de Rennes se pronunció sobre el caso de dos gemelos nacidos en 2010 de padres franceses pero de madre gestante India, con fundamento en lo establecido por el artículo 47 del Código Civil Francés que todo acto de registro civil de franceses y extranjeros celebrado en un país extranjero y redactado según los usos habituales en aquél país será considerado un acto administrativo auténtico. Aunado a esto, consideró lo señalado en la Convención Europea de Derechos Humanos, cuya consideración debe ser primordial para cualquier decisión que les afecte.

Estableciendo así el Tribunal que los niños no podían ser privados del estado civil que a que tienen derecho en Francia, aun cuando haya sido a través de un procedimiento contrario a las leyes francesas.

Se encuentra en debate una ley que formará parte de las reformas de leyes sobre bioética, que contempla la legalización de esta práctica, con una serie de requisitos a cumplir para que la misma pueda ser considerada como legal. Siendo estos: que se trate de una pareja heterosexual y que sus integrantes estén casados o lleven al menos dos años de convivencia, que la mujer no pueda llevar a cabo una gestación completa y que al menos uno de los miembros de la pareja pueda ser el progenitor genético del bebé.

Además la madre gestante deberá haber tenido al menos un hijo, pero no podrá llevar el bebé de su hija. Tampoco podrá recibir remuneración alguna, salvo los gastos médicos que no sean cubiertos por la Seguridad Social, antes de realizarse esta práctica deberán tener la autorización de la Agencia de Biomedicina y de un

juez. Opinan los senadores en esta propuesta que es necesario establecer un plazo al menos de tres días tras el parto para que la mujer gestante decida si quiere quedarse con el bebé; en cambio, señalan que la pareja que va a recibir el bebé, no puede renunciar al él⁶⁹.

Por lo que aun cuando existan propuestas de ley respecto a la maternidad subrogada en la actualidad no es posible realizar este tipo de práctica, ya que conforme a su legislación el acuerdo que se realice entre las partes es considerado nulo, pero como se pudo observar existen otros supuestos que podrían presentarse, como lo fue el caso de los gemelos nacidos en otro país donde si está permitida la práctica de la maternidad subrogada.

Es por ello que debe considerarse la forma de resolver este tipo de conflictos.

C) ESPAÑA.

En España de acuerdo al Art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece lo siguiente:

**1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

**2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

⁶⁹Cf. Dirección de Internet: <http://sites.google.com/site/maternidadsubrogada/Home/prensa/legislacion-en-francia>, fecha de consulta: 21 de junio de 2013, hora: 14:00 p.m.

"3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales"⁷⁰.

Desde un punto de vista penal, el Art. 221 CP establece que:

"1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero"⁷¹.

leyendo estos dos artículos –a los que podríamos añadir algún otro precepto del Código Civil, como el Art. 177.2.2º que se lee:

"Artículo 177

1. Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

2. Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil:

1. El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

2. Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o

⁷⁰ Dirección de internet <https://www.boe.es/bvnc/contact.php?id=BOE-A-2008-9292>, fecha de consulta 02 de agosto de 2013, hora: 8:00 p.m.

⁷¹ Dirección de internet www.ub.edu/udpenal/CP_viginta_2013_01_17.pdf, fecha de consulta 02 de agosto de 2013, hora: 8:00 p.m.

incursos en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.

3. Deberán ser simplemente oídos por el Juez:

1. Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción.

2. El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores.

3. El adoptando menor de doce años, si tuviere suficiente juicio.

4. La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél.¹⁷²

En consecuencia se tiene que al hablar de la adopción, se establece que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto; es decir, aunque se pretendiera llevar la gestación por sustitución como si fuese un tipo de adopción, nunca sería legal pactar la entrega del bebé antes de dar a luz mientras el Código Civil español señale el plazo de un mes tras el parto lo que hace innegable que, en España, los vientres de alquiler son ilegales, su contrato es nulo y se castigan con penas de uno a cinco años de prisión.

¹⁷² Dirección de Internet: <http://wivil.ujg.es/normactivestata/CC/117.htm>, fecha de consulta 02 de agosto 2013, hora: 8:20 p.m.



D) HOLANDA.

En Holanda el contrato de maternidad subrogada es nulo, debido a que el origen del contrato es ilícito, contrario al orden público y a la moral, ya que por la contraprestación del servicio se recibe cierta cantidad de dinero.⁷³

Sin embargo, de lo anterior se podría decir que si se trata de una maternidad subrogada altruista, es decir sin ninguna contraprestación se podría dar, ya que no se estaría violando al orden público o moral, que sería recibir una cantidad de dinero, por lo tanto su origen ya no sería ilícito.

E) ITALIA.

La Ley nº 40 de fecha 19 de febrero de 2004 se refiere a la problemática de procreación médica asistida, y considera a la fecundación artificial como un recurso permitido en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad⁷⁴. Por otra parte, existen decisiones de los tribunales en su contra sobre la base de los artículos del Código Civil que se refieren a la dignidad de la persona, a la no patrimonialidad del cuerpo humano y a las cosas fuera del comercio.

Algunos Tribunales han declarado nulos los contratos de subrogación de maternidad en los casos que se han sometido a jurisdicción, ya que son contradictorios a los principios consagrados en la Constitución, en el Código Civil y en el Código Penal, los cuales reconocen y protegen el derecho del menor a crecer en una familia formada por sus padres.

⁷³ Cfr. *Gestación Subrogada* Universidad De Ciencias Médicas Facultad de medicina, Cátedra de ética médica dirección de internet: ucimed812.files.wordpress.com/2011/02/gestacion3b3n-subrogada.pdf

⁷⁴ Cfr. Roberto Germán Zuriarán Departamento de Ciencias de la Educación Universidad de La Rioja "Técnicas De Reproducción Humana Asistida: Determinación Legal De La Filación Y Usuarías En El Derecho Comparado" dirección de internet <http://www.aebioetica.org/revistas/2011/22/2/75/2011.pdf>, fecha de consulta: 22 de junio 2013, hora: 7:00 p.m.

Al igual que en otros países existente proyectos de ley, destacándose el proyecto presentado el 28 de febrero de 1985, por iniciativa de los diputados, Battistuzzi, Fachetti, D'Aquino, De luca, Serretino y Bozzi, en el cual se prohíbe la implantación del embrión fecundado in vitro en tercera persona.

Por último se tiene que todos los proyectos presentados van encaminados a prohibir la práctica de la maternidad subrogada siempre y cuando no existan

*"los casos de infecundidad de la pareja, de grave perjuicio para la salud de los progenitores o de riesgo de transmisión grave patología hereditaria, estableciendo como requisito (para que pueda llevarse a cabo esta práctica) que sea mediante acuerdo escrito de ambos cónyuges, la inseminación artificial con semen proveniente del marido o, si ésta resulta inidónea la fecundación extracorpórea con implantación de embriones obtenidos con gametos de entre ambos cónyuges"*⁷⁵ (casos en los que si podría realizarse).

F) GRECIA.

La ley N° 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Humana estableció las pautas para la maternidad por sustitución, que se incorporaron al Código Civil en sus artículos 1458 y 1459, en el que se establece los lineamientos por los que debería regirse, destacándose en ellos la autorización judicial para poder realizarla.⁷⁶

Grecia es uno de los países que contempla la gestación por sustitución. La legislación exige una decisión judicial para que se establezca la filiación, y prohíbe

⁷⁵ Martínez-Pereira, Rodríguez J.M. *El Al la maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Editorial Dykinson, España 1994 p. 56.

⁷⁶ Cfr. http://www.inciat.com/pdf/906_es.pdf, fecha de consulta: 23 de junio de 2013, hora 7:00 p.m.

que se remunere a la subrogada, aunque deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la madre subrogada y por los gastos que suponen la gestación y el parto. Requiere que la madre gestante no sea la madre biológica sino la portadora de un embrión de los padres intencionales (la mujer no puede dar a luz por razones médicas).

En consecuencia la autora Ana Quiñonez Escámez, sostiene que:

"En definitiva, la ley griega renuncia al principio según el cual es el parto el que hace la madre, y confiere la cualidad de madre legal a la genética y de intención. Nótese que, en este caso, se atiende a la verdad biológica (y que será una verdad sociológica). El establecimiento de la filiación materna supone una adaptación a los tiempos y una ruptura con el principio de mater semper certa est, para el que era impensable que la madre biológica no fuera la que trajera al hijo al mundo. En este caso, son los genes y no el parto los que determinan la maternidad".⁷⁷

G) UCRANIA.

Es considerada como uno de los centros mundiales más acreditados de maternidad subrogada. Esta práctica es legal y está regulada por el Código de Familia en su artículo 123.2 que regula la determinación del origen del niño nacido como resultado de la aplicación de las tecnologías auxiliares reproductivas. En la que se considera que los cónyuges se reconocen como padres del niño de la mujer que da a luz después del traslado a su organismo del embrión del hombre concebido por su marido y otra mujer en el resultado de la aplicación de las tecnologías auxiliares reproductivas.

⁷⁷ Quiñonez Escámez, Ana, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada" En torno a la ROGRN de 18 de febrero de 2008-Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2008, pág. 8.

Asimismo el artículo 48 de la Ley de Ucrania "Sobre Fundamentos de Legislación Ucraniana sobre la Sanidad Pública" indican las condiciones de la realización de la fecundación artificial:

"La fecundación artificial e implantación del embrión.

La aplicación de la fecundación artificial e implantación del embrión se realiza según las condiciones y el orden establecidos por el Ministerio de Sanidad Pública de Ucrania, según las indicaciones médicas de la mujer mayor de edad respecto a la cual se realizara tal actuación, a condición del acuerdo en forma escrita de los cónyuges, manteniendo anónimo al donador y conservación del secreto médico.

El orden de la formalización del niño se regula por la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania No. 140/5 del 18.11.2003 "Sobre las modificaciones y adiciones de las reglas del registro civil en Ucrania".⁷⁸

Por otra parte el artículo 123.3 del Código de Familia consigna la posibilidad de que un matrimonio utilice gametos donados para la FIV y señala que en tal caso el embrión será considerado como generado por dicha pareja. De igual forma la ley sobre el trasplante de órganos y otros materiales anatómicos humanos, del 16 de julio de 1999, menciona que los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la aplicación de técnicas de reproducción asistida gozan en su plenitud de la patria potestad con respecto a los niños que hayan nacido a raíz del empleo de estas técnicas.

Debe tomarse en consideración que en Ucrania se consideran padres del niño nacido de una madre de alquiler a quienes hayan aportado los gametos, es decir en el caso de que solo una parte de ellos aporte el gameto y el otro fue de la mujer

⁷⁸ Dirección de internet: <http://www.inssa.com.ua/legislation/ukraine.html>, fecha de consulta: 22.08 (junio de 2013), hora: 6:56 p.m.

gestante entonces se considerara a esta última como la madre del niño y el padre será quien haya aportado el gameto, ya que no existe la maternidad subrogada tradicional, y en todo caso tendrá que recurrirse a la adopción del hijo de su marido, siempre y cuando obtenga el consentimiento de la madre de alquiler.

Asimismo es necesario tomar en cuenta que en razón de lo establecido por los artículos 123.2 y 123.3⁷⁹ del Código de familia, los padres que recurran a una madre en alquiler deberán ser los que donen los gametos o en el caso de que no sea posible donar los gametos, ya sea por alguna causa de infertilidad o esterilidad, que se empleen gametos donados, para que no se genere ningún conflicto respecto a la filiación del nuevo ser.

De lo anterior se concluye que es uno de los países en donde existe una regulación específica tratándose de maternidad subrogada y que es de mucha utilidad para las personas que desean tener un hijo, claro acudir a ésta, es costoso, puesto que los precios oscilan entre los 5,000 y 12,500 euros.⁸⁰

H) SUECIA.

La maternidad subrogada se encuentra prohibida en el caso de que exista alguna remuneración económica entre los que encargan al bebé y la mujer gestante, estipulada en la Ley del 1 de marzo de 1985, ya que el Derecho Civil sueco impide la adopción si hay de por medio intereses económicos.

Destacándose que sería poco deseable la técnica de la maternidad subrogada ya que el bebé sería objeto de convenios económicos y éticamente imprecisos.

⁷⁹ Cfr. Dirección de internet: <http://www.itesa.com.ua/es/legislation/ukraine.html>, fecha de consulta: 05 de agosto 2013, hora: 8:00 p.m.

⁸⁰ Cfr. Dirección de internet: <http://es.mother-surrogate.com/eyes-de-maternidad-subrogada>, fecha de consulta: 05 de agosto de 2013, hora: 9:00 p.m.

La Ley 711/1984 del 14 de junio, de fertilización in vitro, muy breve y con tan solo cuatro artículos, declara en el 2º que es:

*"la introducción en el cuerpo de la mujer de un óvulo fecundado externamente sólo se permite: 1. Si la mujer es casada y lo consiente. 2. Si lo consiente el cónyuge o convivete dando consentimiento escrito y 3. Si el óvulo es de la mujer y ha sido fecundado con esperma del marido o convivete. Ello supone, una vez más, la prohibición de las técnicas de la maternidad subrogada. El Artículo 4º impone sanción pecuniaria o reclusión hasta seis meses. Creemos que esta pena alternativa y no acumulativa es mas adecuada para su adaptación a las circunstancias del caso y de las personas".*⁸¹

2.3.3 CONTINENTE ASIÁTICO.

A) RUSIA.

En Rusia desde hace tiempo se regula la práctica de la maternidad subrogada, en la Ley No. 5478-1 "Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa", de 22 de junio de 1993, que dispone lo siguiente:

"Toda mujer que se encuentra en edad reproductiva, mayor de 18 años, tiene derecho a la fecundación in vitro y la implantación del embrión. La fecundación in vitro y la implantación del embrión solo se efectuarán en los centros médicos autorizados, siempre que medie el consentimiento escrito de los cónyuges o la mujer sin pareja.

⁸¹ Dirección de Internet: <http://www.elmundo.com/portales/resultados/casos/casos1es7/04/4550>, fecha de consulta: 22 de junio de 2013, hora: 11:50 a.m.

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

La mujer tendrá derecho a la información sobre las técnicas de fecundación in vitro e implantación del embrión, los aspectos médicos y legales de sus consecuencias, los datos del examen médico genético, el aspecto y la nacionalidad del donante, la que le ha de suministrar el responsable de la intervención médica".⁸²

Asimismo se tiene que esta práctica se encuentra regulada por el Código de Familia Ruso en sus artículos 51 y 52.3⁸³, establecen que las personas, que dieron su consentimiento escrito para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, pueden ser registrados como padres del niño solo al disponer del consentimiento de la mujer, que lo dio a luz (madre subrogada). Además de que los cónyuges que dieron su consentimiento para la implantación del embrión a otra mujer y asimismo la madre subrogada, al impugnar la maternidad y la paternidad después de haberlo registrado en el libro de inscripciones de nacimiento, no tienen derecho a alegar estas circunstancias.

En cuanto al registro civil del nacimiento en el artículo 16.5 de la Ley Federal N.º. 143-FZ "Sobre las actas de estado civil" estipula que:

"Al registrar el nacimiento del niño a solicitud de los cónyuges que dieron el consentimiento a la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, junto con el documento que prueba el hecho del nacimiento del niño se aportará el documento, expedido por la institución médica que confirma el hecho de recibir el consentimiento de la mujer,

⁸² Dirección de internet: <http://vtanovadnic.rules/services/surogacyt>, fecha de consulta: 23 de junio de 2013 día miércoles, hora: 12:00 p.m.

⁸³ Cf. Dirección de internet: http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=247776, fecha de consulta: 23 de junio de 2013, hora: 12:10p.m.

*que lo dio a luz (madre subrogada), a la inscripción de los cónyuges mencionados como padres de los niños*⁸⁴.

Además de lo estipulado en párrafos anteriores, también se regula la forma en la que ha de realizarse este tipo de práctica, señalando una serie de requisitos, cabe destacar que en Rusia las personas solteras y las parejas casadas oficialmente pueden acogerse a la gestación subrogada, además la nacionalidad de los usuarios no tiene importancia, ya que los extranjeros gozan de los mismos derechos a tener hijos mediante técnicas de reproducción asistida que los Rusos.

En cuanto a las indicaciones que deben tomarse en cuenta para poder acceder al programa por sustitución (maternidad subrogada), se deben de seguir una serie indicaciones médicas que se encuentran especificadas en la Orden No. 67 del Ministerio de Salud "Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad y esterilidad femenina y masculina" de febrero de 2003 tales como: Ausencia de útero, Sinequias⁸⁵ o adhesiones en el útero que carecen de tratamiento; Enfermedades somáticas a consecuencia de las cuales queda contraindicada la gestación; reiterados intentos fallidos de FIV cuando, pese a haberse obtenido embriones de alta calidad, la transferencia de los mismos no ha conducido a un embarazo.

Además deberían realizarse todos los estudios pertinentes a la madre subrogada, desde su determinación del grupo sanguíneo, pruebas de alguna enfermedad, así como pruebas del funcionamiento de su aparato reproductor femenino.

⁸⁴ Dirección de internet: <http://www.surrogacy.med.es/ny/maternidad-subrogada-en-rusia.html>, fecha de consulta: 28 de agosto de 2013, hora: 6:00 p.m.

⁸⁵ Med. La sinequia o adherencia uterina, son bandas fibrosas de tejido parecida a rique contienen las cicatrices, se forman entre la pared anterior con la posterior del útero, estas pueden ser simples o complejas, estas últimas, abarcan gran parte de la cavidad, dejando muy poco espacio libre para que un embarazo pueda desarrollarse normalmente. Estas sinequias pueden producir abortos. Dirección de internet: <http://www.embryos.com/temas/que-son/infertilidad-la-infertilidad/medicina/sector-uterino/embarazo-uterino/>, fecha de consulta: 25 de septiembre 2013, hora: 9:00 a.m.

Deben satisfacer una serie de requisitos:

- a) Edad entre 29 y 35 años de edad
- b) Al menos deben tener un hijo propio sano,
- c) Tener buena salud psicosomática.
- d) Haber dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

Asimismo en el contrato que se realiza se especifican las relaciones entre los padres que intervienen y la madre de alquiler, se establece el desarrollo de las fases del programa, los derechos y las obligaciones de las partes, el importe de la compensación económica a pagarse a la madre de alquiler y las sanciones por el incumplimiento de los compromisos contraídos.

Sin embargo aun cuando se encuentren estipulados algunos puntos referente a la maternidad subrogada, podría ser el caso de que la madre gestante se niegue a entregar al niño, riesgo que corren los padres contratantes, puesto que para registrarlo como hijo de ellos, aunque sean los padres biológicos, es necesario que la madre gestante firme previamente el consentimiento al momento del nacimiento del niño, para posteriormente ser registrado, lo cual traería una serie de conflictos, sin embargo al tratarse de un contrato de servicios se da muy poco, puesto que la mujer gestante recibe un pago o recompensa por la gestación del bebé con el objeto de entregarlo a la mujer o pareja contratante.

B) INDIA.

La maternidad subrogada es muy recurrente, debido a la extrema pobreza que existe en algunos ámbitos de la sociedad, no obstante que es considerado como el tercer país con mas millonarios en el mundo –después de Estados Unidos y China – según

el Informe sobre I & D⁸⁶ UNESCO (2009), es el segundo país con mayores inversiones extranjeras en investigación y desarrollo en C&T⁸⁷.

Lo que contrasta con la extrema pobreza, el sistema de castas, la discriminación racial y religiosa, la violencia contra las mujeres y la represión del Estado contra los más vulnerables.

Por otra parte se tiene que en India hay 200.000 clínicas privadas que ofrecen servicios de reproducción asistida. En el 2010 el Ministerio de Salud de India expidió un documento titulado Línea Guía para la Reglamentación de Reproducción Asistida, entre ellas la maternidad subrogada. A su vez el Consejo Indio de Investigación Médica publicó un documento titulado: Guía ética para la investigación biomédica y la participación de seres humanos, estos documentos estructuran los ejes de la política y la ética de los procedimientos biotecnológicos en India

De acuerdo con la legislación india, el conocimiento informado entre las partes es un requerimiento fundamental para la realización de gestación subrogada. Las partes en el contrato son: la clínica, la pareja (casada o no), la donadora de óvulos y la madre subrogante. Las partes firman un acuerdo de subrogación y se comprometen a cumplir voluntariamente los términos del contrato de acuerdo con la ley India.

En India una mujer que alquila su vientre recibe entre 5,000 y 7.000 USD, lo que comparado con otros países el costo es muy bajo, pero que comparado con el ingreso que obtienen por su trabajo son muy por debajo de lo que se le paga a una mujer subrogada durante el período de la gestación, puesto que su ingresos oscilan de 2 a 3 USD por día. Lo que conlleva a que mujeres de bajos recursos realicen este tipo de contratos, ya que es una oportunidad para mejorar su nivel económico.

⁸⁶ Investigación y Desarrollo
⁸⁷ Ciencia y Tecnología

Por otra parte se tiene que los reclutamientos de potenciales madres subrogantes no están explícitamente prohibidos, pero están restringidos a clínicas legalmente constituidas y al momento del nacimiento la madre debe renunciar al bebé producto de la maternidad subrogada y con la ayuda de las técnicas de reproducción asistida tales como la fecundación in vitro y que la mayoría de las veces la madre subrogada no tiene ningún lazo genético con el bebé.⁶⁶

De igual forma en el proceso del contrato es importante el consentimiento del esposo, ya que debido a su contexto socio-cultural el cual está impregnado por valores religiosos, las libertades de las mujeres son restringidas, ya que en su religión (hinduismo, islam, budismo, y cristianismo), las mujeres deben estar subordinadas a los hombres y su sexualidad controlada en la familia patriarcal.

Como pudo observarse en la India el uso de la práctica de la maternidad subrogada se debe a la extrema pobreza en que se encuentra inmersa la sociedad y que intervenir en este tipo de prácticas trae consigo un aumento a su economía, lo que se puede confundir con un tráfico de su cuerpo ya que no existe en la legislación algún tipo de tratamiento psicológico en las clínicas que llevan a cabo este tipo de contratos ya que algunas mujeres que intervienen lo ven como un negocio y no como una ayuda a familias que no pueden tener hijos.

C) CHINA.

La práctica de la maternidad subrogada está prohibida y además elimina la posibilidad de tener hijos para las personas de edades avanzadas y las parejas en las que la mujer tiene daños en el útero o no tienen útero.

⁶⁶Cfr. AMADOR JIMÉNEZ, Mónica, "Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India" Universidad Jwalamurti, Natru, India, p. 199 dirección de Internet: http://www.icesi.edu.co/revista_ci/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf, fecha de consulta: 22 de junio de 2013, hora: 4:00 p.m.

Dicha prohibición se basa en que desde el punto de vista de la genética, cualquier recién nacido pertenece a aquellos individuos cuyo esperma y el óvulo se utilizaron, y se hace muy difícil llegar a conocer quien sería legalmente la verdadera madre del bebé que llegó en el resultado de la gestación bajo el acuerdo de subrogación, por lo que al no existir norma existente al respecto generaría una serie de conflictos.

Otra de las bases para su prohibición se sustenta en que todos los acuerdos de subrogación gestacional implican una gran cantidad de dinero. Ya que puede empezar la gente a ganarse la vida llevando a los hijos de otros padres previstos y presentan un riesgo potencial de una madre de alquiler, sin embargo hay personas que consideran que este tipo de prohibición los priva del derecho de tener hijos, y consideran que debería proponerse que dicha subrogación sea de manera voluntaria sin mediar un pago por ello. Encontrándose aún sometido a debate si sería posible realizar esta práctica de manera legal en China.⁶⁹

Sea cual sea la postura que rijan es importante legislar tratándose de maternidad subrogada para en un futuro evitar los conflictos que se presenten.

⁶⁹ Cf. Dirección de internet. http://www.suntigacy011.com/lewis/china_1.htm, fecha de consulta: 22 de junio de 2013, hora: 7:00 p.m.

CONCLUSIÓN.

De lo desarrollado en este capítulo se advierte que la práctica de la maternidad subrogada se ha utilizado desde la antigüedad, si bien esta práctica fue a través de una maternidad subrogada "tradicional" también lo es que se realizaba de tal forma en razón de que no se contaba con los avances científicos y tecnológicos de hoy en día, por tanto se tiene que desde tiempos remotos el fin es tener al hijo tan anhelado y que solo podría lograrse a través de dicha práctica.

Asimismo y después de analizar los países en los cuales es usual esta práctica se concluye que sea cual sea la postura ésta debe regularse, ya que lo principal es proteger y establecer tanto los derechos y obligaciones de las partes que intervienen, ponderando siempre el bienestar del nuevo ser, para en un momento dado resolver los conflictos que se presenten.

Es importante tomar en cuenta que la maternidad subrogada es una práctica que se realiza cuando existen problemas de infertilidad y esterilidad y que no debe verse como un negocio como en algunos países se ha desarrollado, ya que se abusa de la necesidad de las mujeres para realizar esta práctica.

Por lo que en el siguiente capítulo se abordarán los aspectos bioéticos, psicológicos y religiosos que hacen que se lleve a cabo este tipo de práctica y las posturas a favor y en contra de ésta práctica.

Y así poder tener una mejor perspectiva de que manera se pueden resolver los conflictos que se presentaran con el uso de la práctica de la maternidad subrogada, tomando en cuenta todos los aspectos que se ven involucrados con el uso de esta.

CAPITULO TERCERO

INFLUENCIA Y TRASCENDENCIA EN LA SOCIEDAD

Una vez analizado el origen de las técnicas de reproducción asistida, su desarrollo, así como la manera en la que se ha llevado a la práctica la maternidad subrogada, es importante tomar en cuenta la forma en la que el uso de la misma ha influido en la sociedad; para ello tomaremos como base la evolución humana y como es que a través de la bioética esta se ha desarrollando, aspectos religiosos, la evolución de la familia y los aspectos jurídicos que de manera general se presentaría por el uso de esta práctica.

3.1 EVOLUCIÓN HUMANA Y BIOÉTICA.

El origen sobre la evolución humana abarca un estudio muy amplio, por lo que en la presente tesis solo se explicarán algunos aspectos relevantes y de importancia para el desarrollo de la misma, para después abordar la aportación de la bioética en el desarrollo humano.

En consecuencia se tiene que las teorías evolutivas se basan en la creación de la vida y tratan de explicar como es que esta se fue dando, considerando siempre como base el genoma, es por ello que en el caso del origen del hombre debemos remontarnos a la explicación científica conocida como el Bing Bang.

"Esta teoría dice que el universo nació hace aproximadamente 14 mil millones años de un único punto que estaba contenido en el espacio, y que a partir de ahí el universo se expande continuamente. A esta conclusión llegó Edwin Hubble en 1929, al observar que la Vía Láctea se

*alejaba de nosotros a una velocidad proporcional a la distancia que mantenía con la Tierra.*⁹⁰

El origen biológico de las especies se debe a los cambios genéticos; sin embargo, a diferencia de las demás especies el hombre ha evolucionado a mayor escala en razón de que el mismo entorno ha puesto a prueba el mecanismo de la selección natural; es decir, que los individuos fuertes o los que mejor se adaptan al ambiente que los rodea son los que prevalecen.

Además de los cambios genéticos, un organismo tan especial como es el cuerpo humano, ha evolucionado no solo por el hecho de adaptarse, sino, también por hacer uso de diferentes técnicas tales como el arte del trabajo y la comunicación interpersonal, que sirven para manipular el entorno y adaptarlo a las formas de vivir, técnicas que ayudan a ampliar los límites y no solo quedarse atrapados en un nicho ecológico como el resto de las especies.

"Charles Darwin fue el primero en mostrar que las especies biológicas, incluido el hombre, no han aparecido ya formadas, sino que proceden, por transformación de otras existentes, es decir, las especies no son inmutables.

*También fue el primero en plantear que la diversidad orgánica es una consecuencia de la adaptación a diversos ambientes, la variedad de estructuras y funciones hace posible una diversidad infinita de modos de vida.*⁹¹

Desde el principio de la humanidad la creación de la nueva vida y del nuevo ser ha sido siempre el mismo, la unión de los gametos, por tal motivo en pro de preservar la

⁹⁰ Dirección de internet: <http://www.opoeriefps.com/2010/10/10/la-teoria-del-big-bang>, fecha de consulta: 06 de octubre de 2013, hora: 7:00 p.m.

⁹¹ Dirección de internet: www.bioetica-web.com, fecha de consulta: 06 de octubre de 2013, hora: 7:20 p.m.

raza humana debemos de buscar nuevos métodos que lleven dicha fecundación y garanticen así la creación de un nuevo ser humano.

Y con ayuda de la ciencia así como de nuevas disciplinas como la Bioética, se hace posible el avance de la sociedad, en razón de que con la ayuda de estas nuevas disciplinas se logra el equilibrio necesario para hacer uso de los avances tecnológicos logrados a través de investigaciones, que permiten a las mujeres y hombres estériles e infértiles procrear por medio de las técnicas de reproducción asistida.

"La bioética, es una disciplina del conocimiento científico, que lleva como finalidad, efectuar el análisis racional de los problemas morales ligados a la protección de la vida humana por medio de la medicina, sus relaciones con el derecho, otras ciencias naturales y sociales, razón por la cual, se han creado normas jurídicas que llevan como objetivo esencial, establecer principios rectores para el respeto, preservación y mejoramiento de la calidad de vida; procurando ante todo la formación integral de la personalidad humana en sus aspectos físico, mental y social."⁹²

Como se señala en el párrafo anterior la bioética busca respetar y privilegiar la vida humana en base a principios normativos, centrados en la relación médico-paciente, que son las raíces de la ética médica tradicional, la palabra bioética fue utilizada por primera vez por el famoso investigador Rensselaer Van Potter en 1971, quien fue un científico del Instituto de Cancerología de la Universidad de Madison, Wisconsin, USA, el cual publicó un libro titulado (La Bioética, un puente hacia el futuro), en el

⁹² Sánchez Gómez, Narciso, *Derechos Humanos, Bioética y Biotecnología un enfoque interdisciplinario*, Editorial Porrua, México 2009, p. 176.

planteaba la necesidad de establecer un lazo de unión entre las ciencias y las humanidades que permitiera a la humanidad vislumbrar un futuro posible para todos.

"Entonces la bioética se presenta como una rama del saber que se sirve de las ciencias biológicas para mejorar la calidad de vida y que reflexiona entorno a los retos que plantea el desarrollo de la biología a nivel medio ambiental y de población mundial, pero también como ciencia que combina el conocimiento biológico (vida), con el conocimiento de los sistemas de valores humanos (ética). Potter entendía la bioética como una disciplina puente entre dos esferas del saber tradicionalmente separadas: las ciencias y las humanidades, que se entrelazan para lograr la supervivencia humana y la cultura respectiva"⁹³

Con la implementación de la bioética, se pretende una construcción de formas que puedan ayudar no solo a explorar la realidad, sino a proponer caminos para su transformación, a través de métodos que visualicen los problemas éticos y ofrecer vías para su corrección.

Los principios fundamentales de la bioética se basan en la reflexión ética de todo ser humano, respecto a la aplicación de los desarrollos tecnológicos, analizando si atentan o no a la dignidad humana, para que después de tal reflexión se determine si deben estar permitidos, tolerados o prohibidos, es por ello que los estudiosos destacan los siguientes principios propios de la bioética:

"a) Preservación de la dignidad de la persona humana. El ser humano, tiene una naturaleza superior a los demás seres corpóreos, por ser una naturaleza racional o espiritual, por lo que todo lo corpóreo le esta subordinado. En consecuencia no se puede tratar al ser humano como

⁹³ Sánchez Gómez, Narciso, op. cit., pág. 177

una cosa, ni es objeto de tráfico económico, ni experimentación científica o de esclavitud...

"b) La igualdad natural de todos los seres humanos, por tener todos la misma naturaleza racional, no obstante la diversidad de desarrollos, circunstancias sociales o peculiaridades individuales, derecho que se viene negando para justificar la legalización de la fecundación in vitro y la despenalización del aborto... En tal virtud, deben ser tratados en igualdad de derechos y obligaciones. El embrión y el feto son iguales en dignidad al recién nacido, a sus padres a los médicos, a los dueños del capital o a los dirigentes de la política mundial...

"c) El reconocimiento de que la vida humana, incluso la propia, es un bien superior del cual no es lícito disponer. Es evidente que los padres de un hijo, no obstante que lo han procreado, no son dueños del hijo, lo que quiere decir que la vida del hijo es un bien independiente del poder de disposición de los padres. El hijo no puede considerarse como un mero producto de los padres, ni tampoco un producto del laboratorio o de la tecnología."⁹⁴

La Bioética ayuda a entender que no solo se trata de un sistema de normas de conducta y precaución, sino de un orden, que es un marco de ideas donde reflexionar, conversar y actuar frente los dilemas y las elecciones reales, entre los sistemas expertos, políticos, y ciudadanos, teniendo en cuenta además todas las dimensiones de la vida, cultura, sociedad, ciencia y tecnología.

3.2 ASPECTOS RELIGIOSOS.

En México la influencia de la religión siempre ha sido muy marcada, predominando la religión católica; ya que según el censo poblacional del 2010, ocupa 83.9% de

⁹⁴ Sánchez Gómez, Narciso, op. cit., pp. 192 y 193

preferencia en los mexicanos⁹⁵, sin embargo a lo largo de los años han surgido otras religiones o movimientos religiosos no católicos, entre las más representativas se encuentran las religiones protestantes, (pentecostales y neopentecostales, Iglesia del Dios vivo, columna y apoyo de la verdad, la luz del mundo) bíblicas no evangélicas (adventistas del séptimo día, mormones y testigos de Jehova) y judaica.

Desde la perspectiva de la religión católica y aún cuando el Papa Juan Pablo II en la parte conclusiva de la encíclica *Fides Et Ratio*, reconoció el valor de la ciencia y la labor de los científicos al expresar lo siguiente:

"Finalmente, dirijo también unas palabras a los científicos, que con sus investigaciones nos ofrecen un progresivo conocimiento del universo en su conjunto y de la variedad increíblemente rica de sus elementos, animados e inanimados, con sus complejas estructuras atómicas y moleculares. El camino realizado por ellos ha alcanzado, especialmente en este siglo, metas que siguen asombrándonos. Al expresar mi admiración y mi aliento hacia estos valiosos pioneros de la investigación científica, a los cuales la humanidad debe tanto su desarrollo actual, siento el deber de exhortarlos a continuar en sus esfuerzos permaneciendo siempre en el horizonte sapiencial en el cual los logros científicos y tecnológicos están acompañados por los valores filosóficos y éticos, que son una manifestación característica e imprescindible de la persona humana" ⁹⁶

La religión católica ha sido tajante en cuanto a que no están de acuerdo con la utilización de las técnicas de reproducción asistida, debido a que consideran que la

⁹⁵Cfr. Dirección de internet: <http://www.inegi.org.mx>, fecha de consulta: 06 de octubre de 2013, hora: 7:30 p.m.

⁹⁶ Mendoza C., Héctor A, *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, Editorial Fontamara, México 2011, p. 170

reproducción siempre debe ser natural y que el mismo debe en todo momento sucederse en el seno del matrimonio católico.

"según la Congregación para Doctrina de la Fe, organismo que depende directamente del Vaticano, el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante mismo de la concepción. En consecuencia a partir de ese momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humana inocente a la vida".⁹⁷

Héctor A. Mendoza C. en su obra "La reproducción asistida" señala que ha sido desde hace más de un siglo que la iglesia católica ha manifestado su oposición y rechazo respecto de la aplicación de técnicas de procreación humana asistida, puesto que en 1897 mediante decreto del Santo Oficio el Vaticano condenaba la inseminación artificial, lo cual también fue ratificado por los papas León XII y Pío XII.

Señalando que la iglesia católica resulta ser la más radical en comparación con el protestantismo, el judaísmo, el islamismo o la iglesia ortodoxa.

"Para la iglesia católica la fecundidad y los hijos derivados de ella son un don de Dios."⁹⁸

Así mismo considera que es primordial la protección de la vida humana así como su integridad física desde el momento de la concepción, y como base fundamental es que esa concepción sea realizada dentro del matrimonio el cual es calificado como el único medio moral y legítimo para la procreación.

⁹⁷ Mendoza C., Héctor A., op. cit. 171

⁹⁸ *Ibidem* p. 172

En el documento *Donum Vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, señala que no es moralmente lícita la maternidad subrogada en razón de que es contraria a la unidad del matrimonio y la dignidad de la procreación de la persona humana considera que:

*"La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres, instauro, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen."*⁹⁹

Por ello la iglesia católica considera que la esterilidad en las personas debe considerarse como una aflicción que todos deben comprender y valorar adecuadamente, ya que el deseo de tener descendencia es natural, sin embargo considerar que el matrimonio no confiere el derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales de la procreación.

*"Un verdadero y propio derecho al hijo sería contrario a su dignidad y a su naturaleza. El hijo no es algo debido y no puede ser considerado como objeto de propiedad: es más bien un don, "el más grande" y el más gratuito del matrimonio, y es el testimonio vivo de la donación recíproca de sus padres. Por este título el hijo tiene derecho —ha sido recordado ya— a ser el fruto del acto específico del amor conyugal de sus padres y tiene también el derecho a ser respetado como persona desde el momento de su concepción."*¹⁰⁰

⁹⁹ Dirección de internet.

http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html, fecha de consulta: 16 de octubre del año 2013, hora: 6:00 p.m.

¹⁰⁰ Dirección de internet.

http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html, fecha de consulta: 16 de octubre del año 2013, hora: 6:20 p.m.

La iglesia católica, aun cuando apoya el avance de la ciencia, no acepta las técnicas de reproducción humana asistida en particular la maternidad subrogada o sustituta, ya que considera que al intervenir otra persona para la creación del nuevo ser, estaría en contraposición con las creencias religiosas, puesto que como se ha desarrollado la concepción debe realizarse dentro del matrimonio compuesto por el hombre y la mujer y a través de los actos naturales, lo que en la actualidad y debido a los avances de la ciencia ha cambiado y ahora es posible concebir no tan solo por medio de las relaciones sexuales, sino a través de medios alternativos, que ayudan a las parejas con problemas de esterilidad o infertilidad a tener al anhelado nuevo ser el cual formara parte de su entorno familiar.

Al igual que en la religión católica, la religión judía, rechaza totalmente la práctica de la maternidad subrogada, sus argumentos se basan en que la filiación materna es importante y al intervenir un tercero existiría el conflicto de fijar cuáles son sus antecedentes familiares; por consiguiente, también rechazan la donación de gametos, ya que consideran que podría equipararse al adulterio y los hijos nacidos por medio de la reproducción humana asistida serían considerados como ilegítimos.

Sin embargo es importante aseverar que la religión judía se opone a las formas de reproducción humana asistida heteróloga; en cambio, si aceptan la reproducción humana asistida homóloga, es decir cuando los gametos provienen de la pareja en matrimonio.

"Como es evidente, bajo el derecho hebreo es de suma importancia conocer los antecedentes familiares, ya que solo así es posible determinar y, en su caso, evitar una relación adultera o incestuosa"¹⁰¹

Asimismo señala que este tipo de prácticas es común en Israel y la misma se encuentra inclusive regulada por el ministerio de Sanidad.

¹⁰¹ Mendoza C, Hector A, op. cit p. 162

Por otra parte desde la perspectiva de la religión protestante existen dos posturas, unos consideran que la maternidad subrogada es inadmisibles en base a la postura de la religión católica, en cambio otros opinan que esta es posible siempre y cuando se lleve a cabo con fines altruistas.

Tomando como base los antecedentes del antiguo testamento en los que la esposa estéril daba una sierva a su esposo para de esa manera procrear hijos, los cuales eran adoptados a través del rito de adopción que consistía en colocar al bebé en el regazo de la mujer que deseaba adoptarlo para indicar que era como si legalmente ella lo hubiera dado a luz.

Al respecto Antonio Cruz Suarez dice:

"Las diferencias entre estos acontecimientos del Antiguo Testamento y la práctica actual de la maternidad subrogada son obvias. En el pasado era el marido de la esposa estéril quien realizaba el acto sexual con la mujer sustituta. Hoy tal práctica se veía como una forma de fornicación o adulterio pactado y desde una perspectiva cristiana sería moralmente rechazable. Sin embargo, para la moral sexual de los hebreos, en aquel periodo antiguo de su historia, era aceptable y normal la poligamia o el concubinato con las siervas. Ninguna de las partes implicadas, ni el marido, ni la esposa infértil o la concubina, tenían intención de romper el vínculo del matrimonio. Nadie lo veía como una forma de fornicación o adulterio. Evidentemente estas costumbres sexuales fueron evolucionando poco a poco debido al influjo de Dios a través de sus mensajeros hacia un nuevo entendimiento del deber moral."¹⁰²

¹⁰² Dirección de Internet: <http://www.protestantedigital.com/ES/Magacin/articulo/1759/Biblia-y-maternidad-de-adulter>, fecha de consulta, 16 de octubre del año 2013, hora: 5:30 p.m

Por consiguiente, al llevarse a cabo la maternidad subrogada a través de métodos como la fecundación in vitro o la inseminación artificial considero que no puede ser considerada como adulterio, en consecuencia, si esta práctica se da con fines altruistas no puede ser rechazada, puesto que busca el valor de crear una vida a través del afecto, amor y ayuda a las personas que lo necesitan.

3.3 EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA.

Como lo he señalado en la presente tesis la familia es la base de la sociedad; sin embargo, en la actualidad la familia no es la misma que fue hace siglos, su estructura ha cambiado, debido al desarrollo y evolución que ha surgido en torno a ella, influenciada por la modernidad, libre expresión, así como la convivencia que se ha dado entre los seres humanos, lo cual no era aceptada por la sociedad siglos atrás.

"La familia se refiere al núcleo familiar elemental. Al grupo de individuos vinculados entre sí por lazos consanguíneos, consensuales o jurídicos, que constituyen complejas redes de parentesco actualizadas de manera episódicas a través del intercambio, la cooperación y la solidaridad"¹⁰³

La organización de la familia comenzó desde tiempos primitivos, en donde los miembros se alternaban parejas, sin ningún ordenamiento como ocurre hoy en día.

En la historia se conocen las siguientes etapas de familia:

"Etapas de la comunidad primitiva: Aparece cuando el hombre como tal surge en el planeta y se va a desarrollar según diversas formas de organización social.

¹⁰³ Dirección de internet: <http://la-realidad-familiar.blogspot.mx/2009/05/evolucion-de-la-familia.html>, fecha de consulta: 16 de octubre del año 2013, hora: 7:00 p.m.

Etapa de la horda: Fue una forma simple de organización social, se caracterizaba por ser un grupo reducido, no había distinción de paternidad y eran nomadas.

Etapa del clan: obedecían a un jefe y estaban conformados por un grupo o comunidad de personas que tenían una audiencia común. En este tipo de familia tenían gran importancia los lazos familiares.¹⁰⁴

Posteriormente surgieron nuevas etapas de organización familiar con información histórica precisa y cronológica estas son:

- a) **Familia consanguínea:** En donde los grupos conyugales eran clasificados por generaciones; es decir, todos provenían de una misma descendencia y únicamente se unían si eran de la misma familia consanguínea.
- b) **Familia Punalúa:** Aquí ya existe un avance en la organización de la familia, puesto que se excluía a los padres y a los hijos respecto de la unión entre ellos, la división se dio por razones económicas y prácticas para la familia, renunciando a la unión sexual entre hijos de la misma madre.
- c) **Familia Sindiásmica:** Aparece en el salvajismo y la barbarie. En este tipo de familia era permitida la poligamia, pero únicamente para el hombre, puesto que si la mujer cometía adulterio era castigada.
- d) **Familia monogámica:** Esta nace de la familia sindiásmica, se basaba en el predominio del hombre, cuyo fin era procrear hijos, lo cual era indispensable porque serían los herederos de las propiedades del padre. Es un tipo de

¹⁰⁴ Dirección de Internet: <http://www.innalia.com/sic-organizacion-familiar-evolucion-de-la-familia.html>, fecha de consulta: 16 de octubre del año 2013, hora: 7:10 p.m.

familia más sólida puesto que crea una relación de consanguinidad cuyos afectos eran compartidos por ambos cónyuges, la mujer gozaba de mayor protección y tenía una posición de jerarquía y dignidad, y la unión conyugal solo podría ser rota por el hombre.

- e) **Familia poligámica:** En este tipo de familia existe pluralidad de cónyuges.
- f) **Matriarcado:** Era conformado por la madre y los hijos, en donde la madre proporcionada los alimentos vegetales y los hijos los de la caza o pesca, existía una gran influencia femenina en la sociedad, desempeñaba un gran papel en el ámbito económico, regía la estructura social y ejercía el poder.
- g) **Familia Patriarcal:** Era transmitida de forma patrilineal el parentesco en donde la autoridad suprema es el padre o el ascendiente varón de mayor edad.¹⁰⁵

Aún cuando la organización de la familia ha cambiado, en la actualidad, esta sigue siendo la base de la sociedad y si bien ya no es la familia tradicional que se conocía de mujer-hombre-hijos; esto se debe a la modernización de la sociedad, a diferentes estilos de vida lo que da como resultado la creación de nuevas estructuras familiares, entre ellas los matrimonios homosexuales, la mujer u hombre solteros que deciden tener un hijo sin que exista unión con otra persona, los matrimonios conformados por segunda vez, en los que cada uno tiene hijos y cuyo objetivo primordial para todos ellos es formar una familia. Lo que en la actualidad se le conoce como "Familia moderna".

¹⁰⁵ Cfr. Dirección de Internet: <http://www.inmatia.com/s/c-organizacion-familiar-evolucion-de-la-familia.html>, fecha de consulta: 16 de octubre del año 2013, hora: 7:10 p.m

Y que a la vez dicha estructura familiar se encuentran regulada por ordenamientos jurídicos que les otorgan derechos y deberes, garantizando de tal manera la conservación de la misma.

Es por ello que al no encontrarse regulados algunos aspectos tales como la maternidad subrogada, se deja al libre arbitrio de los órganos jurisdiccionales resolver los conflictos que se presenten.

3.4.- ASPECTOS JURÍDICOS.

En este tema se abarcarán los aspectos jurídicos que podrían presentarse con la práctica de la maternidad subrogada de manera general, ya que en el último capítulo se abundará en ello.

Uno de los aspectos que es importante considerar, es que tipo de contrato se realizará o si es factible que se le considere como contrato, al respecto F. LLEDÓ YAGÜE señala lo siguiente: tratándose de la maternidad subrogada

"el objeto del contrato, que no se olvide, es la persona, el hombre en sí mismo, no puede constituir un objeto lícito en el negocio jurídico familiar que enjuiciamos, por que la capacidad para procrear, o generar es materia indisponible e intransmisible para las partes, dado que asimismo son materias afectas en su catalogación como actos intuitu personae, indelegables. Es evidente que la persona que no se erige per se en materia objeto de ningún contrato y que como tal, devendría en su correcta conceptualización como una res extra commercium. Aunque, como bien sabemos, no deja de ser este un concepto relativo mutable, en función de los principios morales imperantes en la colectividad social en cada momento, que a tenor de las circunstancias ha venido

*admitiendo determinado tráfico jurídico; esto es permitiendo disponer de algo (alicuius rei) inherente a la persona que en su momento significa la Ley de Trasplantes de órganos.*¹⁰⁶

Asimismo señala que si es necesario que se catalogue como un contrato podría ser el arrendamiento de servicios y obras, ya que uno promete la prestación de un servicio en si mismo y el segundo promete un resultado. Sin embargo lo sigue considerando como algo ilícito, ya que el objeto en si para él es ilícito.

Por otra parte se tiene que en el caso de que no se otorgue ninguna remuneración a la madre gestante, es posible considerarla como lícito, ya que no estaría prestando ningún servicio sino que se realizaría de forma altruista y consiente de que al terminar la gestación entregará al nuevo ser producto de dicha práctica.

Otro aspecto jurídico que se destaca es la atribución jurídica de la paternidad y la maternidad (filicación), para este caso en el supuesto de que sea considerado como un contrato válido, la atribución de la paternidad y maternidad devendrá de lo estipulado por las partes, por lo tanto la paternidad y la maternidad se imputarían a la pareja comitente; en consecuencia en ningún caso pudiera atribuirse la maternidad en función de la renuncia, estipulada por ella, derivada de la celebración del acuerdo de voluntades pactado por las partes.

Por otra parte, si hubiera mediado una donación de gametos por un anónimo tampoco cabría atribuirle jurídicamente la paternidad, ni maternidad, en base a que la finalidad del acuerdo de voluntades no se cumpliría.

Existe la postura en relación con el hijo, en la que podría darse el caso de que este pueda impugnar la maternidad posteriormente, quienes defienden esta postura se

¹⁰⁶ II Congreso Mundial Vasco, Departamento de Derecho Privado, "La Filicación a finales del Siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana" Ponencias y Comunicaciones, Editorial Trivium 1988, p. 331

basan en que no podría negársele la posibilidad de accionar en contra de este contrato; es por ello que es importante establecer los puntos que pueden presentarse y encontrar la solución para ello.

Si bien no podemos negarle la posibilidad de accionar en contra del acuerdo de voluntades celebrado con anterioridad a su nacimiento, deben considerarse las bases en las que puede ejercer su acción, en virtud de que podría darse el caso de que éste quiera impugnar la maternidad por algún interés, entre ellos pecuniario, ya que al establecerse la filiación se generan derechos en los que le traería beneficios al hijo sin que la madre gestante lo considere como tal, puesto que el objetivo de ese acuerdo de voluntades era en beneficio de terceras personas, y no para sí.

CONCLUSIÓN

La evolución humana se ha desarrollado de tal manera, que es necesario que la humanidad se adapte tanto a los avances de la tecnología como a la creación de nuevas disciplinas como la bioética, para lograr un equilibrio, en el que se creen normas jurídicas que establezcan principios rectores para el respeto, preservación y mejoramiento de la calidad humana, en todos sus aspectos físico, mental y social.

Si bien, la religión católica rechaza la maternidad subrogada por considerar que la reproducción debe ser de manera natural y dentro del matrimonio, también lo es que existen otras posturas religiosas que sí la aceptan pero con ciertos lineamientos; por ejemplo, en la religión judía es permitida la reproducción asistida homologa, siempre y cuando sea proveniente de una pareja que este unida en matrimonio, señalándose que en Israel se encuentra regulada por el Ministerio de Santidad, y por último en la religión protestante hay una postura a favor siempre y cuando se lleve con fines altruistas.

Como se mencionó en la presente tesis el núcleo familiar ha cambiado conforme evoluciona la sociedad, y la formación de esos nuevos núcleos se ha ido regulando por ordenamientos jurídicos, en los que se busca proteger los derechos humanos de cada uno de los integrantes del nuevo núcleo familiar, es por ello que al practicarse la maternidad subrogada y no encontrarse regulada en nuestro ordenamiento jurídico, se generan conflictos que de cierta manera son difíciles de resolver por la falta de un ordenamiento jurídico que lo regule.

CAPITULO CUARTO

ASPECTOS DE LA LIBERTAD DE PROCREAR DESDE EL DERECHO CONSAGRADO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA.

En el presente capítulo se hará un pequeño análisis del derecho a la libertad de procrear, el derecho a la salud, a la autodeterminación y el derecho a fundar una familia, teniendo como fundamento principal la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual da una pauta para poder ejercer la práctica de la maternidad subrogada.

4.1 FUNDAMENTOS Y LIMITACIONES DE LA LIBERTAD DE PROCREAR.

Debido a los avances de la ciencia, y a la evolución de la sociedad, en la que la procreación; ya no es solo natural sino también se recurre a las técnicas de reproducción asistida en los casos de esterilidad e infertilidad para formar una familia, tiene un gran impacto en los derechos humanos; lo que nos lleva a reflexionar sobre si la existencia del derecho de procreación debe tener un carácter absoluto o limitado.

Es por ello que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ley suprema en nuestro Estado en su artículo 4 párrafo segundo consagra el derecho a la procreación el que a la letra dice:

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

Dicho precepto no hace distinción si la procreación debe ser de manera natural o con ayuda del uso de las técnicas de reproducción asistida, asimismo establece la protección del derecho de decidir libre, responsable e informada el número y

espaciamiento de los hijos, así como el derecho a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan la realización de esa libertad de decisión, lo cual implica una serie de obligaciones para las autoridades y servidores públicos el establecer los lineamientos en relación a la manera en la que se va ejercer este derecho con el objetivo de no vulnerar su derecho pero siempre buscando el bienestar de los integrantes del nuevo núcleo familiar.

Es importante que tal decisión se tome de forma responsable, lo que exige tener el conocimiento e información suficiente para su ejercicio, es por ello que con la educación e información sobre planificación familiar se debe dar a conocer los beneficios que genera el decidir de manera libre y responsable el número y la edad para concebirlos, así como la orientación de los riesgos a la salud en general y los que causen infertilidad en lo particular, de igual forma deberán dar a conocer la información suficiente sobre los métodos existentes para regular su fecundidad. Tales objetivos se encuentran previstos en la Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Población.

La Ley General de Salud artículo 3 Fracción V, 68, 69, 70, 71, establece que es materia de salubridad general la Planificación Familiar, que dichos servicios comprenden el desarrollo de programas de comunicación educativa, atención y vigilancia de los usuarios, asesorías, apoyo y fomento a la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana, entre otros, las cuales se coordinaran a través de la Secretaría de Salud, con base en las políticas establecidas por el Consejo Nacional de Población, la que definirá las bases para evaluar las prácticas de métodos anticonceptivos, además la Secretaría de Salud coordinara las actividades de las dependencias y entidades del sector salud para operar las acciones del programa nacional de planificación familiar el cual se realizara de conformidad con las

disposiciones de la Ley General de Población y de su reglamento y prestara asesoramiento para la elaboración de programas educativos.¹⁰⁷

El Reglamento General de población SECCIÓN II.- Planificación Familiar, artículo 13, al 23, se establece lo que es la planificación familiar en los términos del artículo 4º constitucional, así como los programas que se implementaran para proporcionar información sobre los objetivos, métodos y consecuencias, a fin de que las personas estén en aptitud de ejercer con responsabilidad el derecho de procrear, además se establece que los programas estarán coordinados con los de salud, salud reproductiva y otros destinados a lograr el bienestar de los individuos y de la familia, en los que se incorporara el enfoque de género e informaran de manera clara los fenómenos demográficos y de salud reproductiva.

De igual forma señala que la información sobre la planificación familiar deberá dar a conocer los beneficios que genera decidir de manera libre y responsable sobre el número de hijos, espaciamiento y edad para concebirlos, dar orientación sobre los riesgos a la salud que causen infertilidad y las estrategias de prevención y control. Mismos que se realizaran a través de programas permanentes en la que el Consejo establecerá criterios y procedimientos de coordinación de las dependencias y entidades que tengan a su cargo esos servicios.

Y por último se asienta que los servicios de salud, salud reproductiva y de información sobre programas de planificación familiar garantizaran a las personas la libre decisión sobre los métodos para regular su fecundidad, regulando los casos de personas sujetas a interdicción.¹⁰⁸

Asimismo, la Norma Oficial Mexicana de los Servicios de Planificación Familiar establece que:

¹⁰⁷ Cfr. Dirección de internet: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/t142.pdf>, fecha de consulta: 16 de diciembre del año 2014, hora: 6:00 p.m.

¹⁰⁸ Cfr. Dirección de internet: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGP.pdf, fecha de consulta: 16 de diciembre del año 2014, hora: 6:20 p.m.

4.1.1 Los servicios de planificación familiar deberán proporcionar información, orientación, consejería, selección, prescripción, contraindicaciones y aplicación de métodos de control de la fertilidad, identificación y referencia en casos de esterilidad e infertilidad, prevención de infecciones de transmisión sexual, atención materno-infantil, detección del riesgo preconcepcional, detección oportuna de cáncer cérvico-uterino y de mama, además del manejo de la perimenopausia¹⁰⁹ y la posmenopausia. La prestación de los servicios deberá de otorgarse de una manera integral con calidad y calidez a toda la población.

La planificación familiar tiene como propósito contribuir a la disminución de los embarazos no planeados y no deseados mediante:

- a) Prevención*
- b) Orientación-consejería y*
- c) Atención general y específica*

4.1.2 Los servicios de planificación familiar que se imparten por personal médico y paramédico de las instituciones de salud, auxiliar comunitario y médicos privados, deben comprender las siguientes actividades:

- a) Promoción y difusión.*
- b) Información y educación.*
- c) Consejería.*
- d) Selección, prescripción y aplicación de métodos anticonceptivos.*

¹⁰⁹ Es la etapa previa a la menopausia (cuando no ha tenido períodos menstruales durante doce meses.) Durante la perimenopausia, su cuerpo comienza a producir menos cantidades de ciertas hormonas (estrógeno y progesterona), y comienza a perder la capacidad de embarazarse. Dirección de internet: http://www.geosalud.com/climateo_publ/perimenopausia.htm, fecha de consulta: 16 de diciembre 2013, hora: 6:25 p.m.

e) *Identificación y referencia de los casos de infertilidad.*¹¹⁰

La Lic. Alma Arámbula Reyes, hace un análisis respecto a los puntos de vista de diferentes autores, entre los que destaca a Gómez Sánchez, Porras del Corral, Vega Gutiérrez y Moran, quienes unos se encuentran a favor y otras en contra del acceso a las técnicas de fecundación artificial en ciertos casos, sustentando su postura en que el derecho de procreación no tiene que ser absoluto e ilimitado, sino que debe ser seguido por un deber ya que no se puede considerar al ser humano como un objeto, por otra parte se señala que los límites del derecho a la reproducción se encuentran en el texto constitucional y dependen de los límites del ejercicio de los derechos y deberes que corresponden a cada persona, los cuales deben basarse en el respeto a la dignidad y los derechos fundamentales de las personas, preponderando el derecho del hijo.¹¹¹

En consecuencia aún cuando en el precepto constitucional es una toma de decisión que concierne a la reproducción, de manera libre, sin discriminación y responsable, es decir, que cualquier persona puede tener hijos sin importar su estado civil, condición social o preferencia sexual; es importante hacer notar que tratándose de la práctica de la maternidad subrogada es necesario establecer limitaciones, tomando en cuenta que en la misma se ve involucrada un tercero, lo que no acontece en las demás técnicas de reproducción asistida.

Asimismo es necesario establecer limitaciones respecto a las personas que puedan acceder, llevándose a cabo una serie de estudios y análisis a las personas que pretendan utilizar la práctica de la maternidad subrogada, si bien no debe existir discriminación respecto al uso de esta práctica también lo es que lo que debe de resaltarse es el bienestar del nuevo ser, es por ello que principalmente puede ser utilizada por personas heterosexuales, que estén unidas en matrimonio o en concubinato y que exista un problema de esterilidad o infertilidad comprobado

¹¹⁰ Dirección de Internet: <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nomim/005ssq293.html>, fecha de consulta: 16 de diciembre 2013, hora: 8:30 p.m.

¹¹¹ Cfr. Dirección de Internet: <http://www.diputados.gob.mx/secretaria/spe/SPE-PS-14-06.pdf> fecha de consulta: 16 de diciembre 2013, hora: 7:00 p.m.

medicamente y en casos excepcionales por personas del mismo sexo o personas solteras las cuales deberán cumplir una serie de requisitos, establecidos en leyes normativas.

Al tomar la libre decisión de procrear y hacer uso de su derecho con las limitaciones que se establezcan, generaría una mayor conciencia en el uso de la práctica de la maternidad subrogada; lo anterior para no dar paso a que el uso de la misma se vea utilizado por mujeres que por no querer perder la figura estética recurren a ella; de igual forma es importante reconocer que aún cuando nuestra sociedad sigue evolucionando y modernizándose, para la mayor parte de la población, una familia es compuesta por hombre-mujer (unidos en matrimonio o en concubinato) e hijos; es por ello que debemos tomar en cuenta el desarrollo emocional del nuevo ser y en qué ambiente se desenvolverá una vez que nazca, puesto que a pesar de que es deseado por las personas que no pueden procrear de manera natural, también lo es que el nuevo ser no eligió su familia y de tal manera podría ser sujeto de discriminación en su entorno social.

Es por ello que debe tomarse en cuenta los derechos de las partes que se verían involucradas en la práctica de la maternidad subrogada y con ello estén mejor garantizados, lo que no acontece en la actualidad al no encontrarse regulada.

4.2 DERECHO A LA SALUD.

El derecho a la Salud al igual que la libertad de procrear está consagrado en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, párrafo cuarto que a la letra dice:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas

en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución."

Por otra parte la Ley General de Salud señala lo siguiente:

"Artículo 1o. Bis.- Se entiende por salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

" Artículo 2o.- El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

"I. El bienestar físico y mental de la persona, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

" II. La prolongación y mejoramiento de la calidad de la vida humana;

"III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;

"IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;

"V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;

"VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y

"VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud"¹¹²

¹¹² Dirección de Internet http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_040614.pdf, fecha de consulta: 16 de diciembre 2013, hora: 6:30p m.

En el ámbito internacional de los derechos humanos de las mujeres, se reconoce y se protege el derecho a la salud reproductiva que es definida como:

"94. La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual."¹³

De lo anterior se desprende, que es el Estado mexicano el obligado a garantizar el respeto del derecho a la salud; por lo tanto es el encargado de proporcionar la información y los medios necesarios para que se respete tanto el ejercicio del derecho de procreación como el derecho a la salud reproductiva.

¹³ Dirección de Internet: <http://www.un.org/womenwatch/daw/berlin/pdf/BDFPIA%20S.pdf>, fecha de consulta: 16 de diciembre 2013, hora: 6:45 p.m.

Es por ello que tratándose de la práctica de la maternidad subrogada se requiere que el Estado establezca el procedimiento y regulación para que esta se lleve a cabo.

4.3 DERECHO A LA LIBERTAD O AUTODETERMINACIÓN PERSONAL.

El derecho de procreación abarca desde luego el derecho a la libertad o autodeterminación personal.

El derecho a la libertad, se refiere a la libre elección de procrear o no, de acceder a tratamientos para vencer los problemas de infertilidad y esterilidad, el control de la calidad de descendencia; buscar alternativas que permitan ejercer su derecho a la libertad de elegir y buscar soluciones a su deseo de procrear.

Por otra parte también el derecho de procreación es entendido desde el punto de vista de una autodeterminación personal de la cual goza cada ser humano y que a todas las personas les reconoce el Derecho.

Es un derecho que se relaciona con la persona, derivado de la libertad personal; es decir un derecho de titularidad y ejercicio individual salvo las limitaciones que puedan surgir por alguna causa de esterilidad e infertilidad o por aquellas limitaciones impuestas por las normas jurídicas, tanto en hombres como mujeres.

Es el respeto a la libertad del individuo para tomar sus decisiones, sin intervención del Estado o de terceros, pero que no supone el reconocimiento de un derecho subjetivo a tener descendencia, es por ello que se dice que no es un derecho sino una libertad, puesto que de considerarse como derecho se estaría obligado a satisfacer el derecho de procreación de otra persona.

4.4 DERECHO DE FUNDAR UNA FAMILIA.

Este derecho protege los intereses de las personas que pretenden crear una familia desde el derecho que tienen a decidir de manera libre el número de hijos hasta la

manera de educarlos; es por ello que en los casos en los que se presenten problemas de esterilidad e infertilidad, las personas tienen derecho a poder acceder a algún otro tipo de tratamiento para lograr alcanzar el objetivo de formar una familia, tal es el caso de las técnicas de reproducción asistida.

Existen posturas que señalan que en el caso de la maternidad subrogada no se estaría ejerciendo el derecho a la reproducción ya que existiría el caso de que ambos miembros de la parejas sean estériles, por lo tanto tendrían que recurrir a la donación de gametos o a un embrión donado y una mujer que geste el embrión, en consecuencia se dice que no están ejerciendo su derecho a la reproducción, pero si su derecho a formar una familia, puesto que no cuentan con otra alternativa para lograrlo.

Es por ello que el Estado debe en todo momento tratar de encontrar soluciones y respuestas a los conflictos que se presenten al ejercer el derecho a la procreación, tomando en cuenta que la familia se ha transformado con el paso del tiempo, pero sin dejar atrás que ésta sigue siendo la base de la sociedad, al ejercer este derecho es importante considerar tanto el derecho individual, como la dignidad y los derechos de cada una de las personas que se someten a las técnicas de reproducción asistida.¹¹⁴

4.5 DERECHO DEL HIJO.

Es importante tomar en cuenta el derecho del hijo producto de la práctica de la maternidad subrogada, ya que no solamente deben ser considerados los derechos de los padres sino también de los futuros hijos, si bien aun no ha nacido, este es el objetivo, en consideración de que no obstante de que no cuente con la capacidad de ejercicio sobre sus derechos, si es titular de ellos y en un futuro podrá exigir el

¹¹⁴ C6. Dirección de Internet. <http://www.diputados.gob.mx/sedea/sahper/SPE-255-14-05.pdf> fecha de consulta: 16 de diciembre 2015. hora: 7:00 p.m

cumplimiento de sus derechos a los que se han renunciado sin tener capacidad para ello, en consecuencia deben ser reconocidos sus derechos.

Se dice que han renunciado porque en un futuro no podrán conocer su origen genético, ya que fueron producto de la reproducción asistida llamada maternidad subrogada, en la que únicamente se escucho a los padres que algunas veces serían quienes donaron su material genético, otras veces serían producto de espermias y óvulos provenientes de donadores, y que además serían gestados por otra mujer diferente a la que será su madre, en consecuencia, al no considerarse también sus derechos que en un futuro podría exigirse se presentaría nuevos problemas en el ámbito jurídico.

En primer término por que se estarían violentando un derecho fundamental como lo es el Derecho a la Identidad, en virtud de que podría presentarse el caso de que al adquirir la mayoría de edad desee conocer su origen o requiera por algún caso de salud conocer su origen genético que sea su Derecho a la Salud.

Si bien existe un marco normativo de protección a los derechos de niñas y niños, y es el comité de los Derechos del niño, el órgano encargado de supervisar el cumplimiento de los Derechos Contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como establecer criterios de interpretación. También señala algunos principios que deben considerarse en su aplicación.

*"En la observación General núm. 5 (2003) el Comité identifica cuatro principios rectores: no discriminación, respeto a las opiniones del niño, derecho a la vida, a la supervivencia y desarrollo e interés superior del niño"*¹¹⁵.

En el ámbito interno existe la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en la que al igual que la convención también se establecen principios consistentes en: el interés superior de la infancia, no discriminación,

¹¹⁵ Dirección de internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/8.pdf>, fecha de consulta: 16 de febrero del año 2015 dos mil quinete, hora: 14:30 p.m.

igualdad, vida en familia, vida libre de violencia, corresponsabilidad entre familia, Estado y sociedad y tutela plena e igualitaria de los derechos.¹¹⁶

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala lo siguiente:

"FILIACIÓN. ALCANCES Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA. El artículo 7, numeral 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, consagra el derecho a conocer a sus padres en la medida de lo posible; por su parte, el artículo 8, numeral 1, de la propia convención, dispone que los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, así como su nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. Lo anterior implica que cuando la realidad de un vínculo biológico no se refleja en el plano jurídico, debe reconocerse el derecho de la persona (sea mayor o menor de edad) a lograr el estado de familia que corresponde con su relación de sangre y, para ello, deberá contar con las acciones pertinentes, tanto para destruir un emplazamiento que no coincida con dicho vínculo como para obtener el que logre la debida concordancia. En este sentido, la filiación constituye un derecho del hijo y no una facultad de los padres a hacerlo posible, por lo que la tendencia es que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica; sin embargo, dicha coincidencia no siempre es posible, bien por la propia realidad del supuesto de hecho, o porque el ordenamiento hace prevalecer en el caso concreto otros intereses que considera jurídicamente más relevantes. Así, en el primer grupo de supuestos se encuentran, ejemplificativamente, la filiación adoptiva y las procreaciones asistidas por donación de gametos; en estos casos, la propia legislación establece la filiación sin que exista el vínculo genético.

¹¹⁶ Cfr. Dirección de internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/8.pdf>, fecha de consulta: 16 de febrero del año 2015 dos mil quince, hora: 14:30 p. m.

El segundo lo conforman, por ejemplo, algunas de las normas que se ocupan de la determinación extrajudicial de la filiación o que privilegian un estado de familia consolidado en el tiempo, dando preeminencia a la estabilidad de las relaciones familiares y a la seguridad jurídica en aras del propio interés superior del menor. Contradicción de tesis 430/2013. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. 28 de mayo de 2014. La votación se dividió en dos partes: mayoría de cuatro votos por la competencia. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Mayoría de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas, quién reservó su derecho para formular voto concurrente, en cuanto al fondo. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Luz Helena Orozco y Villa. Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia pues no contiene el tema de fondo que se resolvió en la contradicción de la cual deriva. Esta tesis se publicó el viernes 19 de septiembre de 2014 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación. Época: Décima Época, Registro: 2007455 Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: 1a. CCCXXI/2014 (10a.), Página: 577.*

CONCLUSIÓN

la libertad de procrear; es un derecho fundamental con el que cuenta cada persona, en el cual se encuentra inmerso el derecho a elegir el número de hijos, el espaciamiento y la autodeterminación para decidir la forma en la que se va ejercer tal derecho que tiene como objetivo formar una familia.

En los casos de infertilidad y esterilidad este derecho se ejerce con la ayuda de las técnicas de reproducción asistida y aún cuando el Estado es el encargado de proporcionar la información a la población, para que este derecho se ejerza de manera responsable con el fin de garantizar el derecho de procrear, así como el derecho a la salud, también lo es que es al ser humano al que le corresponde ejercer los derechos consagrados en la constitución, por lo que se concluye que más que un derecho es una libertad pues no es posible obligar a otra persona que ejerza los derechos si no lo desea.

Por lo cual corresponde al individuo poner en práctica la libertad de procrear y al Estado regular su ejercicio, con el fin de garantizar el bienestar de los que intervienen.

Asimismo debe considerarse el derecho del hijo respecto a la práctica de la maternidad subrogada, buscando que exista igualdad entre todos los que van a intervenir en el proceso y tratando de no vulnerar su derecho a conocer su identidad.

CAPITULO QUINTO

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO LOCAL.

En la actualidad existen entidades federativas que han incorporado a sus ordenamientos jurídicos, la práctica de la maternidad subrogada, unos a favor y otros en contra, tomando en cuenta los avances de la ciencia, así como la influencia y trascendencia que tales avances han generado en la sociedad.

Por tal razón en el presente capítulo se analizarán los Estados que han regulado tanto las técnicas de reproducción asistida como la práctica de la maternidad subrogada, destacándose entre estos: Tabasco, el Distrito Federal, Coahuila y San Luis Potosí, asimismo se desarrollarán algunos aspectos relacionados con la problemática y efectos jurídicos de la maternidad subrogada.

5.1 TABASCO.

Tabasco es el primer estado en legislar la maternidad subrogada, ya que mediante el decreto No. 205, de fecha 9 de abril del año 1997, incorporaron al Código Civil la figura de la maternidad subrogada haciendo una distinción entre maternidad subrogada y madre gestante sustituta.

En la exposición de motivos, se explica que la reforma se basó en los avances que se han dado en el ámbito científico, en los cambios en materia económica y social por tanto era necesario adecuarlos a la esfera jurídica, para que con ello la impartición de justicia sea pronta, expedita y eficaz. Señalando lo siguiente:

"En el Libro Primero se incorporan las consecuencias jurídicas de los adelantos de carácter científico en cuanto a la reproducción humana artificial, misma que se relaciona con las materias de filiación y sucesiones. Las figuras de "madre gestante sustituta", "contratante" y

otras, previenen una serie de conflictos que pudieran presentarse en caso de inseminación artificial de ciudadanas tabasqueñas y, principalmente, de naturales de esa entidad que podrían complicar la aplicación del derecho con la inminente presencia de métodos científicos de procreación. Aquí hemos ampliado la figura y las consecuencias relativas a la concubina y al concubinario, así como a los hijos de aquéllos¹¹⁷

Es por ello que en el Código Civil se reformaron los artículos 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, y 360.

En el que se contempla la capacidad de goce del ser humano, que se adquiere por nacimiento, protegiendo también a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial.

Por otra parte el artículo; 92 señala el deber de reconocer al hijo en cuyo texto se lee:

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

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

¹¹⁷Dirección de Internet:
http://www.archivos.qjaf.mx/abogado_grat/registacion_univ2012/Leyes_Estatales/CODIGO_CIVIL_PARA_EL_ESTADO_LIBRE_Y_SOBERANO_DE_TABASCO.pdf, fecha de consulta: 20 de octubre de 2013, hora 10:00 p.m.

*"Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare."*¹¹⁸

En dichas reformas se establecieron derechos a los cónyuges para emplear cualquier método de reproducción artificial y lograr su propia descendencia, siempre y cuando fuera de común acuerdo¹¹⁹, asimismo señala como causal de divorcio emplear, cualquier método de concepción humana artificial, sin el consentimiento del marido¹²⁰.

Por otra parte establece las presunciones de paternidad, en la que se incluyen a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial,¹²¹ (tanto en el matrimonio como en el concubinato) de igual forma se establece que no podrán desconocerse a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta que existió consentimiento.¹²²

Respecto a la filiación en el artículo 347 párrafo segundo señala que cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrato.

Por último el artículo 360 del Código Civil establece que cuando un hijo es nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, solamente puede ser reconocido por el esposo si se trata de una mujer casada, estableciéndose la

¹¹⁸ Código Civil para el Estado de Tabasco

¹¹⁹ Artículo 185^a

¹²⁰ Artículo 272 fracción XVIII

¹²¹ Artículo 324

¹²² Artículo 327

excepción de que en el caso de que el esposo lo desconozca, siempre y cuando exista una sentencia ejecutoriada en la que se declare que no es su hijo, podrá ser reconocido por otro hombre distinto del marido.

Si bien en el Código Civil de Tabasco se encuentran reconocida la práctica de la maternidad subrogada o la gestante sustituta como sus efectos, esta solo se limita a regular el reconocimiento de los hijos, asimismo se maneja como un contrato y no se encuentra regulado dentro de tal apartado, por lo que daría lugar a una serie de conflictos por la falta de regulación.

En base a lo anterior la Diputada Liliana Ivette Madrigal Méndez presentó una Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman, derogan y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Estado de Tabasco el 08 de mayo de 2013, en la que propone derogar los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 92; así como derogar la última parte de la fracción VII del artículo 67; del artículo 347 párrafo segundo y el artículo 354, por su parte, en el artículo 360 deberá sustituirse la palabra contrato de maternidad sustituta por "Instrumento de subrogación gestacional".¹²³

5.2 DISTRITO FEDERAL.

En el Código Civil para el Distrito Federal, se hace referencia a las técnicas de reproducción asistida, en los artículos 162, 293, 326, 329, estableciendo las relaciones de parentesco y filiación, que pueden generarse por las técnicas de reproducción asistida.¹²⁴

En dichos artículos si bien se ha incorporado el uso de las técnicas de reproducción asistida, no se ha regulado de manera específica como es que esta se llevará a

¹²³ Dirección de Internet: [http://www.gobierno.org.mx/tabasco/gob/mx/2013/LXII/CI/IAL/Iniciativaego_iniciativa%20reforma%20maternidad%20subrogada%20\(1\).pdf](http://www.gobierno.org.mx/tabasco/gob/mx/2013/LXII/CI/IAL/Iniciativaego_iniciativa%20reforma%20maternidad%20subrogada%20(1).pdf), fecha de consulta 23 enero 2014, hora: 05:03 p.m.
¹²⁴ Cfr. Código Civil para el Distrito Federal, dirección de Internet: <http://www.aidf.gob.mx/archivo-2e8d72b55b5b732a3535a7b6192304f9.pdf>, fecha de consulta: 18 de febrero 2013, hora: 6:12 p.m.

cabo, sus limitaciones, obligaciones y los derechos de las partes que intervienen, por lo que se siguen generando conflictos con el uso de estas técnicas.

En el Distrito Federal La Diputada Maricela Contreras Julián, presentó el 26 de noviembre del año 2009 una iniciativa de Decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, la cual fue sometida a debate el día 30 de noviembre del año 2010, en la Asamblea Legislativa, con tal iniciativa se buscó brindar certeza jurídica al derecho consagrado por la Constitución para acceder a los derechos reproductivos, entendidos como parte de los derechos humanos; abordando la maternidad subrogada como una práctica médica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre el producto de la concepción de otra.

Dicho proyecto de ley constaba de cuatro títulos y siete capítulos:

"El Título primero de ellos se refiere al objeto de la Ley y su ámbito de aplicación, las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento y establece las normas aplicables que regirán una posible controversia o Supletoriedad, en caso de presentarse.

"El Título segundo se refiere a las disposiciones que deberán atender los médicos tratantes, señalando principios como el secreto profesional, así como el asesoramiento médico a todas las partes que intervienen en la práctica médica, explicándoles los riesgos y alcances.

"En el Título tercero se enuncian los requisitos y formalidades que deberá contener el documento denominado Instrumento para la Maternidad Subrogada.

"En el Título cuarto se prohíbe a los médicos tratantes que realicen la implantación de mórulas humanas sin el consentimiento y plena

aceptación de las partes que intervienen y otra serie de disposiciones para proteger sus derechos”¹²⁵.

El proyecto fue modificado en base a la discusión y participación de los integrantes de las dictaminadoras consistente en los foros realizados sobre el tema en la IV y V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, los días 4 de febrero de 2009 “Maternidad Subrogada, Legislación Adecuada” y 19 de febrero de 2010 “Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal sus implicaciones médico legales”.¹²⁶ Entra las modificaciones realizadas a la iniciativa destaca que se substituyó el término de “maternidad” subrogada por “gestación” subrogada, para quedar como “Ley Gestacional Subrogada del Distrito Federal”.

Sin embargo y aún cuando la Asamblea aprobó en sus términos el Dictamen presentado por las Comisiones Unidad de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género por el que se expide la Ley Gestacional subrogada para el Distrito Federal con las modificaciones aprobadas, se ordenó remitir al Jefe de Gobierno del Distrito Federal para su promulgación y publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y para su mayor difusión en el Diario Oficial de la Federación, no obstante en septiembre del 2011, el Jefe de Gobierno remitió observaciones a la asamblea Legislativa del Distrito Federal por lo que la nueva iniciativa subió al Pleno el día 20 de diciembre del 2011.

En la que se argumento lo siguiente:

“Las y los integrantes de las Comisiones Unidas, destacan que existe, primero, responsabilidad por parte del Jefe de Gobierno del Distrito Federal en la no promulgación del Decreto, segundo, en no remitir las observaciones en los tiempos establecidos por la normatividad respectiva, señalan que de haberse publicado el Decreto, se estaría en

¹²⁵ Cfr. DIARIO DE LOS DEBATES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL” dirección de internet <http://www.aldf.gob.mx/archivo-78b5d8b5045c05348ca4879f3a6dcta9.pdf>, fecha de consulta: 18 de julio 2013, hora: 9:52 p.m.

¹²⁶ idem.

*contra de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la entrada en vigor de las leyes y violentando los principios constitucionales de seguridad jurídica y de no retroactividad de la ley.*¹²⁷

Quedando con ello a la deriva la iniciativa de ley, ya que a la fecha no se ha hecho nada respecto a recuperar el proyecto.

5.3 COAHUILA Y SAN LUIS POTOSÍ.

En el Estado de Coahuila se legislan las técnicas de reproducción humana asistida, estableciendo en el Código Civil en el Capítulo III, Sección Tercera "De la filiación resultante de la fecundación Humana Asistida".

Pero tratándose de la maternidad subrogada señala lo siguiente:

"Artículo 491 El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó."

Por su parte el Estado de San Luis Potosí; al igual que Coahuila también regula las técnicas de reproducción asistida en el Capítulo V de la Filiación Resultante de la Fecundación Humana Asistida, del Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, asimismo se reconocen los derechos de la capacidad para heredar para los hijos nacidos por las técnicas de reproducción asistida en el artículo 1160 y 1474 del

¹²⁷ Dirección de internet <http://es.scribd.com/doc/77113146/Dictamen-Observaciones-Gestacion-Subrogada-diciembre-2011>, fecha de consulta: 16 de julio de 2013, hora: 11:00 p.m.

Código Civil¹²⁸ y considera inexistente la práctica de la maternidad subrogada por lo que el artículo 243 del Código Familiar vigente en dicho Estado señala lo siguiente:

"ARTICULO 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

*Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o con cubina, la maternidad se le atribuirá a la primera."*¹²⁹

Basando su negativa en que se considera incomprensible que se pretenda un beneficio para la mujer cuando se le trata como un objeto ante la postura de permitir que se realice.

Por lo que para ello la directora regional del Centro de Ayuda para la mujer en San Luis Potosí, Mónica Mondragón señaló:

*"El solo hecho de pensar que a la mujer simplemente se le está usando, se acaba de convertir en un objeto mas en donde, por la causa o situación que sea, puede seguir siendo utilizada en beneficio de terceras personas y que las mas afectadas serian las mujeres en situación vulnerable o de ignorancia."*¹³⁰

Si bien en los Estados de Coahuila y San Luis Potosí se regula de manera tajante que se considerará inexistente el contrato de maternidad subrogada o substituta y por lo tanto si se llega a realizar no producirá efecto legal alguno; en primer término dicha norma estaría en contraposición con lo establecido en la constitución respecto al derecho y la libertad de procrear, ya que se estaría limitando dicho derecho;

¹²⁸ Dirección de internet: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estados/San%20Luis%20Potosi/wc62366.pdf>, fecha de consulta: 19 de febrero 2014, hora: 8:02 p.m.

¹²⁹ Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, dirección de internet: <http://dpcj.mexico.justia.com:83/amazonaws.com/estados/san-luis-potosi/codigo-familiar-para-el-estado-de-san-luis-potosi.pdf>, fecha de consulta: 19 de febrero 2014, hora: 5:29 p.m.

¹³⁰ Dirección de internet: <http://www.planinformativo.com/mofa/d785886/Uwab6mJdXp8>, fecha de consulta: 19 de febrero 2014, hora: 5:35 p.m.

aunado a ello se tiene que en caso de que se realice la madre gestante será considerada la madre del nuevo ser no obstante que no la una nada a él, puesto que no contiene nexo de material biológico con ella, sin tomar en cuenta que al momento de consentir la madre gestante la realización de la práctica de la maternidad subrogada sabe que no es su bebé, además no consideran que el principio de "*mater Semper certa est*", ha evolucionado y no siempre la madre que dé a luz será la madre biológica del nuevo ser.

Es importante reconocer que en el caso de que se busque el bienestar de las partes que intervienen en la práctica de la maternidad subrogada, pero la manera de prohibirla no es la solución, sino establecer una regulación al respecto para que no se vean vulnerados los derechos de las partes.

5.4 PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Uno de los principales problemas que se presenta en el ámbito jurídico al momento de considerar el uso de la práctica de la maternidad subrogada es la licitud del mismo.

Ya que deben tomarse en consideración los derechos que se deberán proteger en el caso de que se haga uso de esta practica como ultimo recurso para poder lograr el objetivo deseado que es la tener un hijo.

Existen diversos argumentos unos a favor y otros en contra respecto a la licitud de la práctica de la maternidad subrogada.

La Licenciada Alma Arámbula Reyes, Investigadora Parlamentaria señala que existen argumentos a favor de la licitud que se sitúan fundamentalmente en perspectivas utilitarista y contractualistas, en el que toman en cuenta la felicidad o el placer de las partes implicadas, y que no hay nada que objetar a un contrato en el que las partes entran libremente, asimismo señala que los argumentos en contra se basan en objeciones que son opuestas al uso de gametos de terceros lo consideran

antinatural o adultero, otra postura es la fuerza de la relación natural entre madre e hijo, y por último se alega que tales contratos son contrarios a la dignidad de las personas, tanto de las madres subrogadas como de los nacidos por causa de estos contratos con los cuales se comercia y son "vendidos".¹³¹

En consecuencia el considerarse como contrato traería una problemática jurídica mayor, en virtud de que uno de los elementos esenciales del contrato es el objeto, y en el caso de la práctica de la maternidad subrogada no existe objeto ya que el nuevo ser o la mujer que se presta a realizar esta práctica, se encuentran fuera del comercio; en consecuencia si se llegase a presentar este contrato sería inexistente.

Por otra parte existen posturas feministas a favor de esta practica basadas en la libertad reproductiva de las mujeres y otras que están en contra en base a que consideran que las mujeres que se prestan a realizar esta practica, suelen ser mujeres de un nivel socioeconómico bajo y que podrían ver esto como algo simplemente económico, lo que provocaría la explotación de la maternidad subrogada.

Como se señalo en capitulos anteriores, existen países en los que ya se encuentra regulada la práctica de la maternidad subrogada, unos permitiendo el uso de la misma con ciertas características tales como: que la pareja sean los donantes o al menos uno de ellos aporte el gameto, que la madre subrogada sea pariente consanguíneo de los futuros padres, o en relación a la remuneración, mientras que en otros existe su total prohibición.

Por lo general en los países en los que se encuentra regulado como contrato este es realizado por abogados basándose en cláusulas que pudiesen contemplar los probables problemas que puedan presentarse, sin embargo el problema principal recae en que la madre gestante al momento del nacimiento del bebé no quiere entregarlo.

¹³¹ Cfr. Dirección de internet: <http://www.diputados.gob.mx/sees/sia/spe/SPE-ISS-14-06.pdf> fecha de consulta: 16 de diciembre 2013, hora 7:00 p.m.

En razón a esta problemática es importante que exista una regulación referente a la práctica de la misma, ya que se verían desprotegidos los derechos y acuerdos de voluntades de las partes que intervienen por la falta de regulación.

Es por ello que para que exista el acto jurídico por el cual se regulara la práctica de la maternidad subrogada es esencial la voluntad de las partes y que esta se exteriorice a través del consentimiento.

"el consentimiento es el acuerdo de dos o mas voluntades sobre la creación o transición de derechos y obligaciones."¹³²

Siendo el consentimiento uno de los requisitos esenciales para que la maternidad subrogada sea realizada, el que deberá ser otorgado por una persona capaz, en pleno uso de sus facultades mentales, y ausente de cualquiera de los vicios de voluntad, de manera libre, consciente, expresa y por escrito.

El que tendrá como objetivo que sobre su cuerpo se realicen la concepción del nuevo ser, considerando las consecuencias derivadas de esta práctica, misma que se llevara a cabo por personas especialistas en ello.

Asimismo es importante evitar de que la práctica de la maternidad subrogada se comercialice y de esta manera se pierdan los valores morales de la sociedad, problema que se ha presentado en diversos países en los que ya existen agencias especializadas en la realización de esta practica, en los que hasta existen catálogos de mujeres dispuestas a embarazarse a cambio de un pago, trayendo con ello la explotación de las mujeres, tergiversando el origen de la practica de la maternidad subrogada la cual debe llevarse a cabo como ultimo recurso para poder procrear.

En consecuencia con la falta de regulación de esta práctica pueden surgir ciertos problemas tales como:

- a) ¿Qué sucede si la madre sustituta se arrepienten de entregar al menor?.

¹³² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos Cíviles*, editorial Porrúa, México 2006, p. 21

- b) ¿Qué pasa si hay un nacimiento múltiple?
- c) ¿Qué pasa si existe alguna malformación en el nuevo ser y ninguna de las partes que intervienen quiere quedarse con él?
- d) ¿Qué los padres genéticos se divorcien o mueran durante la gestación del nuevo ser?
- e) ¿Qué la madre gestante muera en el parto?

El primer cuestionamiento tiene como consecuencia que al no encontrarse estipulado por la legislación el acuerdo de voluntades de la maternidad subrogada, se resolverá que la madre gestante sea considerada como la madre del nuevo ser, quien en muchos casos no tendrá ningún nexo biológico con él, viéndose afectados los interés de las partes intervinientes, ya que con motivo de la misma se realizaran gastos muy costosos, y como consecuencia con posterioridad un pleito por la custodia del menor, como el caso presentado en los Estados Unidos "Baby M".

En relación a los demás cuestionamientos debe buscarse una solución para no dejar en estado de indefensión tanto a las partes que intervienen como a los menores, pues considerando que se de un embarazo múltiple, o exista una malformación en el bebé la madre que de a luz tendrá la obligación de hacerse cargo de el bebé, puesto que será considerada la madre legal según la legislación quien podrá demandar a su vez al padre biológico por el reconocimiento y el pago de una pensión alimenticia, lo que en el lapso de la resolución el nuevo ser quedará muchas veces en estado de indefensión.

Así pues deben establecerse lineamientos en los casos de que las partes contratantes fallezcan durante el proceso de gestación o en el caso de que se divorcien; es decir, establecer a quien se le atribuirá la filiación, así como buscar establecer tanto los derechos y obligaciones de la madre gestante.

La Madre gestante es sobre quien recaerá la mayor participación en la práctica de la maternidad subrogada, es por esto que se hace esencial su consentimiento, asimismo deben establecerse que tipo de mujer podrá ser la madre gestante, por

ejemplo deben hacerse previamente exámenes médicos para dictaminar si es susceptible de llevar a cabo el embarazo sin complicaciones, es decir investigar si no consume drogas que puedan afectar el embarazo.

Por otro lado también deben realizarse exámenes médicos a los padres genéticos para tener mayor seguridad sobre el éxito de la concepción o evitar algún contagio a la madre gestante en caso de alguna enfermedad.

Por ello se deben establecer derechos considerando que será ella quien se encontrara en estado de ingravidez hasta el nacimiento del nuevo ser, por ende su atención medica durante el embarazo debe estar garantizada ya sea por institución públicas o privadas a cuenta de los futuros padres del bebé, y no existirá discriminación alguna hacia ellas, siendo los futuros padres lo que tendrán la obligación de recibirlo y registrarlo como hijo propio a su nacimiento.

Por otra parte existe el problema de la donación de los gametos, que pueden provenir de la pareja contratante o de un donador. En estos casos considerando que muchas veces las donaciones de los gametos son de manera anónima, siendo el problema principal la filiación jurídica, toda vez que las personas que aportaron los gametos no lo hicieron con la intención de ser padres o madres.

En el caso de la donación de semen debe considerarse que el cuerpo no es objeto del contrato, es por ello que la licitud de la donación de semen debe basarse bajo los principios de gratuidad y anonimato, para evitar que esto se convierta en un negocio, en numerosos países se ofrece una cantidad de dinero en calidad de indemnización o compensaciones a los donantes por las molestias ocasionadas, lo que se supone que no debe ser elevada para evitar que se vuelva un negocio para los donantes.

La Licenciada Alma Arámbula Reyes, Investigadora Parlamentaria señala que por una parte esta el anonimato del donador y por otra parte esta el derecho a conocer los propios orígenes, siendo conveniente distinguir en primer termino los concepto de

anonimato y de secreto, dada su relación y el hecho de que ambos han estado presentes en la practicas de la inseminación artificial.

"el anonimato consiste en la reserva en cuanto a la identidad del donante, mientras que el secreto se refiere a la reserva en cuanto al hecho de que los receptores han participado en una donación de gametos... El secreto tiene un componente público y otro privado. El público se refiere al mantenimiento de la reserva, fuera de la pareja receptora, con respecto al hecho de que se haya acudido a estas técnicas. Incluso se puede garantizar por medio de normas jurídicas que no se pueda divulgar este tipo de datos para mantener en secreto la posible esterilidad de los usuarios, así como las circunstancias del nacimiento de los hijos. El componente privado se refiere a si los hijos deberán conocer el hecho de que fueron concebidos utilizando semen de donante."¹³³

Al referirse al derecho a conocer el origen genético, deberá enfocarse únicamente al derecho del nuevo ser producto de las técnicas de reproducción asistida, pero solo en casos especiales, por alguna enfermedad que sea estrictamente necesaria el conocimiento de su origen genético ya que de lo contrario podrían presentarse diversas problemáticas jurídicas como la reclamación de alimentos.

La donación de óvulos presenta similar problemática que la donación de semen, así como también se debe regir bajo los mismos principios, la única diferencia radica en su origen, en el procedimiento de la obtención ya que tiene cierta complejidad técnica, molestias para la mujer, medicación, así como determinados riesgos para la salud de la mujer a la que se le extraen, lo que hace mas difícil la donación de óvulos debido a estas causas a diferencia de la donación de semen. Es por ello que debe considerarse una regulación adecuada en este sentido.

¹³³ Cfr. Dirección de internet: <http://www.diputados.gob.mx/medios/arspe/SPE-ISS-14-08.pdf> fecha de consulta: 16 de diciembre 2013, hora 7:00 p.m.

Ahora bien en el siguiente tema se abarcaran los efectos jurídicos de la maternidad subrogada tanto en la paternidad como en la maternidad desde el punto de la filiación para poder llegar a una propuesta final.

5.5 EFECTOS JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

“Algunos autores como Moro Almaraz consideran madre y padre:

- a) genéticos: aquellos que aportan sus células germinales.*
- b) Madre portadora o gestante: la que soporta el embarazo, vaya a ser o no la madre legal.*
- c) Y padres legales: aquellos que se determinan como tales en virtud de las normas de filiación.”⁷³⁴*

Como se vio en capítulos anteriores en la antigüedad la maternidad no era cuestionable puesto que la misma se regía bajo el principio de *“Mater Semper Certa Est”*; en cambio, la paternidad sí podía ser reclamada o impugnada, pero con los avances de la tecnología esto ha sido modificado, el ejemplo de esto es la maternidad subrogada en la que la madre gestante es aquella que al final de la gestación lo entregará a la persona con la que previamente acordó tal hecho.

Es por ello que es necesario establecer el concepto de la filiación y sus divisiones el principal problema jurídico que se ha presentado con la práctica de la maternidad subrogada.

⁷³⁴ Moro Almaraz, María de Jesús. *Aspectos Cíviles de la Intervención Artificial y la Fecundación In Vitro*, Licena Bosch, Barcelona, España, 1988, pp. 52 y 53.

5.5.1 FILIACIÓN.

*"Desde el punto de vista doctrinal, la filiación puede definirse como la situación jurídica existente entre las personas que son consideradas por el Derecho como hijo y padre o hijo y madre"*¹³⁵

Ahora bien desde el punto de vista del derecho, el término de filiación tiene dos acepciones:

*"Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea descendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, los nietos, los bisnietos y tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima como la natural un estado jurídico."*¹³⁶

Lo cual nos permite inferir que; la filiación, es la relación que existe entre el padre y el hijo, y la madre y el hijo, de modo que la filiación crea un parentesco que genera tanto derechos como obligaciones.

Por otra parte debemos tomar en cuenta que la filiación puede verse de dos maneras; desde el punto de vista biológico y desde el punto de vista jurídico.

¹³⁵Rico Álvarez, Fausto, op. cit., nota 5, p. 336

¹³⁶Rojas Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia*, Volumen II, p. 265

5.5.2 FILIACIÓN BIOLÓGICA Y FILIACIÓN JURÍDICA.

Filiación biológica.

Es considerada como la relación que existe entre las personas que aportan el material genético, con el producto generado de ellas; es decir, siempre y cuando se compruebe que exista algún nexo entre los materiales genéticos de unas personas con otras, se establecerá una filiación biológica.

Filiación jurídica.

*"Desde el punto de vista jurídico la filiación es la situación existente entre quienes son considerados por el Derecho como hijo y padre o como hijo y madre."*¹³⁷

En conclusión la filiación jurídica es la que nace derivado del reconocimiento que se hace por medio del Derecho.

Y se divide en: Filiación jurídica natural y Filiación jurídica artificial.

En un principio se consideraba que la filiación jurídica natural era derivada de la concepción basándose en que genéticamente eran descendientes, puesto que la maternidad se atribuía directamente a la mujer que daba a luz al nuevo ser; no obstante ello, con los avances de la tecnología se concluye, que no siempre la madre que da a luz al bebé tiene algún nexo genético con éste.

Si bien se trata de una filiación natural para que se convierta en jurídica se requiere del reconocimiento legal, para de tal manera poder exigir los derechos derivados de ella.

Y este reconocimiento puede darse de diversas maneras: Derivadas del matrimonio, por el reconocimiento de hijos o por la atribución judicial de paternidad o maternidad,

¹³⁷Rico Álvarez, Fausto, op. cit., nota 9, p. 338

en el Código Civil para el Estado de Nayarit, se establece en el Título Séptimo La paternidad y Filiación, artículos 317 al 381 y tiene aún como base que la maternidad siempre será atribuida a la persona que da a luz al bebé, estableciendo además dicho código que:

"la ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil."¹³⁸

Dejando a un lado la filiación que podría generarse por las técnicas de reproducción asistida y cuya falta de regulación podría generar conflictos.

En cambio la filiación jurídica artificial es aquella derivada de la adopción y en algunos otros estados también es derivada por la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

En el caso de la maternidad subrogada atribuir la filiación al nuevo ser, de acuerdo a la legislación vigente en el Estado sería un problema, puesto que en primer lugar se establece que la maternidad será atribuida a la mujer que da a luz, y en el caso de que se encuentre unida en matrimonio la paternidad será atribuida al cónyuge, aun cuando este niegue su paternidad, la que únicamente puede ser declarada mediante sentencia dictada por un juez.

Por lo que respecta al acta de nacimiento Ingrid Brena Sesma opina lo siguiente:

"El acta de nacimiento es el documento oficial que sirve para establecer la filiación respecto a la madre y al padre, y por ende, la relación de parentesco con todo el grupo familiar para constituir el estado civil del niño que nace. La fidelidad de las constancias del Registro Civil resulta de suma importancia, pues es la única forma de acreditar el estado civil

¹³⁸ Código Civil para el Estado de Nayarit, Artículo 285

*de las personas del que emanan derechos y obligaciones, no sujetos a la voluntad de los particulares*¹³⁹.

Al ser el acta de nacimiento la única forma de acreditar la filiación respecto a la madre y al padre, y al no encontrarse estipulado en la legislación del estado la práctica de la maternidad subrogada, ésta quedará únicamente limitada a la filiación que resulte por medio del matrimonio, adopción y el reconocimiento de hijos.

En consecuencia se hace necesario establecer parámetros y lineamientos buscando el beneficio de las partes y preponderar el interés superior del niño en el caso de aceptarse la maternidad subrogada.

En México como se describió en este capítulo, pocos Estados son los que han regulado en materia de reproducción asistida y pocos han hecho referencia acerca de la maternidad subrogada, como pudo verse han sido mas los Estados que están en contra de la maternidad subrogada que los que regulan a favor; no obstante ello debe considerarse que la regulación en la materia es necesaria para que un futuro se resuelvan los problemas que se presenten, respecto a estos aspectos y no se deje al arbitrio de los juzgadores resolverlos.

Ya que como se señaló en este capítulo la práctica de la maternidad subrogada, genera conflictos jurídicos que al no encontrarse regulados por algún ordenamiento, se deja a la deriva la solución que se daría respecto a los mismos.

¹³⁹Brena Serna, Ingrid, "La gestación subrogada ¿Una nueva figura del derecho de familia?", México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 148

CONCLUSION FINAL

La práctica de la maternidad subrogada es de gran ayuda para las personas que no han logrado por otro medio concebir al hijo tan anhelado, personas que ya se sometieron a diversos tratamientos y no les fue posible concebirlo y que muchas veces se ven orilladas a realizar este tipo de práctica sin que se encuentre regulada, dando como consecuencia que se vean vulnerados los derechos de las partes, al no establecerse los lineamientos y bases para el uso de esta.

Los avances científicos han sido tan benéficos para aquellas personas que no tiene otra alternativa para concebir, que es necesario adaptarlos también a otros ámbitos, como lo es el derecho, tomando como ejemplo los países y Estados de la República Mexicana que han regulado la práctica de la maternidad subrogada, considerando sus posturas y buscar el equilibrio de las partes que intervienen preponderando en todo momento el bienestar del menor, quien es el mas vulnerable en el uso de esta práctica.

Es por ello que dentro de la presente tesis se comprueba la hipótesis de que es necesario establecer una regulación en el Código Civil del Estado, a efecto de que si se llega a hacer uso de esta práctica, se encuentren garantizados de cierta forma los derechos y obligaciones de las partes que intervienen.

PROPUESTA.

Para quedar como sigue:

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NAYARIT

LIBRO PRIMERO

De las personas

TITULO CUARTO

DEL REGISTRO CIVIL

CAPITULO II

DE LAS ACTAS DE NACIMIENTO

VIGENTE	PROPUESTA
<p>Artículo 55.- Tienen obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, y a su falta, los abuelos paternos o maternos, a más tardar dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes.</p>	<p>Artículo 55.- Tienen obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, y a su falta, los abuelos paternos o maternos, a más tardar dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes.</p> <p>El mismo trato tendrán los hijos nacidos como producto de la maternidad subrogada a la que se refiere el artículo 1170 bis.</p>
<p>Artículo 57.- En las actas del registro civil por ningún concepto se asentarán palabras o expresiones que califiquen infamantemente a las personas. El acta que contenga</p>	<p>Artículo 57.- En las actas del registro civil por ningún concepto se asentarán palabras o expresiones que califiquen infamantemente a las personas, ni se hará anotación alguna de los hijos</p>

<p>alguna nota de tal naturaleza será testada por el funcionario que tenga a su cargo el archivo correspondiente.</p>	<p>producto de la práctica de la maternidad subrogada. El acta que contenga alguna nota de tal naturaleza será testada por el funcionario que tenga a su cargo el archivo correspondiente.</p>
<p>Artículo 58.- el acta de nacimiento contendrá la hora, día, mes, año y lugar de nacimiento, sexo del registrado, el nombre propio que se le imponga y el primer apellido de los progenitores, si ambos se presentaren a reconocer, o los dos apellidos del que lo presentare, sin que por motivo alguno puedan omitirse; la expresión de que si es registrado vivo o muerto, impresión de la huella digital, el nombre, edad, domicilio, ocupación y nacionalidad de los abuelos paternos y maternos, el nombre, edad, domicilio y nacionalidad de los testigos, que deberán ser dos y si cumplieron las prevenciones contenidas en los artículos siguientes.</p>	<p>Artículo 58.- el acta de nacimiento contendrá la hora, día, mes, año y lugar de nacimiento, sexo del registrado, el nombre propio que se le imponga y el primer apellido de los progenitores, si ambos se presentaren a reconocer, o los dos apellidos del que lo presentare, sin que por motivo alguno puedan omitirse; la expresión de que si es registrado vivo o muerto, impresión de la huella digital, el nombre, edad, domicilio, ocupación y nacionalidad de los abuelos paternos y maternos, el nombre, edad, domicilio y nacionalidad de los testigos, que deberán ser dos y si cumplieron las prevenciones contenidas en los artículos siguientes</p> <p>En el caso que se tratara de un hijo nacido mediante la práctica de la maternidad subrogada, deberán acompañar el documento en el cual se formalizo el consentimiento de las partes ante notario público, así como el certificado médico, expedido por el médico que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor.</p>
<p>Artículo 63.- Cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso ni a petición de persona alguna podrá el oficial asentar como padre a otro</p>	<p>Artículo 63.- Cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso ni a petición de persona alguna podrá el oficial asentar como padre a otro que no sea el mismo</p>

que no sea el mismo marido, salvo que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

mando, salvo que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare o en caso de que el hijo nacido sea producto de la práctica de la maternidad subrogada y se hayan cumplido los requisitos establecidos en este Código.

TITULO SEXTO

DEL PARENTESCO, DE LOS ALIMENTOS Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

CAPITULO I

DEL PARENTESCO

Artículo 286. - El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

En el caso de adopción, el parentesco generado por este acto es igual al de consanguinidad para todos los efectos jurídicos.

Artículo 286. - El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

En el caso de adopción y maternidad subrogada, el parentesco generado por este acto es igual al de consanguinidad para todos los efectos jurídicos.

Artículo 286 Bis. - El hijo producto de la maternidad subrogada, podrá tener acceso previa solicitud que se haga al Notario Público para que le permita obtener la escritura que obra en el Protocolo en el cual se formalizo el convenio de la maternidad subrogada a partir de los dieciocho años de edad, con el fin de conocer su realidad biológica.

TITULO SEPTIMO
DE LA PATERNIDAD Y FILIACION
CAPITULO I
DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO

Artículo 317.- Se presumen hijos de los cónyuges:

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

Artículo 318.- Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Artículo 317.- Se presumen hijos de los cónyuges **incluyendo los hijos nacidos por la práctica de la maternidad subrogada:**

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

Artículo 318.- Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

En el caso de la práctica de la maternidad subrogada no se admitirá otra prueba que la falta de

	consentimiento de alguno de los cónyuges, para el uso de esta práctica.
<p>Artículo 319.- El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.</p>	<p>Artículo 319.- El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.</p> <p>De igual forma el marido o la esposa no podrán desconocer a los hijos nacidos como resultado de la práctica de la maternidad subrogada, si consta de manera fehaciente su consentimiento.</p>
<p>Artículo 321.- El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:</p> <p>I. Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;</p> <p>II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su</p>	<p>Artículo 321.- El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:</p> <p>I. Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;</p> <p>II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar.</p>

<p>declaración de no saber firmar;</p> <p>III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;</p> <p>IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.</p>	<p>III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;</p> <p>IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.</p> <p>Así mismo no podrá desconocer a los hijos nacidos por la práctica de la maternidad subrogada, si se acredita que tuvo conocimiento y consintió que su cónyuge o concubina hiciera uso de dicha práctica.</p>
<p>Artículo 322.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.</p>	<p>Artículo 322.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.</p> <p>A excepción que se trate de los hijos nacidos por la práctica de la maternidad subrogada y este previamente otorgo su consentimiento.</p>

LIBRO TERCERO
DE LAS OBLIGACIONES

PRIMERA PARTE
DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

TITULO PRIMERO
FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

CAPITULO I
CONTRATOS

	<p>Artículo 1170 bis.- El convenio de maternidad subrogada consiste en el acuerdo celebrado entre una pareja, una mujer o un hombre con otra mujer a la que se le denominara madre gestante, quien permitirá le sea implantado un embrión producto de alguna técnica de reproducción asistida, para llevar a cabo el desarrollo del embarazo, quien tendrá la obligación de que una vez que de a luz, entregara el bebé a la pareja, mujer u hombre con la que se acordó dicha practica.</p>
	<p>Artículo 1170 ter.- El convenio de maternidad subrogada se regirá bajo los principios de un contrato, con la excepción de que deberá comprobarse que la práctica de la maternidad subrogada se realiza solo con fines altruistas, ya que si tiene fines económicos, no podrá continuarse con la práctica de la misma.</p> <p>La pareja, hombre o mujer que celebren el acuerdo con la madre gestante, tienen la obligación de correr con los gastos erogados con motivo de la gestación.</p>
	<p>Artículo 1170 quater.- La maternidad subrogada podrá realizarse a través de la inseminación homóloga y heteróloga. Se entiende por inseminación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por</p>

	<p>fecundación heteróloga, aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero.</p>
	<p>Artículo 1170 quinquies.- La madre gestante deberá cubrir los siguientes requisitos:</p> <p>I.- Tener entre 29 y 35 años de edad,</p> <p>II.- Al menos tener un hijo propio sano,</p> <p>III.- Tener buena Salud psicosomática.</p> <p>IV.- Haber dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre</p>
	<p>Artículo 1170 sexis- El convenio en el que se formalizará el consentimiento de las partes, deberá realizarse ante Notario Publico y lo firmaran la pareja, hombre o mujer que acuerda y la madre gestante, el Notario Publico y el medico que asistirá durante el procedimiento del embarazo.</p>
	<p>Artículo 1170 septies.- Los requisitos previos al cumplimiento del convenio son los siguiente:</p> <p>I.- Que la pareja, hombre o mujer acrediten alguna causa de infertilidad o esterilidad.</p> <p>II.- Que la madre gestante acepte su obligación de llevar a cabo el sano desarrollo del bebé y concluir su relación con el nacimiento.</p> <p>III.- Que se realicen exámenes</p>

	médicos y psicológicos, tanto a la madre gestante como a la pareja, hombre o mujer que acrediten que se encuentran en buena salud física y mental.
	Artículo 1170 octies.- En el caso de que haya un nacimiento múltiple, la pareja, hombre o mujer deberán registrar y hacerse cargo de los bebés, así como en el caso de que exista alguna malformación en el bebé, no podrán rechazar a o los bebés y tendrán que asumir todas las obligaciones inherentes al mismo.
	Artículo 1170 novies.- Si la madre gestante se niega a entregar al bebé al nacimiento, los padres, mujer u hombre podrán demandarla por la falta de cumplimiento al convenio pactado y por el pago de los gastos erogados durante el proceso.
	Artículo 1170 decies.- Si la pareja se divorcia antes del nacimiento del bebé, tienen la obligación de reconocerlo como hijo de ambos o en el caso de que alguno de ellos fallezca o ambos la obligación será de la familia de la pareja, hombre o mujer contratante o si así lo desea la madre gestante podrá adquirir las obligaciones y derechos inherentes al bebé.

FUENTES DE CONSULTA

LIBROS.

- Brena Sesma, Ingrid, *"La gestación subrogada ¿Una nueva figura del derecho de familia?"*, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- Guzmán Ávalos, Anibal, *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*, Editorial Biblioteca Universidad Veracruzana, México, 2001.
- Hurtado Oliver, Xavier. *El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos*. Editorial Porrúa, México 1999.
- Martínez-Pereda, Rodríguez J.M. Et. Al. *la maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Editorial Dykinson, España 1994.
- Mendoza C., Héctor A, *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, Editorial Fontamara, México 2011.
- Moro Almaraz, María de Jesús. *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro*, Liceria Bosch, Barcelona, España, 1988.
- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos Civiles*, editorial Porrúa, México 2006.
- Quiñones Escámez, Ana, *"Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada"* En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009-Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra- Barcelona, julio 2009.

- Rico Álvarez Fausto, et. al, *Derecho de Familia*, México, Porrúa, 2011,
- Rojina Villegas. Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Derecho de Familia. Volumen II.
- Sánchez Gómez, Narciso, *Derechos Humanos, Bioética y Biotecnología un enfoque interdisciplinario*, Editorial Porrúa, México 2009.
- Santamaría Solís, Luis, "Técnicas de Reproducción Asistida. Aspectos bioéticos", Cuadernos de Bioética, 2000.
- Warnock, Mary, *Fabricando bebés*, Barcelona España, Editorial Gedisa, febrero 2004.

REVISTAS

- Cruz-Coke, Ricardo, "Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana" Homenaje al cincuentenario de la Revista Scielo, Chile, Abril 1980, <http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v51n2/art06.pdf>.
- Méndez Jiménez, T. "Perspectivas de la reproducción humana ante el desarrollo actual de la revolución científico-técnica". *Revista Comunicación*, 2011, num. 20.
- Rodríguez López, Dina, "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato", *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año IV, 11, mayo-agosto de 2005.

- AMADOR JIMENEZ, Mónica, "Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India" Universidad Jawaharlal, Nehru, India, p. 199
dirección de internet:
http://www.icesi.edu.co/revista_cs/images/stories/revistaCS6/articulos/07%20amador.pdf, fecha de consulta: 22 de junio de 2013, hora: 4:00 p.m.
- II Congreso Mundial Vasco, Departamento de Derecho Privado, "La Filiación a finales del Siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana" Ponencias y Comunicaciones, Editorial Trivium, 1988.

ENCICLOPEDIAS

- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª edición, España, Madrid, 2001.

DOCUMENTOS DE INTERNET

- www.invitrotv.com
- www.lainseminacionartificial.com
- www.medicoscubanos.com
- www.institutivida.com
- www.wcl.american.edu/journal/lawrev/37/recht.pdf
- <http://anipruebas.blogspot.mx/2009/04/la-maternidad-subrogada-por-sustitucion.html>
- www.biblija.net
- http://dgb.conaculta.gob.mx/cerebro/coleccion/coleccion_pdf/31000000535.PDF
- <http://surrogacy/rules>

- <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/>,
- <http://www.selectsurrogate.com/surrogacy-laws-by-state.html>,
- www.redsociojuridica.org/escenarios/edicion-6/incidencias-sociales-juridicas-y-bioeticas-de-la-maternidad-subrogada.pdf
- <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125#42>
- http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1358.htm
- www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-200027-2012-08-01.html
- http://ccycn.congreso.gov.ar/ponencias/ashuaia/pdf/US_009_ELSA_PERLO.pdf
- www.unhijosposible.com
- <http://www.surrogacyone.com/a-better-understanding-of-surrogacy>
- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>
- <https://sites.google.com/site/maternidadsubrogada/Home/prensa/legalizacion-en-francia>
- www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_2013_01_17.pdf,
- <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T7.htm>
- <http://www.irtsa.com.ua/es/legislation/ukraine.html>
- <http://es.mother-surrogate.com/leyes-de-maternidad-subrogada>
- <http://www.elmundo.com/portal/resultados/detalles/?idx=4650>
- <http://vitanovaclinic.ru/es/services/surrogacy/>
- <http://www.surrogacymed.es/ley/maternidad-subrogada-en-rusia.html>
- <http://www.ingen.es/primeros-pasos/entendiendo-la-infertilidad/causas/factor-uterino/sinequias-uterinas/>
- http://www.surrogacy911.com/laws/china_1.htm
- <http://www.ojocientifico.com/2010/10/10/la-teoria-del-big-ban>
- www.bioetica.web.com
- <http://www.inegi.org.mx>,
- http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html

- <http://www.protestantedigital.com/ES/Magacin/articulo/1769/Biblia-y-maternidad-de-aluiler>
- <http://arealidadfamiliar.blogspot.mx/2009/05/evolucion-de-la-familia.html>
- <http://www.innata.com/s/c-organizacion-familiar/a-evolucion-de-la-familia.html>
- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>
- http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGP.pdf
- http://www.geosalud.com/climaterio_public/perimenopausia.htm
- <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/rm005ssa293.html>
- <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDFPA%20S.pdf>
- http://www.archivos.ujat.mx/abogado_gral/legislacion_univ2012/Leyes_Estatales/CODIGO_CIVIL_PARA_EL_ESTADO_LIBRE_Y_SOBERANO_DE_TABASCO.pdf
- [http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2013/LXI/OFICIALIA/Iniciativas/90...iniciativa%20reforma%20maternidad%20subrogada%20\(1\).pdf](http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2013/LXI/OFICIALIA/Iniciativas/90...iniciativa%20reforma%20maternidad%20subrogada%20(1).pdf)
- Código Civil para el Distrito Federal, dirección de internet: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-2e8d72b55b5b732a3535a7b8152304f8.pdf>
- <http://www.aldf.gob.mx/archivo-78b5d8b5045b5348ca4879f3a6dcffa9.pdf>
- <http://es.scribd.com/doc/77113146/Dictamen-Observaciones-Gestacion-Subrogada-diciembre-2011>
- <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/San%20Luis%20Potosi/wo62366.pdf>
- <http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/san-luis-potosi/codigo-familiar-para-el-estado-de-san-luis-potosi.pdf>
- <http://www.planoinformativo.com/nota/id/78688#Uwab8mJdXp8>
- <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/8.pdf>,

CODIGOS.

- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE COAHUILA.

- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE NAYARIT.
- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE SANLUIS POTOSI.
- CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO.