

40761



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ARAGÓN
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO E INVESTIGACIÓN
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO**

**“LA MATERNIDAD SUBROGADA: UN DERECHO
A LA REPRODUCCIÓN HUMANA A LA LUZ DEL
DERECHO MEXICANO”**

T E S I S

Que para obtener el Grado de

MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA

ANA SOLEDAD DELGADO CALVA

TUTOR: MTRO. RAÚL AARÓN ROMERO ORTEGA

ESTADO DE MÉXICO, 2004





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS :

MIS PAPÁS :

Edmundo Joaquin Delgado Ramos

y

Ernestina Calva Soto

*Porque me dieron la oportunidad de vivir y,
gracias a ustedes, hoy existo para
compartir a su lado, este arduo trabajo.*

A MIS HERMANOS :

Luz María,

Yolanda Patricia, y

José Rodrigo

*Porque con ustedes he aprendido a vivir.
A mis mejores amigos y compañeros en la vida,
gracias por amarme tanto.*

A TODA MI FAMILIA Y PARIENTES :

*Quienes han estado siempre junto a mí.
Gracias por su amor.*

A TODA LA FAMILIA RUELAS :

*Quienes forman parte de mi familia.
Gracias por compartir siempre su cariño y apoyo conmigo.*

A MIS AMIGOS :

*Porque hemos compartido los buenos
y malos momentos juntos, y
este es un buen momento.
Gracias.*

A LA E.N.E.P. ARAGÓN, U.N.A.M. :

*Porque en ella encontré otro hogar
y la luz del conocimiento.*

AL PROGRAMA DE BECAS U.N.A.M. :

*Por el apoyo que me brindó, pues
gracias a él, puede consolidar esta meta.*

A MI TUTOR :

El Mtro. Raúl Aarón Romero Ortega :

*Por toda su paciencia y apoyo
para elaborar esta tesis.
GRACIAS por su guía maestro.*

A LOS PROFESORES :

**Dr. Francisco Sergio Ramírez Jiménez,
Dr. Rubén López Rico,
Mtro. Miguel Orozco Gómez, y
Mtro. Héctor González Romero.**

*Por sus valiosos consejos y recomendaciones
para elaborar y concluir esta tesis.
Gracias a todos ustedes.*

Í N D I C E

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO PRIMERO	
PERSPECTIVAS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA	
A. Referencias históricas de la reproducción humana	1
B. Conceptualización de la reproducción humana	7
1. Concepto etimológico	8
2. Concepto doctrinario.....	9
3. Concepto legal.....	10
4. Concepto personal.....	12
C. Conceptos básicos de los impedimentos en la reproducción humana ...	17
1. Concepto de esterilidad	19
2. Concepto de infertilidad	21
3. Causas de esterilidad e infertilidad en la mujer	22
4. Causas de esterilidad en el varón.....	23
D. La reproducción como un derecho fundamental del ser humano	24
1. Bases Constitucionales.....	28
2. La Declaración de los Derechos Humanos de 1948.....	29
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966	31

4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966	32
5. Carta Social de Europa de 18 de octubre de 1961	33
6. Carta de los Derechos de la Familia de 22 de octubre de 1983.....	34

CAPÍTULO SEGUNDO

PANORAMA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

A. Aspectos fundamentales de la maternidad subrogada.....	36
1. Noción fundamental de la subrogación.....	36
2. Concepto personal de subrogación	38
3. Noción fundamental de la maternidad	39
4. Concepto personal de maternidad.....	41
B. Análisis sobre la denominación de maternidad subrogada	42
C. Concepto de maternidad subrogada	45
D. Concepto personal de maternidad subrogada.....	52
E. Causas que originan la maternidad subrogada	59
F. Problemática de la maternidad subrogada	64
1. Desde la perspectiva internacional	64
2. Desde la perspectiva Nacional	69
G. Repercusiones de la maternidad subrogada	69
1. Con relación a la maternidad	70
2. Con relación a la familia	73
3. Con relación al matrimonio y al concubinato	77
4. Con relación a las personas solteras.....	79

H. La adopción como una alternativa para ser padres.....	82
--	----

CAPÍTULO TERCERO

NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

A. La maternidad subrogada como contrato.....	85
1. Noción fundamental del contrato	86
2. Sujetos en el contrato	88
3. Capacidad de las partes	90
4. Consentimiento	92
5. Objeto	94
6. Del pago	105
7. Clasificación de los contratos	110
a) Contratos preparatorios y definitivos	111
b) Contratos bilaterales y unilaterales.....	112
c) Contratos onerosos y gratuitos.....	113
d) Contratos aleatorios y conmutativos.....	114
e) Contratos consensuales, reales, formales y solemnes	115
f) Contratos principales y accesorios	116
g) Contratos instantáneos y de tracto sucesivo	117
h) Contratos nominados o típicos y los innominados o atípicos	118
i) Conclusión.....	119
8. Especies de contratos	122
a) Contrato de arrendamiento.....	123

b) Contrato de prestación de servicios	124
c) Contrato de compra de esperanza	125
d) Contrato de donación	127
9. Los contratos innominados o atípicos.....	131
10. La maternidad subrogada como negocio jurídico	133

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

A. La maternidad subrogada en el derecho positivo mexicano.....	142
1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917	143
2. Ley General de Salud de 1984.....	155
3. Código Civil Federal de 2000	161
4. Código Civil para el Distrito Federal de 2000	162
5. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco de 1997 ..	165
B. La maternidad subrogada en el derecho positivo extranjero	177
1. Países que aceptan total o parcialmente la maternidad subrogada ..	178
a) Escocia	179
b) Francia.....	180
c) Canadá	182
d) España.....	183
e) Estados Unidos.....	185
C. Comité de Expertos en problemas éticos y legales relativos a la genética humana (CAHGE)	189

CAPÍTULO QUINTO

PROPUESTAS

A. Propuesta cultural.....	191
B. Propuesta jurídica.....	194
C. Propuesta administrativa	195
CONCLUSIONES	196
BIBLIOGRAFÍA	206

INTRODUCCIÓN

La era de la tecnología ha encontrado cabida en todas partes del mundo. En México, ésta se ha hecho presente con significativos avances científicos y tecnológicos, como son las técnicas de reproducción asistida, tales como la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. La primera se encuentra regulada en diez estados de la República Mexicana: Baja California, Colima, Distrito Federal, Estado de México, Guerrero, Morelos, Querétaro de Arteaga, Sinaloa, Tabasco y Yucatán. En cuanto a la fecundación *in vitro*, el periódico NOSOTROS publicó el primer nacimiento por medio de esta técnica en el Centro Médico Nacional 20 de noviembre, que se realizó el 18 de junio del 2003.

Como se puede apreciar, México ha sido partícipe de estos logros, los cuales han venido a revolucionar la reproducción humana. A estas innovaciones también se les debe unir, el descubrimiento de la maternidad subrogada, que ya es posible en el Estado de Tabasco y es el objeto de la presente investigación.

La maternidad subrogada, que necesita de la inseminación artificial o de la fecundación *in vitro* para su existencia, es aún desconocida por mucha gente, sin embargo, jurídicamente ya es posible en nuestro país, por ello es importante que se difunda, pues es derecho vigente, al menos en lo que hace al Estado de Tabasco.

Lo anterior, significa que con el tiempo, la maternidad subrogada podría extenderse a otros estados de la República, pudiendo ser legal en todo el territorio nacional en un futuro. Es por esta razón que consideré importante el análisis jurídico de lo que existe

hasta el momento sobre la maternidad subrogada.

Sin embargo, cabe señalar que esta figura jurídica es muy compleja, pues implica que una mujer solicite a otra gestar un bebé por ella, por tener problemas físicos para reproducirse, de lo cual se desprende que al nacer el bebé, cuente con dos madres: la que lo gestó y dio a luz, y la que solicita el servicio de gestación. Al respecto, el óvulo lo puede aportar la mujer que realizará la gestación, la solicitante o una donadora ajena a ambas. Sobre el espermatozoide, éste lo puede aportar la pareja de la mujer subrogada, quien gestará el óvulo, o la pareja de la solicitante.

Esto es precisamente lo que ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos, sobre todo en el social, en el ético, en el religioso y en el jurídico, ya que no se acepta que el niño deba ser entregado a una mujer diferente a la que lo dio a luz, la que según algunos doctrinarios y legisladores es la verdadera madre del niño.

Aunque también se debe tomar en cuenta quién es la mujer que aporta el óvulo. Si la que lo aporta es la subrogada, quiere decir que gestará su propio óvulo, de manera que es obvio que se diga que es su hijo. Pero si la que lo aporta es la solicitante para que otra mujer lo geste, quiere decir que la información genética, la personalidad y características físicas del bebé provenirán de la solicitante, quien es su progenitor, y la subrogada sólo se limitará a gestar el óvulo fecundado. De esta manera, el niño tiene dos madres: una genética y otra que lo gesta y da a luz. Sin embargo, por las consecuencias que implica que la solicitante aporte su óvulo, es prudente que se considere madre legal a la solicitante y no a la subrogada, aunque esta lo haya gestado y dado a luz.

Como puede apreciarse, esta es una problemática que ha generado múltiples cuestionamientos sobre la maternidad subrogada, más aún cuando en México existe un gran desconocimiento sobre ella, lo cual hace más difícil su comprensión y aceptación. Es por ello que me parece interesante esta figura jurídica, pues pese a que ya existe en México, es poco conocida. Aunado a esto se encuentra también el hecho de que puede extenderse a otros Estados de la República Mexicana y no se ha estudiado a conciencia, pues incluso en el Código Civil para el Estado de Tabasco se contemplan preceptos sobre maternidad subrogada, con los cuales no concuerdo, pues generan complicación y demasiada libertad a las partes involucradas, situación que puede dar lugar en futuro, a muchas controversias.

De acuerdo al planteamiento del problema que expongo, decidí dividir mi investigación en cinco capítulos, cuyos títulos son los siguientes:

1. Perspectivas de la Reproducción Humana;
2. Panorama de la Maternidad Subrogada;
3. Naturaleza Jurídica de la Maternidad Subrogada;
4. Análisis Jurídico de la Maternidad Subrogada; y
5. Propuestas.

En relación al capítulo primero intitulado "**PERSPECTIVAS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA**", hago un análisis de la reproducción humana y explico la importancia que se le ha dado desde la antigüedad. Esta importancia ha estribado en desentrañar el funcionamiento del cuerpo humano y en entender el por qué las personas pueden

reproducirse, así como las causas que impiden la reproducción. Entre estas causas se encuentran la esterilidad y la infertilidad, las cuales provocan que las parejas busquen alternativas para tener hijos, tales como la adopción, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* o la maternidad subrogada. Para el caso, analizo diversos instrumentos jurídicos, como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Declaración de los Derechos Humanos, entre otros, para señalar que la reproducción es un derecho de las personas, que no se ha reconocido como tal, pero que una vez reconocido mediante estos instrumentos jurídicos, puede hacerse valer aunque se tengan impedimentos para procrear; y una manera de hacer valer ese derecho es a través de la maternidad subrogada.

Sobre el capítulo segundo denominado "**PANORAMA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**", realizo un estudio profundo y amplio de esta figura jurídica, en el que primeramente parto del significado de maternidad subrogada, a fin de explicar qué es una y qué es otra. El análisis de la primera palabra servirá para sustentar el que una mujer solicitante pueda apreciarse como madre del bebé que gesta la subrogada. La segunda palabra, permitirá que se diluciden las confusiones entre la subrogación de la maternidad y la subrogación que contempla la ley.

Posteriormente, estudio las diferentes denominaciones que existen de la maternidad subrogada; el concepto doctrinal de esta figura jurídica; sus causas, problemática y repercusiones a nivel nacional e internacional; y finalizo haciendo un estudio de la adopción, a fin de señalar que ésta debe tomarse en cuenta por quienes no pueden tener hijos antes de tomar la alternativa de la maternidad subrogada.

Respecto al capítulo tercero intitulado "**NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**", analizo cada una de las partes del contrato; sus elementos de existencia y validez; clasificación y especies de los contratos. Todo lo cual me permite tener una amplia visión para sustentar la viabilidad del contrato en la maternidad subrogada.

La aportación de este punto es de gran importancia, pues además aludo al negocio jurídico, el cual, si bien, no está contemplado en nuestras leyes, sino en la teoría alemana, podría llegar a existir, dejando así una base legal que en un futuro puede servir de sustento para legislar.

En cuanto al capítulo cuarto intitulado "**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**", realizo todo un recorrido jurídico en la Constitución, en la Ley General de Salud, en los Códigos Civiles del Distrito Federal y del Estado de Tabasco, abordando también legislación internacional, de lo cual extraigo los elementos necesarios para sustentar la maternidad subrogada, hecho que es importante dado que muchos países han preferido ser omisos, o bien, prohibirla, en vez afrontarla jurídica y socialmente, como pretendo hacer en el presente trabajo de tesis.

Aunado a ello, se encuentra que, hoy en día, la maternidad subrogada se está presentando como una necesidad a nivel mundial, consecuencia de los adelantos científicos y de las cada vez más frecuentes parejas que no pueden engendrar hijos, de manera que se debe estudiar esta figura jurídica y delimitar jurídicamente para que se tenga un margen de lo que es posible y no hacer respecto a ella.

Por otra parte, en el capítulo quinto, intitulado "**PROPUESTAS**", trato de dejar claro

los aspectos que se deben regular, modificar o eliminar respecto a la maternidad subrogada, abarcando para tal efecto diferentes ámbitos, como son el cultural, el jurídico y el administrativo. Por tanto, las propuestas resultan trascendentes para el mejor desarrollo de la maternidad subrogada en nuestro país.

Para el desarrollo de la investigación me valí de los siguientes métodos:

- Método analítico, que consiste en descomponer un todo y estudiar cada una de sus partes. Utilicé este método para separar el tema de maternidad subrogada en cinco capítulos, y poder estudiarla más específicamente, a fin de contar con mayor información y resultados.
- Método histórico, consiste en estudiar datos, documentos y experiencias del pasado, que nos permiten apreciar la evolución de un fenómeno. El presente método lo emplee para abordar referencias históricas sobre la reproducción humana y la maternidad subrogada, lo cual me permitió tener una visión más amplia de esta figura.
- Método deductivo, se realiza tomando como fundamento algunos principios o conocimientos particulares que son aplicables para inferir conclusiones generales en el área. Este método me sirvió para estudiar la maternidad subrogada tocando puntos en específico, para después deducir conclusiones generales.

Respecto a la Metodología, la emplee de la siguiente manera. Cada capítulo lo desarrollé iniciando con una introducción, después establecí un concepto y señalé las características del tema; finalmente mencioné el fundamento legal de éste.

Sobre la Metodología que seguí por cada subcapítulo y conclusiones consistió en desarrollar una breve introducción, establecer el tema central y una conclusión.

Para finalizar, sólo quiero manifestar que el tema de maternidad subrogada se presta a mucha polémica, por lo que no es fácil tratar temas como este, sin embargo, espero que esta investigación aporte en mucho o en algo a la ciencia jurídica. Su estudio implica conocer ciertos aspectos médicos, como la esterilidad e infertilidad, los cuales me resultaron un cuanto difícil de comprender, sobre todo cuando tuve que abordar la diferencia entre estos términos, para lo cual platicué con varios médicos, a fin de lograr entenderlos, sin embargo, aún entre ellos existen diferencias de criterios sobre lo que es la esterilidad y la infertilidad, de modo que tuve que abocarme a lo que mencionan los libros.

Es pues la maternidad subrogada una forma de que las personas puedan tener hijos, sin embargo, considero que esta posibilidad debe limitarse sólo a aquéllos que por problemas de salud, como la esterilidad e infertilidad comprobada médicamente, no puedan procrear. La razón, consiste en que estas personas puedan hacer valer su derecho a la reproducción humana, y con ello puedan conformar una familia.

CAPÍTULO PRIMERO

PERSPECTIVAS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA

A. REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA

El humano es un ser que por naturaleza investiga, cuestiona y trata de comprender el medio en el que se desarrolla, a través de preguntas, a las cuales busca dar respuesta. Una de esas interrogantes que se ha planteado, es lo referente a la reproducción humana.

Así, en la antigüedad, el hombre se preocupó por estudiar el cuerpo humano, que era considerado una máquina tan compleja como inexplicable. Pero no se conformó con saber que la unión física del hombre y la mujer daba como resultado el nacimiento de un nuevo ser, sino que trató de explicar los impedimentos que uno u otro tenían para procrear.

De esta forma, para poder llegar a muchas verdades, tuvo que pasar tiempo, en el cual se desarrollaron teorías que trataron de explicar el origen y mecanismo de la reproducción humana, dejando precedentes para el futuro. Algunas de esas teorías se vieron adelantadas para su tiempo, muy cercanas a la realidad, pero por falta de avances tecnológicos se quedaron trucas, incompletas.

Por ejemplo, una teoría que dejó bases para estudios posteriores, fue la de Tales de Mileto, quien pensaba que "... la semilla generadora de los animales, el semen, era

solo agua, principio de todas las cosas". Esta idea fue retomada por Pitágoras, el cual creía que el elemento creador de vida no era el agua, sino el aire. Sobre esto, Parménides señaló que ni el agua ni el aire eran los creadores de vida, sino el fuego; afirmaba que "... tanto el hombre como la mujer aportaban simiente, fuego vivificante."¹

Así, las ideas sobre la reproducción humana fueron avanzando, pero la falta de medios tecnológicos les impedía en gran medida comprender el mecanismo del cuerpo humano como se comprende en pleno siglo veintiuno. De manera que quedaban limitados a ser simples observadores, a imaginar y a no poder, en muchos casos, demostrar sus teorías sobre la reproducción. Por ejemplo, Zenón de Elea, discípulo de Parménides, sostenía que "la mujer no tenía ninguna participación activa en la formación del ser... [que] era sólo el campo o terreno donde el hombre depositaba la simiente."² Lo cual actualmente se sabe que es falso, ya que la función de la mujer no consiste sólo en gestar al bebé, sino también aportar su material genético (óvulo), el cual contiene información que se transmite de generación en generación a sus descendientes.

Como se puede apreciar en esta transcripción, existía en ese tiempo mucha discriminación hacia la mujer, a quien se le consideraba un objeto, un animal o una simple incubadora que permitía perpetuar la especie humana. Incluso, era tanto el desprecio hacia la mujer que, el griego Aristóteles de Estagira adoptaba una postura misógina al atreverse a decir que "el macho representa el ser normal, y perfectamente

¹ SÁNCHEZ TORRES, Fernando, Ciencia y Reproducción Humana, Empresa Universidad-Editorial Nacional Mexicana, Colombia, 1991, pág. 8 y 9.

² Ibidem, pág. 10.

logrado, la hembra, en cambio, resulta de una procreación imperfecta, de un fracaso de la concepción; es una desviación, una especie de monstruosidad necesaria para la conservación de la especie". No obstante esta afirmación, la postura de Aristóteles era más bien un asunto personal, porque en otras teorías se acercó mucho a la verdad sobre la reproducción humana, al hablar de unos "... animales minúsculos, invisibles por su pequeñez, que el hombre siembra en la matriz donde se desarrollan y llegan luego a ser hombres completos"³, conocidos hoy en día a estos animales minúsculos como *espermatozoides*, los cuales efectivamente se depositan en el útero de la mujer y son invisibles a la vista humana, por lo que es necesario el empleo de un microscopio. Esta teoría me sorprende por lo avanzada que era para su tiempo, ya que sin este aparato, supo describir la existencia de los espermatozoides.

Es por ello el microscopio, un gran avance de la tecnología que benefició en mucho para que las teorías que aparentemente no tenían comprobación o sustento, como el caso de los animales minúsculos a que se refería Aristóteles, tuvieran respaldo científico.

El inventor de este instrumento fue Hans Zacharías Jansen en 1590⁴ y se le considera también el descubridor de los espermatozoides a través de este medio, aunque más bien opino que fue el que confirmó la existencia de los espermatozoides, pues Aristóteles ya hablaba de ellos mucho antes, en el tiempo de los griegos.

De esta forma, Hans Zacharías Jansen abrió un amplio panorama con la creación de

³ Ibidem, pág. 13.

⁴ Ibidem, pág. 26. En esta obra se dice que Anthony Van Leeuwenhoek fue el mejor utilizador del microscopio, pero no su inventor.

este maravilloso invento, con el cual los científicos comenzaron a investigar el cuerpo humano con mayor profundidad, pudiendo indagar más en los porqués de la reproducción y de los impedimentos para lograrla, partiendo en la mayoría de los casos, de teorías que habían quedado como precedente, las cuales fueron descartando, corrigiendo o perfeccionado. Como la teoría de Demócrito, llamada *Preformismo*, en la cual este sabio creía que “el espermatozoide era una abstracción, un jugo de todas las partes del cuerpo (pangénesis). Por eso el acto sexual... se acompaña de un breve desvanecimiento, pues ‘un hombre sale en ese momento de otro hombre, separándose de golpe’.”⁵ Es decir, Demócrito pensaba que el espermatozoide era un líquido preformado o creado previamente, de ahí la denominación de su teoría: el *Preformismo*. Pero el descubrimiento del microscopio no sólo retomó teorías como las de Demócrito. También destruyó teorías como la generación espontánea, que Aristóteles creía como cierta⁶.

Por lo tanto, el hombre, quien en un principio desconocía el mecanismo y funcionamiento del cuerpo humano, aprende a conocerlo y a darle importancia, hasta jurídica, lo cual no era el objetivo de los que estudiaron la reproducción humana, pero sus investigaciones repercutieron en el derecho.

En este contexto, el derecho se ha visto involucrado en la regulación de aspectos relacionados con la reproducción humana. Por ejemplo, México actualmente cuenta con muchas figuras y preceptos jurídicos que aluden a la reproducción, como por ejemplo, la familia, los hijos, la filiación, etcétera, los cuales se contemplan en la

⁵ Ibidem, pág. 10.

⁶ Ibidem, págs. 17 y 28.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, específicamente en el artículo cuarto; en el Código Civil Federal; en los Códigos Civiles y algunas leyes de los estados de la República; y en la Ley General de Salud de 1984; entre otras. Me referiré brevemente a cada uno de ellos.

En relación al artículo cuarto de nuestra Carta Magna, hablaré de él poco, debido a que más adelante del presente capítulo, en el apartado D denominado *La reproducción como un derecho fundamental del ser humano*, lo abordaré más ampliamente. Por lo tanto, cabe mencionar que en su párrafo segundo, dice: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”. Esto lo considero importante, porque si se relaciona con la reproducción, veremos que la mujer tiene la misma igualdad que el hombre ante la ley, y no se le puede concebir, como en antaño, un mero instrumento de la reproducción o una incubadora que nada aporta a un nuevo ser, sino una persona cuya participación es tan fundamental en la reproducción como la del hombre, porque parte del material genético de ambos (óvulo y espermatozoide), lo ceden al producto que la madre lleva en su vientre. Por lo tanto, ese producto del embarazo pertenece a los dos, estableciéndose con ello la igualdad legal que otorga y reconoce la ley.

Por lo que hace a los Códigos Civiles, federal y locales, no aluden a la reproducción en forma textual, sino implícita. De este modo, en estos se habla de los hijos, de la familia, del parentesco, de la filiación, del reconocimiento de los hijos, de la patria potestad, de los alimentos, de la adopción, entre otras instituciones.

De igual manera que con nuestra Carta Magna y los Códigos Civiles, la Ley General de Salud de 1984 no contempla la reproducción como tal, sino que alude a la

inseminación artificial, que es una de las técnicas de reproducción asistida, consistente en ayudar médicamente a las mujeres para lograr el embarazo.

Con lo anterior, se ve entonces que la reproducción humana ha tenido mucha importancia desde la antigüedad como hasta ahora, la diferencia, es que hoy en día contamos con novedosos avances científicos y tecnológicos que permiten desarrollar las teorías que antes no se podían comprobar o que se quedaron incompletas, así como proponer nuevas teorías.

Actualmente, una nueva teoría es la que versa sobre el derecho que tienen las personas para reproducirse aún y cuando tengan problemas de esterilidad e infertilidad, para lo cual se valen de las técnicas de reproducción asistida, que consisten en lograr la reproducción sin el contacto sexual. Y más aún, derivado de estas técnicas de reproducción asistida (fecundación *in vitro*) es posible la maternidad subrogada, que permite que una mujer solicite a otra, mediante un contrato, que se embarace por ella, a fin de que al finalizar la gestación le entregue al bebé.

Como se puede apreciar, actualmente contamos con innovaciones que antes hubieran sido inimaginables, pero que hoy en día son una realidad y que tienen como mero propósito apoyar para que las personas puedan reproducirse y planificar.

En este caso, el tema que pretendo desarrollar es el de la maternidad subrogada y, para ello decidí hacer este recorrido histórico, a fin de demostrar que la reproducción humana ha sido un aspecto de interés desde nuestros ancestros, los cuales ya se preocupaban por entender la manera en que el ser humano se reproduce y las causas por las cuales le es imposible lograrlo. Pero que actualmente existe remedio, pues se

encuentran las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada.

Finalmente, quiero señalar que nuestros legisladores, deben estar atentos a los nuevos fenómenos que se presentan en la sociedad, a fin de que el derecho no se encuentre por debajo de las necesidades que en ella se encuentran, como es el caso de la reproducción, la cual no se ha mencionado directamente en los textos legales, sino que se ha dejado implícita mediante otras instituciones y figuras jurídicas como son la familia, la filiación, entre otras.

La reproducción es por tanto, una figura que requiere su propio reconocimiento jurídico en las leyes, además, debe atenderse a los cambios tan importantes que se han dado con los adelantos científicos y tecnológicos, ya que actualmente estos han rebasado al derecho, dejando en las leyes preceptos oscuros, vacíos y discordes con la realidad.

B. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA

La reproducción es una facultad muy importante para el ser humano, porque a través de ella se hace posible la perpetuación de su especie. De otro modo, no podría tener descendientes y por lo tanto se extinguiría de la faz del mundo. Pero no obstante que se sepa la función y trascendencia de la reproducción humana, ¿qué se debe entender por ésta?

Antes de iniciar con nuestro tema, quiero mencionar que en medicina existe una

diferencia entre la reproducción animal y la reproducción humana, lo cual pudiera parecer contradictorio, si recordamos que el ser humano se encuentra incluido dentro del reino animal, y que se distingue del resto de los animales por el raciocinio.

Se hace este comentario en virtud de que existen conceptos sobre reproducción en general, que abarcan tanto a los animales sin raciocinio como a los animales con raciocinio (ser humano), y sobre reproducción humana, que se refieren únicamente a la especie que razona. Cabe señalar que tanto en los conceptos generales como en los específicos, encontré una carencia doctrinal, por lo que tuve que auxiliarme de conceptos provenientes de diccionarios y enciclopédicas médicas.

En la mayoría de los casos, los doctrinarios explican en sus obras la reproducción, sin embargo, no la conceptúan. Esta tarea la han delegado principalmente a los diccionarios y enciclopedias, es por ello que los conceptos provienen de estas fuentes. Sin embargo, busqué complementar los conceptos con varios libros referentes a la reproducción, para que se enriqueciera la investigación.

1. CONCEPTO ETIMOLÓGICO

El origen de las palabras nos permite tener una mayor comprensión del significado de las cosas y situaciones. Es por ello que considero factible abordar este aspecto para el tema de la reproducción.

En tal virtud, la palabra reproducción deriva del latín *re*, nuevo, y *productio*,

producción, que textualmente se entiende como *nueva producción*, lo quiere decir que la reproducción se refiere a la "Producción de descendientes por los cuerpos organizados. Duplicación."⁷ Tal etimología indica que la palabra *reproducir* es la facultad que tiene cualquier ser vivo para crear otros de su misma especie y en consecuencia, tener descendencia.

Es pues la reproducción, una forma de dar nacimiento a seres con características semejantes, los cuales a su vez, también se reproducirán, perpetuando con ello su especie en el tiempo.

2. CONCEPTO DOCTRINARIO

La falta de doctrina médica para conceptuar la reproducción en general y la reproducción humana, me llevó a emplear diccionarios y enciclopedias del área.

De esta manera, por lo que hace a la reproducción en general, el Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina Dorland señala que es la "Propiedad fundamental del protoplasma merced a la cual los organismos dan origen a otros organismos de la misma clase."⁸ Por su parte, en el Diccionario Médico coincide con este concepto cuando menciona que la reproducción es la "Función por la cual los seres organizados producen seres semejantes a sí mismos."⁹ Notemos que ambos conceptos se refieren

⁷ Diccionario Enciclopédico Ilustrado de Medicina Dorland, 9ª edición, Editorial Mac Graw-Hill, España, 1992, pág. 1546.

⁸ BRAIER, L., Diccionario Enciclopédico de Medicina, Ed. Jims, España, 1980, pág. 796.

⁹ Diccionario Médico, Editorial Masson, España, 1992, pág. 589.

a la facultad que poseen las personas para dar origen a seres semejantes a sí.

Por otra parte, en el Diccionario de Términos Médicos se menciona que la reproducción humana es el "Proceso de reproducción sexual, donde los varones producen espermatozoides y la mujer óvulos."¹⁰ A diferencia de los otros conceptos, este alude al medio por el cual se logra la reproducción, es decir, al *acto sexual*, el cual de forma implícita refiere a la capacidad de una persona para producir seres semejantes a ella.

Así, se debe entender que la reproducción general o humana, es en sí, la facultad para que una persona pueda dar origen a seres semejantes a sí y que el proceso de reproducción sexual alude de forma implícita a esta capacidad.

3. CONCEPTO LEGAL

La reproducción es un tema que ha cobrado auge a nivel mundial, debido a que la ciencia se ha encargado de innovar en esta área; difundiendo información, por una parte, sobre nuevas formas de anticoncepción, tal es el caso de nuevas pastillas anticonceptivas y otros métodos; y por otra parte, estableciendo opciones para lograr la procreación, en donde hacen su aparición las técnicas de reproducción asistida. Todo lo cual trae repercusiones en el ámbito del derecho, pues si se habla de métodos anticonceptivos, hay quienes consideran, como es el caso de la Iglesia Católica, que se comete aborto, el cual es regulado por las leyes, y si se alude a las

¹⁰ Diccionario de Términos Médicos, Editorial Paninfo, España, 1998, pág. 225.

formas de procreación, vemos que se encuentran las técnicas de reproducción asistida, que comprenden la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la clonación, de las cuales el artículo 466 de la Ley General de Salud de 1984 regula y permite la inseminación artificial. Sin embargo, los legisladores han sido muy escuetos al abordar la reproducción, pues dejan de lado la realidad. La realidad es que existe un incremento de los problemas de esterilidad e infertilidad en las parejas, las cuales se apoyan de todos los medios posibles para tener hijos, dejando como último recurso la adopción.

En relación a esto, cabe mencionar algunas estadísticas del Instituto Nacional de Perinatología (INPer), el cual surge el 19 de abril de 1983 como un Organismo Público Descentralizado con personalidad jurídica y patrimonios propios; entre cuyos objetivos se encuentra proporcionar servicios para la reproducción, crecimiento y desarrollo humano; realizar investigaciones clínicas y básicas en las disciplinas biomédicas y vinculadas a la perinatología y la reproducción.

Así, este Instituto registró en el año de 1990, 452 casos de esterilidad y 78 casos de infertilidad, a diferencia de los 960 casos de esterilidad y 135 de infertilidad que se presentaron en el 2003¹¹, existiendo un promedio de 100 habitantes en 1990 y 120 millones en 2003, de lo cual se deduce que en trece años se ha incrementado a más del doble los casos de esterilidad y un poco por debajo, se haya la infertilidad en la población mexicana.

Lo que quiere decir que la reproducción humana es un tema actual que deben tener

¹¹ Informes del Departamento de Consulta Externa del Instituto Nacional de Perinatología.

presentes los legisladores, pues las cifras demuestran la situación actual de personas que no pueden tener hijos, aún y cuando buscan atención médica y se allegan de todos los medios posibles para ser padres, de manera que hacen uso de las novedades científicas y tecnológicas que tiene a su alcance. Incluso hay quienes han empleado la maternidad subrogada de manera clandestina, pues no confían en las leyes, ya que cuando han querido llevarla a los tribunales para su legalización la han prohibido y los sancionan con dejar al niño en manos de la gestante, como ha sucedido en Inglaterra o en España.

Es por ello que los legisladores deben tomar conciencia de esta situación, pues en ocasiones no se atreven a legislar sobre temas que se encuentran relacionados con la ética, la moral y costumbres de México, no obstante, no pueden cerrar los ojos ante los cambios que se avecinan, pues aunque no lo quieran, la misma inercia de la tecnología los llevará a regular figuras como la fecundación *in vitro* y la clonación.

4. CONCEPTO PERSONAL

Si bien la medicina tiene sus propios conceptos sobre reproducción humana, estos no son suficientes para el derecho, ya que la medicina no regula ni sanciona problemas jurídicos. Sin embargo, el derecho tampoco debe hacer a un lado los conceptos médicos, sino retomar sus elementos más importantes y adecuarlos al ámbito jurídico.

Debido a ello, me atreví a construir y proponer un concepto que considero se podría contemplar en la Ley General de Salud de 1984, por ser la materia que se relaciona

con la reproducción. El concepto es el siguiente:

"La reproducción es el derecho que tiene toda persona para dar origen, de forma libre y responsable, a seres semejantes a sí, ya sea por medio de la relación sexual o el empleo de la inseminación artificial o fecundación in vitro".

Del concepto se desprenden los siguientes elementos: un derecho, toda persona, origen, libre y responsable, semejantes a sí, relación sexual, inseminación artificial y fecundación *in vitro*.

En cuanto al primer elemento, propongo que la reproducción se considere un derecho, a fin de que en la ley conste que todas las personas tienen la seguridad jurídica de reproducirse aún cuando tengan un impedimento para ello, de modo que tendrán el mismo derecho de reproducción los que se pueden reproducir sin dificultad y los que presentan algún problema, abarcando así a todas las personas. De esto se desprende el elemento *toda persona*, pues se incluye tanto a los que no presentan un problema para reproducirse, como a los que sí lo tienen.

El elemento *origen*, significa que los padres son el punto de partida de un nuevo ser, que se parece a ellos por contener parte de su información genética, lo que provoca que se creen *seres semejantes a sí*, el cual es otro elemento del concepto que propongo.

Respecto al elemento, *libre y responsable*, queremos señalar que la reproducción es una decisión que se ejerce libremente por la pareja, sin embargo, no se puede dejar tan abierta esta libertad, porque entonces se caería en la irresponsabilidad de tener

muchos hijos no planeados ni deseados. Por lo tanto, la reproducción debe acompañarse de responsabilidad, es decir, conciencia para tener un determinado número de hijos que se puedan mantener y cuidar adecuadamente. Esto se relaciona con el párrafo tercero, artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que dice: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". Nuestro concepto también tiene relación con la planificación familiar, que se entiende como "... la utilización de procedimientos naturales o artificiales, tanto temporales como definitivos para impedir la fecundación, con el objeto de disminuir el número de hijos por familia de manera voluntaria."¹²

Esto quiere decir que la planificación familiar da oportunidad a las parejas para determinar tanto el número de hijos, como los intervalos entre los nacimientos, ofreciendo ventajas sobre la salud reproductiva. Entendida ésta como el bienestar completo, físico, mental y social, y no simplemente la ausencia de enfermedad en todas las áreas del sistema reproductivo y sus procesos de funcionamiento.

Por lo tanto, la salud reproductiva implica que las personas sean capaces de tener una vida sexual satisfactoria y segura y el derecho del hombre y de la mujer para acceder a métodos de regulación de la fertilidad seguros, efectivos y aceptables, con servicios de salud que les proporcionen la posibilidad de tener un hijo saludable cuando ellos lo decidan. Tales son los casos de las técnicas de reproducción asistida, de las cuales (fecundación *in vitro*) se deriva la maternidad subrogada.

¹² Centro Latinoamericano Salud y Mujer (CELSAM), www.celsam.org.

En cuanto a los elementos *relación sexual*, *inseminación artificial* y *fecundación in vitro*, todos se refieren a los medios por los cuales es posible la concepción y la reproducción, que da como consecuencia la descendencia. El primer elemento, *la relación sexual*, es un proceso natural y consiste en la unión física del hombre y la mujer, a fin de que se fusione su material genético, logrando así la fecundación (unión del óvulo y el espermatozoide). Los otros dos elementos, *inseminación artificial* y *fecundación in vitro*, son procesos artificiales, es decir, logran la concepción (unión del óvulo y espermatozoide) a través de manipulaciones en el cuerpo de la mujer o en una placa de cultivo en un laboratorio. En ambos procesos ya no es necesaria la relación sexual. Aunque cabe aclarar que la participación del hombre únicamente se limita a la aportación de su semen.

Hacemos mención de estos medios artificiales en el concepto que propongo, porque la reproducción ya no puede entenderse únicamente como el proceso natural entre el hombre y la mujer. La tecnología ha avanzado de tal forma, que es capaz de hacer posible la reproducción, aún sin la relación sexual. Además, existen personas que presentan algún impedimento para reproducirse, por lo que recurren al empleo de estas técnicas de reproducción asistida (*inseminación artificial* y *fecundación in vitro*).

Actualmente, se habla de que el 10 por ciento de las parejas llegan a tener un problema de reproducción a lo largo de su vida¹³ y que aproximadamente existen 2.3 millones de mexicanos que padecen esterilidad¹⁴. De estas cifras, el 99 por ciento de

¹³ TÉCNICAS EN REPRODUCCIÓN ASISTIDA, S.C., Alta tecnología reproductiva con la más alta calidad ética, Técnicas en Reproducción Asistida, S.C., México, 2002, <http://www.reproduccion.com.mx>. Confróntese FAMILIA SALUDABLE, "Alternativas para concebir", revista, número 10, Año 9, México, pág. 50.

¹⁴ SECADES, Yolanda y Emma Torra, La Reproducción Asistida en México, The Bertarelli Foundation, s.l., 2002, http://www.fertilityworld.org/content/doc_809/es/version_1/doc.asp

las parejas se acercan a casas hogar o al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) para adoptar a un menor¹⁵ y "... -alrededor del uno y medio por ciento- necesita someterse a tecnología elevada."¹⁶ La cifra de los que solicitan el uso de estas técnicas todavía es mínima, por los costos que estas implican¹⁷, pero estamos seguros de que aumentarán por el crecimiento de la demanda, que propiciará bajar los precios. Así como ha sucedido con la telefonía celular, las computadoras y el Internet, cuyos costos se hicieron más accesibles al público por el incremento de su demanda.

Por otra parte, la Ley General de Salud de 1984 en México, hace referencia en su Título Décimo Octavo, denominado *Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos*, Capítulo VI, *Delitos*, a una de estas técnicas, la inseminación artificial. El artículo dice lo siguiente:

Artículo 46: "Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella **inseminación artificial**, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge".

¹⁵ DÍA SIETE, "Adopción. Los hijos más esperados", revista semanal, México, número 75, año 2, pág. 58.

¹⁶ FAMILIA SALUDABLE, Op. Cit., pág. 53.

¹⁷ "En México, el precio promedio de un ciclo de fecundación *in vitro*, incluyendo medicamentos, varía entre \$5,200 y \$7,700 dólares. Aún el precio menor representa una barrera infranqueable para la población infértil que percibe salario mínimo, ya que el promedio nacional de éste último equivale actualmente a \$1,467 dólares anuales. En la ciudad de México se concentra cerca del 20% de la población mexicana. El 16% de este grupo percibe mensualmente de \$2,087 a \$5,217 dólares, el 24% cuenta con un ingreso de \$696 a \$2,087 dólares al mes y el 60% restante obtiene de \$122 a \$696 dólares. Estas cifras muestran que tan solo el 16% de esta población que habita en la ciudad de México podría tener acceso a la fecundación *in vitro*; el 24%, difícilmente podrá absorber su costo y la mayoría, es decir, el 60% no podrá tener acceso a este tratamiento". SECADES, Yolanda y Emma Torra, Op. Cit., http://www.fertilityworld.org/content/doc_809/es/version_1/doc.asp

Como se puede observar, la reproducción humana es un tema actual, debido al surgimiento de las técnicas de reproducción asistida y sobre todo, por encontrarse en nuestra ley. Es por ello, que nuestros legisladores deberían estar más preocupados por regular en esta materia, pues la reproducción es un fenómeno que comienza a ser más popular con el empleo de estas técnicas, de modo que si en el derecho no se encuentran las disposiciones jurídicas que regulen en forma más específica la reproducción, así como los medios para conseguirla, habrá serios problemas en un futuro, como sería que las personas hagan uso de la maternidad subrogada en estados de la República en donde todavía no se regule jurídicamente.

C. CONCEPTOS BÁSICOS DE LOS IMPEDIMENTOS EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA

El cuerpo humano es una máquina compleja que tanto la mujer como el hombre poseen. A cada uno, la naturaleza los dotó con ciertas características para cumplir determinadas funciones. Una de ellas, que es la nos interesa explicar, se refiere a la reproducción, es decir, a la posibilidad de que una persona o pareja pueda tener descendencia.

Así, vemos que la mayoría de las personas o parejas pueden tener hijos sin grandes complicaciones, pero existen otras que no son tan afortunadas, en virtud de que presentan impedimentos (esterilidad o infertilidad) para reproducirse, ya sea que el problema provenga de la mujer, del varón, o de ambos. Ante tal situación, estas

personas buscan alternativas médicas que subsanen su impedimento, lo que ocasiona que a veces tengan que hacer uso de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, cuando las parejas utilizan estas técnicas y ni aún así ven posible la procreación, buscan otras opciones, como es el uso de dichas técnicas (fecundación *in vitro*) en otra mujer, que es ajena a su pareja, la cual presta su cuerpo para gestar y dar a luz un bebé que les será finalmente entregado. A esto se le conoce como maternidad subrogada, objeto de la presente investigación.

De esta manera, la importancia de estudiar los impedimentos de la reproducción humana consiste en encontrar la justificación médica de la maternidad subrogada, es decir, demostrar que la maternidad subrogada es una alternativa para aquellas personas que no pueden tener hijos por ser estériles o infértiles. Lo cual sustentaría su existencia en el Estado de Tabasco y permitiría que se regulara en otros Estados de la República Mexicana.

Por lo anterior, analizaré la esterilidad y la infertilidad en la mujer, ya que en la maternidad subrogada se tiene que demostrar que la mujer no puede gestar a sus propios hijos, de manera que tiene que valerse de otra mujer para ello. La esterilidad en el varón, la estudiaré en virtud de que normalmente es él quien aporta el semen para que fecundado con el óvulo se introduzca en el cuerpo de la gestante o subrogada, por lo que el hombre se convierte en el padre de ese niño.

Finalmente, explicaré las técnicas de reproducción asistida como una forma de solución para las parejas que no pueden tener hijos.

1. CONCEPTO DE ESTERILIDAD

La esterilidad es un término que suena muy drástico cuando la gente lo escucha, ya que comúnmente se utiliza para designar a aquellas parejas que no pueden reproducirse por ningún medio para tener hijos. Es decir, la esterilidad se considera grave en virtud de que se cree no tiene cura. De esta forma, la esterilidad es entendida como la imposibilidad total y absoluta para tener descendencia. Pero, ¿es correcto este significado que se le ha dado a la esterilidad?

En realidad no, porque en primera, la esterilidad no siempre se refiere a una incapacidad absoluta; puede ser también relativa, por lo que puede tener cura. En segunda, la esterilidad no alude en primera instancia a la falta de descendencia (infertilidad), sino a la falta de concepción.

Explicemos lo anterior. La esterilidad relativa consiste en la "disminución de la capacidad de concebir, sin llegar a faltar ésta de un modo completo."¹⁸ De esta manera, la esterilidad puede estar sujeta a tratamiento y subsanarse. En cambio, "la esterilidad es absoluta cuando la causa que la determina es definitiva e irreparable..."¹⁹. Es decir, que se han agotado todos los recursos que hacen posible la concepción, incluyendo el uso de técnicas nuevas y sofisticadas, como las de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación *in vitro*).

En este contexto, la esterilidad alude a la falta concepción, toda vez que significa

¹⁸ BOTELLA LLUSIÀ, J., et al, Esterilidad e Infertilidad Humanas, 29ª edición, Editorial Científico, España, 1971, pág. 5.

¹⁹ ASCH, Ricardo y Aníbal Acosta, Avances en Reproducción Humana, Editorial Médica Panamericana, Argentina, 1988, pág. 12.

"incapacidad para concebir"²⁰, entendiéndose por *concebir*, la "Fecundación [proceso de unión] del óvulo con el espermatozoide"²¹. De lo que se deduce que la esterilidad es la imposibilidad de que el óvulo y el espermatozoide se puedan fusionar. Pero no porque los gametos de la mujer o del varón no sirvan para unirse, sino porque existe un impedimento que dificulta esta fusión. Por ejemplo, cuando la mujer tiene obstruidas sus trompas de Falopio, lo que impide que los espermatozoides lleguen hasta donde se encuentra el óvulo. En el caso del hombre, puede deberse a que produzca pocos espermatozoides (oligospermia); sus gametos se pueden utilizar, pero su producción es tan baja que después de la relación sexual, estos no son suficientes para fecundar al óvulo. En ambos casos, existe un obstáculo que imposibilita la fusión del gameto masculino y el gameto femenino. Pero además de esto, en la esterilidad también debemos tomar en cuenta otro factor: el tiempo.

Así, para que la esterilidad se pueda diagnosticar como tal, se requiere que transcurra cierto tiempo. Para el caso, la Asociación Americana para el Estudio de la Esterilidad (American Fertility Society) considera estéril a la pareja que no consigue la concepción tras un año de coitos normales²², sin métodos anticonceptivos, de lo que difieren el Comité de Nomenclatura de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) y la Sociedad Europea de Reproducción (European Society for Human Reproduction and Embryology, ESHRE), quienes señalan que la esterilidad se puede declarar cuando a los dos años, la pareja no consiga tener hijos. Finalmente, el Dr. Botella y otros de sus colaboradores, en la obra *Evaluation of the Barren Marriage*,

²⁰ VÁZQUEZ BENÍTEZ, Efraín, *Medicina Reproductiva en México*, Editorial Jgh, México, 1999, pág. 18

²¹ BRAIER, L., Op. Cit., pág. 202.

²² Estos coitos deben ser de dos a cuatro por semana, ver ASCH, Ricardo y Anibal Acosta, Op. Cit., pág. 12.

Minimal Procedures²³, mencionan que la esterilidad se diagnostica no al primer ni segundo año, sino a los tres años de que una pareja lleve vida conyugal regular y aún no tengan hijos.

De las tres posturas citadas, la de FIGO y la Sociedad Europea de Reproducción, es la actualmente válida para diagnosticar la esterilidad, es decir, se considera que hay esterilidad en una pareja cuando a los dos años de relaciones sexuales, sin emplear un método anticonceptivo, no se ha logrado un embarazo.

Por lo tanto, la esterilidad, que puede ser una imposibilidad temporal para concebir, debe sumársele el factor tiempo, para que después de dos años persistir esta imposibilidad, se declare médicamente que existe una esterilidad absoluta o definitiva.

2. CONCEPTO DE INFERTILIDAD

La infertilidad es un es un término poco empleado por el común de la gente, es equiparable a la esterilidad, no obstante, son diferentes.

Veamos, la esterilidad, como mencioné, se refiere a la imposibilidad de concepción (unión o fusión del óvulo con el espermatozoide); en cambio, la infertilidad se refiere a que sí es posible la concepción, pero no la capacidad de "... llevar a la viabilidad un feto"²⁴, es decir, que el producto de la concepción se desecha por el mismo organismo. Esto es mejor conocido como *aborto*, el cual se puede prevenir a tiempo

²³ BOTELLA LLUSIÀ, J., Op. Cit., pág. 2.

²⁴ ASCH, Ricardo y Anibal Acosta, Op. Cit., pág. 12.

con tratamiento médico.

Lo que quiere decir que la infertilidad sólo se puede referir a la mujer y no al hombre, toda vez que este no puede embarazarse ni abortar. En cambio la esterilidad sí alude tanto al varón como a la mujer.

Así, hasta el momento, la diferencia entre esterilidad e infertilidad estriba en que la esterilidad es la incapacidad para concebir o fecundar, y la infertilidad, la incapacidad de llevar a término el producto del embarazo, a causa de un aborto. De ahí que se diga en el ámbito médico, que una mujer es estéril cuando no ha tenido embarazos, debido a que no se puede fusionar el óvulo con el espermatozoide; e infértil cuando no ha tenido hijos, pues los aborta. En el caso del varón, se dice que es estéril por no poder fecundar a su pareja, pero nunca infértil.

Sólo cabría mencionar que la infertilidad también puede ser relativa, pero si es imposible de corregir, se convierte en una infertilidad absoluta.

3. CAUSAS DE ESTERILIDAD E INFERTILIDAD EN LA MUJER

Las causas en la mujer, son las siguientes:

CAUSAS GENÉTICAS

- a) Numéricas
- b) Estructurales

CAUSAS UTERINAS

- a) Alteraciones endometriales
- b) Miomatosis uterinas
- c) Incompetencia ístmico cervical

CAUSAS ENDOCRINAS

- a) Fase lútea insuficiente
- b) Distirodismo
- c) Diabetes mellitus

CAUSAS INFECCIOSAS

- a) Infección de vías urinarias
- b) Toxoplasmosis
- c) Micoplasma y listeriosis
- d) Sífilis
- e) Tuberculosis
- f) Enfermedades infecciosas agudas (neumonía, tifoidea, etc.)

CAUSAS INMUNOLÓGICAS

- a) Lupus, artritis reumatoide
- b) Anticuerpos antitrofoblasto

CAUSA AMBIENTALES

- a) Drogas teratogénicas
- b) Sustancias químicas, factores geográficos
- c) Radiaciones
- d) Tabaquismo, alcoholismo y estrés

4. CAUSAS DE ESTERILIDAD EN EL VARÓN

Las principales causas por las que un hombre no puede reproducirse son las siguientes:

- Alteraciones endocrinas;
- Tumores hipofisarios;
- Alteraciones psicológicas;
- Bajos niveles de testosterona;
- Baja reproducción de espermatozoides (oligospermia), ausencia de ellos (azoospermia) o muerte de espermatozoides (necropermia);
- Presencia de sustancias aglutinadas o tóxicas en el líquido seminal (anticuerpos contra sus espermatozoides);
- Infección o accidente que produce un bloqueo en el conducto deferente;
- Malformaciones congénitas, como la ausencia congénita del conducto deferente, la falta de conexión de la cabeza con el cuerpo del epidídimo, entre otros;
- Anormalidades de secreción; o
- Entre otras causas.

D. LA REPRODUCCIÓN COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL DEL SER HUMANO

La nueva tecnología se encuentra en tal desarrollo y evolución, que el derecho se ha visto rebasado por no adecuarse a las actuales necesidades que la sociedad en

general reclama. La reproducción humana es un claro ejemplo de ello, la cual hemos tratado a lo largo de este trabajo de investigación. Se ha visto que no existe un concepto jurídico de reproducción humana, ni se concibe como un derecho, como se podrá constatar en los ordenamientos jurídicos subsecuentes que analizaré en este apartado.

Sobre estos ordenamientos, cabe señalar que la reproducción humana se ha dejado entendida de forma implícita²⁵ en diversos conceptos que ellos contienen, como son la maternidad, la infancia, la familia, entre otros. Pero esto me parece inadecuado, porque la reproducción no es algo que se tenga que deducir de otros conceptos; tiene su propia importancia. Nos preguntamos si la familia seguiría existiendo sin la reproducción; obviamente que no. Por lo tanto, sin reproducción tampoco habría maternidad ni niñez. ¿Por qué entonces el derecho ha sido tan omiso en concebirla como un derecho, si la reproducción es un hecho tan trascendente que da origen y continuidad a la existencia del ser humano?

Desde mi punto de vista, la reproducción debería ser considerada un derecho. Para ello, tendría que estar contemplada primeramente en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, a fin de que se pudieran desprender de ella diversas disposiciones que a su vez, pudieran ser retomadas por los Códigos Civiles del país y por la Ley General de Salud, principalmente.

Por lo tanto, considero que la reproducción humana se podría regular en el artículo

²⁵ Ver GAFO, Javier, Nuevas técnicas de reproducción humana, Editorial Universidad Pontificia Comillas, España, 1986, pág. 54, dice que "... no existe ninguna referencia explícita al *derecho a la procreación*; únicamente se formula el <<derecho a fundar una familia>>, en el que entra implícitamente, pero no de modo obligatorio e imprescindible, la función procreativa."

cuarto de la Constitución, sin que fuera necesario para ello crear un nuevo párrafo en este artículo. Para el caso, creo como mejor opción, que se reforme el tercer párrafo del citado artículo cuarto, debido a que, a mi parecer, es el que se relaciona más con la reproducción. Párrafo, cuya redacción no cambiaría su sentido original con la propuesta de reforma que hago. El tercer párrafo del artículo cuarto constitucional quedaría de la siguiente manera:

*Toda persona tiene derecho **a reproducirse por medios naturales o artificiales como la inseminación artificial o la fecundación in vitro, y a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.***

Ahora bien, si partimos de la idea de que la reproducción es un derecho que se puede hacer efectivo por medios naturales o artificiales, faltaría entonces saber en dónde se puede resolver un conflicto sobre esta naturaleza.

En este contexto, los tribunales facultados para cualquier controversia sobre algún asunto relacionado con la reproducción humana que verse sobre las técnicas de reproducción asistida, serían los tribunales civiles, o los familiares, en caso de existir en algún estado de la República, toda vez que estos juzgados se encargan de dirimir los asuntos entre particulares, entre los cuales se encuentran el parentesco, la filiación, reconocimiento de los hijos, etcétera. De esta manera, considero pertinente incluir los casos relacionados con las técnicas de reproducción asistida. Ello, de acuerdo a lo que señalan los artículos 103 y 104 constitucionales, que dicen lo siguiente:

Artículo 103: "Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

"I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;

"II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

"III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal".

Artículo 104: "Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

"I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas; a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado...".

De esta manera, en estos artículos se contemplan las competencias y los tribunales facultados para resolver las controversias de orden civil o familiar respecto a los asuntos relacionados con la reproducción humana a través de las técnicas de reproducción asistida, que día a día son más concurridas.

1. BASES CONSTITUCIONALES

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 es la máxima ley en nuestro país. Por ello, es importante analizar lo que contempla en sus preceptos sobre reproducción. Para el caso, analizaré los artículos 1º y 4º, que se relacionan con el tema de la procreación.

Así, el artículo 1º dice: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

Este artículo se refiere a la igualdad que la Constitución otorga y reconoce a sus habitantes, de manera que se deduce que la reproducción debe ser permitida para todos, incluyendo a aquellos que tienen problemas para procrear.

En cuanto al artículo 4º, párrafo tercero, a la letra dice: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos".

Lo anterior tiene relación con el artículo primero constitucional, pues también se refiere a la igualdad. En este caso, la igualdad consiste en permitir que las personas puedan decidir sobre el número de hijos que desean tener, lo cual alude a la reproducción, aunque de manera implícita.

Quiero destacar que, aunque estos artículos se refieren de manera más directa a la reproducción humana, existen en toda la Constitución palabras que se relacionan con

esta, como cuando se hace mención de los hijos, de los menores, de los niños y niñas, de la familia, de la filiación, de la patria potestad, etcétera., las cuales existen debido al proceso llamado reproducción.

De esta forma, nuestra Carta Magna, no contempla realmente la reproducción como tal, sino que esta se deduce de lo que dicen algunos preceptos, lo cual consideramos como una laguna jurídica, porque no es posible que la reproducción se deduzca, sino que debe existir una verdadera disposición que la mencione y de la que se pueda derivar, en su caso, una ley sobre la misma, que contenga los medios de reproducción natural y asistida.

2. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE 1948

El hombre no solo es cuerpo y mente, también posee una calidad espiritual y sentimental, que es retomada en la Carta Internacional de derechos humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 217-A, (III), del 10 de diciembre de 1948.

Por eso, al pensar en nuestra condición de personas, necesariamente nos remitimos a los derechos humanos, que son un conjunto de principios y normas universalmente aceptados por los sujetos, comunidades, instituciones y estados para preservar la dignidad humana, fomentar la justicia, el progreso y la paz. De ahí su importancia respecto a la reproducción humana. Sin embargo, entre estos derechos humanos no encontramos de forma explícita un derecho a la procreación. Solo los artículos 1° y 16

aluden de alguna manera a ella; estos, a la letra dicen:

Artículo 1º: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros."

De este artículo se desprende la igualdad de derechos que deben poseer las personas cuando nacen, lo cual concuerda con el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de manera que respecto a la reproducción, tanto las personas que tienen algún problema para procrear como las que no lo tienen, tienen derecho a tener descendientes y a formar una familia:

El artículo 16 también se refiere al derecho para formar una familia. El artículo dice: "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio en su caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento los esposos podrán contraerse al matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado."

Este artículo, como se puede apreciar, hace mención a la familia y al matrimonio. Si bien ellos no se refieren a la reproducción en forma expresa, sí lo hacen en forma implícita. Cuando en una familia existen hijos se puede hablar de reproducción. De igual manera sucede con el matrimonio o el concubinato: la pareja se casa o une, comúnmente, con el fin de compartir sus vidas y procrear hijos, lo cual alude a la

reproducción.

No obstante lo que se encuentra en este apartado, en la Declaración de los Derechos Humanos no existe, como he reiterado constantemente, una disposición jurídica que se refiera directamente con la reproducción. Esto no debería ser; puesto que la Declaración, que es un ordenamiento en el que se plasman las condiciones más elementales del ser humano, no contempla lo que es la reproducción, que es algo fundamental del ser humano, ya que sin aquella el hombre dejaría de existir. Es por eso que considera que la Declaración debería referirse a la reproducción, y no dejarla implícita en la familia, el matrimonio, la maternidad u otra figura jurídica.

3. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS DE 16 DE DICIEMBRE DE 1966

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos es un documento que deriva de la Declaración de los Derechos Humanos. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en su resolución 2200-A (XXI) y es vigente en México desde el 23 de junio de 1981.

Este documento alude a la familia, al matrimonio, a los hijos y a los niños, que contienen el fenómeno de la reproducción. Esto se encuentra en su artículo 23, el cual dice lo siguiente:

Artículo 23: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene

derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

Lo mismo que en otros ordenamientos, éste tampoco menciona directamente la reproducción, sino que alude al matrimonio y a la familia, los cuales sin embargo, derivan de aquella.

4. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE 16 DE DICIEMBRE DE 1966

De igual manera que el anterior Pacto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, en su resolución 2200-A (XXI) y es vigente en México desde el 23 de junio de 1981.

De los preceptos de este Pacto, encontramos que la reproducción se encuentra implícita en los siguientes artículos:

Artículo 10: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición..."

De los anteriores preceptos jurídicos, se desprende lo que es la familia, el matrimonio, la maternidad, los niños, la infancia y la filiación. Todo ello se relaciona con la reproducción.

5. CARTA SOCIAL DE EUROPA DE 18 DE OCTUBRE DE 1961

Esta Carta, que entró en vigor el 16 de febrero de 1965, hace referencia en su artículo 16 al derecho de familia, a la cual se le debe una protección social, jurídica y económica. De esta manera, esta Carta Social se refiere al derecho que toda persona tiene para formar una familia, pero no alude de manera directa a la procreación, sino que la menciona de forma implícita. Así, esta Carta Social señala la importancia

que tiene esta institución jurídica, a la cual le brinda protección social, jurídica y económica.

6. CARTA DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1983

Esta Carta fue presentada por la Santa Sede a todas las personas, instituciones y autoridades interesadas en la misión de la familia en el mundo contemporáneo. En ella, se ha tratado directa y explícitamente el tema de la función procreativa dentro del matrimonio. El artículo 3 de esta Carta dice:

Artículo 3: "Los esposos tienen el derecho inalienable de fundar una familia y decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a procrear, teniendo en plena consideración los deberes para consigo mismos, para con los hijos ya nacidos, la familia y la sociedad, dentro de una justa jerarquía de valores y de acuerdo con el orden moral objetivo que excluye el recurso a la contracepción, la esterilización y el aborto.

- a) Las actividades de las autoridades públicas o de organizaciones privadas, que tratan de limitar de algún modo la libertad de los esposos en las decisiones acerca de sus hijos constituyen una ofensa grave a la dignidad humana y a la justicia.
- b) En las relaciones internacionales, la ayuda económica concedida para la promoción de los pueblos no debe ser condicionada a la aceptación de programas de contracepción, esterilización o aborto.

c) La familia tiene derecho a la asistencia de la sociedad en lo referente a sus deberes en la procreación y educación de los hijos. Las parejas casadas con familia numerosa tienen derecho a una ayuda adecuada y no deben ser discriminadas".

Como se puede apreciar, de todos los documentos antes mencionados, este ahonda mayormente en el tema de la procreación, pues señala que los esposos tienen el derecho inalienable de fundar una familia y decidir sobre el intervalo entre los nacimientos y el número de hijos a **procrear**. Más adelante se vuelve a mencionar esta palabra cuando se indica que la familia tiene derecho a la asistencia de la sociedad en lo referente a sus deberes en la **procreación**. Esto quiere decir que la Santa Sede no se ha limitado a referirse a la familia, sino que menciona la procreación, como una en que los humanos crean seres semejantes a sí, la cual debe ser respetada y protegida.

CAPÍTULO SEGUNDO

PANORAMA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

A. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad subrogada es una figura que se ha utilizado en diversas partes del mundo, sin embargo, los estudios sobre ellas aún son pocos, debido a la complejidad que presenta. Por ello, me he dado a la tarea de analizarla más detenidamente en este capítulo, por lo que comenzaré con explicar en este apartado si las palabras de maternidad subrogada son adecuadas para manifestar que una mujer es la que va a solicitar a otra que gaste un bebé por ella. Es necesario que las palabras de maternidad subrogada en verdad nos digan que eso significa, pues de lo contrario se debería buscar una mejor denominación. Es por tal motivo que estudiaré estas dos palabras: subrogación y maternidad.

1. NOCIÓN FUNDAMENTAL DE LA SUBROGACIÓN

La subrogación se entiende desde dos puntos de vista: de su significado y de lo que indica la ley. La que me interesa de estas dos formas es la primera, la que alude a su significado.

“El término “subrogación” en cualquier caso, evoca la idea de una sustitución, la cual

puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra.”²⁶

Así, “*Subrogar* significa precisamente ‘sustituir’.”²⁷, o cambiar una cosa o persona por otra.

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

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

Finalmente, cabe mencionar que los conceptos doctrinarios de subrogación antes mencionados son completos, a diferencia de lo que se encontró en diversos diccionarios de la lengua española (Real Academia Española, Diccionario Enciclopédico del Reader’s Digest, entre otros). En estos se menciona que la subrogación es un sinónimo de *sustituir* y el *cambio de una cosa por otra*, lo cual no es totalmente correcto, pues la subrogación no sólo se refiere a cosas. En cambio, los conceptos de los libros que se consultaron y comentaron van más allá, pues agregan

²⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2002, pág. 1039.

²⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Editorial Oxford, México, 2002, pág. 339.

que la subrogación es también el cambio de una persona por otra, con lo cual si estoy de acuerdo, debido a que en realidad se ocupa la palabra sustituir para referirse a cosas y personas, y no solamente a cosas.

2. CONCEPTO PERSONAL DE SUBROGACIÓN

Una de las maneras de contribuir al enriquecimiento de la ciencia jurídica es aportar argumentos, opiniones y propuestas sobre lo que investigamos. Por tal razón creí prudente aportar un concepto personal sobre el significado de subrogación, el cual es el siguiente:

“Subrogación es la sustitución o cambio de una cosa o de una persona por otra”.

En el concepto que propongo busqué integrar elementos que considero importantes, como la palabra sustituir, sinónimo de subrogación, debido a que algunos autores manejan la maternidad subrogada como maternidad sustituta, lo que no quiere decir que se hable de algo distinto.

En el concepto también creí importante señalar que la subrogación no sólo implica la sustitución o cambio de una cosa; es además la sustitución o cambio de una persona. En los diferentes diccionarios que consulté encontré que la subrogación es el cambio de una cosa por otra. En cambio, la subrogación que manejan los doctrinarios consultados es el cambio de una cosa o persona por otra, lo cual me parece más completo.

Es por esto, que en el concepto propuesto, busqué integrar elementos como *sustituir* y *cambio de una cosa por otra*, a fin de que el concepto sea más rico en su contenido.

3. NOCIÓN FUNDAMENTAL DE LA MATERNIDAD

Debido a circunstancias como los adelantos tecnológicos, algunas figuras jurídicas sufren cambios, como es el caso de la maternidad.

Con el avance de la ciencia, la maternidad ha adquirido una nueva especie: la maternidad subrogada, en la cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé. Esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad, a fin de definir si las dos mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada son las madres del bebé, o lo es sólo una de ellas.

La maternidad es una palabra que proviene de *materno* y significa "Estado o cualidad de madre."²⁸ Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende "la mujer [que] es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos, etc..."²⁹

De esta manera, una madre no sólo es aquella mujer que da a luz al bebé sino también la que lo educa, cuida y alimenta. Por lo tanto, se puede decir que en la

²⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª edición, T. II, Editorial Espasa-Calpe, 1992, pág. 1337.

²⁹ CASANOVA, Martha P., et al, *Ser mujer. La formación de la identidad femenina*, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1989, pág. 25.

maternidad subrogada existen dos madres para el bebé. Una que es la que lo da a luz y otra que ve por él toda la vida. ¿Pero cuál de estas dos tiene más peso, la que le da la vida o la que lo cria? Algunos doctrinarios se inclinan por la primera postura, otros por la segunda. A juicio personal, ambas mujeres son importantes, tanto la que lo gesta y alumbra, como la que ve por él, sin embargo para efectos de la maternidad subrogada es necesario que una de las dos sea considerada como única madre del niño. Para ello, existe un aspecto que podría ser fundamental para determinar quién es la madre del niño; me refiero a la mujer que aporta el material genético, el óvulo.

Veamos, la mujer gestante es aquella que tiene al bebé durante los nueve meses del embarazo y cuando lo da a luz se convierte en madre de ese niño, haya o no aportado el óvulo. Con el simple hecho de dar a luz al niño se convierte en su madre.

Cosa distinta pasa con la mujer solicitante, pues ella sólo podría ser madre del niño si aporta su óvulo, o si la ley lo determina así mediante el contrato, a fin de que la considere como la madre legal.

En mi opinión, considero que en la maternidad subrogada debe ser importante saber quién es la que aporta el óvulo, ya que a este aspecto no se le ha dado la debida importancia y para mí es fundamental, pues si la solicitante no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces cómo puede alegar ser la madre del niño. Podría serlo sólo si lo adopta, de acuerdo a lo que la ley señale. En cambio, si la solicitante es la que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el bebé: la consanguinidad, la herencia, las características físicas y de personalidad.

En mi opinión, este es un aspecto que debe tomarse muy cuenta, pues me pregunto

¿qué pasará si en un litigio se resolviera que el niño es hijo de la mujer gestante y no de la solicitante?, en un futuro, el niño se parecerá físicamente a la mujer solicitante, pues el material genético que tiene el bebé pertenece a ella, y así como esto habrá muchas cosas afines entre la solicitante y el bebé. Por esta razón, no puede decirse que la única madre es la mujer gestante, pues la aportación de la mujer solicitante al dar su material genético es fundamental.

Por ello, la maternidad no sólo estriba en que una persona geste y de a luz un bebé. Tan importante es esto como la función de quien cría y educa a un niño, de ahí que popularmente se diga que *no es madre quien engendra sino quien educa*. De tal manera, que en la maternidad subrogada no encuentro obstáculo para que sea considerada la madre del bebé la mujer solicitante. Esto no quiere decir que la mujer gestante no lo sea, pero si se habla de maternidad subrogada, debe considerarse madre a la mujer solicitante.

4. CONCEPTO PERSONAL DE MATERNIDAD

En vista de la importancia que tiene actualmente la maternidad y de la carencia de un concepto doctrinal y legal sobre ella, creí pertinente aportar uno. Para el caso, hice uso de los elementos que se vieron anteriormente para hacer más completo el concepto, que es el siguiente:

"Maternidad es el estado o calidad de madre, quien se ocupa de educar, cuidar,

querer y alimentar a sus hijos”.

De los elementos que comenté en el apartado anterior, tomé el que señala que la maternidad deriva de materno, que significa estado o calidad de madre, así como el que la maternidad es una palabra que se refiere a la mujer que tiene hijos, a los cuales educa, cuida, quiere y alimenta. Quise introducirlos, porque considero que la mujer que funge como madre tiene precisamente estas funciones. En cambio, deje de lado en el concepto, el hecho de decir que una madre es quien aporta su óvulo, pues esto sería limitar a las mujeres para ser madres. Es decir, si en el concepto señalo que una madre es aquella mujer que aporta su óvulo, no podría considerarse como tal a la que adopta, además sería contradictorio, toda vez que hemos visto que por madre debe entenderse también a la mujer que cría a un bebé o niño.

De esta manera, el concepto que propongo de maternidad no afecta para que una mujer que solicita la maternidad subrogada sea considerada madre.

B. ANÁLISIS SOBRE LA DENOMINACIÓN MATERNIDAD SUBROGADA

A la maternidad subrogada se le comenzó a conocer como tal desde 1975 aproximadamente. A partir de entonces, han surgido diversas denominaciones, como maternidad sustituta, maternidad de sustitución, maternidad suplente, maternidad de alquiler (madres de alquiler), madres portadoras, alquiler de vientre, alquiler de útero, gestación por cuenta ajena, *surrogated motherhood*, su denominación en inglés. Sin embargo, la que más ha predominado de todas es la de maternidad subrogada.

De acuerdo a mi criterio, todas las denominaciones tienen por objeto indicar la solicitud que hace una mujer a otra para que geste por ella. No obstante, no todas las denominaciones son en realidad correctas, desde mi punto de vista.

Así, las denominaciones que no me parecen correctas son: maternidad de alquiler o madres de alquiler, madres portadoras, alquiler de vientre y alquiler de útero.

En cuanto a la maternidad de alquiler, no creo que sea correcta, en virtud de que no se trata de un contrato de arrendamiento. Recordemos que "Hay contrato de arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto" (artículo 2398 del Código Civil Federal).

De manera que según la denominación, lo que se está alquilando es la maternidad, y obviamente, ésta no puede estar sujeta a alquiler. No sería lógico que la mujer gestante gozara temporalmente de la maternidad y después la cediera a la mujer solicitante, pues esto resulta absurdo. Además, lo que se busca es que la mujer subrogada geste el óvulo y entregue al bebé cuando nazca. Por esta razón no considero que la denominación de maternidad de alquiler sea adecuada.

Otra denominación que tampoco considero correcta es la de madres portadoras, ya que es un término vago; no especifica qué es lo que portan; y aún cuando se especificara, tampoco me parecería idónea, en virtud de que una denominación debe ser como una introducción para entender algo y, el término madres portadoras no dice nada en concreto. No dice qué es lo que portan estas mujeres, ni que porqué lo

portan. Además, una madre puede portar un bebé, pero ello no indica que lo esté gestando, lo cual es un aspecto que debe entenderse con la denominación.

Finalmente, tampoco concuerdo con las denominaciones alquiler de vientre y alquiler de útero. En primera, no se trata de un contrato de arrendamiento, como mencioné anteriormente. En segunda, no sólo es el vientre o el útero lo que presta la mujer gestante, sino todo su organismo. No podemos decir que la mujer que funge como gestante ve afectado únicamente su vientre o su útero, pues ante un embarazo, todo su cuerpo comienza a modificarse para la situación en que se encuentra.

Por el contrario, considero que las denominaciones idóneas son las de maternidad subrogada, maternidad sustituta, maternidad suplente y gestación por cuenta ajena.

En cuanto a la maternidad subrogada y la maternidad sustituta son lo mismo, recuérdese que subrogación es un sinónimo de sustitución. Estas denominaciones, creo que son adecuadas, toda vez que indican que una mujer (solicitante) sustituye la maternidad de otra (gestante), de manera que la primera es la que va a criar, cuidar y dar amor al bebé.

Lo mismo se entiende con la denominación maternidad suplente, ya que suplir significa que una persona hará las funciones de otra. De modo que si se habla de maternidad suplente, se entiende que la crianza, el cuidado y el amor de una madre lo va a ejercer otra persona.

Por lo que hace a la denominación de gestación por cuenta ajena, pienso que es limitante, debido a que sólo contempla el hecho de que una mujer gesticione por otra, sin

tomar en cuenta la crianza, cuidado, amor y muchas otras cosas, que también va a efectuar otra persona, por lo que considero que esta denominación es correcta, pero carente de otros elementos.

En consecuencia, las denominaciones que mejor se adecuan a la idea de que una mujer gesta, cuide, críe y de amor por otra, son las de maternidad subrogada y maternidad sustituta, lo cual no quiere decir que la mujer subrogada no de amor y cuidados al bebé que espera, sólo que me refiero a la mujer que cuidará y dará amor al bebé cuando nazca.

C. CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA

Los pocos estudios sobre maternidad subrogada han originado que todavía no existan muchos conceptos doctrinales sobre el tema. Sin embargo, expondré algunos de los que he hallado.

Uno de ellos dice que la maternidad subrogada es “la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento.”³⁰

Respecto a este concepto, estoy de acuerdo en que una mujer gesta un niño por otra, a fin de entregárselo al finalizar el embarazo, sin embargo no se especifica la

³⁰ HURTADO OLIVER, Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación *in vitro*, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, Editorial Porrúa, México, 1999, pág. 54.

condición legal de la mujer subrogada, ni la de la mujer subrogante. Es decir, si la subrogante o subrogada es casada, concubina o soltera, pues de estar en cualquiera de estos supuestos habría consecuencias jurídicas.

De esta manera, si la subrogante o la subrogada fuera casada o concubina, entonces ellas, junto con su esposo o concubino podrían ostentarse como padres del bebé, lo cual no se prevé en el concepto y es a mi parecer, una grave omisión, pues en caso de litigio, existirían dos padres para el bebé: el esposo o concubino de la subrogada y el esposo o concubino de la subrogante, a los cuales si les interesa el nacido, entrarían en disputa para conseguir la paternidad. Esto se puede corregir si en el concepto se estipula que la mujer subrogada sea soltera y que la mujer subrogante sea casada.

Considero que debe ser así en virtud de que si la mujer subrogada es soltera se elimina un gran obstáculo, consistente en que su pareja busque exigir la paternidad del niño, alegando que el bebé nacido de los cónyuges es considerado hijo de ambos. También creo que es conveniente que la mujer subrogante sea casada, a fin de que el esposo o concubino sea el que aporte el semen, de manera se esto sirva de prueba fehaciente para demostrar que el niño es su hijo. Además, el hecho de que la mujer subrogante sea casada permite que el niño cuente con unos padres al nacer, pues de lo contrario, el bebé carecería de padre desde antes de su nacimiento.

Lo anterior quiere decir que es importante que en el concepto de maternidad subrogada se mencione la condición legal de la mujer subrogada y la mujer subrogante, pues de otra forma, cualquier mujer podría convenir con otra para gestar

y concebir un hijo, sin importar si una u otra vive en matrimonio, concubinato, o incluso, si la mujer soltera fuera lesbiana. Es por ello que, en atención a la moral y cultura mexicanas, se debe proteger a la familia integrada por los padres y los hijos, no obstante que hoy en día existan otras formas de conformarla, como es el caso de las madres solteras y las familias con madres homosexuales, las cuales, si bien son una realidad, no son comunes todavía en México. Aclaro que con esta sugerencia no busco discriminar o limitar a personas con distintas preferencias sexuales, pero considero que la naturaleza hizo a la mujer y al hombre con un propósito, el cual de manera personal, considero que consiste en formar una familia y procrear hijos, aunque es respetable que también haya personas que no tengan hijos aún ya casadas.

En relación a esto, Pedro Silva Ruíz y Jaime Vidal, señalan en su concepto algo parecido. El concepto dice 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.”*³¹

En este concepto se habla de una mujer que se presta a gestar y dar a luz un bebé con el semen de un hombre casado. Respecto al óvulo de la esposa no dice nada, de lo cual considero que la que debe aportar el óvulo es la mujer que va a recibir al bebé cuando nazca. No obstante esta observación, el hecho de que se hable de una pareja unida en matrimonio es ya un avance, sin embargo, no se menciona si la mujer

³¹ Jurisprudencia Argentina, 1989, IV, pág. 806.

subrogada es casada, concubina o soltera, lo cual si es una importante omisión, debido a que es necesario saber qué tipo de persona será la que de a luz al niño, pues si esta mujer resulta casada o concubina entonces tiene un esposo o una persona que es como un esposo, entonces por esta simple relación será legalmente el padre del bebé y por eso tendrá derecho a reclamarlo como suyo.

Cabe señalar que en este concepto se hace referencia no sólo a la maternidad subrogada, sino también a la paternidad subrogada, toda vez que se indica que un hombre casado con una mujer que no será la que gestará al bebé, será el que aportará el semen y recibirá a niño cuando nazca, descartando con ello al hombre que es pareja de la mujer subrogada, quien no lo podrá reclamar por no haber sido el que aportó el material genético.

Sin embargo, si no existe un concepto que aclare estas situaciones y si tampoco en la ley se menciona nada al respecto, no se podrá determinar quiénes son los padres del bebé, jurídicamente hablando.

Ahora bien, hasta ahora los conceptos indican que la mujer entregará al bebé una vez que nazca, sin embargo, el siguiente concepto va más allá, al señalar que la mujer subrogada deberá renunciar a la custodia del menor para que pueda ser adoptado por la pareja que lo solicitó. El concepto es el siguiente:

La maternidad subrogada es el *“contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado*

*por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada.*³²

En cuanto a este concepto, se menciona que una mujer contrata con una pareja casada. Nuevamente no se dice si la mujer que fungirá como subrogada será casada o no, pero quiero pensar que no lo es, por las razones que expuse anteriormente.

Respecto a la renuncia de la custodia de la madre subrogada, para que el bebé sea adoptado por lo subrogantes, difiero, pues considero que una persona no puede adoptar a su propio hijo biológico, es decir, si la pareja solicitante aporta su material genético (óvulo y espermia) por qué tiene que adoptar, lo más obvio es que ellos sean considerados legalmente padres del nacido. Ciertamente que la subrogada es también la madre del bebé por el hecho de haberlo gestado y dado a luz, pero ello no implica que se desconozca la paternidad de los progenitores biológicos. Al respecto, la ley señala, según el Código Civil Federal, que "La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres." (Artículo 340). Es por ello que el bebé se tiene que dar en adopción a los solicitantes, pues el bebé se considera hijo de quien lo da a luz, no obstante que la pareja haya aportado su material genético.

Otro concepto de maternidad subrogada, dice lo siguiente:

"La maternidad subrogada... implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de

³² KEANE, N. Y D. Breo, The surrogate mother, Everest House Publishers, New York, 1981, pág. 12.

*la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante.*³³

Como se nota, el concepto contiene elementos casi idénticos al anterior, excepto por que en este ya se menciona el contrato de subrogación, que denomina contrato de gestación. Para el caso, se introducen ciertas palabras como alquiler o pareja contratante, lo cual ya habla de una relación contractual. El concepto dice lo siguiente:

Por último, encontramos un concepto de Zannoni, que agrega algo interesante, habla del embrión de una pareja que se implanta en el útero de otra mujer, lo cual señala que no es sólo el óvulo de la mujer que solicita el bebé o el semen de su esposo, sino el material genético de ambos, lo cual da origen a un embrión, que es colocado en el cuerpo de la mujer subrogada. El concepto dice:

*“La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja.”*³⁴

De los conceptos expuestos se puede apreciar que tiene en común el entregar al bebé una vez nacido, y que la mujer que lo da a luz renuncia a todos sus derechos sobre él, a fin de que quienes solicitaron al bebé puedan adoptarlo. Pero, por el contrario, lo que ningún concepto ha tomado en cuenta es si al contratar o convenir habrá dinero de por medio. En la práctica se ha visto que siempre hay una actividad lucrativa, pero en la doctrina, se ve hay una omisión respecto a si debe o no pagarse por que la mujer que gesta y da a luz al niño reciba un pago.

³³ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, La fecundación in vitro y la filiación, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, pág. 204.

³⁴ Jurisprudencia Argentina, Op. Cit., pág. 805.

De manera personal, considero viable que en la maternidad subrogada haya dinero de por medio, pues es natural que la subrogada reciba un beneficio económico por su ardua labor y no un simple *gracias* de las personas a quienes entrega el bebé.

Algo que también es importante señalar y que no todos los conceptos lo especifican o aclaran es de quién será el material genético que se transferirá a la mujer subrogada: de la pareja solicitante, de donadores o de la misma mujer que fungirá como subrogada y hasta de su esposo. De esto ya hablé un poco, pero constituye una cuestión muy importante que no han atendido bien los doctrinarios en sus conceptos.

Algunos de ellos sí mencionan algo respecto a los que solicitan al bebé, refiriéndose a ellos como la pareja y otros especifican que ésta debe ser casada. Pero han dejado de lado si la mujer subrogada de igual forma debe o no ser casada. Además en México, con las reformas que hubo al Código Civil de 1928 se dio mayor fuerza al concubinato, poniéndolo casi a la misma altura del matrimonio.

Es bastante importante que exista un concepto que contenga los suficientes elementos para que se sepa qué es la maternidad subrogada, quienes pueden participar de ella y cuál será el instrumento por medio del cual se obliguen las partes, pues lo que se pone en juego no es una cosa sino la vida y futuro de un bebé, al cual el Estado protege mediante la Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en todos y cada uno de sus preceptos jurídicos.

D. CONCEPTO PERSONAL DE MATERNIDAD SUBROGADA

En virtud de las consideraciones hechas en el apartado anterior, se consideró oportuno proponer el siguiente concepto de maternidad subrogada. Algunos elementos se tomaron de los conceptos vistos, otros, de los comentarios vertidos sobre las omisiones encontradas a los mismos. El concepto es el siguiente:

"Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará una de las técnicas de reproducción asistida (fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo contrato que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante".

Del anterior concepto se desprenden los siguientes elementos:

- Acto jurídico,
- Un médico con experiencia en la materia,
- Técnicas de reproducción asistida (fecundación *in vitro*),
- Mujer denominada subrogada, quien será soltera,
- Mujer denominada subrogante, quien será casada o concubina,

- Esposo o concubino de la subrogante,
- Óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de esta,
- Contrato,
- Mayores de edad,
- Cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios,
- La subrogada hará entrega del bebé a la subrogante, y
- Única vez.

Afirmo que es un acto jurídico, porque es un hecho en el que interviene la voluntad humana, es decir, la mujer subrogante conviene con la mujer subrogada en tener un hijo que le entregará cuando nazca.

Hablo de un médico con experiencia en la materia, en virtud de que no cualquier médico puede realizar este tipo de técnicas, sino sólo aquel que conozca cómo aplicar esta técnica, que haya tenido la experiencia suficiente para no cometer errores o daños en la mujer que se va a inseminar, que pueden ser irreversibles, como podría ser dejarla estéril o infértil.

Otro de los elementos del concepto que propongo, se refiere a las técnicas de reproducción asistida, específicamente la fecundación *in vitro*, debido a que es la técnica más viable para hacer posible la maternidad subrogada. Sin embargo, algunos autores como Pedro Silva Ruíz y Jaime Vidal, señalan que también es viable la

inseminación artificial para lograr la maternidad subrogada como se muestra en su concepto de maternidad subrogada, que dice: "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."³⁵

La opinión de estos autores versa en este sentido por lo siguiente.

La inseminación artificial es una técnica intracorpórea, que se aplica cuando una mujer tiene problemas en sus trompas de Falopio e impide por ello que el esperma llegue hasta donde se encuentra el óvulo para fusionarse con él. De esta manera, el médico introduce el esperma con ciertos instrumentos para hacer posible que se encuentre con el óvulo y se fusionen.

Así, en el concepto de Pedro Silva Ruíz y Jaime Vidal, la mujer subrogada permite que le introduzcan el esperma de un hombre que no es su esposo, a fin de que cuando nazca el bebé lo de a este hombre y a su esposa. La maternidad subrogada se produce entonces cuando la subrogada da al niño y deja de ser la madre, para que después adopte esta postura la solicitante. Se sustituye una mujer por otra.

En cambio, con la técnica de fecundación *in vitro* es una técnica extracorpórea porque la unión del óvulo y el espermatozoide se lleva a cabo fuera del cuerpo de la mujer, en una placa de vidrio. Una vez unidos se introducen en el cuerpo de la mujer para que se siga gestando y llegue a término.

En este caso, pueden darse varios supuestos:

³⁵ Ibidem, pág. 806.

- Que la solicitante aporte el óvulo para que se fecunde en la placa de vidrio con el esperma de su pareja.
- Que la solicitante aporte el óvulo para que se fecunde en la placa de vidrio con el esperma de un donador.
- Que la subrogada aporte el óvulo para que se fecunde en la placa de vidrio con el esperma de la pareja de la solicitante.
- Que la subrogada aporte el óvulo para que se fecunde en la placa de vidrio con el esperma de un donador, que puede ser su pareja.

De cualquier forma, una vez fecundado el óvulo se deposita en el cuerpo de la subrogada para que lo gestee y de a luz al bebé.

Sin embargo, considero que la verdadera maternidad subrogada se produce cuando la solicitante y su esposo aportan su material genético para que lo gestee la subrogada. En todo caso, es válido, a mi parecer, la existencia de un donante de óvulo y esperma, pero que no sea la subrogada ni de la pareja de esta, pues de lo que se trata es de crear los menos vínculos posibles entre el bebé y la subrogada, a fin de que cuando llegue el momento de entregar al bebé, sea menos complicado.

Siguiendo con el concepto de maternidad subrogada que propongo, hago mención de dos mujeres, la subrogada y la subrogante. La primera, será la que permita, previo convenio con la subrogante, a ser inseminada para gestar y dar a luz el bebé. La subrogada será soltera, ya que para efectos legales resulta menos complicado, pues si fuera casada o viviera en concubinato, resultaría lo que anteriormente he

comentado, su esposo o concubino tendría derechos sobre el recién nacido, ya que por el simple hecho de ser la pareja de la subrogada es padre del niño, como indica el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice:

“Se presumen hijos de los cónyuges, prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio...”.

En el caso del concubinato, también opera este artículo, pues desde las reformas al Código Civil para el Distrito Federal del 2000 se estableció en el artículo 291-Ter que “Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables”, por lo que se deduce que los hijos nacidos dentro del matrimonio y el concubinato se presumen hijos de la pareja.

Por ello, una forma de no complicar la maternidad subrogada es que la mujer que va a dar a luz al bebé sea una mujer soltera. En cambio, la subrogante, que será quien solicite a la subrogada la prestación de su cuerpo para que tenga un hijo que le será entregado al finalizar el embarazo, será una mujer casada o que viva en concubinato, para que así ella y su esposo puedan acoger al bebé como suyo. Además debe tomarse en cuenta que el material genético (óvulo y semen) que tendrá el niño pertenecerá a la pareja subrogante, lo cual hará que el bebé se parezca a ellos y creará un lazo más fuerte que el simple convenio que se haga entre la mujer subrogante y la mujer subrogada.

Un elemento más es el contrato. “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.” (Artículo 1793 del Código

Federal). De acuerdo a esto, podemos hablar de que el contrato es un convenio en sentido estricto, que efectuarán la subrogada y la subrogante, para crear y transferirá derechos y obligaciones, sin embargo, dejaré este estudio para el capítulo tercero, en donde abundaré al respecto.

Otro elemento que introduzco en el concepto es que las personas que se relacionan en la maternidad subrogada sean mayores de edad, debido a que los menores de edad no pueden efectuar negocios jurídicos hasta que cumplan la mayoría de edad, que de acuerdo a nuestra Constitución es a los 18 años (artículo 34, fracción I).

Por ello, es importante que las personas que convienen en la maternidad subrogada sean mayores de edad, a fin de que no incurran en un delito.

Otro elemento es la cantidad de dinero que dará la subrogante a la subrogada, la cual será independiente de los gastos médicos que sean necesarios. Ciertamente es que el dinero no debe ser lo primordial para que se lleve a cabo el embarazo de la subrogada, sin embargo es difícil que una mujer acepte embarazarse de forma gratuita, a veces ni siendo parientes, y lo que busca, es la manera en que las parejas que no pueden ser padres lo consigan, de manera que se considera razonable establecer un costo, más aparte los gastos que se originen por el embarazo y de por las complicaciones que pudiera haber por ello. De hecho, las personas que han solicitado la maternidad subrogada han pagado casi siempre la cantidad de diez mil dólares³⁶, lo que equivale a cien mil pesos aproximadamente, cifra que difícilmente no

³⁶ Who is mother? Genetic donor, not surrogate, *Aba Journal*, diciembre 1, 1986, United States, pág. 18. Confróntese con ISRAEL Betsy y Lorenzo Benet, Two moms and a baby. Two years ago, a surrogate mother gave Deidre Hall a special delivery; last month, she provided another, *People*, volumen 43, año 7, 20 de febrero de 1995, United States, pág. 50. Confróntese también con OXMAN, R. Brian, California's experiment in surrogacy, *Lancet*, volumen 341, año 8858, 5 de junio de 1993, United States, pág. 1468.

puede ser pagada por la mayoría de la gente en México, lo que significa que la maternidad subrogada está sujeta a un costo elevado que sólo unos cuantos pueden costear, pues a parte de los diez mil dólares están los gastos médicos, de hospitalización y de las complicaciones del embarazo y parto.

Un elemento que también es importante es que la subrogada debe hacer entregar el bebé a la subrogante. La subrogada debe estar segura que el bebé no le pertenece, por lo que deberá entregarlo al darlo a luz, renunciando a sus derechos sobre él, de acuerdo al contrato efectuado entre ellas.

Como último elemento, y quizás el más importante, es que la subrogada realice por única vez el embarazo, de manera que no pueda ser madre subrogada por segunda vez. Esto es una forma de frenar la comercialización que podría llevarse a cabo con las mujeres que fungen como madres subrogadas, o viceversa, que estas mujeres encuentren una forma de obtener dinero teniendo hijos para personas que no pueden tener hijos.

Así, con el concepto que propongo traté de que se incluyeran todos los elementos suficientes para que sea entendible la maternidad subrogada, la cual resulta difícil de por sí, aunque un concepto puede ayudar bastante para dejar sentados elementos que permitan resolver un conflicto en un futuro.

E. CAUSAS QUE ORIGINAN LA MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad subrogada es un fenómeno que apareció aproximadamente en 1970 en Estados Unidos, debido a la necesidad de aquellas personas que no podían tener hijos por presentar esterilidad o infertilidad.

De hecho, se habla de que en la antigüedad ya existían los problemas de esterilidad e infertilidad, por lo que había una forma de maternidad subrogada. En la Biblia podemos hallar dos casos de esterilidad.

El primero de ellos es el caso de Sara y Abraham. Sara no podía darle hijos a Abraham, por lo que decide darle a su criada egipcia Hagar, a fin de que ésta quedara embarazada por Abraham y diera a luz en lugar de ella. El pasaje dice lo siguiente:

"... 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."³⁷

El segundo ejemplo lo encontramos con Raquel y Jacob. Ella tampoco podía tener hijos, es por eso que le permite a su esposo embarazar a su esclava Bilha, a fin de que por medio de ella pudiera darle hijos a Jacob. De esta manera, Raquel le dice a su marido:

"... Mira, toma a mi esclava Bilha y únete con ella; y cuanto tenga hijos, será como si yo misma los tuviera. Así podré tener hijos."³⁸

³⁷ Dios habla hoy. *La Biblia con Deuterocanónicos*, traducción directa de los textos originales: hebreo, arameo y griego, Sociedades Bíblicas Unidas, México, 1987, Génesis 16:2.

³⁸ *Ibidem*, 30:3.

En ambos casos, la esposa busca subsanar su esterilidad y dan por ello su esclava a sus esposos para que por medio de ellas puedan ser madres. Sin embargo esta maternidad es relativa, pues Sara y Raquel no eran madres por sí mismas, sino por medio de la adopción que hacían del hijo de su esclava. Se podría decir que había una subrogación de maternidad, toda vez que la madre ya no era Agar, sino Sara; o Bilha, sino Raquel, pero no la maternidad como se plantea en este trabajo.

En actualidad, los avances tecnológicos van más allá de esto. Ahora es posible que una mujer infértil o estéril (relativamente), según sea el caso, pueda hacer uso de su óvulo para que sea fecundado con el espermatozoide de su esposo o de un donador, sin que haya de por medio la relación sexual, para que a su vez, el producto de esta concepción sea inseminado artificialmente en una mujer encargada de la gestación y alumbramiento del bebé. Al final, el niño tiene dos madres, una, la madre genética (que aportó el óvulo) y otra, la madre biológica (que lo gestó y dio a luz). A esto hoy en día se le conoce como maternidad subrogada.

Posteriormente, surgieron otras causas para que se produjera la maternidad subrogada. A continuación se enumeran todas las causas que hasta ahora la han originado:

1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
2. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;

3. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, que lo geste para dar a luz un bebé;
4. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;
5. Cuando la mujer ha muerto y antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación *in vitro*; o
6. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

En los tres primeros casos, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad; en el cuarto caso a una cuestión de estética física, de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad, desisten de embarazarse, simplemente por conservar en buen estado su aspecto y forma física, por ello contratan a una mujer que geste y de a luz a un bebé que finalmente les será entregado. En el quinto, se alude a la fecundación *post mortem*; y en el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales. De todas estas causas que dan origen a la maternidad subrogada, la más rechazada es precisamente la que buscan parejas homosexuales.

Las causas que se dan con mayor frecuencia son las relacionadas a la esterilidad y la infertilidad y en ocasiones por personas que desean conservar su forma física. Las otras formas son menos recurridas, sin embargo, existen casos, que aunque sean

pocos no son por ello menos importantes; recordemos que de por medio se encuentra la vida y bienestar de un menor, por lo que se deben tener bien definidas las causas en que se puede permitir que surja la maternidad subrogada.

Las que son más aceptadas para que se produzca la maternidad subrogada son las relativas a la esterilidad e infertilidad de la pareja, no así las que se refieren a mujeres que buscan cuidar su aspecto físico. Las que aluden a la reproducción *post mortem*, la doctrina señala que de antemano, el niño sería huérfano de madre desde antes de nacer; aunque por otra parte dicen que no se puede prohibir si existe consentimiento expreso en testamento de uno o ambos cónyuges para que esta práctica fuera posible en caso de morir alguno de ellos³⁹. Tampoco es aceptada la maternidad subrogada a causa de personas solteras que buscan un bebé, pues se dice que este debe contar con unos padres que lo críen, que lo quieran y una persona soltera carece de un esposo o esposa, concubina o concubino que forme con niño una familia.

De hecho, diversas clínicas y hospitales dedicados a aplicar las técnicas de reproducción asistida no permiten que personas solteras las soliciten, sino sólo aquellas unidas en matrimonio o en concubinato, dejando fuera a quienes son solteros.⁴⁰

Sin embargo, aunque la doctrina y diversas leyes del mundo mencionan que la familia, formada por los padres y los hijos, es la forma ideal de convivencia humana, encontramos una incongruencia entre el Código Civil Federal de 2000 y el empleo de dichas técnicas de reproducción asistida, ya que en el Código Civil, artículo 390, se

³⁹ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Op. Cit., págs. 167-170.

⁴⁰ TÉCNICAS EN REPRODUCCIÓN ASISTIDA, S.C., Op. Cit., <http://www.reproduccion.com.mx>

permite a las personas solteras adoptar a uno o varios menores o incluso a un incapacitado:

Artículo 390: "El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio... puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado..."

Pero por otra parte, se les prohíbe acceder a las técnicas de reproducción asistida, por considerarse que no forman una familia o por que podrían tener tendencias lésbicas u homosexuales. Lo que quiere decir que una persona soltera puede adoptar a uno o varios menores o a un incapaz para formar con él una familia, pero es rechazada cuando solicita alguna de las técnicas de reproducción asistida para también conseguir formar una familia.

Esto es absurdo, ya que por un lado la ley protege a la familia, entendida esta como la constituida, en sentido estricto, por los padres y los hijos, y por otra parte da manga ancha a personas solteras para adoptar.

Así, de acuerdo con la ley, si una persona soltera puede adoptar a uno o varios menores, podría deducirse que también podría acceder a las técnicas de reproducción asistida, no obstante, en la práctica, esto no es posible; se les niega el servicio a estas últimas.

De manera personal, se considera inapropiado que personas solteras puedan adoptar como hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, es más factible que sea una pareja casada o que viva en concubinato, en todo caso, la que tenga acceso a tener niños.

F. PROBLEMÁTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad subrogada surgió a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, la cual por su mecánica ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos. Si bien es cierto que tiene por objeto permitir que las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, también es cierto que crea serias controversias. De las más importantes han sido los conflictos sociales, éticos, psicológicos, religiosos y jurídicos, que diferentes casos han mostrado, tanto en el ámbito internacional como nacional.

1. DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Cuando la maternidad subrogada comenzó a surgir, hubo diversos conflictos que se desprendieron de su práctica, los cuales provocaron fuertes críticas y repudio en la sociedad, por lo que en algunos países se trató de solucionar y en otros se prohibió.

Uno de los primeros datos de su existencia los encontré en la cita de un anuncio publicado en *The San Francisco Chronicle*, del 15 de abril de 1975, el cual dice lo siguiente:

"Marido sin hijos, casado con mujer infértil, desea obtener un hijo de probeta. La mujer de descendencia inglesa o del Noroeste europeo que se interese en colaborar, deberá

*indicar los honorarios que pretenda y su edad*⁴¹.

En el anuncio se puede observar que la intención del sujeto era que una mujer de las características señaladas prestara su cuerpo (matriz), para que se le insertaran artificialmente sus gametos hasta que se lograra el embarazo y al nacimiento del hijo este le fuera entregado, renunciando la madre biológica a sus derechos maternales. Así, a este llamado acudieron 180 mujeres, y entre ellas fue seleccionada una originaria de la bahía de San Francisco, quien por la suma de diez mil dólares, entre honorarios y gastos, aceptó ser inseminada. Al final del embarazo, al dar a luz, la mujer entregó al niño renunciando a sus derechos conforme a lo pactado.

Aunque, no todas las madres substitutas han recibido pago, tal es el ejemplo que se presentó en Knoxville, Tennessee, en 1980, en donde Somata Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado. Textualmente ella dijo que su acto había sido “...*un regalo de amor*.”⁴²

En ambos casos se llegó a buen término, pero no siempre ha sido así. En ocasiones los obstáculos han sido las disposiciones legales, y en otras, la negativa de la madre subrogada para entregar al bebé. Respecto al primer caso, está el antecedente de Mary Roe, en 1981, cuando fue contratada para ser inseminada artificialmente con esperma del esposo de una señora incapacitada para procrear por haberse ligado las trompas de Falopio. De acuerdo con el contrato celebrado, recibiría cinco mil dólares por la promesa de gestar y dar a luz a un hijo que entregaría al padre biológico a su nacimiento, quien daría a conocer su intención de reclamar la paternidad, y al ser

⁴¹ HURTADO OLIVER, Xavier, Op. Cit., pág. 53.

⁴² The New York Times, diciembre 11 de 1980, citado por Ibídem, pág. 56.

asentado esto lo reconocería como suyo. Por su parte, la subrogada y su esposo aceptarían que el contratante era el padre del niño, renunciarían a su custodia y demás derechos sobre él y consentirían en que la esposa estéril lo adoptara. Pero la intención se frustró cuando se toparon con la ley que rige el procedimiento de adopción en el estado de Michigan, similar a la de otros Estados de la Unión, que establece que:

*“Excepto por concepto de gastos y honorarios **aprobados por la Corte**, nadie ofrecerá, dará o recibirá ni dinero ni otros bienes de valor en conexión con ninguno de los siguientes casos: a) **Poner un niño en adopción,...** d) **Consentir en la adopción**”.*

Como esa ley impedía que el contrato fuera realizado conforme a lo planteado, los esposos contratantes iniciaron un juicio tendiente a que se declarara anticonstitucional la prohibición, por considerar que les impedía indirectamente procrear un hijo mediante el procedimiento de “*subrogación de maternidad*”, lo que juzgaban violatorio en su perjuicio del “*derecho a la privacidad*”, declarado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, como implícito en otros derechos constitucionales.

En el fallo de primera instancia, la Corte declaró que el interés del Estado expresado en la ley era evitar que el mercantilismo o afán de lucro afectara la decisión de una madre para otorgar su consentimiento para que su hijo sea adoptado. Señaló que los niños no pueden ser materia de compraventa y añadió que esta situación era una consideración mercenaria de la relación de parentesco y, que su impacto en la unidad familiar afectaba las bases mismas de la sociedad y ofendía por eso a la comunidad.

No conforme la pareja contratante, acudió a La Corte de Apelaciones, quien rechazó la vista del caso y dijo: "**La ley no prohíbe a los apelantes tener un hijo como lo plantearon, sino hacer mal uso de los procedimientos de adopción establecidos por la misma...**"⁴³

El otro suceso es el de una mujer subrogada que se negó a entregar bebé. Este caso se dio en el año de 1978, cuando un juez familiar de la Suprema Corte de Justicia Ingresada falló en un caso sobre la disputa de un niño nacido como consecuencia de un caso de subrogación. Una pareja estéril que vivía en unión libre, decidió contratar los servicios de una mujer que se embarazara con gametos del marido y les entregara el hijo al nacer. Como no hubo ninguna mujer inglesa que quisiera, tuvieron que contratar los servicios de una prostituta, que por la suma de tres mil quinientas libras esterlinas aceptó embarazarse. Sin embargo, la experiencia maternal le hizo cambiar de opinión y la mujer se negó a entregar al hijo después del nacimiento conforme a lo contratado, por lo que el padre acudió a los tribunales en demanda de la custodia y control del niño, pretensiones que le fueron negadas, recibiendo sólo el derecho de visitar al menor.

Un caso similar, pero más controvertido, debido a la disputa que se dio entre los padres biológicos y los padres contratantes por la custodia y posesión de la niña que por casi dos años careció de nombre, fue el denominado *Baby M*. El conocido caso se dio en el año de 1985, cuando un químico de 40 años de edad y su esposa, médico pediatra de 41, consideraron que un embarazo podría agravar la esclerosis múltiple que la señora padecía, por lo que decidieron contratar a una mujer que se embarazara

⁴³ Ibidem, pág. 57.

con el espermatozoides del marido y al dar a luz les entregara al niño renunciando a sus derechos sobre él para que la esposa lo adoptara. Mary Beth Whitehead de 27 años aceptó embarazarse en estas condiciones, de manera que al término del embarazo, nació una niña, a la cual se negó entregar por el afecto que ya le tenía. El asunto se llevó a la Corte, y la madre se vio obligada judicialmente a entregar a la niña, por lo que huyó, junto con toda su familia, a Florida. Pero tiempo después se le obligó a retornar y entregar a la pequeña, quien finalmente quedó en poder de los padres subrogantes.

Existen también otros casos en donde no obstante la voluntad de la madre subrogada para entregar al bebé y la permisibilidad de las leyes, no se culmina con el contrato de subrogación. Tal fue el caso de una pareja contratante formada por un transexual y su marido. Cuando la madre subrogada se enteró se negó a entregar al hijo procreado. Una Corte de California apoyó su decisión y lo retuvo.

Como se puede observar en todos estos casos, el ser humano busca hacer frente a la incapacidad física para tener hijos. La adopción fue una manera de combatir esta incapacidad, pero ahora existen otras alternativas como es la maternidad subrogada. Sin embargo, esta ha encontrado diversos obstáculos: jurídicos, morales y emocionales. En una opinión personal, los de mayor peso serían los aspectos legales, debido a que una adecuada legislación al respecto, determinaría en primera, quién es susceptible de solicitar la maternidad subrogada, después, bajo qué condiciones, lo cual ayudaría a delimitar el ámbito de aplicación de la maternidad subrogada y a su vez, evitaría conflictos entre las partes.

2. DESDE LA PERSPECTIVA NACIONAL

México es un país nuevo en cuestiones de maternidad subrogada, sin embargo, ello no quiere decir que no haya quien la comprenda, o mejor aún, existan expertos en el tema. Lo que sucede es que estas personas, generalmente los médicos, no han podido llevarla a cabo por falta de una ley que les permita practicarla. Y por otra parte, los legisladores no le han dado la importancia para legislar al respecto. Incluso, en pláticas que sostuve con algunos médicos del Hospital La Raza, me comentaron que ellos tienen propuestas para implementar la maternidad subrogada, pero no las han podido llevar a cabo por falta de leyes que la regulen.

Además de la falta de leyes respecto a la maternidad subrogada, he notado que también se carece de una cultura a nivel nacional sobre este tema, ya que mucha gente no conoce qué es ni en qué consiste, excepto Tabasco, único estado de la República Mexicana que contemplan expresamente la maternidad subrogada. Todos los demás estados no dicen nada o se refieren solamente a la técnica de reproducción asistida: la inseminación artificial, que es una de las maneras de hacer posible la maternidad subrogada.

G. REPERCUSIONES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad subrogada no es una figura jurídica aislada, ya que ha provocado repercusiones en otras figuras jurídicas que son muy importantes en nuestro derecho

y en el de cualquier parte del mundo, como son la maternidad, la familia, el matrimonio y el concubinato.

La manera en que apreciamos estas figuras jurídicas cambian con la maternidad subrogada, tal es el caso de la maternidad, la cual se pone en duda cuando se presentan dos mujeres que dicen ser las madres del niño. Pero además de esto, existen implicaciones en la familia, pues si el niño pertenece a dos madres, existen también dos familias maternas.

Como se puede apreciar, la maternidad subrogada ha venido a revolucionar figuras tan conocidas y antiguas como es la familia, la cual tal vez se pensó que nunca cambiaría, pero que sin embargo, la ciencia y tecnología la han transformado.

1. CON RELACIÓN A LA MATERNIDAD

Existe un principio que señala que la maternidad es un hecho que nunca se puede poner en duda, no así la paternidad. Sin embargo, con el surgimiento de la maternidad subrogada, hoy en día, la maternidad también puede ser incierta, debido a que una mujer es la que gesta y da a luz al bebé y otra es la que lo va a cuidar y ver toda la vida, quien además, aporta el material genético.

Antes de las reformas al Código Civil Federal, el artículo 340 decía:

“La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres”.

Ahora, con las reformas del 2000, se dividió el Código Civil en Código Civil Federal y Código Civil para el Distrito Federal. En este último el artículo 340 quedó de la siguiente forma:

“La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento”.

Como puede apreciarse, antes se hablaba de los hijos nacidos de matrimonio, en cambio, ahora se hace mención de los hijos, ya que esto es más general y abarca que la filiación de estos pueda probarse tanto de los hijos nacidos de matrimonio, como de los nacidos por concubinato y los adoptivos. Otros aspectos que se eliminaron del anterior texto son el hecho de que la filiación se probaba con la partida de nacimiento y el acta de matrimonio de sus padres. Esto implicaba que la mujer que alumbraba al bebé era la única que podía ser madre del niño. Actualmente, una mujer que presenta el acta de nacimiento del niño, puede ser considerada la madre legal. Con esto, se puede presumir que en la maternidad subrogada, la solicitante, una vez que ha registrado al bebé puede ser la madre legal del niño, lo que quiere decir que una mujer distinta a la que da a luz al bebé, puede ser la madre legal, y este artículo demuestra que esto ya puede ser posible, sin embargo aún existe un precepto que contradice esta posibilidad, el cual señala que “Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio...”, no obstante, el hecho de que se pueda probar lo contrario abre la posibilidad de que ponga en duda si las personas que tienen al bebé sean los verdaderos padres.

Por otra parte, en cuanto a que la filiación de un hijo se podía probar con el acta de matrimonio de los padres, se omitió para dejar sentado que la filiación puede probarse

con la simple acta de nacimiento, es decir, que aquellas personas que presenten vivo a un niño, alegando ser los padres, pueden reconocerlo como hijo suyo, salvo prueba en contrario. Así, las parejas que son casadas, que viven en concubinato o que adoptan a un menor, pueden presentar al niño y reconocerlo como suyo, incluso las personas que hacen uso la maternidad subrogada.

Se ve entonces que la maternidad se ha visto afectada por el surgimiento de la maternidad subrogada, la cual ha venido a revolucionar principios como el de la probanza de la maternidad, que había sido hasta ahora un aspecto invariable y permanente. No obstante, pocos se imaginaron que ello cambiara, como es el caso del doctrinario llamado Fernando Flores García, denominado El Futurista, quien le hace honor a su seudónimo, pues en un artículo que presenta en 1988 en un concurso anual de investigación jurídica "Dr. Honoris Causa Abelardo Leal", en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Nuevo León, presenta un tema denominado "La inseminación artificial y sus efectos en el Derecho Civil Mexicano: con un Proyecto de Legislación Estatal", en el cual hace importantes comentarios, incluyendo la maternidad subrogada y la maternidad.

Respecto a esto expone un caso de una pareja estadounidense que solicitó la maternidad subrogada y ante un conflicto con la subrogada, quien no quería entregar al bebé, ganaron el juicio con sustento de los tribunales, quienes respaldaron la versión de que "...así como los hombres tiene el derecho de vender sus espermatozoides, las mujeres también pueden decidir que hacer con sus vientres."⁴⁴

⁴⁴ FLORES GARCÍA, Fernando, La inseminación artificial y sus efectos en el derecho civil mexicano: con proyecto estatal, Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales, segunda época, número 12, octubre-noviembre de 1988, Nuevo León, México, pág. 65.

Sin embargo, este doctrinario señala la importancia que nuestros legisladores deben a este tema, pues dice que "Todo depende de la incidencia, intensidad y rapidez con que se sucedan los hechos de la maternidad sub-rogada, pues si se vuelve una práctica común y muy repetitiva a corto plazo en concordancia en esa misma inmediatez, el derecho debe dar respuestas legales."⁴⁵

Es entonces la maternidad un tema íntimamente relacionado con la maternidad subrogada, en virtud de que se pone en tela de juicio la verdadera identidad de la madre del bebé que está por medio, aunque para mí, la madre legal para todos los efectos debe ser considerada la mujer solicitante.

2. CON RELACIÓN A LA FAMILIA

El ser humano no puede vivir solo; necesita de otros de su misma especie para organizarse y convivir con ellos. Esta forma de agrupación es la que dio origen a lo que hoy conocemos como *familia*, que constituye una institución que ha sido considerada por diversos doctrinarios de muy distintas maneras: como la célula primaria de la *sociedad*, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo físico, psíquico y social. Por ello es tan importante. Sin embargo, la familia no siempre es como los doctrinarios la conciben en sus textos.

Primeramente, recordemos que la familia se puede entender desde varios sentidos:

⁴⁵ Ibidem, pág. 67.

desde su concepto biológico, desde su concepto social y desde su concepto jurídico.

En cuanto a su origen o concepto biológico, la familia debe entenderse como un grupo constituido por la pareja primitiva y sus descendientes, sin limitación de grado o parentesco. La familia como hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de los otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

Respecto al concepto sociológico, la familia es aquella que está formada por miembros vinculados por lazos sanguíneos, los cuales están unidos por intereses económicos, religiosos o de ayuda. En comentario, Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez dicen que este es un *“concepto cambiante en el tiempo y en el espacio, pues los conglomerados familiares se han organizado de diferentes maneras a través de las diversas épocas y en los distintos lugares”*⁴⁶, con lo cual estamos de acuerdo. Veamos simplemente que en la actualidad existen diversos tipos de uniones familiares, por ejemplo la familia nuclear se compone por la pareja y sus ascendientes inmediatos; esta a su vez, puede unirse con miembros de otras familias, que aunque viven separadas, se encuentran engranadas en redes familiares. También, como ocurre en comunidades agrícolas o pastoriles tradicionales, los familiares se agrupan en diversas parejas y sus descendientes pertenecen siempre a la familia originaria, familia del fundador, o del *pater*. En este caso, es posible que tres o más generaciones, y personas adicionales vivan juntas como una unidad familiar, originando así, la denominada *familia en sentido extenso*.

⁴⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y ROSALÍA BUENROSTRO BÁEZ, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Oxford University Press, México, 1990, pág. 8.

Finalmente, respecto al concepto jurídico, la familia no se encuentra conceptualizada por la ley; nuestros legisladores han sido omisos al respecto, tan solo la han regulado en los Códigos Civiles del país, pero no la han conceptualizado. Sin embargo, el concepto jurídico de la familia lo podemos encontrar en diversas aportaciones doctrinarias.

Así, la doctrina para referirse a la familia, la divide en dos partes, en sentido amplio o general, que es aquel *"grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere"*⁴⁷, los ascendientes, personas unidas por vínculos de sangre (colaterales hasta el cuarto grado) y civiles, y en sentido estricto o restringido, que *"comprende únicamente a los cónyuges y a los hijos de estos, que viven bajo un mismo techo"*⁴⁸, es decir, por la pareja unida en matrimonio o concubinato, con sus hijos (descendientes).

Ahora bien, entendida la familia, se puede hablar de las repercusiones que ha producido la maternidad subrogada en cada una de sus diversas concepciones.

En el aspecto biológico, la maternidad subrogada provoca confusiones, dependiendo de quién o quienes aporten el material genético, constituido por el óvulo y los espermatozoides. Si al nacer el bebé los que aportan su material genético son los que solicitan la maternidad subrogada, estos serán los progenitores del niño; si quienes ponen el material genético son la pareja subrogada, estos serán el tronco común del bebé. De igual manera, si los que aportan el material genético son donadores, personas ajenas tanto a los subrogantes como a los subrogados, estos serán los

⁴⁷ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, disco compacto, UNAM, México, 2000.

⁴⁸ *Idem*.

progenitores del menor, lo que quiere decir que una será la que lo de a luz, pero otro u otros los que aporten la herencia genética. Por eso, para fines biológicos, lo importante saber quién aporta el material genético.

En cuanto al aspecto sociológico, la maternidad subrogada también presenta repercusiones. Si las personas que aportan el material genético son distintas a las que serán padres del bebé, entonces entre estos y el niño se creará una familia sociológica, que como se mencionó anteriormente se integra por miembros cuyas características y afinidades son similares, que por la convivencia que existe entre ellos se crea un lazo tan fuerte como los lazos sanguíneos, pero que no tienen nada que ver con los vínculos biológicos. Tal es el caso de cuando los que aportan el material genético son donadores ajenos a los solicitantes o subrogados; o cuando la pareja subrogada es la que aporta el óvulo y el esperma.

Respecto al aspecto jurídico, existen también repercusiones que son importantes señalar. De acuerdo a la ley, el niño que nazca dentro de matrimonio o concubinato será considerado como hijo de la pareja, no importa si quienes aportan el material genético sean otros, lo que provoca que una pareja que conviene en fungir como subrogada sea legalmente los padres del niño, aunque biológicamente los verdaderos padres sean los subrogantes. Esto es una cuestión que no se han tomado tan en serio en los países que han determinado que el niño pertenecerá a la mujer que lo de a luz y al esposo de esta, y no a los solicitantes, pues es cierto que la mujer subrogada es la que pone su cuerpo y su organismo para tener la bebé, pero también es cierto que el niño no se parecerá a ellos, por no pertenecerles genéticamente, cosa distinta sería si los que aportan el material genético son donadores o los mismos subrogados, pues

entonces los padres serán ellos, aunque para la ley esto no importe y enfatice en que los padres serán los esposos o concubinos que tengan un hijo.

3. CON RELACIÓN AL MATRIMONIO Y AL CONCUBINATO

El matrimonio es una institución que también se ha visto afectada por la maternidad subrogada.

El término matrimonio, que procede de la palabra latina *matrimonium* y deriva de las voces *matris munium*, que significa carga, gravamen y cuidado de la mujer. Respecto a este significado etimológico, Antonio de Ibarrola, en su obra *Derecho de Familia*, retoma la cita de las Decretales de Gregorio IX, que dice: “*para la madre el niño es, antes del parto, oneroso; doloso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio, más bien que patrimonio.*”⁴⁹ Así, lo que esta cita está diciendo es que la madre lleva las cargas del hogar, entre ellas el cuidado de los hijos.

Sin embargo, en la maternidad subrogada existe una independencia entre quien alumbró al bebé y quien cuidará de él, por lo tanto, la madre del niño no será la que lo de a luz.

Hay que aclarar que el matrimonio no se refiere sólo a la mujer, el Código Civil para el Distrito Federal actual, dice en su artículo 146, que “*Matrimonio es la unión libre de un*

⁴⁹ IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 155.

hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada”.

Esto quiere decir que el matrimonio se encuentra formado por un hombre y una mujer, los cuales se apoyarán toda su vida y tendrán hijos, teniendo como fundamento jurídico, que los hijos nacidos dentro de matrimonio son hijos de los cónyuges (artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal). Pero, si este matrimonio fungiera como subrogado, el hijo o hijos que tuvieran ya no les pertenecerían, sino a aquellas personas a quienes convinieron entregarlos.

De igual manera sucede con el concubinato, que Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez conceptúan como *“la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer, que viven y cohabitan como si estuvieran casados, y que puede o no producir efectos legales.”*⁵⁰

El concubinato, que comenzó a tener mayor fuerza con las reformas al Código Civil en el 2000, se equipara al matrimonio y regirán para el todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables (artículo 291-Ter del Código Civil para el Distrito Federal), por lo que podemos deducir que los hijos nacidos dentro del concubinato se consideran hijos de la pareja. Sólo que en el caso de la maternidad subrogada, el niño o niños que nazcan no les pertenecerán a ellos, sino con quienes convinieron.

De esta manera, aunque a la ley no le interesa quién aportó el material genético para

⁵⁰ Ibidem, pág. 8.

determinar quiénes son los padres del bebé, no debería pasar por alto que esta cuestión es importante, pues el niño podrá ser reconocido por la pareja en donde nació, pero cabe aclarar que el niño no se parecerá a ellos, lo cual es un punto que no puede pasarse por alto, será tanto como decir que la pareja subrogada adoptó al niño.

4. CON RELACIÓN A LAS PERSONAS SOLTERAS

La maternidad subrogada crea un gran debate cuando se toca el tema de las personas solteras, pues algunos autores consideran que tienen derecho a solicitar que una mujer geste y de a luz un bebé por ellas, en función del derecho que tienen de reproducirse. Respecto a este derecho a la reproducción Maricruz Gómez de la Torre Vargas menciona que el "... derecho a procrear no está ligado con la familia, sino con la persona. Esta determinación es importante porque, si se deriva el derecho a procrear del derecho a la libertad personal, toda mujer podría ser usuaria de las técnicas de reproducción [asistida]."⁵¹ Lo que significa que todas las mujeres podrían tener derecho a procrear, no importando que fueran solteras, casadas o concubinas.

En cambio otros doctrinarios se oponen y manifiestan que las personas solteras no deben tener derecho a la maternidad subrogada, puesto que su derecho a reproducirse debe ir en función de la familia constituida por un padre y una madre, lo cual ellos no ofrecen al bebé, además señalan que podría ser que la persona soltera, hombre o mujer, que solicita que una mujer tenga un hijo por ellos, podría tener

⁵¹ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Op. Cit., pág. 37.

tendencias homosexuales, lo cual no es aceptado. Esta postura es la que ha predominado y las personas solteras que buscan se les aplique alguna de las técnicas de reproducción asistida en alguna clínica, o que buscan la maternidad subrogada, se les restringe.

Cosa diferente ha sucedido en Estados Unidos, cuando se les negó el uso de las técnicas de reproducción asistida a mujeres solteras, para fines de maternidad subrogada, quienes finalmente lograron que se les permitiera, cuando los tribunales resolvieron que ellas tenían derecho a hacer uso de su privacidad y del libre ejercicio de su cuerpo.⁵²

En México, encontramos que es difícil que las personas solteras puedan acceder a las técnicas de reproducción asistida y a la maternidad subrogada, por no ser casadas o vivir en concubinato, sin embargo, la ley les permite adoptar a uno o más menores o incluso a un incapacitado para formar con ellos una familia, lo cual es una incongruencia jurídica. El artículo 390 del Código Civil Federal de 2000, dice lo siguiente:

*Artículo 390: "El mayor de veinticinco años, **libre de matrimonio**... puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado..."*

Lo que quiere decir que una persona soltera puede adoptar a uno o varios menores o a un incapaz para formar con el una familia, pero es rechazada cuando solicita alguna técnica de reproducción asistida, lo que parece incongruente, ya que por un lado la ley protege a la familia y por otra parte da manga ancha a personas solteras para adoptar,

⁵² Ibidem, pág. 37.

lo que hace pensar que no existe una verdadera igualdad de derechos para las personas solteras. Tampoco existe una igualdad en la reproducción, ya que las personas solteras son rechazadas cuando buscan el uso de las técnicas de reproducción asistida, en cambio no sucede lo mismo cuando lo solicitan parejas que viven en matrimonio o en concubinato. Entonces, ¿dónde queda el derecho de reproducción de estas personas solteras?, ¿acaso deberán ejercerlo sólo cuando tenga como fin formar una familia, entendida ésta como la integrada únicamente por la pareja, o bien, por los padres y sus hijos?, ¿qué pasa entonces con personas como las madres solteras? Ellas no tienen esposo ni concubino, pero sí uno o varios hijos, Forman una familia con su hijo aunque no estén casadas o unidas en concubinato, o incluso aunque se divorcien. ¿Abría un derecho de reproducción de las personas solteras? Si la respuesta a esta última pregunta fuera sí, ¿las personas solteras podrían hacer uso de las técnicas de reproducción asistida y de la maternidad subrogada para ejercer su derecho de reproducción?

De manera personal, considero que la reproducción sí es un derecho que toda persona posee de manera individual. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así lo señala en su artículo cuarto, párrafo tercero que dice:

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

El este artículo nunca se menciona que el derecho debe ser ejercido por personas casadas o por parejas, simplemente se remite a señalar *toda persona*, de lo cual se puede deducir que abarca a personas casadas, unidas por concubinato y solteras.

Sin embargo, como la familia es una institución muy importante que es considerada la base del Estado y el núcleo en donde se desenvuelven los seres humanos, considero prudente que la reproducción que vaya en función de formar una familia, sea prioritaria a la reproducción que solicitan las personas solteras, de modo que se les debe restringir el uso de las técnicas de reproducción asistida y de la maternidad subrogada, en virtud de la finalidad tan importante que tiene la familia: el desarrollo y bienestar de cada uno de sus miembros.

H. LA ADOPCIÓN COMO UNA ALTERNATIVA PARA SER PADRES

La adopción es una figura jurídica que surgió desde el tiempo de Roma, por la necesidad de aquellas personas que carecían de descendientes, y por lo tanto no tenían a quién heredarle sus bienes al momento de morir. La adopción era y es un acto solemne que pretende imitar la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonio, y que originalmente tuvo finalidades esencialmente sucesorias⁵³.

Sin embargo, hoy en día, la adopción presenta otras finalidades, como es el proporcionar consuelo y felicidad a las parejas estériles o infértiles que no pueden tener hijos. En este caso existe una especie de subrogación, dado que hay un cambio de personas, como sucede en la maternidad subrogada. Es decir, para el menor que es adoptado, sus padres ya no serán los que le dieron la vida (padres biológicos) sino

⁵³ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Editorial Porrúa, México, 1998, pág. 462.

los que lo acogieron para vivir con él.

La adopción es pues una figura jurídica que permite que una pareja o una persona soltera, que no puedan tener descendencia, acojan o acoja a un menor ajeno, con el propósito de proporcionarle un hogar.

De esta manera, las personas que por alguna razón no pueden tener hijos tienen la oportunidad de tenerlos acudiendo a casas hogar en donde se encuentran niños que han sido abandonados por sus padres biológicos o que estos han muerto y no existe alguien que responda por ellos. Así, con la adopción, además de obtener a un menor, hacen un bien a la sociedad, rescatando a un niño y haciendo de él alguien de provecho. Sin embargo, existen personas que no desean adoptar a un menor ajeno a ellos, sino buscan tener un hijo propio, que lleve su sangre, sus características físicas y de personalidad, causa por la buscan alternativas que les permitan lograr la fertilidad. Una alternativa con la que actualmente cuentan son las técnicas de reproducción asistida.

Estas técnicas de reproducción asistida han abierto una gran esperanza para este tipo de personas sin hijos, las cuales han preferido acudir a instituciones que aplican estas técnicas que ir a una casa hogar a adoptar a un menor. Una razón que ha contribuido fuertemente a esta decisión, son los trámites tan lentos y largos para poder adoptar. Respecto a esto, las casas hogar prefieren tener a los menores en sus instituciones que enfrentarse con la responsabilidad de ceder los derechos de custodia y patria potestad de un niño a una pareja o persona soltera, más ahora que la adopción en el Distrito Federal es plena, por lo que ya no es revocable.

No obstante esta situación, la adopción no debe dejarse de lado. Es recomendable que aquellas personas que desean un hijo por medio de la maternidad subrogada, se les ofrezca primero adoptar un niño, de tal forma que la maternidad subrogada sea una alternativa secundaria.

CAPÍTULO TERCERO

NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

A. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO CONTRATO

La maternidad subrogada surgió como una forma de subsanar la esterilidad e infertilidad de las personas que no les era posible tener hijos. Para hacer efectiva esta figura, los sujetos involucrados consideraron que podían obligarse mediante un contrato, al cual le denominaron contrato de subrogación.

Pero, ante esta situación se presentan dos situaciones muy importantes: la existencia y naturaleza del contrato de subrogación. En primera, ¿será posible que las partes celebren un contrato y se obliguen mediante éste? En segunda, ¿se le podrá llamar contrato de subrogación, siendo que en varias partes del mundo no se contempla este tipo de contrato en sus legislaciones, entre ellas México?

En relación a lo anterior, algunos países, como se expuso en el apartado denominado "Problemática de la maternidad subrogada", capítulo segundo, se ha considerado que la maternidad subrogada no es susceptible de realizarse mediante un contrato; en otros casos, los tribunales de algunos países señalan que sí es posible efectuarse a través de éste. Cabe destacar que en México no existe un contrato con tal nombre, ni siquiera en el Estado de Tabasco, en el cual se establece que la maternidad subrogada ya es posible, y que las partes pueden celebrar un contrato para obligarse. Sin embargo, no se especifica qué tipo de contrato, por lo que los legisladores de este

estado dejan una laguna jurídica al respecto, lo cual lleva a la tarea de estudiar sobre el tipo de contrato que procede en la maternidad subrogada y más aún, su naturaleza jurídica, a fin de determinar si efectivamente puede esta pueda realizarse mediante este instrumento.

Es por ello que resulta necesario desarrollar su naturaleza jurídica, a fin de precisar la maternidad subrogada dentro del mundo del derecho, en lo que se refiere a Tabasco y por qué no, quizás podría implementarse en otros estados de la República Mexicana.

1. NOCIÓN FUNDAMENTAL DEL CONTRATO

La noción que comúnmente se tiene del contrato es la de una obligación entre dos o más personas, y ello es correcto, pero no lo es del todo.

De acuerdo a la doctrina, el contrato "... es un acto jurídico, una manifestación exterior de voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley."⁵⁴

Respecto a la ley, señala en su artículo 783 del Código Civil para el Distrito Federal del 2000, que un contrato es el "convenio que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones". De modo que un contrato es un convenio que crea o transmite derechos y obligaciones.

De lo anterior, podemos señalar que el concepto doctrinal es atinado al indicar que el contrato es un acto jurídico y una manifestación exterior de la voluntad, sin embargo

⁵⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Op. Cit., pág. 27.

omite decir ¿qué es un convenio?, lo cual sí menciona la ley. En cuanto a los efectos de derecho, el concepto doctrinal es vago, ya que no señala qué tipo de efectos; en cambio la ley dice que estos consisten en crear o transmitir derechos y obligaciones.

De acuerdo a lo anterior, podríamos combinar el concepto doctrinal y el legal para señalar que *un contrato es un acto jurídico, una manifestación exterior de voluntad que produce efectos jurídicos como transmitir derechos y obligaciones.*

Ahora bien, en la maternidad subrogada se ha implementado el contrato, que se ha denominado contrato de subrogación. De acuerdo a lo que he explicado hasta el momento sobre la noción fundamental del contrato, considero que la maternidad subrogada sí es un acto jurídico, pues en ella participan personas que expresan su voluntad. Así, en este acto jurídico, la solicitante manifiesta su voluntad para querer un hijo y la mujer gestante, el de tener al bebé.

En cuanto al objeto del contrato, considero que la maternidad subrogada no transmite ningún derecho u obligación, sino que los crea; nace una obligación entre dos personas, entre dos mujeres. De ahí que la maternidad subrogada tampoco pueda referirse a la subrogación que menciona la ley, como mencionamos en el capítulo segundo, pues la subrogación es una forma de transferir obligaciones.

En consecuencia, la maternidad subrogada puede entenderse como un contrato desde el punto de vista conceptual, pues se adecua a los elementos que indica en su definición, sin embargo, falta estudiar aún sus elementos de existencia y validez para que se pueda afirmar que efectivamente la maternidad subrogada puede efectuarse mediante un contrato.

2. SUJETOS EN EL CONTRATO

En todo acto jurídico es necesaria la existencia de sujetos, los cuales cumplen diversas obligaciones, dependiendo a lo que se comprometan en el contrato. De esta manera, siempre debe existir un deudor y un acreedor: "... El que ostenta el derecho subjetivo, el que tiene la facultad y recibe el nombre de *acreedor o sujeto activo*, y... El que soporta la deuda, el que tiene el deber correlativo: está obligado y recibe el nombre de *deudor o sujeto pasivo*."⁵⁵

Sin embargo, en la maternidad subrogada, tanto la subrogante como la subrogada pueden ser acreedor y deudor al mismo tiempo, ya que la subrogante tiene la obligación de pagar cierta cantidad de dinero por concepto del embarazo, parto y complicaciones del mismo, de manera que en este momento es deudor, pero se constituye en acreedor cuando está en la postura de exigir la entrega del bebé. En cuanto a la subrogada, esta es acreedora cuando puede exigir el pago de la suma acordada en virtud de la gestación, y se convierte en deudora cuando tiene que entregar al niño.

Lo anterior sucede porque "En la vida práctica es bastante frecuente que se establezcan relaciones jurídicas recíprocas, lo que significa que el deudor sea al mismo tiempo acreedor de su deudor."⁵⁶

De esta manera, la mujer subrogada y la mujer solicitante se convierten en acreedor y deudor en determinados momentos de la relación contractual. Aunque también puede

⁵⁵ Ibidem, pág. 6.

⁵⁶ Ibidem, pág. 7.

haber varios acreedores y varios deudores, como suele pasar cuando en el contrato intervienen las parejas de la subrogada y la subrogante.

Cabe señalar que la mujer soltera puede fungir como subrogada o como subrogante. Al respecto, considero que la mujer subrogada debe ser una mujer soltera, pero difiero en que la mujer solicitante lo sea también, pues, creo que la gran mayoría de doctrinarios, consideran que un niño debe contar con unos padres que le brinden un hogar y una familia al momento de nacer y no por el contrario, nacer con uno solo de sus padres, que sería en este caso su madre. No obstante, reitero, que en los tiempos actuales es más común ver madres solteras que por decisión propia o por no querer el varón asumir la responsabilidad de un hijo, tienen que enfrentar solas el hecho de ser madres.

Ahora bien, cabe mencionar que se ha dado el caso de la existencia de una persona moral, debido a aquellas empresas que sirven de intermediarios entre las personas que desean tener un hijo y la que gestará al producto, cosa con la que, de manera personal, no estoy de acuerdo, pues considero que estas empresas, lejos de beneficiar a las personas, terminan buscando un provecho, un lucro, el cual puede predominar en un momento dado. Por eso, a fin de evitar la tendencia comercial de esas empresas, la maternidad subrogada debe llevarse a cabo solamente entre los particulares. Cosa diferente sucede con las clínicas que aplican alguna técnica de reproducción asistida, pues si bien son personas morales, no tienen por objeto servir de intermediarios entre la solicitante y la gestante para conseguir la maternidad subrogada; su labor sólo se limita a aplicar la técnica solicitada.

En México no existen agencias como éstas que menciono, pero en lugares como Estados Unidos y en Inglaterra sí se han llegado a crear, sólo que en muchas ocasiones no han dado un buen resultado, pues su principal objetivo termina siendo el beneficio económico, el cual puede llegar anteponerse a la moral y a la ética que debe prevalecer en la maternidad subrogada.

Por lo tanto, no creo adecuado que haya agencias intermediarias entre el acreedor y el deudor, porque con ello sí se atenta contra el bienestar e integridad de las personas, ya que estas agencias tienden a ver la maternidad subrogada como un negocio, lo cual es peligroso para las partes que participan en ella.

3. CAPACIDAD DE LAS PARTES

Al celebrar un acto jurídico debemos tener la certeza de que todas las personas con que tratemos sean capaces natural y legalmente, pues de lo contrario se produce la inexistencia del contrato.

La capacidad natural es un atributo de la personalidad que adquirimos al momento de nacer y se considera como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad legal o de ejercicio, como también se conoce, es en cambio, la aptitud para ejercitar o hacer valer por sí mismos nuestros derechos y obligaciones.

Al respecto, el artículo 24 del Código Civil para el Distrito Federal de 2000, dice que "El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus

bienes, salvo las limitaciones que establezca la ley”, entre las que se encuentran la incapacidad natural y la incapacidad legal, como menciona el artículo 450, de este código, cuando indica que “Tienen incapacidad natural y legalmente, los menores de edad y los mayores de edad que por causas de enfermedad reversible o irreversible, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla”. De manera que cuando una persona se encuentre en alguno de estos supuestos, no podremos efectuar actos jurídicos con ellos.

Algo que podemos agregar a la capacidad de ejercicio de una persona es que puede modificarse con el tiempo, pues un sujeto puede estar bien y de repente, por alguna causa, como un accidente automovilístico, puede quedar mal de sus facultades mentales, dando como resultado no poder efectuar actos jurídicos por sí mismo, sino por medio de un representante legal.

La falta de capacidad en ambos contratantes o en alguno de ellos, origina la nulidad relativa del contrato. Por ello, en cualquier contrato debe haber capacidad de ejercicio por parte de quienes lo celebran, y cuando se firma un contrato y una de las partes contratantes carece de capacidad jurídica para contratar, dicho contrato no surte los efectos jurídicos para los cuales se celebró, por lo tanto debe ser invalidado. El fundamento legal de esto lo encontramos en el artículo 1795, fracción I del Código Civil Federal, el cual dice:

Artículo 1795: “El contrato puede ser invalidado:

“Por incapacidad legal de las partes o una de ellas.”

De acuerdo a lo anterior, tiene que haber capacidad natural y legal en la pareja solicitante como en la mujer o pareja que tendrá al bebé. Esto quiere decir que si la mujer que solicita es menor de edad deberá tener un representante legal, al igual si la menor de edad es la que gestará al bebé, aunque pienso que en este supuesto se debe restringir la gestación a mujeres mayores de edad.

Otra limitante para las personas que contratan en la maternidad subrogada es que no pueden convenir si es que padecen de sus facultades mentales, aún siendo mayores de edad.

En tales circunstancias, la maternidad subrogada puede llevarse a cabo mediante un contrato si existe capacidad de las partes, pues de lo contrario, el contrato sería invalidado por carecer alguna de ellas de capacidad.

4. CONSENTIMIENTO

Uno de los elementos de existencia del contrato es el consentimiento; sin éste, el contrato es inexistente.

Nuestra ley así lo prevé en su artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal con reformas del 2000, que dice:

Artículo 1794: "Para la existencia del contrato se requiere:

"I Consentimiento;..."

La doctrina lo conceptúa como "el acuerdo de dos o más voluntades que tienden a crear, transferir, conservar, modificar o extinguir, efectos de derecho, y es necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior."⁵⁷

De esta manera, el consentimiento es un elemento fundamental para que exista el contrato. Por ello, en la maternidad subrogada es necesario que las partes exterioricen su voluntad, a fin de que el contrato surta efectos jurídicos. Por su parte, la mujer que no puede tener hijos debe manifestar su voluntad para tener un hijo, así como el hecho de que la subrogada desee gestar y dar a luz al bebé, a sabiendas de que éste no será considerado legalmente suyo y por lo tanto, no lo podrá conservar como su hijo.

De lo anterior, se desprende que la manifestación puede ser verbal, por escrito o por signos inequívocos, o bien, por hechos o actos que presupongan o presuman el consentimiento (artículo 1803 del Código Civil Federal con de 2000). De cualquier manera, el consentimiento se debe expresar, exteriorizar por las partes para que surta efectos jurídicos. Se habla entonces de que el consentimiento se forma por una oferta y una aceptación; una no puede existir sin la otra, pues de ser así, el consentimiento carecería de valor jurídico y el contrato sería inexistente.

La oferta la debe hacer la mujer que no puede tener hijos a la mujer que gestará al bebé. La aceptación corre a cargo de la mujer subrogante.

Los únicos casos en que el consentimiento no se integra es cuando se produce un error en la naturaleza del contrato (*error in negotio*) o un error sobre la identidad de la

⁵⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Op. Cit., pág. 266.

cosa (*error in corpore*). En el primer caso, estaríamos hablando de que las partes, la mujer solicitante y la mujer subrogada creen celebrar un contrato diverso. En el segundo caso, las dos mujeres están ciertas de celebrar un contrato, sólo que ambas erróneamente piensan sobre un objeto distinto.

Como podemos observar, en ambos casos existe el consentimiento, sólo que hay errores en el tipo de contrato que se celebra o en el objeto, de manera que no puede constituirse debidamente el consentimiento, lo cual es un obstáculo insuperable para que pueda integrarse el contrato.

5. OBJETO

Una de las controversias con que me he enfrentado en la maternidad subrogada es determinar el objeto del contrato, que es un elemento de existencia, cuyo fundamento legal lo encontramos en el artículo 1794, fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

Artículo 1794: "Para la existencia del contrato se requiere:

I...;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato".

Respecto a este, algunos doctrinarios consideran que consiste en el servicio de gestación, en cambio, para otros, el objeto del contrato es el producto del embarazo,

es decir, el bebé.

Una manera sencilla para poder saber cuál es el objeto del contrato en la maternidad subrogada es responder a la pregunta: ¿A qué está obligado el deudor?⁵⁸, La respuesta a esta pregunta proporciona el objeto del contrato, que puede consistir en un dar, hacer o no hacer (abstención).

Así, en la maternidad subrogada, el deudor, o sea, la mujer subrogada, está obligada a gestar el óvulo fecundado, por lo tanto, el objeto del contrato de maternidad subrogada es la gestación de éste. Posteriormente, la subrogada tiene que hacer entrega del producto de esa gestación a la mujer solicitante, lo cual es una obligación de dar, pero considero que esto es una sólo una consecuencia que inevitablemente se tiene que producir, pues si no hubiera gestación del óvulo fecundado no habría entrega del bebé. Vuelvo entonces a la pregunta antes referida que dice ¿a qué está obligado el deudor?, al responder esta pregunta se puede apreciar que la primera respuesta deber ser: a la gestación del óvulo fecundado, no la entrega del bebé, porque como menciono, no puede haber entrega sin gestación, por ello, es más importante para mí, la gestación del óvulo fecundado, por lo que esto se convierte en el objeto del contrato, que consiste en un hacer.

Es importante resaltar que el objeto del contrato tiene dos aspectos: el objeto directo y el objeto indirecto. El "**OBJETO DIRECTO DEL CONTRATO**... resulta ser *EL CREAR Y TRANSMITIR DERECHOS Y OBLIGACIONES*."⁵⁹ En cambio, el "**OBJETO**

⁵⁸ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Op. Cit., pág. 57.

⁵⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Op. Cit., pág. 299.

INDIRECTO DEL CONTRATO... es una conducta de dar, hacer o no hacer." ⁶⁰

Para el caso, el Código Civil Federal en su artículo 1824 al respecto refuerza lo anterior señalando que: "Son objeto de los contratos:

"I. La cosa que el obligado debe dar;

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

Así, las obligaciones de dar son aquellas en que el deudor se compromete a transmitir algo de su propiedad al acreedor; las obligaciones de hacer son las que consisten en que el deudor realice una conducta; y las de no hacer, son aquellas que tienen por objeto que el deudor deje de realizar una conducta, es decir, una abstención.

En este contexto, el objeto directo del contrato en la maternidad subrogada lo constituye la creación de derechos y obligaciones. No me refiero a la transmisión de estos, toda vez que no hay algo que se transfiera; no se trata de subrogación jurídica, cesión de derechos u otra figura, sino que se crea una relación contractual entre la subrogada y la subrogante, por ello digo que se trata de la creación de derechos y obligaciones. En cuanto al objeto indirecto del contrato, se forma con la conducta de hacer por parte de la subrogada, quien debe gestar el óvulo fecundado, y por la conducta de dar, por parte de la solicitante, quien deberá entregar cierta cantidad de dinero a la subrogada, por concepto de la gestación, parto y complicaciones del embarazo.

Por lo expuesto, es que considero que la maternidad subrogada es una obligación de

⁶⁰ ídem

hacer por parte de la subrogada y no de dar, como se dice por algunos doctrinarios, pues el hecho de entregar al bebé es una consecuencia lógica de la principal acción de hacer, que consiste en gestar el óvulo fecundado. De otra manera, que razón tendría de ser la gestación del óvulo fecundado si una vez formado el bebé, éste no se entrega a la mujer solicitante.

Por ello, a diferencia de lo que opinan algunos doctrinarios, creo que la obligación en el contrato de maternidad subrogada consiste en un hacer y no en un dar.

Ahora bien, la cosa objeto del contrato necesita de ciertos requisitos para que proceda, lo cual encontramos en el artículo 1825 del Código Civil Federal del 2000, que dice:

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

Al respecto, encontramos que la gestación de un óvulo fecundado existe en la naturaleza, por lo que no tendríamos problemas con este requisito. Debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie, lo que significa que la gestación del óvulo fecundado debe precisarse, indicándose que se trata de uno o más óvulos los que se van a gestar y el nombre y características de la persona que la realizará. El tercer requisito dice que el objeto, o sea, la gestación, debe estar en el comercio, con lo cual no hay problema, ya que lo que va a estar en el comercio es la gestación y no el bebé.

Respecto a este último punto, hay quienes objetan que el hecho de permitir la

gestación para otras personas, provoca que estas mujeres vean en ello una forma de lucrar. Sin embargo, pienso que una forma de frenar esta mala comercialización, por parte de las mujeres que funjan como subrogadas, consiste en que realicen por una sola vez la gestación para otras personas, para lo cual, deberán establecerse determinados hospitales en los cuales puedan dar a luz, de manera que estos lleven un control que permita detectar cuando una persona desea prestarse como subrogada por segunda vez. Así, cuando una pareja desee los servicios de una mujer subrogada, deberán acudir primero a alguno de estos hospitales, a fin de cerciorarse que la mujer que van a contratar no ha realizado este servicio de gestación anteriormente.

Con esta propuesta, se descartarían comentarios como el ejemplo que encontré en el Estado de Kansas, en Estados Unidos, sobre un Procurador que resolvió un caso que le presentaron, exponiendo argumentos que son interesantes. El caso se presentó en julio de 1982; fecha en la que el Procurador dijo que "El mayor impedimento para la validez de los contratos de subrogación es que son contrarios a la política estatal fundada en el antiguo principio legal de que los niños no son mercancías y por lo tanto no pueden ser materia de actos de comercio o de simple donación"⁶¹. Así, vemos que en cualquier parte del mundo está prohibido que el objeto de los contratos de maternidad subrogada sean los niños como mercancías. Pero, el caso es que el niño no es el objeto del contrato, sino la gestación. Ciertamente que el niño tiene que ser entregado por la mujer subrogada a la pareja solicitante, pero es una consecuencia lógica de que otra mujer gaste el óvulo.

⁶¹ MARTÍN K., David, Washburn Law Review, v. 23, 1984, pág. 608.

Otro aspecto importante del objeto de la obligación es que sea posible físicamente y legalmente. El Código Civil Federal del 2000 en su artículo 1827, a la letra dice:

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

1. Posible;
2. Lícito."

Para el caso, se ve que la gestación es posible físicamente en la mayoría de las mujeres, lo cual indica que en la maternidad subrogada, la mujer que va a fungir como subrogada no deberá presentar obstáculo alguno para gestar, pues de lo contrario habría una imposibilidad física y el contrato sería inválido.

En cuanto al impedimento legal o jurídico, es "aquel irrealizable porque concentraría los presupuestos lógico-jurídicos de una norma que necesariamente debe regirlo y constituye un obstáculo insuperable para su ejecución."⁶² Es decir, la licitud en el objeto del contrato se refiere a que éste no debe ser contrario al orden público y a las buenas costumbres conforme al artículo 1830, del Código Civil para el Distrito Federal con reformas del 2000, que dice:

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

Pero, ¿qué debemos entender por orden público y buenas costumbres?

En cuanto al orden público, se compone de dos palabras. El vocablo *orden* que

⁶² BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Op. Cit., pág. 64.

gramaticalmente expresa el concierto o buena disposición o una serie o sucesión regulada de hechos o de cosas, lo que significa que el orden se refiere a una regla o sistema, de acuerdo con lo cual cada hecho o cada cosa ocupan un lugar según les corresponda. La otra palabra *público*, alude al Estado, a algo que este legalmente respalda. En conjunto, estas dos palabras se refieren a las reglas o sistema que crea y mantiene el Estado para guardar la paz y seguridad sociales, lo cual hace mediante leyes prohibitivas e imperativas con sanción, que se conocen como *leyes de orden público*.

En cuanto a un concepto de orden público, "Se ha considerado siempre como tarea harto difícil, establecer el concepto preciso de lo que, ante el derecho positivo, constituye el orden público, hasta el punto, que se ha preferido no definirlo. Los que afrontan esta tarea parten, para realizarla, a veces, del hecho de que en toda legislación hay preceptos cuyo cumplimiento interesa, *principalmente* a la sociedad y, otros, *principalmente* al *individuo*, o también de la división del derecho, en derecho público y en derecho privado, para concluir que el orden público es el que se mantiene por el respeto y obediencia a los preceptos que garantizan el interés social o por el de los consagrados por el derecho público."⁶³

Es pues "El calificativo 'público', agregado al sustantivo 'orden', tomado éste en su sentido corriente, se refiere a todo lo perteneciente al pueblo, o sea, a la sociedad; de manera que 'orden público' en su sentido ordinario..., es el concierto o buena disposición o sucesión reglada, por una norma de derecho positivo, de hechos

⁶³ BRANCA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Privado*, Editorial Porrúa, México, 1978, pág. 20.

humanos en cuyo mantenimiento está interesado, *principalmente*, el pueblo.”

Algunos doctrinarios le llaman *orden jurídico público*⁶⁴ y no orden público, pero de cualquier manera, este alude al hecho de que la sociedad tiene un interés directo o inmediato en que se mantenga dicho orden, siendo esta la condición de su existencia y el logro de sus fines esenciales. Es por tal motivo que el orden público se mantiene si hay un interés social, ya que este es el elemento supremo para su existencia.

Por lo tanto, al decir que el objeto del contrato de maternidad no debe ser contrario al orden público, se quiere decir que se debe atender a aquellas disposiciones jurídicas contenidas en las leyes que no pueden dejarse a la libertad individual ni pueden ser renunciables, como sería el caso de el derecho a los alimentos, los cuales no pueden convenirse por las partes (libertad individual) ni renunciarse.

En el caso de la maternidad subrogada no considero que se contravenga el orden público, pues “se consideran, generalmente, leyes de orden público las llamadas leyes constitucionales, políticas y administrativas, o sean, las que se refieren a la constitución política del Estado, y las que reglan las relaciones de los gobernados con los gobernantes en su calidad de tales, las denominadas de policía o penales que, por la prevención, o la represión, se proponen la defensa de la comunidad, y otras que, aunque reglan relaciones de los particulares entre sí, lo hacen teniendo en cuenta, principalmente, el interés de la sociedad, como aquellas relativas a la organización y gobierno de la familia, y que regulan las relaciones de marido y mujer, de padres e hijos, las que determinan el estado, capacidad y protección de las personas, las que

⁶⁴ Ibidem, pág. 22.

establecen las formas de los actos jurídicos en mira de su estabilidad y fijeza, etc."⁶⁵

De esta manera, con el contrato de maternidad subrogada no se contraviene nada de lo antes mencionado, ya que en cuanto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ni siquiera existen un precepto que regule la maternidad subrogada. Tampoco contraviene leyes de orden público referentes a la familia y las relaciones derivadas de ésta. Por ello considero que el acto jurídico de maternidad subrogada es lícito toda vez que no va en contra de ninguna disposición de orden público.

En cuanto a lo que debe entenderse por buenas costumbres, es también un asunto difícil de tratar, pues existen muchas opiniones doctrinales sobre lo que significan. Un ejemplo es el concepto de Rafael de Pina Vara, el cual dice que las buenas costumbres significan la "Conducta derivada del acatamiento espontáneo de los principios morales aceptados en una sociedad determinada en un momento también determinado de su historia."⁶⁶

Otro ejemplo es el del Doctor Ernesto Gutiérrez y González, quien menciona que las buenas costumbres cambian de una a otra población, de manera que lo que es bueno para la sociedad de un país, es malo para la de otro país. Por eso, para él, las buenas costumbres están en función de de la época en que vive un pueblo, de su nivel cultural y modas. Un ejemplo que nos pone este doctrinario son los trajes de baño llamados *monokini* o *semibikini*, que son muy pequeños y se usan en muchas partes del mundo, pero que en México escandalizan todavía a muchas personas por lo

⁶⁵ Ibidem, pág. 27.

⁶⁶ DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, 31ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 136.

atrevidos que son.

Es por ello que las buenas costumbres no son iguales en cada país, por lo que el autor en cita las conceptúa como un "Conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinados y, a las cuales, deberá atender el juzgador para sancionar o no, un acto como ilícito."⁶⁷

De a los anteriores conceptos, ambos concuerdan en que las buenas costumbres rigen en un determinado tiempo y época, variando sólo en que para Rafael de Pina Vara se tratan de principios morales, mientras que para Ernesto González y Gutiérrez se trata de hábitos, prácticas o inclinaciones. En mi opinión, me parece más aceptable el concepto del Dr. Ernesto Gutiérrez y González, ya que es más acertado hablar de los hábitos, prácticas o inclinaciones que un grupo humano o sociedad realiza, que de principios morales, debido a que es difícil comprender la moral, pues lo que es bueno para unos es malo para otros, en cambio, si nos referimos a los hábitos, prácticas o inclinaciones de ese grupo humano se deja de lado el saber qué tipo de moral contienen y si éstos son buenos o no; simplemente se sabe que es lo que realiza y aplica esa sociedad y que además no les parece malo.

Derivado de lo anterior se pueden obtener las siguientes características, a fin de saber cuándo estamos frente a las buenas costumbres:

- Deben ser hábitos o prácticas observadas y aplicadas por un grupo humano; y
- Estas deben regir en un tiempo y lugar determinados.

⁶⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Op. Cit., pág. 343.

Así, deben tomarse en cuenta según el lugar en que nos encontremos, de manera que el criterio judicial de donde se presente algún litigio sobre maternidad subrogada variará, por lo que en muchos casos podrían los juzgadores rechazar algún asunto sobre maternidad subrogada, sin embargo, habría también que ver que en México todavía falta mucha información sobre esta figura, sobre todo, falta una cultura al respecto para que los jueces no piensen que con la maternidad subrogada se atenta contra las buenas costumbres.

De acuerdo a lo anterior, en los contratos se exige que su objeto, motivo o fin no sean ilícitos, para que no se vean afectados de invalidez, y puedan producirse los efectos jurídicos que se pretenden. El fundamento de esto, lo encontramos en el artículo 1795, fracción III del Código Civil para el Distrito Federal, que dice así:

Artículo 1795: "El contrato puede ser invalidado:

I. ...

II. ...

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

De esta manera, el fin o motivo determinante de la voluntad también debe de ser lícito. Es decir, si al celebrarse el contrato de maternidad subrogada, el fin se considera contrario al orden público y a las buenas costumbres, estaría afectado en su validez.

Como se puede apreciar, el objeto del contrato es lo más difícil de determinar en la figura jurídica de maternidad subrogada, sin embargo, a manera de resumen y conclusión, puedo decir que el objeto del contrato consiste en la gestación y no en el

bebé; que con esta actividad no se atenta contra el orden público ni las buenas costumbres; y que el objeto es física y legalmente posible.

6. DEL PAGO

Una de las cosas que también se deben considerar en el contrato de maternidad subrogada es el pago o cumplimiento de la obligación.

Se ha discutido por los autores, si la prestación que es objeto de la obligación debe tener forzosamente un contenido patrimonial. Tratándose de obligaciones de dar, es indiscutible que así es, pero cuando la prestación que se exige consiste en un hacer o un no hacer, no podemos aplicar el mismo criterio.

El maestro Rafael Rojina Villegas, en nuestro Código Civil vigente, acepta la posibilidad de que se den obligaciones con un carácter extrapatrimonial⁶⁸, es decir, que sean gratuitas. En referencia, nuestro Código Civil de 1884, en su artículo 1306, consideraba que eran legalmente imposibles aquellas cosas o actos que no podían reducirse a un valor exigible, requisito que actualmente varía. De esta forma, el maestro Rafael Rojina Villegas considera que el legislador actúa en el sentido de aceptar obligaciones de contenido no patrimonial, como podría ser el caso de la donación.

⁶⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Editorial Porrúa, México, 2000, págs. 41 a 47.

Por su parte, Joaquín Martínez Alfaro, considera que es erróneo lo anterior⁶⁹, ya que según el artículo 2104 del Código Civil, aquél que incumple una obligación es responsable de los daños y perjuicios que se originen. Además, dice que indirectamente el artículo 1825 del Código Civil dispone la necesidad de que el objeto de la obligación sea patrimonial, ya que exige que la cosa objeto de la prestación esté en el comercio. No obstante, el objeto puede convenirse por las partes que sea gratuito, sin que con ello deje de estar en el comercio.

Por lo tanto, según estos artículos, la maternidad subrogada tendría que ser onerosa, teniendo como posibilidad que las partes acordaran que fuera gratuita.

Así, por lo que hace al pago o cumplimiento de la obligación, esta consiste en la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido (artículo 2062 del Código Civil Federal del 2000).

Para saber por qué se va a pagar, debe conocerse el objeto del contrato. Así, en la maternidad subrogada el objeto consiste en un hacer, o sea, en la prestación del servicio por parte de la mujer subrogada; hay que recordar que para saber cuál es el objeto del contrato basta con preguntarse ¿a qué se comprometió el deudor? Así, en el caso de la maternidad subrogada, el deudor o mujer subrogante, se compromete a gestar el óvulo fecundado, el cual una vez que se encuentre totalmente formado, se entregará al nacer. De esta manera, la mujer solicitante, pagará para que la subrogada geste y de a luz a niño.

⁶⁹ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría General de las Obligaciones, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993, pág. 1.

En cuanto al monto de la cantidad, lo deben determinar las partes, es decir, la mujer solicitante y la mujer subrogada. Normalmente he investigado que el pago es de 10 mil dólares, aunque obviamente puede variar.

Una vez que la mujer subrogada gesta al bebé y lo entrega a la mujer solicitante, recibiendo a cambio una cantidad de dinero, la obligación se extingue. Cabe señalar que en la figura de la maternidad subrogada, solamente la mujer subrogada es la que podrá cumplir con la obligación, pues esta es *intuitu personae*, es decir, que la obligación únicamente la puede realizar esa persona en virtud de sus habilidades particulares o en consideración a ella, ni siquiera puede mediar un representante que actúe a su nombre. De esa manera, no podría otra mujer gestar y dar a luz al niño, debido a que la subrogante posee, principalmente, características físicas que no las puede reemplazar otra persona, y ello hace que solamente esta mujer sea la que pueda llevar a cabo la obligación.

El pago se entiende entonces como la satisfacción del objeto de la obligación, es decir, la entrega de la cosa debida o la realización del hecho o abstención convenidos: "Es evidente que aquel que ha satisfecho su obligación queda libre de ella: de donde se sigue que el pago real, que no es otra cosa que el cumplimiento de la obligación, es la manera más natural de extinguir la obligación."⁷⁰ Este pago o cumplimiento puede realizarse de manera voluntaria o mediante la ejecución forzosa, de manera que si la mujer solicitante se niega a entregar la suma pactada a la mujer subrogada, esta podrá demandar el pago del dinero. Por el contrario, si la mujer subrogada es la

⁷⁰ POTHIER, R. J., Tratado de las Obligaciones, Editorial Heliasra, Brasil, 1993, págs. 71 a 74.

que se niega a gestar y dar a luz al bebé, o a entregar este, la solicitante podrá demandar a la subrogada, a fin de obligarla a cumplir con lo convenido. Aunque, a mi parecer, la subrogada se puede negar a gestar al bebé, si es que corre peligro su vida. Cosa distinta sería que la subrogada no quisiera dar a luz al bebé, pues ello implicaría el aborto, con lo cual no estoy de acuerdo, a menos que la vida de la subrogada se encuentre en riesgo de muerte.

Ahora bien, la suma pactada puede ser recibida directamente por la mujer subrogada o por algún representante de ella, variando así la persona que recibe el dinero, salvo pacto en contrario; pero lo que no puede variar es lo que cada parte se comprometió a recibir. Por lo tanto, si la mujer solicitante se comprometió a dar cierta cantidad de dinero, no puede dar algo en especie. Por su parte, la mujer subrogante tampoco puede variar lo que acordó en el contrato; si ella se compromete a gestar al bebé, darlo a luz y entregarlo una vez que nazca, no puede negarse a no gestarlo, a abortarlo o a quedárselo al nacer. Con lo único de esto último que no estaría de acuerdo y por lo tanto podría ser una excepción, es lo referente a obligar a la subrogada para que gaste al bebé, pues es en perjuicio del niño, ya que éste resentirá el desagrado y falta de cuidados de una mujer que no lo quiere y además la subrogada poco hará por llevar bien el embarazo.

Considero que esta situación debería ser un caso rescisión del contrato, pues la mujer subrogada debe estar perfectamente de acuerdo en gestar al bebé, a fin de evitar problemas en lo posterior, y si no lo está sería más prudente que la mujer solicitante desistiera de seguir adelante coaccionando a la subrogante con gestar al bebé, de modo que procedería la devolución del dinero o indemnización por los daños que

produzca la rescisión del contrato por parte de la mujer subrogada.

Así, en el incumplimiento de la obligación, la persona se hace responsable del pago de daños y perjuicios por no cumplir con lo que se comprometió, lo que no implica que no se puedan proteger prestaciones no patrimoniales, ya que sólo se da una equivalencia en dinero, a manera de indemnización, por la prestación no satisfecha. Como ejemplo de lo anterior, encontramos la reparación del daño moral, en la que se otorga una indemnización en dinero, en términos del artículo 1916 del Código Civil, sin que esto implique que la afección sufrida en los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, etcétera, sea de carácter patrimonial.

Algo también importante es el momento en que se debe pagar. Para el caso existen dos posibilidades. La primera, consistente en que la solicitante y la subrogada se pongan de acuerdo en el contrato, sobre el momento en que se pagará. El segundo, consistente en que la solicitante y la subrogada no se pongan de acuerdo.

Respecto a la primera posibilidad, no habría mayor problema, pues ambas partes establecen en el contrato cuándo se habrá de efectuar el pago. El problema lo encuentro cuando las partes no se ponen de acuerdo. Para el caso, existe un artículo en el Código Civil Federal del 2000, que regula la el momento en que se debe pagar; el artículo dice lo siguiente:

Artículo 2080: "Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de... hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación".

De manera, cuando las partes omitan establecer en el contrato el momento en que deban de pagar, deberán acudir a este artículo, el cual dice que en obligaciones de hacer, el pago debe realizarse cuando lo exija el acreedor. Por lo tanto, en la maternidad subrogada, cuando la solicitante y la subrogada no se pongan de acuerdo, la primera (deudora), deberá pagar a la subrogada (acreedora), cuando esta haya lo exija, siempre y cuando haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación, la cual se traduce en la culminación del proceso de gestación que normalmente es de nueve meses, o antes, si es que el bebé nace sin haberse cumplido este tiempo. Aún si muriera el bebé, la solicitante debe cubrir el pago de la gestación, ya que sobre esto versa la relación contractual, excepto si la muerte del nacido es por culpa de la mujer subrogada.

Por otra parte, el pago puede efectuarse en el lugar que se haya convenido por las partes o, o bien, si no se ponen de acuerdo, el pago deberá efectuarse en el domicilio de la solicitante (deudora), pero si existieran varios lugares para realizar el pago, la subrogada (acreedora) podrá elegir el que desee (artículo 2082 del Código Civil Federal).

7. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Una vez que he analizado qué es el contrato, cuáles son los sujetos que intervienen en él, entre otros aspectos, considero que es el turno de estudiar la clasificación de los contratos, a fin precisar el tipo de contrato por medio del cual se celebra la maternidad

subrogada.

Para el caso, la clasificación de los contratos se hace en atención al aspecto económico, al número de sujetos que interviene en el acto jurídico, al área del derecho en que este desarrolla, entre otras cosas. En cuanto a esta última forma de clasificar al contrato, me referiré únicamente a los contratos civiles, debido a que resulta inútil hablar de contratos administrativos, laborales o de otra índole si el tema que desarrollo en el presente trabajo pertenece propiamente al derecho civil. Hecha la observación, hablaré de las demás formas de clasificar al contrato, que son: los contratos preparatorios y definitivos; los contratos bilaterales y unilaterales; los contratos onerosos y gratuitos; los contratos aleatorios y conmutativos; los contratos consensuales, reales, formales y solemnes; los contratos principales y accesorios, los contratos instantáneos y de tracto sucesivo; y los contratos nominados e innominados.

a) CONTRATOS PREPARATORIOS Y DEFINITIVOS

“El contrato preparatorio, llamado también contrato preliminar o precontrato, es aquel que tiene por objeto la celebración de un contrato futuro. Las partes en esta clase de contrato se comprometen en él a celebrar otro contrato que será el definitivo, dentro de cierto plazo.”⁷¹ Por lo tanto, esta es una obligación de hacer, en la que el deudor debe realizar la conducta de formalizar el contrato en lo sucesivo. Así, un contrato preliminar será aquel en donde se hace un acto programado y contrato definitivo el

⁷¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Op. Cit., pág. 30.

que consigna el cumplimiento necesario de otras prestaciones.

Respecto a la maternidad subrogada, esta no se realiza mediante un contrato preparatorio sino definitivo, ya que las partes no hacen un precontrato sino un contrato en el cual estipulan lo convenido. Podrían realizar un precontrato a fin de que posteriormente efectúen el contrato definitivo, sin embargo, en la práctica no es lo común, pues las partes, en el instante, deciden celebrar el contrato y estipular las cláusulas que los regirán. Aunque por otra parte, podría ser conveniente celebrar un precontrato, ya que esto daría tiempo a las partes de pensar bien las cosas. Para la mujer solicitante habría la posibilidad de recapacitar si en verdad desea un hijo; para la mujer subrogada, si quiere y está dispuesta a embarazarse y dar después al niño.

De esta manera, en caso de que las partes involucradas celebren un contrato preliminar o precontrato, tendrían que concretar el tiempo en que celebrarán el contrato definitivo, a que es lo que se van a comprometer en él y cuál será la pena convencional en caso de que alguna de las partes desista de celebrar posteriormente el contrato definitivo, la cual es casi siempre una indemnización por los daños y perjuicios causados.

b) CONTRATOS BILATERALES Y UNILATERALES

Otras clases de contratos son los llamados bilaterales y unilaterales. "Los contratos bilaterales o sinalagmáticos son los que generan recíprocamente obligaciones para

ambos contratantes.⁷² Los contratos unilaterales son aquellos que "... generan obligación a cargo de una de la partes y la otra no asume compromiso alguno."⁷³

En este caso, el contrato es unilateral cuando se trata por ejemplo de una donación, en donde una de las partes se obliga a algo y la otra no. De acuerdo a esto, la maternidad subrogada podría ser unilateral, si es que una de las partes decide dar algo y la otra no queda obligada a entregarle algo a cambio.

Por otro lado, si ambas partes se obligan recíprocamente a algo, se trata entonces de un contrato bilateral, como por ejemplo el contrato de compra-venta, en donde una de las partes tiene la obligación de transferir una cosa o de un derecho, y la otra parte, a dar cierta cantidad de dinero. En el caso de la maternidad subrogada, se trata más bien de un contrato bilateral, pues es común que haya obligaciones recíprocas entre las partes que interactúan.

c) CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS

Otra de las clasificaciones son los contratos onerosos y los contratos gratuitos. Los primeros son aquellos en que se estipulan los provechos y gravámenes recíprocos; los segundos son aquellos en que el provecho es solamente de una de las partes⁷⁴.

De manera que en la maternidad subrogada, se hablaría de un contrato oneroso en la

⁷² Ibidem, pág. 31.

⁷³ Ibidem, pág. 32.

⁷⁴ Ibidem, pág. 33.

mayoría de los casos, aunque también se ha dado el caso de exista el contrato gratuito, en donde la mujer subrogante no cobra nada por el servicio que presta. Un ejemplo es el caso que se presentó en Knoxville, Tennessee, en 1980, en donde Somata Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado. Textualmente ella dijo que su acto había sido “...un regalo de amor.”⁷⁵

d) CONTRATOS ALEATORIOS Y CONMUTATIVOS

Otro tipo de contratos son los contratos aleatorios, que son aquellos en que “... las prestaciones que las partes se conceden, o la prestación de una de ellas, dependen, en cuanto a su existencia o monto, del azar o de sucesos imprevisibles, de tal manera que es imposible determinar el resultado económico del acto en el momento de celebrarse.”⁷⁶ En él, las partes no conocen de antemano si tendrán una ganancia o pérdida.

Por su parte, los contratos conmutativos son aquellos en donde “... las prestaciones que se deban las partes son ciertas desde que se celebra el contrato de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.”⁷⁷

La maternidad subrogada se celebra mediante un contrato conmutativo, pues desde el principio se aprecia el beneficio o pérdida de las prestaciones entre las partes. En

⁷⁵ The New York Times, diciembre 11 de 1980, citado por HURTADO OLIVER, Xavier, Op. Cit., pág. 56.

⁷⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Op. Cit., pág. 35.

⁷⁷ Idem

cambio, no podría ser un contrato aleatorio, ya que la mujer subrogante acuerda el pago de los servicios de la mujer subrogada desde el inicio de la relación contractual.

e) CONTRATOS CONSENSUALES, REALES, FORMALES Y SOLEMNES

Para los contratos consensuales "... no se exigen ninguna forma especial; son perfectos con tal de que se exteriorice de cualquier manera la voluntad de celebrarlos, basta la voluntad, el *consentimiento*, de ahí que se les conozca como *actos consensuales*."⁷⁸

Los contratos reales son aquellos que "... debe forzosamente acompañarse la *entrega de una cosa* (res latín), de ahí que se les denomine *actos reales*."⁷⁹

Los contratos formales "... el legislador asigna una forma necesaria para su validez. En ellos, la voluntad debe ser exteriorizada precisamente de la manera exigida por la ley, pues de lo contrario el acto puede ser anulado. En los *contratos formales*, la falta de la forma legal no impide la existencia del acto, pero sí los afecta en su eficacia."⁸⁰

En los contratos solemnes, "... *para existir necesitan de ciertos ritos* establecidos por la ley; la manera en que se exterioriza la voluntad es requisito constitutivo del acto, el ropaje con que son cubiertos es parte esencial, y su falta motiva la inexistencia del

⁷⁸ Ibidem, pág. 36.

⁷⁹ Idem

⁸⁰ Ibidem, pág. 37.

mismo como negocio jurídico.”⁸¹

De acuerdo a lo anterior, la maternidad subrogada es considerada un contrato consensual, pues basta con la sola voluntad de las partes para hacer posible la maternidad subrogada en un instrumento jurídico, sin necesidad de que se entregue el objeto del contrato. A la vez, es también un contrato formal, pues las partes dejan por escrito la manifestación de su voluntad, la cual no requiere ninguna solemnidad, como sucede en el matrimonio.

Por otra parte, la maternidad subrogada no es un contrato real, ya que de serlo, el deudor, la mujer subrogada, tendría que hacer entrega de alguna cosa, lo cual no es así. La subrogada presta su cuerpo para gestar un óvulo fecundado que dará origen a un bebé, que será entregado al finalizar el contrato, pero como el niño no es una cosa, no se puede por tanto decir que se está hablando de un derecho real.

Se trata más bien de un derecho personal, en virtud de que “El *derecho personal* consiste en la facultad de obtener de otra persona una conducta que puede consistir en **hacer algo**, en no hacer o en dar alguna cosa.”⁸²

f) CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS

“El contrato *principal* tiene su razón de ser y su explicación en sí mismo; surge en forma independiente y no es apéndice de otro contrato, pues cumple autónomamente

⁸¹ Ídem

⁸² Ibidem, pág. 4.

su función jurídico-económica.

“No requiere la existencia de otro contrato para subsistir.”⁸³

En cambio, “El contrato *accesorio*... no tienen existencia independiente; se explica referido a otro contrato (o acto) del cual es apéndice... La extinción del contrato principal acarrea la del accesorio, pero no a la inversa.”⁸⁴

Se habla de que el contrato que comúnmente celebran las partes en la maternidad subrogada es principal, pues no depende de la existencia de otro contrato, a excepción que las partes hayan convenido en celebrar por ejemplo un contrato preliminar, pues entonces este depende de la existencia del contrato principal.

g) CONTRATOS INSTANTÁNEOS Y DE TRACTO SUCESIVO

“Los [contratos] instantáneos se forman y deben cumplirse inmediatamente. Se agotan en un solo acto. Su creación y extinción (por el pago) son una sola cosa.”⁸⁵

Por su parte, “Los contratos de tracto sucesivo son aquellos que se cumplen escalonadamente a través del tiempo, como el arrendamiento, la venta en abonos, la renta vitalicia. La vida del contrato se prolonga porque las prestaciones que genera son entregadas periódicamente dentro de cierto lapso. Estos contratos forzosamente

⁸³ Loc. Cit.

⁸⁴ Ibidem, pág. 38.

⁸⁵ Idem

están sujetos a término.”⁸⁶

En tal caso, la maternidad subrogada no es viable a través del contrato instantáneo, ya que la vida del contrato se prolonga, por lo tanto se estaría más acorde con el contrato de tracto sucesivo, pues existe un embarazo de la mujer subrogada, el cual prolonga las obligaciones de ambas partes, además la subrogada recibe ciertas prestaciones que le son entregadas periódicamente por la mujer subrogante, en razón de los gastos médicos producidos por las consultas médicas a que la subrogada tenga que someterse periódicamente.

h) CONTRATOS NOMINADOS O TÍPICOS Y LOS INNOMINADOS O ATÍPICOS

“Los contratos nominados, son aquellos que están instituidos en las leyes. Son contratos reglamentados en el *Código Civil* u otros ordenamientos legales y sus consecuencias están prefijadas en tales normas generales. Los alemanes los titulan, con mayor propiedad, típicos.”⁸⁷

Por su parte, “Los contratos innominados no instituidos en la ley, son los que las partes diseñan originalmente para satisfacer sus intereses y necesidades particulares. Son atípicos en la doctrina alemana... tienen la misma fuerza legal y se rigen por las normas del contrato nominado con el que tengan mayor semejanza... así, como por

⁸⁶ *Ibidem*, pág. 39.

⁸⁷ *Idem*

las reglas generales de los contratos.”⁸⁸

Este es un punto importante, ya que la maternidad subrogada no se ha podido ubicar dentro de los contratos nominados, debido a que los doctrinarios, los juzgadores y los legisladores no han encontrado los elementos que concuerden con los contratos regulados por la ley, sin embargo, desde mi punto de vista, la maternidad subrogada podría ubicarse dentro de los contratos innominados, que como ya mencioné, son aquéllos que satisfacen las necesidades que en el momento tienen las partes.

i) CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, puedo decir que la maternidad subrogada es un contrato que puede ser preliminar o definitivo; unilateral o bilateral (sinalagmático); comúnmente oneroso, aunque también puede ser gratuito; conmutativo; consensual; formal; principal o accesorio; de tracto sucesivo; e innominado.

Resumiendo, la maternidad subrogada se puede llevar a cabo mediante:

- a) Un contrato preliminar si es que las partes involucradas deciden dejar por escrito que en lo posterior celebrarán un contrato definitivo, de manera que en el contrato preliminar existe una obligación de hacer, que se traduce en efectuar el contrato definitivo.
- b) Un contrato definitivo, cuando las partes convienen por escrito en que una de las

⁸⁸ Idem

partes (mujer subrogada) gestará el óvulo fecundado, y la otra parte (solicitante o contratante), otorgará una suma de dinero u otro bien, a su contraparte.

- c) Un contrato unilateral, si sólo una de las partes queda obligada. En este caso, la mujer subrogada quedaría obligada a gestar el óvulo fecundado, en cambio, la solicitante no quedaría obligada a pagar por ello. Al respecto, más adelante hablaré del contrato de donación, y de acuerdo al análisis que realizo de este contrato, lo considero viable, de manera que la maternidad subrogada podría ser un contrato unilateral.
- d) Un contrato bilateral o sinalagmático, porque en la maternidad subrogada se obligan ambas partes de manera recíproca. La mujer subrogada a gestar el óvulo fecundado y la solicitante a dar un bien a cambio de este servicio.
- e) Un contrato oneroso, pues existen provechos y gravámenes recíprocos, de manera que en la maternidad subrogada existe el provecho para la mujer contratante al obtener la gestación del óvulo fecundado y el gravámen de transferir un bien a la subrogada por haberlo gestado. En cambio, la mujer subrogada tiene el provecho del bien que le transfiere la contratante y el gravámen de gestar el óvulo fecundado.
- f) Un contrato gratuito, ya que el provecho es solamente de una de las partes y no existe gravámen para la otra. La mujer subrogada tiene el gravámen de gestar el óvulo fecundado sin tener a cambio un provecho, y la contratante recibe el provecho de tener la gestación del óvulo fecundado sin tener que dar o hacer algo, es decir, sin gravámen alguno.

- g) Un contrato conmutativo, pues las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal manera que pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida. En la maternidad subrogada, la contratante puede apreciar el beneficio de que gesten el óvulo fecundado, o la pérdida, si es que la subrogada lo aborta por alguna circunstancia. Por su parte, la subrogada ve el beneficio cuando se le paga con un bien, o la pérdida si este no se le da.
- h) Un contrato consensual porque no se exigen ninguna forma especial, basta con que las partes en la maternidad subrogada exterioricen su voluntad de celebrar el acto jurídico.
- i) Un contrato formal, ya que en la maternidad subrogada se requiere que haya una forma legal, es decir, una manifestación escrita del acto jurídico por las partes involucradas, pues de lo contrario se afecta su eficacia.
- j) Un contrato principal, pues no se requiere que en la maternidad subrogada exista otro contrato; cumplen autónomamente su función jurídico-económica.
- k) Un contrato accesorio, ya que en la maternidad subrogada puede ser que la contratante y la subrogada decidan celebrar un contrato preliminar, de manera que con este se comprometan a celebrar un contrato futuro, por lo tanto, el contrato preliminar sería el contrato accesorio, y si este deja de existir, el contrato definitivo tampoco existiría.
- l) Un contrato de tracto sucesivo, pues son aquellos que se cumplen

escalonadamente a través del tiempo y en la maternidad subrogada la vida del contrato se prolonga, ya que el embarazo de la mujer subrogada prolonga las obligaciones de ambas partes, además la subrogada recibe ciertas prestaciones que le son entregadas periódicamente por la mujer subrogante.

- m) Un contrato innominado, en virtud de que no existe contrato alguno con la denominación o especificación legal de subrogada. Se tiene que atender a las disposiciones generales de los contratos y a los preceptos del contrato que más se asemeje al acto jurídico de maternidad subrogada.

8. ESPECIES DE CONTRATOS

Existen diversas especies de contratos que se encuentran regulados tanto en el Código Civil Federal con reformas del 2000, como en los códigos civiles de los estados de la República Mexicana, los cuales se pueden estudiar, a fin de determinar si la maternidad subrogada puede encuadrarse en alguna de las especies de los diversos contratos que existen.

De hecho, es común encontrar en textos referentes a la maternidad subrogada frases como arrendamiento o alquiler de vientre o prestación de útero, todo lo cual nos sugiere que es posible un contrato de arrendamiento o un contrato de prestación de servicios. Sin embargo, falta el estudio de estos contratos para afirmar si es o no posible que la maternidad subrogada se realice a través de ellos.

Para el caso, analizaré el contrato de arrendamiento, el contrato de prestación de servicios, más a parte, algunos otros contratos, tomando en cuenta únicamente los que podrían adecuarse más a la figura jurídica en cita, como son el contrato de compra de esperanza y el contrato de donación.

a) CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

En ocasiones, he encontrado que diversos textos se refieren a la maternidad subrogada como arrendamiento o alquiler de vientre o útero. Es por ello que me parece importante analizar esta especie de contrato.

Así, el contrato de arrendamiento se regula en los artículos 2398 al 2496 del Código Civil Federal y existe cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente por escrito, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto. La renta o precio del arrendamiento puede consistir en una suma de dinero o en cualquiera otra cosa equivalente, con tal de que sea cierta y determinada. Pueden ser susceptibles de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales.

De acuerdo a lo anterior, en el contrato de arrendamiento, la mujer subrogante sería el arrendatario y la mujer subrogada, el arrendador. Hasta aquí no habría ningún problema, pues las partes existen. El problema lo encuentro cuando la ley dice que el arrendador debe conceder el uso o goce temporal de una cosa al arrendatario,

porque el objeto consiste en el útero y éste no se puede transferir al arrendatario (la solicitante) y por lo tanto, tampoco puede este último usar o gozar de la cosa (útero), pues no la posee; el poseedor y propietario es la subrogada, quien, reitero, no puede transferir su útero a la mujer subrogante. Este es el obstáculo para que la maternidad subrogada pueda realizarse mediante el contrato de arrendamiento, por ello, es erróneo que se hable de arrendamiento de vientre o útero, pues de acuerdo a lo que acabo de explicar, no es procedente tal contrato.

b) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Así como es frecuente que se hable de arrendamiento o alquiler de vientres, es también común que se diga que hay prestación de servicios, en virtud de que la mujer subrogada presta su vientre o útero para realizar el servicio de gestación.

Debido a ello, la función de la mujer subrogada consiste en un hacer, por lo que se podría pensar un contrato de prestación de servicios, el cual se regula en el artículo 2605 del Código Civil, que a la letra dice:

Artículo 2605: "El servicio doméstico, el servicio por jornal, el servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo, y el contrato de aprendizaje, se regirán por la Ley Federal del Trabajo."

Sin embargo, no podemos hablar de un contrato de prestación de servicios toda vez que la mujer subrogada no es un trabajador ni la subrogante un patrón. Pues de ser

así, tendría que haber una relación laboral en donde el trabajador se compromete a laborar en un horario, a recibir un sueldo y prestaciones, etcétera, y el patrón a cumplir con dicho sueldo y prestaciones, lo cual haría que la maternidad subrogada se viera como un trabajo tendiente a la explotación de la mujer subrogada, lo cual no es la finalidad de esta figura jurídica.

c) CONTRATO DE COMPRA DE ESPERANZA

Una de las cosas difíciles que se presentan en la maternidad subrogada es el hecho de que nazcan más de un niño o que éste tenga problemas o malformaciones físicas al nacer, aspectos que pocas veces se contemplan en el contrato por las partes, por lo que es común que los solicitantes acepten un niño y no más; o que lo rechacen si es que tiene problemas de nacimiento. Considero que con el contrato de compra de esperanza, las partes tendrían que tomar forzosamente en cuenta esto, dada ya la naturaleza del propio contrato. Es más, esta especie de contrato podría ser un modelo para crear uno que permita la maternidad subrogada.

En tal virtud, el contrato de compra de esperanza se rige por el artículo 2792, que dice lo siguiente:

“Se llama compra de esperanza al contrato que tiene por objeto adquirir, por una cantidad determinada, los frutos que una cosa produzca en el tiempo fijado, tomando el comprador para sí el riesgo de que esos frutos no lleguen a existir; o bien, los productos inciertos de un hecho, que puedan estimarse en dinero.

“El vendedor tiene derecho al precio, aunque no lleguen a existir los frutos o productos comprados”.

De acuerdo a lo anterior, la mujer solicitante sería el comprador y la mujer subrogada el vendedor; la cosa es el útero, el objeto del contrato consistiría en el servicio gestación por parte de esta última.

Así, la solicitante (comprador) daría cierta cantidad de dinero a la mujer subrogada (vendedor) para que ésta geste al bebé en un lapso de tiempo (nueve meses), tomando el comprador, el riesgo de que la cosa (útero) no produzca el fruto (gestación) esperado, debido a alguna circunstancia, o que haya un producto incierto, como por ejemplo que haya una mal gestación que provoque que el bebé nazca deforme o con alguna anomalía, lo cual podría estimarse en dinero (indemnización), si esto se produjera como consecuencia de la culpa de la mujer subrogada.

Como se ve, el contrato de compra de esperanza contempla un hecho muy importante: el que no se consiga el fruto de la cosa, que en este caso se trata de la gestación. De manera que protege a la mujer subrogada.

En esta figura de maternidad subrogada, es frecuente que la mujer subrogada presente problemas al gestar, como puede ser un aborto, que se encuentre en riesgo su vida, que tenga un accidente, todo lo cual no se prevé en ocasiones por las partes, pero que no por ello deja de existir. Es por ello, que estoy muy de acuerdo con este contrato, pues para las necesidades de la maternidad subrogada, se adecua mucho.

Otra cosa que también regula este contrato es que el vendedor tiene derecho al precio, aunque no lleguen a existir los frutos o productos comprados, lo que en la maternidad subrogada quiere decir que la mujer subrogada puede retener el pago que le haya hecho la solicitante, aunque haya sido imposible la gestación, excepto, a mi parecer, si la mujer subrogada propició esta imposibilidad.

El único inconveniente para que este contrato sea viable, es que se trata de una compra, la cual se rige supletoriamente con las disposiciones de la compra-venta, de manera que se trata de obligaciones de dar, en la que tendría que venderse la gestación, y esta no se puede vender porque versa sobre una obligación de hacer.

d) CONTRATO DE DONACIÓN

En ocasiones se ha dado el caso de que algunas mujeres permitan que se utilice su cuerpo para gestar a un bebé, de manera gratuita, por lo que consideran hay una donación. Comúnmente, este tipo de actos los llevan a cabo personas cercanas a la mujer imposibilitada para tener hijos, como son sus hermanas o incluso su propia madre. Un ejemplo lo encontramos en Knoxville, Tennessee, en 1980, en donde Somata Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado. Textualmente ella dijo que su acto había sido *"...un regalo de amor"*, o dicho de otra forma, una donación.

Respecto a la donación, esta es un contrato que consiste en que una persona transfiera a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes. La

donación no puede comprender bienes futuros y puede ser pura, condicional, onerosa o remuneratoria.

Es pura cuando se otorga en términos absolutos; es condicional cuando depende de algún acontecimiento incierto; es onerosa, cuando la donación se hace imponiendo algunos gravámenes; y remuneratoria cuando se realiza en atención a servicios recibidos por el donante y éste no tiene obligación de pagar.

La donación sólo pueden tener lugar entre vivos y debe hacerse de manera verbal o por escrito. Se considera perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador. Además, la donación puede ser revocable.

De acuerdo a lo anterior, relacionaré el contrato de donación con la maternidad subrogada.

Así, en el contrato de donación una persona debe transferir a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes, de manera que la mujer subrogada debe transferir alguno de sus bienes a la mujer solicitante, lo cual resulta difícil, pues lo que ésta recibe de la mujer subrogada es un servicio y al niño, pero como la donación consiste en cosas de dar y el bebé no es una cosa ni un bien mueble ni inmueble, el contrato de donación sería inexistente por falta de objeto.

Sin embargo, podríamos rescatar la donación si se hace alusión a alguna de sus especies: la donación pura, la donación condicional, la donación onerosa, y la donación remuneratoria.

En cuanto a la donación pura, el maestro Ernesto Gutiérrez y González señala que "... este tipo de donación se presenta, cuando se realiza alguna de las demás donaciones..."⁸⁹, de manera que hablar de donación condicional, onerosa o remuneratoria es referirse a la donación pura. De esta manera, hablaré de las tres especies de donación restantes.

Empezaré por la donación condicional, que es "la que está sujeta a una condición, ya sea suspensiva, ya sea resolutoria, y de la cual va a depender la eficacia o la resolución de los derechos y obligaciones."⁹⁰

De esta manera, si adaptamos lo anterior a la maternidad subrogada, podría haber donación suspensiva como donación resolutoria.

La donación suspensiva en la maternidad subrogada consistiría en que la mujer subrogante otorgue una suma de dinero a la mujer subrogada si es que gesta al bebé. Por otra parte, habría donación resolutoria si la solicitante da la suma de dinero antes de que la subrogada geste al niño, pero deja de operar esto si se desista en gestarlo.

Sobre la donación onerosa procede en la maternidad subrogada, si el bien que recibe la subrogada va con algún gravámen. En este caso, la subrogada tendría alguna carga, a fin de que la solicitante le ceda un bien mueble o inmueble. De manera, la subrogada debe gestar al bebé para que la subrogante le de una suma de dinero o algún bien.

⁸⁹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Op. Cit., pág. 1270.

⁹⁰ Idem

En cuanto a la donación remuneratoria, esta es, a mi parecer, la que mejor aplicaría para que procediera la maternidad subrogada como un contrato de donación.

La donación remuneratoria consiste en que el donante ceda alguno de sus bienes en atención a un servicio que le haya prestado el donatario. De esta manera, la mujer subrogada tendría que dar gratuitamente el servicio de gestación a la mujer subrogante, para que luego esta remunere este servicio con otro servicio.

De esta forma, el contrato de donación sería existente toda vez que hay consentimiento de las partes y objeto (el dinero que transfiere el donante –mujer solicitante- al donatario –mujer subrogada-). Además tampoco habría invalidez en el contrato, excepto que alguna de las partes fuera menor de edad, padeciera de sus facultades mentales, hubiera error o dolo, o el objeto, motivo o fin fuera ilícito.

Así, la donación sería verbal, debido a que se trata de un servicio; para que la donación se considere perfecta, la mujer subrogada tendría que aceptar el servicio que le ofrezca la subrogante y hacerle saber a esta su aceptación.

En cuanto a la revocación de la donación, procedería conforme al artículo 2359 del Código Civil, si al donante (mujer subrogante) le sobrevienen hijos dentro de un plazo de cinco años. Después de los cuales la donación es irrevocable. O bien, por ingratitud del donatario (artículo 2370 del Código Civil).

Ahora bien, los inconvenientes de celebrar la donación remuneratoria son:

- Que el donatario, mujer subrogada, se niegue a realizar el servicio;

- Que el donante, mujer subrogante, se retracte en hacer el servicio en atención al servicio que recibió del donatario (subrogada);
- Que la subrogada quiera más u otra cosa que le ofrece la subrogante.
- Que alguna de las partes fuera menor de edad;
- Que alguna de las partes padeciera de sus facultades mentales;
- Que hubiera error o dolo en el acto jurídico;
- Que el objeto, motivo o fin fuera ilícito;
- Que proceda la revocación.

De acuerdo a lo anterior, considero que la donación remuneratoria puede darse sólo entre personas que se entiendan muy bien, pues el mayor riesgo que encuentro en esta figura es que la donante, una vez conseguido el servicio de gestación por parte de la subrogada, se niegue a llevar a cabo la donación.

9. LOS CONTRATOS INNOMINADOS O ATÍPICOS

Es frecuente que las partes celebren contratos no estipulados por la ley, como son los contratos de suministro de energía eléctrica, de servicio telefónico, por mencionar sólo algunos.

A estos se les denomina contratos innominados o atípicos, pues no tienen un nombre establecido ni se encuentran regulados por la ley; anteriormente hablé del contrato innominado o atípico, por lo que ya no abundaré más en explicar qué son y por qué se les llama así.

De esta manera, la maternidad subrogada, como en el caso de los contratos de suministro de energía eléctrica o servicio telefónico, es un contrato innominado, pues en ninguna legislación local ni federal en México, existe un contrato con tal denominación ni se encuentra regulado por la ley. De hecho, pasa lo mismo en algunos países, como Inglaterra, en donde se dieron casos de personas que efectuaron contratos de maternidad subrogada, sin que este existiera este como tal en sus leyes, por lo cual fueron improcedentes, además de contravenir otras disposiciones de sus ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, en México se pueden efectuar ciertos contratos innominados, en virtud de lo que el artículo 1858 del Código Civil del 2000 dice, que es lo siguiente:

Artículo 1858: "Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento."

Como se puede apreciar, aunque los contratos innominados carecen de denominación y regulación jurídica, cuentan con un respaldo jurídico para su existencia, pero siempre y cuando se adecuen a las reglas generales de los contratos (fuentes, modalidades, transmisión, efectos y extinción de las obligaciones), a lo que acuerden

las partes en las cláusulas del contrato que celebren y a las disposiciones del contrato con el que se tenga mayor semejanza.

En cuanto a esto último, hay dos contratos nominados o típicos que, de manera personal, considero podrían ser análogos a la maternidad subrogada. Estos son el contrato de donación y el contrato de compra de esperanza, los cuales analicé en puntos anteriores.

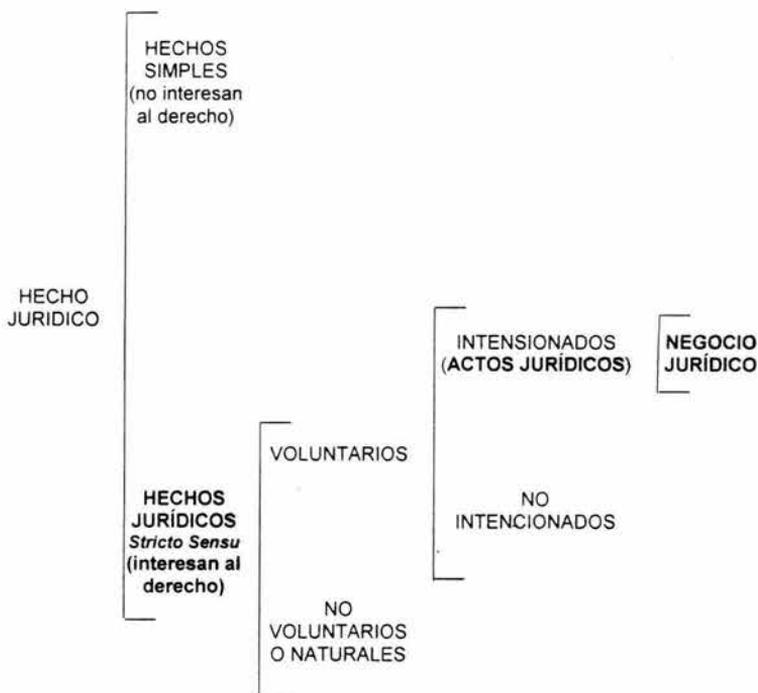
10. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO NEGOCIO JURÍDICO

Día con día realizamos actividades lucrativas con otras personas; es cuando se suele decir que negociamos o realizamos un "Trato comercial"⁹¹. Sin embargo, aunque es correcto decir que negociamos, es más correcto indicar que celebramos un acto jurídico, pues México sigue la teoría francesa, que se refiere a este. En cambio, si se habla del negocio jurídico, estaríamos aludiendo a las teorías alemana e italiana.

Para explicar esto, me referiré primero a la doctrina francesa, que contempla el hecho jurídico y el acto jurídico, y posteriormente explicaré la doctrina alemana, que regula el hecho jurídico, el acto jurídico y el negocio jurídico. Así, una vez entendidas estas teorías, analizaré la relación que encuentro entre el negocio jurídico y la maternidad subrogada, que es finalmente lo que quiero abordar en este punto.

⁹¹ DE PINA VARA, Rafael, Op. Cit., pág. 380.

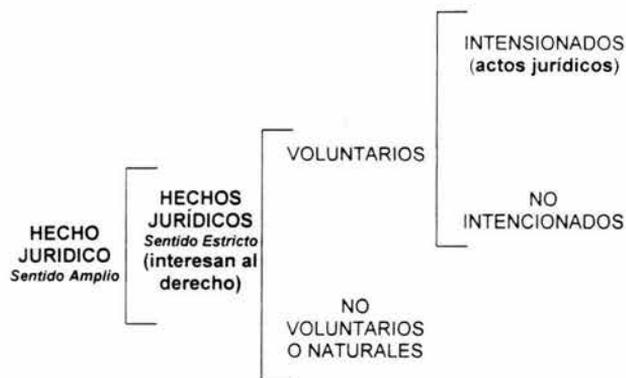
El esquema de abajo permitirá contar con un panorama de la ubicación del negocio jurídico dentro del ámbito del derecho, independientemente de que se siga la doctrina francesa o la doctrina alemana.



Como se puede ver en este esquema, el acto jurídico y el negocio jurídico son hechos jurídicos en sentido estricto; son además voluntarios e intencionados. Sin embargo, existe una diferencia entre ellos, que es precisamente lo que se contempla en la teoría alemana.

Así, la teoría francesa es aquella que regula el hecho y el acto jurídicos; de ahí que se le conozca también como teoría bipartita. El siguiente esquema muestra de forma

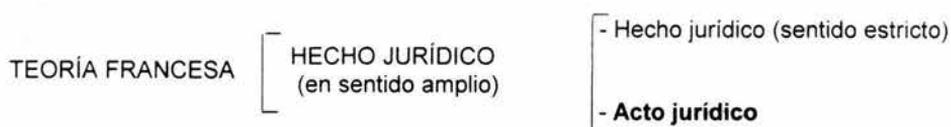
panorámica esta teoría y me ayudará a explicarla mejor.



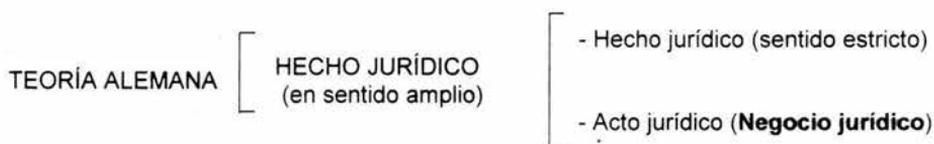
En la primera columna se encuentra el hecho jurídico, que es aquel en que no interviene la voluntad humana pero aún así, se producen consecuencias jurídicas, por ejemplo, si un rayo cayera sobre una persona y la matara, se estaría en presencia de la muerte de un sujeto, lo cual trae consecuencias de derecho, como son el testamento, el acta de defunción, etcétera. De esta manera, el hecho jurídico es todo un acontecimiento natural o del hombre, capaz de producir efectos jurídicos (crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas), por lo cual, el hecho jurídico es una *conditio sine qua non* o presupuesto lógico jurídico para que se produzcan las consecuencias de derecho. Pero hay hechos jurídicos en que sí interviene la voluntad (voluntarios), que pueden, a su vez, dividirse en dos especies: los *intencionados* y los *no intencionados*. En los primeros, la voluntad de realizar el acto se une a la intención de crear, modificar, transferir o extinguir relaciones de derecho; cuando esto ocurre, los hechos jurídicos toman el nombre de **actos jurídicos**. En cambio, en los hechos no

intencionados, no existe la intención en quien los ejecuta, de crear, modificar, transferir o extinguir las obligaciones.

Por ello, podemos entender al acto jurídico como la manifestación de voluntad hecha por una o por varias personas con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho, como se muestra en el esquema de abajo:



Por su parte, la teoría alemana se refiere al hecho jurídico, al acto jurídico y al negocio jurídico. El siguiente esquema ilustrará la explicación:



El negocio jurídico es un acto jurídico es más amplio que el acto jurídico de la teoría francesa porque, en esta se tiene la voluntad de llevar a cabo una conducta, por ejemplo hablaré del delito del robo, el cual aunque pertenece a la materia penal, me permite explicar mejor la figura del negocio jurídico. Pues bien, en este delito se toma algo que no nos pertenece, sin embargo, no existe la intención de que se nos castigue por esta conducta ilícita, que se traduce en que nos aprehendan y sentencien. En

cambio, en el negocio jurídico, se tiene la voluntad de realizar la conducta, es decir, refiriéndonos al mismo ejemplo del robo, existe la intención de robar, pero además, existe la intención de que se produzcan las consecuencias de derecho, las cuales se conocen y se sabe cómo van a producir, por lo que el sujeto tendría que saber y querer que lo aprendan y juzguen por el delito cometido. Es entonces cuando se está frente a la teoría alemana, la cual dice que ante esta situación debemos referirnos al *negocio jurídico*.

Así, de acuerdo a lo anterior, para la existencia del negocio se requieren como elementos: la voluntad, el objeto posible (física y jurídicamente) y en ciertos casos de actos solemnes. En cuanto a la validez del negocio, se necesita de la capacidad del sujeto, de la exención de vicios en la voluntad y de la licitud del mismo.

Entre los partidarios de la teoría alemana se encuentran: los alemanes Gustavo Hugo, Federico Carlos de Savigni, Bernardo Windscheid, Enrique Dernburg, Andreas Von Thur y Enneccerus-Nipperdty; los italianos Salvador Pugliatti, Francisco Ferrara, Francisco Carnelutti, Vittorio Scialoja, Emilio Betti, Mario Rotondi Y Giuseppe Stolfi; los españoles Felipe Sánchez Román, Felipe Clemente De Diego, José Castán Tobeñas y Federico Puig Peña; y los sudamericanos A. T. De Freitas y Arturo Orgaz.

Como puede apreciarse, es una teoría muy conocida, sólo que en México no se lleva a cabo, aunque esto podría ponerse en duda, pues el artículo 1858 del Código Civil Federal señala que "Los contratos que no estén reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes,

y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.

Si notamos, este artículo se está refiriendo al negocio jurídico, pues hace hincapié en la libertad de las partes para celebrar contratos, aunque estos no se encuentren regulados en la ley, siempre y cuando no la contravengan. A mi parecer, en México se lleva a cabo el negocio jurídico, según se muestra en este artículo, aunque se diga que seguimos la teoría francesa que regula el acto jurídico.

De lo anterior, cabe señalar que a esta libertad de las partes es lo que los doctrinarios llaman autonomía privada (*auto*, a sí mismo, y *nomos*, norma).

Respecto a esta, es común encontrar en diversas obras que señalan a la autonomía privada como sinónimo de la autonomía de la voluntad, no obstante, doctrinalmente existe una diferencia. La autonomía privada tiene por objeto referirse al negocio jurídico; en cambio, la autonomía de la voluntad se refiere al acto jurídico:

D I F E R E N C I A

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
Se emplea para referirnos al acto jurídico.

AUTONOMÍA PRIVADA
Se emplea para referirnos al negocio jurídico.

Sin embargo, no ahondaré en el por qué de la diferencia, pues se trata de otro tema. Así, hecho el comentario, pasaré a conceptualizar el negocio jurídico.

Para De Castro y Bravo, el negocio jurídico, es *"la declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base a dicha declaración de voluntad que tiende a la consecución de un fin práctico, efecto que se produce precisamente como consecuencia de la expresión de voluntad y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico"*⁹².

Por su parte, Yagüez, lo define como *"un acto jurídico de declaración de voluntad que tiende a la consecución de un fin práctico, efecto que se produce precisamente como consecuencia de la expresión de voluntad y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico"*.

Otra definición es la de Andreas Von Thur, quien dice que *"el negocio jurídico es el medio de que se vale el hombre para ejercitar la capacidad que la ley le concede de ordenar sus relaciones jurídicas"*.

Se puede observar que de estos tres conceptos que menciono, se refleja la autonomía privada de las partes, así como la intención de producir consecuencias que de antemano se conocen y aceptan.

Entonces se puede decir que el negocio jurídico es un acto jurídico, sin embargo, no debemos confundirlo con este, pues en el negocio jurídico está impuesta la voluntad de las personas en las consecuencias del derecho.

La característica principal que distingue a los negocios jurídicos de otra clase de actos, es que el negocio jurídico es una manifestación de la autonomía privada, la cual

⁹² DE CASTRO Y BRAVO, Federico, El Negocio Jurídico, Editorial Civitas, Madrid, 1985, pág. 34.

es consecuencia de la libertad que el ordenamiento jurídico reconoce a la voluntad de los particulares, para regular su propia conducta, dentro de un campo del mismo ordenamiento, que le permite celebrar o dejar de celebrar los negocios jurídicos que a cada persona convenga, de acuerdo con sus intereses.

El siguiente esquema permitirá mostrar las diferencias entre el hecho jurídico, el acto jurídico y el negocio jurídico:

HECHO JURÍDICO (<i>stricto sensu</i>)	ACTO JURÍDICO	NEGOCIO JURÍDICO
- Se modifica la situación jurídica de una persona sin voluntad de esta.	- Se modifica la situación jurídica de una persona con voluntad de esta, pero no se pueden modificar las consecuencias jurídicas previstas por la ley.	- Se modifica la situación jurídica de una persona con voluntad de esta. Además se sabe y se aceptan las consecuencias jurídicas.
	- Las consecuencias están impuestas por la ley.	- Las consecuencias están impuestas por la voluntad de las partes.

El presente esquema muestra pues la diferencia entre estos tres. No obstante, hay que señalar que la autonomía privada que rige al negocio jurídico tiene límites, tales como *la ley (licitud)*, *la moral*, *las buenas costumbres*, *el orden público* y el no afectar derechos de terceros.

Ahora bien, todo lo anterior me permite poder referirme ahora a la maternidad subrogada.

En esta figura jurídica, las partes, haciendo uso de su libertad para contratar (autonomía privada) celebran un contrato, el cual no se encuentra regulado en las leyes mexicanas como contrato de maternidad subrogada. Según la teoría francesa, la

cual seguimos, estaríamos frente a un acto jurídico, sin embargo, el artículo 1858 del Código Civil Federal, que anteriormente cité, señala que "Los contratos que no estén reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento". Esto quiere decir que de alguna manera se está haciendo posible que las personas contraten aunque el acto jurídico no concuerde con los contratos regulados por la ley, de manera que estaríamos frente a un negocio jurídico, como lo denomina la teoría alemana.

CAPÍTULO CUARTO

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

A. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

México es un país que cuenta con avances tecnológicos importantes, como son las técnicas de reproducción asistida, más específicamente, la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*⁹³. Anteriormente, se ha expresado que estas dos formas originan la maternidad subrogada, la cual todavía no se lleva a cabo con la misma frecuencia que en otras partes del mundo, sin embargo, jurídicamente ya es posible en nuestro país, por lo menos en el Estado Libre y Soberano de Tabasco.

Ello significa que con el tiempo, la maternidad subrogada podría extenderse a otros Estados de la República, de modo que pueda ser legal en todo el territorio nacional. Por lo tanto, resulta importante el análisis jurídico de lo que existe hasta el momento sobre la maternidad subrogada. Para el caso, abordare diversos ordenamientos jurídicos, como son la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ley fundamental de nuestro país; la Ley General de Salud de 1984, en la que nuestros legisladores han depositado preceptos relacionados con la inseminación artificial; el Código Civil para el Distrito Federal de 2000, que igualmente contiene artículos sobre las técnicas de reproducción asistida y sobre el que pretendo hacer mi propuesta para

⁹³ Ver periódico NOSOTROS, "El Instituto, a la vanguardia en tratamientos de Reproducción Asistida. Primer nacimiento *in vitro* en el CMN [Centro Médico Nacional] 20 de noviembre", año 6, número 64, México, 18 de junio de 2003, pág. 1.

que también exista la maternidad subrogada; y el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco de 1927, que se convirtió en el Código más innovador del país, debido a sus normas, las cuales regulan aspectos tan novedosos y cuestionados de la tecnología como la maternidad subrogada. Sobre este código, también cabe aclarar que es el único que menciona textualmente la maternidad subrogada, ya lo explicaré más ampliamente en el apartado correspondiente de este capítulo cuarto.

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la ley fundamental en nuestro país, pues en ella se concentra todo nuestro sistema jurídico y es el origen de muchas leyes.

De acuerdo a ello, considero indispensable su análisis, porque en nuestra Carta Magna debe existir el fundamento legal que haga posible la maternidad subrogada para el Estado de Tabasco y en consecuencia, en México.

Así, comenzaré por señalar que la Constitución permite la organización y desarrollo de la familia según el párrafo segundo de su artículo cuarto, de manera que la protege por ser ésta el núcleo de toda sociedad y base para la conformación del Estado Mexicano. Pero hoy en día, esta protección para la familia debe ser más profunda, debido a que actualmente la sociedad mexicana padece problemas de salud como es la cada vez más común infertilidad y esterilidad de las parejas; problema que se ve reflejado en el incremento del empleo de las técnicas de reproducción asistida. Si bien

de éstas se deriva la alternativa denominada maternidad subrogada, ésta aún no es tan solicitada como las técnicas en mención, lo cual no significa que las parejas con alguna disfuncionalidad biológica, alteración mofo-funcional o impedimento físico, no encuentren en ésta una oportunidad para ser padres. De otra manera, ven coartada su garantía constitucional de carácter social de poder conformar y constituir una familia, en términos biológicos, sociales, culturales y legales.

Por lo tanto, cuando se hace mención en la ley del concepto de organización de la familia es necesario, en virtud de la costumbre cultural y de los usos sociales que se manifiestan dentro de la sociedad mexicana en estos tiempos del siglo XXI, la necesidad de rescatar y salvaguardar mediante nuevas figuras socio-culturales la constitución formal y material de un núcleo familiar, que se traduce por los padres e hijos, como una alternativa que el derecho mexicano puede ofrecer al varón y a la mujer como es el reconocimiento de la maternidad subrogada dentro de los preceptos jurídicos que rigen y regulan la vida familiar en nuestra República Mexicana.

Asimismo, cuando la ley hace alusión al concepto de desarrollo de la familia nos encontramos en la presencia de la problemática que se le presenta al Estado Mexicano, al buscar tutelar garantías constitucionales de carácter social que posee todo ciudadano en el sentido de poder constituir, conformar o crear una familia de manera plena, pero que a su vez, se encuentra obligado a buscar nuevas opciones legales, que brinden tanto al Estado como al ciudadano común nuevas alternativas sociales o instituciones culturales que se encuentren previstas y tuteladas por las leyes, a fin de que la población cuente con nuevas opciones como es la maternidad subrogada, intentado a través de esta figura jurídica proteger, amparar y tutelar la

evolución de la sociedad mexicana concediendo al desarrollo de la familia una nueva manera de su constitución e integración que le permitiría de manera profunda, encontrar un mecanismo de desarrollo, una forma de realización y una opción de materialización para las parejas que no pueden tener hijos, pero que también es una figura jurídica que requiere de mayor estudio, reconocimiento jurídico y promoción socio-cultural.

En relación a lo anterior, analizaré algunos preceptos de nuestra Carta Magna, a fin de establecer la base constitucional que en mi opinión hace posible la maternidad subrogada.

Comenzaré por el artículo primero constitucional, el cual a la letra dice:

Artículo 1º: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece."

Al hacer mención de este precepto constitucional debemos entender y ubicar que la maternidad subrogada requiere del reconocimiento por parte del Estado Mexicano, en el sentido de considerarla como una garantía de igualdad, ya que el varón y la mujer son iguales ante la ley, y por lo tanto, poseen la facultad, prerrogativa y el derecho para constituir e integrar una familia.

A su vez, la maternidad subrogada debe ubicarse como una garantía de libertad que amparada en el artículo 4º constitucional permite al hombre y a la mujer mexicanos la posibilidad de decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos que

finalmente conformarán una familia y es precisamente aquí donde la maternidad subrogada le concede a aquellas parejas que por alguna causa, biológica, médica o física, se ven impedidos de poder realizar cabalmente la conformación de un núcleo, la posibilidad de que al amparo de su garantía de libertad y mediante la implementación de la maternidad subrogada logren hacer posible esta garantía constitucional.

Por otra parte, es importante mencionar que la maternidad subrogada también puede ser ubicada con un sentido de garantía social, toda vez que la esencia misma de esta figura conlleva a buscar nuevos mecanismos jurídicos que brinden al ciudadano mexicano la alternativa de perpetuar la base social elemental de toda sociedad como lo es el núcleo familiar, lo cual traerá como consecuencia el velar y amparar por el desarrollo social de la población en sí misma y del Estado en general.

En cuanto al párrafo tercero del artículo cuarto constitucional, encontramos lo siguiente:

Artículo 4º, párrafo tercero: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos."

De este artículo resulta necesario analizar que la maternidad subrogada es un derecho de decisión en la cual interviene el pleno consentimiento, no sólo del hombre y la mujer, los cuales constituyen una pareja, sino de una tercera persona, que participa de manera libre, consiente y decididamente en la conformación de un núcleo familiar, el cual sin su decisión plena y autonomía, simplemente no podría constituirse la maternidad subrogada, quedando de esta manera tutelada por la Constitución

Política Federal, la posibilidad de otorgar pleno reconocimiento jurídico en los ámbitos jurídicos federales y estatales de la figura denominada maternidad subrogada.

Además, es preciso manifestar aquí que el concepto responsabilidad posee un papel fundamental para lograr la construcción de la maternidad subrogada, ya que considerando los panoramas socio-cultural que imperan en nuestra actual sociedad es necesario y vital la participación de tres ciudadanos que de manera libre y de forma responsable acepten concientemente las consecuencias materiales del hecho a realizar, como lo es el aceptar o permitir la gestación de una nueva vida dentro de un cuerpo humano diferente al de origen, dándose como resultado de ello, la configuración de un nuevo ser, así como la constitución real y material de una familia.

Así, desde la perspectiva del derecho a la información queda claro que la maternidad subrogada requiere de una difusión elemental en todos aquellos ciudadanos que por alguna causa natural se encuentran impedidos de constituir una familia derivado de algún problema de infertilidad o esterilidad. Es por ello que la maternidad subrogada debe ubicarse como producto del desarrollo científico que la civilización humana ha obtenido y que hoy en día permite la posibilidad de lograr la reproducción humana a través de los métodos científicos y tecnológicos denominados técnicas de reproducción asistida en las cuales encaja de manera coherente y lógica la maternidad subrogada, la cual constituye una alternativa más para garantizar la constitución del núcleo familiar que la mayoría de los seres humanos requiere. En primer término, para los ciudadanos mexicanos y en segundo término, para perpetuar la especie humana y evolución socio-cultural del Estado Mexicano, todo ello, gracias a los avances científicos y tecnológicos alcanzados por los científicos mexicanos y

extranjeros, principalmente, en virtud de que la figura de la maternidad subrogada llegó a nuestro país del exterior.

En cuanto al artículo noveno constitucional, se establece lo siguiente:

Artículo 9º: "No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito pero solamente los ciudadanos de la república podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país..."

El presente precepto nos ofrece el fundamento jurídico constitucional suficiente para ubicar a la maternidad subrogada desde una perspectiva eminentemente del derecho privado y de manera más específica desde la óptica del derecho civil mexicano a través del rubro denominado *contratos civiles* en donde podemos ubicarla como un contrato civil clasificado como innominado o atípico que se realiza al amparo de la libertad de asociación que consagra el artículo noveno constitucional. De manera que la maternidad subrogada se realiza mediante un contrato que puede ser preliminar o definitivo; unilateral o bilateral; comúnmente oneroso, aunque también puede ser gratuito; conmutativo; consensual; formal; principal o accesorio; de tracto sucesivo; e innominado.

Respecto al artículo cuarenta y nueve constitucional, se indica lo siguiente:

Artículo 49: "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial..."

Este precepto nos permite hacer un breve comentario desde la perspectiva federal, referente a la figura jurídica de la maternidad subrogada a través de los tres poderes

que conforman a la Federación Nacional en los términos siguientes.

El Poder Legislativo ha contribuido con la figura de la maternidad subrogada conformando el marco jurídico vigente que a través de un Congreso Constituyente en el año de 1917 plasmó los derechos fundamentales que posee el ciudadano mexicano, como lo son las garantías individuales, que deben ser debidamente amparadas y salvaguardadas por el Estado, sus instituciones y las autoridades competentes a través de las diferentes leyes que rigen y prevén la posibilidad de existencia de la maternidad subrogada.

El Poder Ejecutivo coadyuva con la maternidad subrogada creando instituciones como la Secretaria de Salud, instituyendo Programas Políticos como el Sistema Nacional de Salud, y acciones tendientes a elevar el nivel de vida de la población mexicana que permita proporcionar cabal cumplimiento y eficacia a las garantías constitucionales establecidas pro nuestra Carta Magna, que favorecen el reconocimiento social y jurídico de la maternidad subrogada en nuestro país.

El Poder Judicial debe comenzar a regular y dirimir toda controversia referente a la maternidad subrogada que se presente ante los tribunales y los órganos jurisdiccionales de la Federación. En este aspecto todavía en nuestros días no existen controversias jurídicas sobre maternidad subrogada, pero en virtud de la evolución social y de salvaguardar el desarrollo social integral del Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación deberá estar listo y apto no solo para conocer sino para resolver, conforme a la legislación nacional los conflictos de intereses jurídicos que se presenten con motivo de la realización de la maternidad subrogada en el contrato

normativo mexicano.

En cuanto al artículo noventa constitucional, a la letra dice:

Artículo 90: "La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la ley orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del ejecutivo federal en su operación..."

Desde esta óptica encontramos el fundamento jurídico que permite a la figura jurídica de la maternidad subrogada formar parte de las responsabilidades y obligaciones que deben ser satisfechas y cubiertas por la Administración Pública Federal, por el Ejecutivo Federal a través de la Administración Pública Federal Centralizada. Esto es, por virtud del mandamiento federal, el Presidente de la República concede facultades a la Secretaría de Salud para que a través del Sistema Nacional de Salud establezca y conduzca la política nacional en materia de asistencia social, servicios médicos y salubridad general y para que coordine los programas de servicios a la salud de la Administración Pública Federal. (Artículo 39 de la Ley de la Administración Pública Federal)

Así, para reforzar la idea anterior señalaré dos preceptos jurídicos referentes al Sistema Nacional de Salud y a la Secretaría de Salud, contempladas por la Ley de la Administración Pública Federal, que son los siguientes:

Artículo 6: "El Sistema Nacional de Salud tiene los siguientes objetivos:

“... IV. Dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como a la integración social y al crecimiento físico y mental de la niñez...”

Artículo 7: “La coordinación del Sistema Nacional de Salud estará a cargo de la Secretaría de Salud, correspondiéndole a ésta:

“... VIII. Impulsar las actividades científicas y tecnológicas en el campo de la salud...”

Como se puede apreciar, la fracción cuatro del artículo seis fomenta el impulso para el desarrollo de la familia, así como su integración social, lo cual se traduce en el gran peso que tiene la familia ante el Estado, protegiendo y amparando con ello, a las personas que no pueden reproducirse por sí mismas por algún problema físico o de salud. Además, el siguiente precepto, el artículo siete en su fracción octava, señala como una obligación de la Secretaría de Salud el dar impulso a las actividades científicas y tecnológicas en el campo de la salud, de manera que se podría hablar de las técnicas de reproducción asistida y de la maternidad subrogada, a fin de que sea éste el móvil para que las parejas que no pueden tener hijos, puedan ser padres por estos medios, y con la protección constitucional que se encuentra respecto a los avances tecnológicos.

Es así como dentro de este cúmulo de facultades queda inserta la maternidad subrogada, la cual en teoría, considerando que es una consecuencia de las técnicas de reproducción humana asistida debería ser debidamente regulada por la Secretaría de Salud, desafortunadamente dentro de las facultades que ejerce esta Secretaría de Estado no existe hoy en día un órgano administrativo propio y específico que se encargue de llevar a la praxis y eficacia ese cúmulo de atribuciones que en teoría

debería de desarrollar la Secretaría de Salud con relación a la maternidad subrogada. Lo anterior lo podemos constatar de manera triste y desafortunada al verificar el contenido normativo de la Ley General de Salud, la cual se encarga de regular el funcionamiento y operatividad de la Secretaría de Salud en donde no aparece en ninguna de sus disposiciones jurídicas, entiéndase artículos, la figura de la maternidad subrogada, a excepción de la inseminación artificial; omisión que resulta sumamente delicada y violatoria de garantías constitucionales, tales como el derecho a constituir una familia o a la libertad de asociación con el objeto de participar en la conformación de una familia a través de la maternidad subrogada.

Respecto al artículo noventa y cuatro, dice lo siguiente:

Artículo 94: "Se deposita el Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, en Juzgados de Distrito..."

Este artículo nos permite encontrar sustento a la maternidad subrogada referente al ámbito de solución de problemas y conflictos legales que puede generar el derecho a constituir una familia o también el ejercicio de la libertad de asociación con el propósito de constituir una familia a través del acto jurídico de la maternidad subrogada. En virtud de lo manifestado, corresponde al Poder Judicial el resolver los conflictos, litigios o problemas legales utilizando para ello a los órganos jurisdiccionales que lo constituyen y conforman como lo son en primera instancia Juzgados de Distrito, en segunda instancia Tribunales Colegiados de Circuito o Tribunales Colegiados y en tercera instancia el Amparo Casación ante la Suprema

Corte de Justicia de la Nación, lo cual nos indica la viabilidad jurídica y la trascendencia procesal que posee la figura legal de la maternidad subrogada.

El artículo ciento cuatro constitucional, dice lo siguiente:

Artículo 104: "Corresponde a los tribunales de la federación conocer:

"I. De todas las controversias del orden civil... que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales... Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal..."

En base a este artículo la maternidad subrogada, desde una perspectiva del derecho procesal civil, encuentra fundamento para que en caso de existir un conflicto de intereses entre la actora y la demandada se concurre a elección del actor de la demanda en la vía federal o en la vía del fuero común o estatal, ya que la maternidad subrogada con un sentido de acto jurídico contractual posee todos y cada uno de los elementos necesarios que las leyes exigen para considerarlo como válido y por lo tanto, con efectos jurídicos, tal y como lo afirma el artículo 1795 del Código Civil Federal, en el sentido de contar con consentimiento de las partes, licitud del objeto y estar contenido en una norma o precepto legal, los anteriores requisitos procedimentales para que la maternidad subrogada en términos de conflicto jurídico pueda ser resuelta por un Juzgado de Distrito o un Juzgado del fuero común. En materia civil se encuentran contenidas en el artículo 1918 del Código Civil de Tabasco, por lo que todo litigio concerniente a consecuencia de la maternidad subrogada deberá ser resuelto por el Poder Judicial Federal o por el Poder Judicial de

los Estados, en los términos e instancias que plantea el artículo 104, fracción I de nuestra Carta Magna.

Respecto al artículo ciento treinta y tres constitucional, dice lo siguiente:

Artículo 133: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella... serán la Ley Suprema de toda la Unión..."

A través del presente artículo me permito proponer que la figura jurídica de la maternidad subrogada existente en el Código Civil de Tabasco en sus artículos 92, 165, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 349, 360 y 365 sea incluida en el texto del Código Civil Federal para efectos de que tal y como lo previene el presente artículo 133 constitucional, la figura de la maternidad subrogada, ya como parte del Código Civil Federal asuma y posea el carácter jurídico de Ley Suprema de toda la Unión, lo cual traerá como consecuencia que la figura de la maternidad subrogada sea reconocida jurídicamente en todas y cada una de las entidades federativas en las cuales no existe o simplemente atendiendo al carácter y estatus del Código Civil Federal en el sentido de Ley Suprema de toda la Unión, la figura de la maternidad subrogada cobre existencia jurídica en todos y cada una de las entidades de nuestra Federación.

De esta manera, la existencia de la maternidad subrogada en el Código Civil Federal, permitirá que las controversias que se susciten entre el Estado y los particulares se resuelvan en el plano Federal por sus tribunales, pero si los conflictos se presentan entre particulares, sean resueltos conforme a los Códigos Civiles o Familiares de los Estados, en los tribunales respectivos.

2. LEY GENERAL DE SALUD DE 1984

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella... serán Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.” (Artículo 133 constitucional)

Es por ello que encuentro importante referirme a la Ley General de Salud, ya que es una ley que emana del Congreso de la Unión, por lo tanto es Ley Suprema en el país, de manera que todos los estados de la República Mexicana deben estar acordes con ella. Incluso, la Ley General de Salud hace referencia a esto en su artículo primero, capítulo único, título primero, el cual a la letra dice:

“La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. **Es de aplicación en toda la República** y sus disposiciones son de orden público e interés social.”

De acuerdo a esto, debe comprenderse que sus disposiciones deben aplicarse en todos los Estados del país, aunque estos pueden legislar sobre todo lo que no esté prohibido por esta ley federal. De manera que si la Ley General de Salud contempla algún aspecto que no se encuentre regulado en la Ley de Salud de alguna de las entidades de la República, podría contravenirse no sólo a la Ley General de Salud

sino incluso a la Constitución, pues como ya se mostró en el artículo 133 constitucional, las leyes emanadas del Congreso de la Unión son Ley Suprema de toda la República, a pesar de que haya disposiciones en contrario en las Constituciones o leyes de los Estados. Excepto que, como mencioné, ni la Constitución ni la Ley General de Salud lo contemplen, pues de esta manera se puede deducir que lo que no está prohibido, está permitido.

En relación a lo anterior, se puede apreciar que existe un problema entre lo que indica la Ley General de Salud y el Código Civil para el Estado de Tabasco. En la Ley General de Salud se contempla una de las técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial, según el artículo 466 de esta ley:

"Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

"La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge."

Sin embargo, no obstante que la Ley General de Salud prevé esta técnica de reproducción asistida, no contempla la maternidad subrogada o la fecundación *in vitro*, que de manera implícita la hace posible, siendo entonces discordante el Código Civil de Tabasco, por ir más allá de lo que prevé la ley federal.

Es decir, si la Ley General de Salud contempla únicamente la inseminación artificial y

sus disposiciones son de aplicación en toda la República, por qué una ley local como es el Código Civil de Tabasco contempla la maternidad subrogada, haciendo parecer que está por encima de la Ley General de Salud.

Pues bien, atribuyo esto a que existe autonomía de los Estados, de acuerdo a lo que señala la Constitución en su artículo 40, que dice:

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

Es decir, de acuerdo a este artículo, no quiere decir que el Estado de Tabasco sobrepase lo que dice la Ley General de Salud, lo que sucede es que emplea su soberanía para regir en su interior, de manera que en su Código Civil prevé la maternidad subrogada, la cual no obliga más que a este Estado. En tal virtud, no se puede obligar a otros Estado de la República para que contemplen la maternidad subrogada, pues ésta sólo rige en una ley local. Es por ello que considero viable que se proponga a nivel federal la regulación de la maternidad subrogada, ya sea que los Estados se pronuncien en contra o a favor, pero que la contemplen en sus respectivas leyes.

Además, también debe tomarse en cuenta que ya existe un Código Civil Federal, de manera que este regulará los conflictos federales sobre maternidad subrogada, los cuales no pueden resolver los Estados.

Así, en mi opinión, este error de técnica legislativa podría corregirse si los legisladores del Congreso de la Unión establecieran en la Ley General de Salud la posibilidad de que los estados de la República pudieran regular la maternidad subrogada en sus leyes, ya sea a favor o en contra, pero que finalmente pudieran pronunciarse respecto a ella. Brindando de esta forma, la alternativa para que cada entidad federativa deje en sus leyes la posibilidad o la prohibición respecto a la maternidad subrogada.

De esta forma, la razón que tengo para que sea posible la maternidad subrogada, la encuentro en la misma Ley General de Salud. Esta ley regula el Sistema Nacional de Salud, que es un organismo a cargo de la Secretaría de Salud; se encuentra constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, **tanto federal como local** (artículo 5 de la Ley General de Salud) y algo muy importante, entre los objetivos del Sistema Nacional de Salud se encuentra el **impulsar las actividades científicas y tecnológicas en el campo de la salud** (artículo 7 de la Ley General de Salud).

De acuerdo a lo anterior, la maternidad subrogada es una innovación científica pues, la maternidad subrogada existe gracias al avance de la ciencia en cuanto a las técnicas de reproducción asistida, de manera que ello hace posible que se pueda encuadrar dentro del objetivo que menciono del Sistema Nacional de Salud, Además, este objetivo se puede relacionar y reafirmar con las obligaciones que tiene la Secretaría de Salud en el artículo 6 de la Ley General de Salud, que dice:

Artículo 6: "La coordinación del Sistema Nacional de Salud estará a cargo de la Secretaría de Salud, correspondiéndole a ésta:

"I. Proporcionar servicios de salud a toda la población y mejorar la calidad de los mismos...;

" ...

" ...

"IV. Dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como a la integración social...;

" ...

"VI. Impulsar un sistema racional de administración y desarrollo de los recursos humanos para mejorar la salud;

" ...

" ... "

De lo anterior se desprende que la Secretaría de Salud puede coordinar al Sistema Nacional de Salud para que proporcione a toda la población servicios de salud; para impulsar el desarrollo de la familia; y para llevar a cabo un sistema que permita recursos en relación a la salud.

Así, por servicios de salud: "... se entiende... todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad." "Los servicios de salud se clasifican en tres tipos: I. De atención médica; II. De salud pública; y III. De asistencia social." (Artículos 23 y 24 de la Ley General de Salud).

Para efectos de la maternidad subrogada, los servicios de salud vendrían a beneficiar a el individuo (mujer estéril o infértil) que no puede tener hijos. Esto también constituye un beneficio a la sociedad, toda vez que permite la plena integración familiar de los padres con su hijo. Beneficio que debe ir encaminado a proteger, promover y restaurar la salud de la persona, lo cual nos permite argumentar que aquellas personas que no pueden tener hijos están amparadas por la Ley General de Salud, ya que se les puede ayudar a restaurar su salud, tendiendo como alternativa la maternidad subrogada.

Además de lo anterior, otro fundamento que encuentro en la Ley General de Salud es que la maternidad subrogada puede considerarse como un derecho a la protección de la salud, debido a que concuerda con la mayoría de sus finalidades. El artículo 2 de la Ley General de Salud dice:

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

"I. El bienestar físico y mental del hombre, 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 coadyuvan 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

"..."

De manera, en la Ley General de Salud encuentro una amplia gama de preceptos jurídicos a través de los cuales, de forma personal, sería posible la maternidad subrogada. Sobre todo aquellos artículos que se refieren al impulso del desarrollo de la familia y el que alude al impulso del desarrollo científico. Ambas se complementan para que la maternidad subrogada pueda cobrar vida, pues el desarrollo de la familia significa la constitución plena entre los padres y sus hijos, lo cual puede hacerse mediante el desarrollo científico, como son las técnicas de reproducción asistida, de las cuales se desprende la maternidad subrogada.

Es por todo lo anteriormente referido que encuentro sustento legal en la Ley General de Salud para que sea posible la maternidad subrogada. De hecho, a mi parecer, se encuentra regulada implícitamente, sólo faltaría establecer en su texto la denominación de esta figura jurídica, para que los Estados de la República puedan pronunciarse sobre ella.

3. CÓDIGO CIVIL FEDERAL DE 2000

De acuerdo a los comentarios vertidos anteriormente, cabe señalar que desde el 25 de mayo de 2000 se cuenta con un Código Civil Federal. De acuerdo a ello, resulta

necesario que la propuesta de la maternidad subrogada sea contemplada en este Código, pues en caso de alguna controversia con el orden federal, deberán existir preceptos jurídicos que la regulen. Así, para estos efectos, deberá establecerse en él un concepto de maternidad subrogada; quiénes y cómo se denominan las partes; sobre el contrato; y la forma en que se extinguen las obligaciones en la maternidad subrogada.

Además, lo anterior serviría de base para los estados de la República Mexicana que desearan ponerla en vigor.

4. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 2000

Hasta ahora, el tema de la maternidad subrogada ha sido abordado por pocos lugares en el mundo. En nuestro país, se ha establecido únicamente en el Estado de Tabasco, de manera que ahora es posible la maternidad subrogada en este Estado. Sin embargo, considero que no debería ser el único Estado de la República mexicana que se pronuncie sobre esta figura jurídica, pues el avance tecnológico avanza de tal manera que comenzarán a surgir casos de maternidad subrogada en otros estados del país, y ¿qué sucederá si no existe legislación al respecto?, supongo que lo mismo que ha ocurrido en otros países: conflictos que los juzgadores no saben cómo resolver por falta de preceptos jurídicos.

De esta manera, no es mi intención estudiar cada Estado de la República, pero sí tomar en cuenta uno de sus estados que tenga como finalidad introducir en sus leyes

la figura de la maternidad subrogada. Es por ello que en este caso nos referiremos al Distrito Federal, en virtud de que en éste han comenzado a surgir interés por las técnicas de reproducción asistida, así como de la maternidad subrogada.

De esta manera, los legisladores del Distrito Federal se han preocupado por introducir en su Código Civil algunos aspectos tecnológicos actuales, como son las técnicas de reproducción asistida. Al respecto, el segundo párrafo del artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal del 2000 dice lo siguiente:

Párrafo segundo del artículo 162: “Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, **cualquier método de reproducción asistida**, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”

Del anterior precepto se puede deducir que el Código Civil para el Distrito Federal no permite la maternidad subrogada, toda vez que el precepto se refiere únicamente a “Los cónyuges...”, los cuales pueden “... emplear... **cualquier método de reproducción asistida**, para lograr su propia descendencia.”, lo cual significa que no puede intervenir una tercera persona, como es el caso de la mujer subrogada.

Como se ve, el precepto limita a los esposos para emplear las técnicas de reproducción asistida, aunque quizás puede permitir la posibilidad a los concubinos, pues por una parte no se los prohíbe y por otra, “Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.” (Artículo 291 Ter del Código Civil para el Distrito Federal de 2000), de lo cual se

puede deducir que un derecho inherente a la familia es el poder procrear, por lo tanto, los concubinos podrían hacer uso de cualquier método de reproducción asistida.

Así, aunque todavía no se permite a los cónyuges y concubinos la posibilidad de una tercera persona que los ayude a procrear, se están empezando a abrir caminos para el análisis de la maternidad subrogada, en que pueden intervenir terceros y hacer posible con ello esta figura jurídica. Hace poco se pretendió tratar el tema de las técnicas de reproducción asistida en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Me refiero a un Foro que se denominó "Reproducción asistida, enfoque multidisciplinario hacia una regulación específica para el Distrito Federal", que se llevaría a cabo del 27 al 30 de noviembre del 2002, el cual sin embargo, no se realizó por problemas internos de esta institución. No obstante, me parece importante el precedente que deja dicho evento, pues significa que ya se está considerando seriamente el tema, pues entre los aspectos que se iban a tocar estaba la subrogación de vientre o maternidad subrogada, como la he llamado en este trabajo de investigación. Esta iba a ser abordada por diversos ponentes, como la Doctora María Cecilia Calderón, Directora Médico del Instituto de Esterilidad y Salud Reproductiva; el Licenciado Juan Tapia Mejía, Juez Trigésimo Octavo de lo Familiar en el Tribunal Superior de Justicia; y el Diputado Walter Widmer López, los cuales darían muy diferentes puntos de vista debido a su profesión. Sin embargo, sigo pensando que es importante que se comiencen a planear estos eventos, pues ya sea que estén a favor o en contra de la maternidad subrogada, se están manifestando desde diversas áreas del conocimiento, lo cual permite un mejor panorama para que en un futuro se legisle.

Por último, cabe hacer una crítica al artículo 162 del Código Civil del Distrito Federal,

ya que los legisladores han sido vagos al hablar de reproducción asistida, pues doctrinalmente a ésta se le divide en inseminación artificial, fecundación *in vitro* y clonación, de manera que si el Código Civil para el Distrito Federal permite las técnicas de reproducción asistida, estará también permitiendo la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la clonación, lo cual no creo que sea así, pero entonces ¿a qué se están refiriendo con técnicas de reproducción asistida?

Al respecto, en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal del 2000 no señala porqué se habla de técnicas de reproducción asistida, en vez de especificar si se trata de inseminación artificial, fecundación *in vitro* o clonación, lo cual me hace ver que es un descuido de los legisladores al no observar la doctrina de los concedores en la materia. Esta situación provoca que se entienda que los cónyuges, como señala el precepto, puedan hacer uso de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida mencionadas, a fin lograr la reproducción, y de ser así, lo veo difícil, pues la fecundación *in vitro* y la clonación, son muy cuestionadas todavía a nivel mundial, sobre todo esta última.

5. CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE TABASCO DE 1997

En poco tiempo, el mundo se ha tenido que enfrentar con las nuevas situaciones jurídicas que se presentan, con motivo de lo que la tecnología va logrando. Un ejemplo de este avance tecnológico es la maternidad subrogada, la cual es posible

por medio de las técnicas de reproducción asistida, como son la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*, y que ha llegado a México a través del nuevo Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco del 9 de abril de 1997, el cual abrogó al Código Civil de Tabasco de 1951.

Así, este nuevo Código contempla de manera textual entre sus preceptos jurídicos la maternidad subrogada. Al respecto, los legisladores tabasqueños señalaron en el primer párrafo de la exposición de motivos del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco, lo siguiente:

Párrafo primero: "Es indudable que los cambios que se dan en nuestra sociedad, deben reflejarse en el marco jurídico que la rige. Los códigos sustantivos y adjetivos del Estado Libre y Soberano de Tabasco establecen derechos y obligaciones de los tabasqueños, por lo que es menester **incorporar los recientes avances que se han dado en el ámbito científico** y los cambios en materia económica y social con el fin de adecuarlos a la esfera jurídica, coadyuvando en este sentido para que la impartición de justicia sea pronta, expedita y eficaz."

Mas adelante, la exposición de motivos dice: "II. En el Libro Primero se incorporan las consecuencias jurídicas de los adelantos de carácter científico y 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 esta 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 aquellos.”

De esta manera, los legisladores de Tabasco se han preocupado por insertar en sus leyes la regulación de la maternidad subrogada, a fin de evitar futuros conflictos entre las personas que conforman su población, lo cual es una ventaja, pues cuando se presente una controversia respecto a la maternidad subrogada, habrá preceptos jurídicos que la contemplen. Sobre esto último, cabe señalar que los habitantes del Estado de Tabasco pueden hacer uso de la maternidad subrogada, en virtud de lo que la Constitución señala en su artículo 121, que a la letra dice:

Artículo 121: “En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El congreso de la Unión, por medio de las leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

“I. Las leyes de un estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él...”

Por lo tanto, cualquier tabasqueño o cualquier persona de otro Estado de la República que se encuentre en Tabasco, puede hacer uso de la maternidad subrogada, pero nunca fuera de él, de manera que también los tribunales de este estado son los indicados para resolver sobre los litigios de esta figura jurídica.

Ahora bien, existen algunos artículos del Código Civil de Tabasco dignos de

comentarios, entre los cuales están los siguientes: 92, 165, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 349, 360 y 365.

En cuanto al artículo 92, en sus párrafos cuarto y quinto se dice lo siguiente:

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

Como se muestra, el párrafo cuarto del artículo 92 diferencia entre maternidad subrogada y maternidad sustituta, aunque realmente no encuentro distinción entre una y otra, ya que en términos etimológicos, ambas significan lo mismo: el cambio de una persona (mujer) por otra. No obstante, los legisladores de este Estado, consideraron adecuado hacer la diferencia entre los dos términos, de manera que se entiende por madre gestante sustituta a aquella mujer que accede a embarazarse, pero que no proporciona el componente genético (óvulo), y por madre subrogada, a aquella mujer que provee tanto el material genético como la gestación. Sin embargo, en mi opinión, creo que no es adecuado que se permita la maternidad subrogada en los términos del artículo 92 del Código Civil de Tabasco, es decir, que una mujer provea tanto el componente para la gestación como el material genético, pues entonces se habla de una mujer que aporta su óvulo para gestar al bebé, y en consecuencia, el niño que nacerá será suyo, de manera que la subrogada, para entregar al bebé a la contratante

tiene que dárselo en adopción.

Es por ello que no concuerdo con esto, ya que de lo que se trata con la maternidad subrogada es que la madre contratante aporte el óvulo para que otra mujer lo gesté por ella. Además, el hecho de que sea la contratante quien aporta el óvulo crea un vínculo lo suficientemente fuerte con el niño, como para sustentar que es suyo, ya que cuando el bebé nazca puede argumentar que el niño posee cosas en común con ella, como el parecerse físicamente, contener su ADN, entre otras. De manera que el niño le pertenezca por ser parte de ella. Por lo tanto, concuerdo con la maternidad sustituta y no con la maternidad subrogada, como lo establece el Código Civil de Tabasco, debido a que en la maternidad sustituta, la contratante es la que aporta el óvulo y la mujer sustituta, la que lleva el embarazo a término, lo cual quiere decir que esta es la madre gestante, pero no la madre genética.

En cuanto al quinto párrafo del artículo 92, dice: "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."

De lo anterior, se entiende que cuando el hijo nazca de una mujer subrogada que se encuentre casada y viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil deberá asentar como padre a este y no a otro, excepto que el esposo desconozca al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare. En cambio, si se trata del hijo nacido de una madre gestante sustituta, entonces el Oficial del Registro Civil deberá registrar como

padre al esposo de la contratante y no al esposo de la mujer que gesta al bebé. El artículo 360 se refiere a esto, dice: "Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo."

Así, en el primer caso, de maternidad subrogada, se considera padre al esposo de la gestante, debido a que el artículo 324 del Código Civil para el Estado de Tabasco señala:

Artículo 324: "... Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

"I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio..."

Así, los hijos nacidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial deben ser reconocidos por los cónyuges, es decir, por la madre gestante y el esposo de ésta. Sin embargo, para que opere la maternidad subrogada tiene que haber un desconocimiento de paternidad por parte del esposo de la subrogada, de manera que puede desconocer al hijo si prueba "... haber sido físicamente imposible... tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento." Y sólo el esposo "... Mientras... viva,... podrá reclamar contra la filiación del hijo..." (Artículos 325 y 326 del Código Civil para el Estado de Tabasco).

De hecho, esto también operaría para los concubinos, pues según el artículo 340 del Código Civil para el Estado de Tabasco dice:

“Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

“

“III.- Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.”

De lo anterior, considero que es obvio que el Oficial del Registro Civil tenga que asentar como padre al esposo de la subrogada y no al esposo de la contratante, pues si la mujer subrogada es la que aporta el material genético y a la vez gesta al bebé, entonces ella es la madre del niño, de manera la ley considera como padre a su esposo.

Al respecto, cabe hacer una crítica, ¿por qué los legisladores no pensaron mejor en la adopción en vez de la maternidad subrogada?, pues lo que se está haciendo finalmente es una adopción, ya que, una mujer que gesta su óvulo se convierte en la madre del bebé que nacerá y obviamente que para cederlo a otras personas tiene que darlo en adopción, entonces, ¿por qué se le llama a esta situación maternidad subrogada? Desde mi punto de vista es una adopción y no debe entenderse que existe una maternidad subrogada, pues, la maternidad subrogada, de manera

personal, es aquella en que la contratante aporta su óvulo para que otra mujer lo geste.

Al respecto, el párrafo tercero del artículo 92 nos da la razón al indicar que: "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.**"

Como se ve, este precepto indica que en los casos en que se presenta la maternidad subrogada, se estará de acuerdo a la adopción, lo cual me parece incoherente, pues en vez de permitir que una mujer geste a un niño que finalmente darán en adopción a una pareja, los legisladores tabasqueños deberían pensar primero en los menores que se encuentran en casas hogar, a fin de que ellos tengan prioridad para ser adoptados.

Si nos fijamos bien en la figura de la maternidad subrogada, se verá que se está hablando más bien de adopción, ya que una mujer que da a otro u otros a su hijo está haciendo uso de dicha figura. Ciertamente es que la adopción es una forma de subrogación, pues implica el cambio de una persona por otra, pero no debemos confundir a ésta institución con la maternidad subrogada, porque sería tanto como desvirtuar el significado de la adopción. Es por tal razón que pienso que la maternidad sustituta es más viable que la maternidad subrogada. Esta idea se encuentra reforzada por el artículo 347 que dice:

Artículo 347: "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 contrató."

Lo anterior significa que en la maternidad sustituta, la madre legal es la contratante, ya sea que esta provea o no el óvulo. Esto no quiere decir que el óvulo pueda donarlo la mujer subrogada, pero entonces estaríamos ante la maternidad subrogada (aporta la gestación y el óvulo). Mas bien se refiere a que la contratante puede ceder su óvulo para que la subrogada lo geste, o bien el óvulo puede provenir de una donadora ajena a la contratante y a la subrogada, para que esta última lo geste.

A mi parecer, la aportación del óvulo que realiza la contratante, crea la verdadera maternidad sustituta. Digo esto, porque al aportar su óvulo la mujer contratante crea un fuerte lazo genético entre ella y el bebé que habrá de nacer. En cambio, la mujer subrogada reconoce al niño como suyo, en virtud de haber sido ella quien aportó tanto el material genético como la gestación, y para entregarlo a los contratantes debe darlo en adopción.

En cuanto a la donadora de óvulo, ajena a la contratante y a la subrogada, pienso que tampoco es lo ideal, pero es más viable que si la mujer subrogada fuera la que lo aportara, ya que la donadora se deslinda del óvulo y sabe que alguien más lo va utilizar para tener un hijo. La desventaja que encuentro, es que cuando el bebé crezca habrá el riesgo de que se entere de que su madre genética no es la que vive con él, lo cual podrá confirmar si a parte de todo no se parece físicamente a ella. Por lo tanto,

querrá saber quién es su verdadero progenitor. Es por ello, que insisto en que el óvulo proceda de la contratante, porque entonces, entre el bebé y la contratante se creará un lazo muy fuerte como son las características físicas, de carácter y de herencia.

Por otra parte, en la maternidad sustituta, es la contratante la que aporta el óvulo, de forma que esta es la madre legal y por consiguiente lo es su esposo o concubino. De manera que si la contratante es la madre legalmente hablando, operan los artículos del Código Civil de Tabasco que antes mencionamos, los cuales se refieren a que los cónyuges o los concubininos no pueden desconocer a los hijos concebidos por el uso de cualquier técnica de reproducción asistida.

Ahora bien, otra cuestión que es relevante, es el que la mujer que va a gestar sea casada. En mi opinión, no debería permitirse que ésta sea casada, ya se trate de la mujer subrogada o de la mujer sustituta, pues el hecho de que sea casada crea más conflictos, ya que puede darse el caso de la mujer subrogada o sustituta siga teniendo contacto sexual con su esposo, aunque no viva con él, lo que originaría que el óvulo sea fecundado sea con el espermatozoide de su esposo y no con el del esposo de la contratante. Esta situación provoca constante incertidumbre para la pareja contratante, porque tiene que cerciorarse médica y legalmente de quién es el hijo, lo cual es un problema que se puede evitar si la mujer, ya sea subrogada o sustituta, es soltera. Si esto no se cambia existe la posibilidad de que en un futuro el esposo de la contratante tenga que reconocer a un niño que no es suyo sino del esposo de la subrogada, o bien, podría darse también el caso de que el esposo de la subrogada no quiera desconocer al hijo, aún sabiendo que el bebé no es suyo, lo cual nuevamente crea un conflicto que puede evitarse si, reitero, la mujer sustituta o subrogada fuera

soltera.

Otro aspecto que también vale la pena comentar es el de quién debe aportar el esperma: el esposo de la contratante, un donador o la pareja de la mujer subrogada. Si el esperma pertenece al esposo de la contratante no existe ningún conflicto, pues el hijo es de él y en consecuencia de la contratante. Si pertenece a un donador, que no sea la pareja de la mujer subrogada, el niño pertenece a la pareja solicitante. Si el esperma pertenece a la pareja de la subrogada, por ley, el bebé pertenece a estos. De manera que también se debe tomar en cuenta la procedencia del esperma, a fin de que el niño que nazca sea hijo de la pareja contratante, por lo que en mi opinión debe pertenecer al esposo de la contratante o de un donador en el último de los casos, pero nunca debe ser el esperma del esposo de la subrogada, pues ello crea la paternidad hacia el nacido.

Así, en resumen, es necesario que el óvulo pertenezca a la contratante y no a la que lo va a gestar, que ésta sea una persona soltera y que el esperma provenga del esposo de la contratante o de un donador extraño a este y al esposo de la subrogada.

Otras novedades que encuentro en este nuevo Código Civil para el Estado de Tabasco, son que en el acta de nacimiento no se podrá hacer ninguna mención que califique la filiación del niño nacido por alguna de las técnicas de reproducción asistida, como sería por ejemplo la que dijera: "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial (sic)", ya que esto ameritará una infracción al Oficial del Registro Civil la primera vez, con una multa equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la Entidad, y la segunda vez con

destitución del cargo (segundo y cuarto párrafos del artículo 92 del Código Civil de Tabasco). De esta manera se está indicando claramente la protección legal para quien intente exhibir a algún menor diciendo que es producto de alguna de las técnicas de reproducción asistida, a través de la cuales es posible la maternidad subrogada.

Además de lo anterior, se encuentra el artículo 365, que se refiere a los derechos los nacidos mediante algún método de reproducción asistida. El artículo dice lo siguiente:

Artículo 365: "El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:

"I.- A llevar el apellido del que lo reconoce;

"II.- A ser alimentado por éste;

"III.- A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión testamentaria; y

"IV.- A ejercer los derechos que este Código concede a los hijos póstumos.

"Gozan de estos mismos derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de concepción humana artificial."

Lo anterior significa que los niños reconocidos por el padre, la madre o ambos, y además nacidos por alguna de las técnicas de reproducción asistida, tienen los mismos derechos que los no nacidos por estos métodos, lo cual evita los distinguos entre unos y otros y contribuye al fortalecimiento de la garantía de igualdad de

contempla y ampara nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por último, quiero hacer notar que el Código Civil de Tabasco es muy novedoso frente a las costumbres y cultura mexicanas, lo cual puede provocar rechazo a simple vista por las personas que no conciben otra forma de reproducción humana, como es la maternidad subrogada. Es por ello que me di a la tarea de analizar esta figura en el presente trabajo de investigación, pues trato de dejar plasmado el análisis de una de las consecuencias de las técnicas de reproducción humana más debatibles por muchos doctrinarios a nivel mundial. De manera que dejo en este punto mis comentarios sobre lo que me parece y no me parece del Código Civil de Tabasco, pues precisamente por lo novedoso del Código existen en este, a mi criterio, algunas cosas que todavía se deben someter a consideración, como lo es el permitir que una mujer aporte su óvulo y otra lo geste (maternidad subrogada).

B. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO POSITIVO EXTRANJERO .

El estudio y análisis de cualquier figura del derecho resulta más interesante y enriquecedora si se atiende a los que otros países han hecho y regulado en sus leyes ante el surgimiento de un fenómeno jurídico como es el de la maternidad subrogada, la cual tuvo sus primeros antecedentes en Estados Unidos de América y que posteriormente se llevó a cabo en Inglaterra, Francia, España, entre otros países.

En este punto, a parte de abordar estos países, analizaré otros como es Escocia y Canadá, los cuales han tenido también casos de maternidad subrogada sobre los

cuales ya existe legislación y resoluciones de algunos litigios en sus tribunales.

1. PAÍSES QUE PERMITEN TOTAL O PARCIALMENTE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Diversos países han negado y prohibido la maternidad subrogada argumentando que ésta induce a la comercialización del cuerpo humano de aquellas mujeres que fungen como subrogadas, y también de los niños, los cuales no pueden tratarse como si fueran cosas, sin embargo, debemos conocer las posturas de países que están a favor de la maternidad subrogada y que incluso han hecho posible esta figura mediante sus leyes, a fin de permitir a las personas que no pueden tener hijos por sí mismas, puedan tenerlos, aunque sea en base a maternidad subrogada.

Además de ello, una segunda razón para abordar el análisis de los países que contemplan en sus disposiciones jurídicas la maternidad subrogada, permitiendo ésta, es el hecho de que en México ya existe esta figura jurídica, pero falta en mi opinión, que se afinen algunos aspectos, como es que se elimine la diferencia entre maternidad sustituta y maternidad subrogada, siendo esta última con la que discrepo, por tratarse de una mujer que aporta su óvulo y es ella misma la que lo gesta, ya que esto es más bien una adopción. Cuestiones como esta son las que se deben estudiar de acuerdo a lo que otros países han dejado escrito en sus leyes, así como la forma en que han hecho valer la maternidad subrogada y han solucionado los conflictos sobre ella.

De acuerdo a lo anterior, abordaré los siguientes Estados en un orden de menor a mayor importancia: Escocia, Francia, Canadá, España y Estados Unidos.

a) ESCOCIA

En relación con el Informe Warnock, expedido en Inglaterra, el profesor Mason considera que debe permitirse la maternidad de sustitución, siempre que se realice por razones médicas. Señala que es necesario que se lleve a cabo por un médico, en un hospital con licencia para efectuar la inseminación artificial o la Fecundación *in vitro* y que los arreglos o gestiones para celebrar el contrato se realicen a través de una agencia con fines no pecuniarios. El Informe también señala que la criatura se de en adopción a la esposa de aquel cuyo semen fue utilizado para inseminar a la madre biológica, pero indicaba que en caso de que la madre subrogada decida quedarse con el niño pueda hacerlo⁹⁴.

Esto último ha sido una de las principales razones por las que los países que se han enfrentado a la maternidad subrogada la han prohibido:

No obstante, cabe mencionar que en 1985 se dictó una Ley (Surrogate Arrgements Act), que declaró ilegales las agencias comerciales, gestores y anuncios de subrogación, castigando como ofensa penal la publicidad y la gestión comercial

⁹⁴ Observation on the Report of Warnock Committee en "The Scots Law Times", 15 de febrero de 1985, pág. 51, citado por Silva Ruiz, Pedro, en "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler", Tapia, revista, número 36, Madrid, octubre de 1987 y en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, número 1447, Madrid, febrero de 1987.

encaminada a fomentar y ayudar los contratos onerosos de maternidad subrogada. No obstante, esta Ley no considera ilícitos estos contratos si no se actúa por interés económico o finalidad comercial.

Sobre esta postura, se alude a la inseminación artificial, toda vez que la subrogada es inseminada con el semen del esposo de la contratante, lo cual es un caso de maternidad subrogada, toda vez que una mujer se sustituye por otra para ser la madre, sin embargo, a mi consideración, se trata de una adopción, puesto que el óvulo lo aporta la subrogada y ésta lo gesta a la vez, lo cual quiere decir que el niño que nacerá será de ella. Para mí, la maternidad subrogada debe consistir en que la solicitante aporte su óvulo, pues esto implica un nexo con el bebé, desde el punto de vista biológico y genético. En cambio, si la contratante no aporta su óvulo, es como si adoptara un niño, pues ella no es la progenitora del bebé, sino otra mujer.

En cuanto a que la subrogada pueda quedarse con el niño, es obvio, pues se trata de su hijo, ya que ella aportó su propio óvulo para gestarlo.

Sobre el aspecto de la agencia intermediaria entre la subrogada y la subrogante, me parece que no deben existir estas personas morales, pues finalmente terminan lucrando y comercializando sin desmedida con la maternidad subrogada. Es por ello que es mejor que el trato sea solamente entre la gestante y la contratante.

b) FRANCIA

En Francia se presentó, en mayo de 1984, una iniciativa de ley presentada a la

Asamblea Nacional francesa, a fin de que se establezca la nulidad de pleno derecho sobre cualquier contrato de subrogación que se trate acerca de la concepción de un niño, fecundación y embarazo de la mujer.

Por su parte el Comité Consultivo de Ética para las Ciencias Médicas del Ministerio de Salud, el 23 de octubre de 1984, señaló que la práctica de la maternidad subrogada es ilícita en la legislación. Por ello, recomendó no recurrir al procedimiento de las madres de sustitución y puso de relieve que un 51% de la población es contraria a ésta técnica⁹⁵.

Sin embargo, el Tribunal de Apelación de París, contradujo la doctrina sostenida por el Consejo de Estado francés y el Comité Nacional de Ética, cuando el 15 de junio de 1990 concedió la adopción de dos niñas nacidas por maternidad subrogada a las esposas de los padres biológicos.

En la sentencia consideró que la adopción de Marie y Elise era legal, desde el momento en que la madre natural renuncia a los derechos sobre el niño que le reconoce la ley por un acto de abandono voluntario y definitivo.

Por su parte, el tribunal de apelación entendió que la donación de un niño puede ser jurídicamente semejante a la donación de un órgano, admitida por la ley, y en este caso, si el contrato estipulado entre una pareja y una madre de sustitución tiene fines lucrativos, no existe daño social. No obstante esta sentencia que admite la licitud de la maternidad subrogada, se opone a otra que fue emitida en 1988, en la cual se negó la

⁹⁵ RUBELLIN-DEVICHI, J., Congélation d'embryons, fécondation in vitro. Mère de substitution, presentado al Colloque "Génétique, procréation et Droit", realizado en París el 18 y 19 de enero de 1985, publicado en Actes Sud, Editeur Hubert Myssen, pág. 314.

legalidad a una asociación creada para favorecer los contratos por sustitución, por considerar que tales contratos eran ilícitos, aunque se realizaran desinteresadamente⁹⁶.

Al respecto, es coherente que la subrogada tenga que acreditar abandono voluntario y definitivo, porque ello es la forma, según las leyes francesas, para que proceda la maternidad subrogada. Con lo que no concuerdo, es que se compare al niño con un órgano, pues no es una cosa, es una persona. Con lo que sí estoy de acuerdo es en que se apoye la idea de que la subrogante tenga que pagar cierta cantidad de dinero, pues ella ejerce un servicio muy difícil, en el que pone en riesgo su cuerpo, su vida y su salud.

Con lo único que sigo en desacuerdo, y que Francia también concuerda, es la existencia de las agencias intermediarias, ya que, reitero, crean finalmente un perjuicio en vez de un beneficio.

c) CANADÁ

Este país presenta cierta tolerancia hacia la admisión de la maternidad subrogada. El Informe Notario (Ontario Law Reform Comisión) permitió la gestación de sustitución y recomendó poner en vigencia una legislación que regulara los respectivos contratos y formuló 32 recomendaciones sobre el tema.

⁹⁶ Diario El Paris, Madrid, España, 12 de octubre de 1990, pág. 23.

En la recomendación 49 dice: "Nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a entregar el niño, el tribunal ordenará que éste sea entregado a los padres sociales".

Esto demuestra que este país no sólo ha legislado sobre la maternidad subrogada, sino que reconoce como padres a los contratantes, a los cuales llama padres sociales. Además, señala de manera coercitiva, el hecho de que la gestante debe entregar al bebé una vez que ha nacido, lo cual me parece muy acertado, pues de lo contrario, qué razón tendría de ser el contrato, si finalmente se va a contravenir. Es tanto como dejar sin fuerza legal a este instrumento jurídico.

d) ESPAÑA

En España, el Informe de la Comisión Especial del Congreso Español (Informe Palacios) analizó los pros y los contras de la maternidad de sustitución. Respecto a esto señaló que las personas adultas son libres para decidir su reproducción y que impedirselo significa privarles del derecho a satisfacer sus deseos de maternidad y paternidad, en circunstancias que la ciencia puede remediar su esterilidad con esta forma de gestación. Además, en el caso de las portadoras las privaría de poder realizar una acción humanitaria, solidaria con los demás.

Este Informe deja constancia de que existen diferentes posturas que abogan por la defensa de la maternidad de sustitución, indicando que este tipo de maternidad debe

permitirse, garantizando y vigilando que sea en forma desinteresada, solidaria y sólo para parejas estériles.

Sobre esto, me parece que es acertado e interesantes los comentarios que se hacen en el Informe de la Comisión Especial para el Congreso Español, pues este organismo señala que las personas adultas, o mayores de edad, son libres para decidir sobre su reproducción y que privarles de este derecho, es privarlos de ser padres o madres, lo cual no tiene razón de ser si ya existen remedios con los avances tecnológicos.

En este aspecto, debe notarse que los españoles aluden a un derecho individual de la reproducción, toda vez que en ningún momento señalan que la reproducción debe ir en función de formar una familia, sino sólo señala que a las personas no se les puede privar de ser padres o madres.

Algo también interesante es cuando se menciona que las portadoras (subrogadas) llevan a cabo una acción de solidaridad y humanidad con los demás. Ello implica que España tome en cuenta el beneficio social que las mujeres subrogadas realizan con prestar su vientre.

Otra cosa importante, es el hecho de que se limite la maternidad subrogada únicamente a parejas estériles, ya que se deja fuera a personas que buscan la maternidad subrogada por no querer descomponer su cuerpo o mujeres lesbianas que desean tener hijos. Sin embargo, esto parece contradecir lo que indiqué anteriormente sobre el derecho individual de la reproducción, pues por una parte, parece que se permite a todas las personas, casadas, concubinas y solteras, para poder hacer uso de la maternidad subrogada y, por otra parte, se concede esta facultad solamente a

parejas estériles. Al respecto, más bien creo que la maternidad subrogada la atribuyen a las parejas, aunque dejan en claro que es una prerrogativa de todo sujeto el derecho a procrear por medio de los métodos tecnológicos.

No obstante todo lo anterior, los legisladores españoles decidieron dar marcha atrás en su Ley de Reproducción Asistida al prohibirla en su artículo 10, por sostener que atenta contra las personas.

De cualquier forma, quise analizar este país aunque finalmente no acepta la maternidad subrogada, por ser el más avanzado en el mundo en el estudio de las técnicas de reproducción asistida, lo cual no resta importancia a la maternidad subrogada.

e) ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En el presente apartado tendremos la oportunidad de observar y demostrar de qué manera la figura jurídica de la maternidad subrogada se percibe dentro de las leyes de los Estados Unidos de América.

Es necesario manifestar que es precisamente en este país (en los Estados Unidos de América) en donde encontramos el primer antecedente de la maternidad subrogada, antecedente producto fundamentalmente de la evolución socio-cultural de la sociedad norteamericana y también resultado del desarrollo científico obtenido por este país en referencia a las técnicas de reproducción asistida, las cuales cobran auge y presencia

formal y material en los años 70's.

La figura jurídica de la maternidad subrogada posee su fundamento jurídico esencial en el Derecho a la Privacidad que tienen todos y cada uno de los ciudadanos norteamericanos, en la firme intención de que utilizando como base moral y fundamento legal la libertad de privacidad y el derecho a la procreación, logren en uso de las técnicas de reproducción humana asistida conformar y constituir una familia, entendiendo que "En los Estados Unidos de Norteamérica se reconoce el derecho a procrear como un derecho fundamental. La Corte Suprema... ha indicado que 'si el derecho a la intimidad quiere decir algo, significa el derecho del individuo a tomar decisiones sobre sustentar o engendrar una criatura'."⁹⁷

Asimismo, es importante destacar que dentro de la legislación vigente en los Estados Unidos, la figura de la maternidad subrogada existe formalmente al encontrarse prevista e incluida en la legislación civil de diecisiete Estados de la Unión Americana, como lo son: Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington y Wisconsin. Esto nos demuestra y comprueba que la figura jurídica de la maternidad subrogada existe jurídicamente dentro de la legislación que constituye a los Estados Unidos de América, considerada como un Derecho Civil del hombre.

En cuanto a la forma en que se llevan los conflictos de maternidad subrogada, el artículo III, sección primera de la Constitución establece: "El poder judicial de los Estados Unidos será confiado a una Corte Suprema y a tribunales menores cuya

⁹⁷ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Op. Cit., pág. 38.

formación sea ordenada por el Congreso...”

El Poder Judicial Federal está compuesto por los siguientes tribunales: la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales de Circuito de Apelación y los Juzgados de Distrito.

En cuanto a la Suprema Corte de Justicia, ésta se encuentra a la cabeza del poder Judicial. Fue creada por la Ley Judicial expedida por el Congreso en el año de 1789 e inició sus labores en 1790; esta compuesta un magistrado presidente y ocho jueces más, en total nueve.

La Suprema Corte tiene jurisdicción original en dos tipos de asuntos: aquellos en que dignatarios extranjeros se vean envueltos y aquellos otros en que un Estado es uno de los litigantes. Todas las demás causas llegan a la Corte, por recurso de apelación desde tribunales inferiores.

La mayoría de los asuntos que conoce la Corte versan sobre la interpretación de la ley o la intención con que el Congreso la haya legislado. No obstante, una significativa cantidad de asuntos de la Corte consiste en determinar si la legislación o los actos del Poder Ejecutivo se ajustan a la Constitución.

Ante ningún otro tribunal se puede apelar un fallo emitido por la Corte Suprema.

El segundo más alto estrato del Poder Judicial federal se compone de los Tribunales de Circulito de Apelación, que fueron creados en 1891 para facilitar la disposición de causas y aligerar la carga de trabajo que pensaba sobre la Corte Suprema. Hay 13 Tribunales de Circuito de Apelación en los Estados Unidos, cada uno compuesto de tres magistrados, pero basta la presencia de dos de ellos, para que estos tribunales

puedan funcionar.

Como su nombre lo indica, estos tribunales tienen jurisdicción en materia de apelaciones, y revisan las sentencias de los Juzgados de Distrito, ubicados dentro de sus áreas.

Los Juzgados de Distrito están por debajo de los Tribunales de Circuito de Apelación, los cuales conocen asuntos de primera instancia en materia federal como por ejemplo: uso indebido del correo, robo de bienes federales, infracciones de leyes bancarias y monetarias, adulteración de bebidas y alimentos, etcétera.

Las 50 entidades federativas se encuentran divididas en 89 distritos judiciales, con el fin de que los litigantes tengan un foro fácilmente accesible. Además de los anteriores, hay uno en el Distrito de Columbia y otro en el Estado Libre y Asociado de Puerto Rico.

Aparte de los tribunales anteriores también existen tribunales especiales, a los cuales se les llama legislativos, por haber sido creados a instancias del Congreso. Los jueces de estos tribunales como sus colegas de otros tribunales federales, son nombrados por el presidente, con ratificación del Senado.

Entre estos Tribunales Especiales están tres, de los cuales me interesa el primero, que se refiere a:

1. Tribunales de Reclamaciones: reside en la ciudad de Washington, Distrito de Columbia, y está compuesto, por un presidente y cuatro jueces. El Tribunal fue creado en 1885, es competente para conocer de las reclamaciones de los

particulares contra el gobierno federal;

De acuerdo a lo anterior, se puede apreciar que existe un mecanismo judicial para que se pueda resolver un litigio sobre maternidad subrogada. Además, en Estados Unidos existe la figura de la maternidad subrogada en relación a:

- La ciencia y tecnología y,
- A la amplitud moral

C. COMITÉ DE EXPERTOS EN PROBLEMAS ÉTICOS Y LEGALES RELATIVOS A LA GENÉTICA HUMANA (CAHGE)

Este organismo propuso al principio 13 dos alternativas frente al tratamiento que debe darse a la maternidad subrogada. En la alternativa I propuso que la inseminación artificial de una madre subrogada puede autorizarse si:

- Se hace exclusivamente con su benevolencia,
- La madre subrogada tiene la facultad de quedarse con el niño al nacimiento, si lo desea, y
- Cualquier convenio de acuerdo, en el cual la madre se obliga a entregar al niño es inválido y nulo.

La alternativa II dice que la inseminación artificial de una madre subrogada no debe autorizarse.

Al respecto, me parece adecuado que se permita la entrega del bebé, pues se trata de inseminación artificial, es decir, el óvulo lo aporta la subrogada y es ella misma quien lo gesta, de manera que el niño es su hijo, por lo tanto, es viable que el Comité de Problemas Éticos y Legales relativos a la Genética Humana (CAHGE), proponga que la subrogada pueda quedarse con el bebé. Distinto sería a mi parecer, si la que aportara el óvulo fuera la solicitante, pues entonces el niño es parte de ella, por ser ésta su progenitor.

CAPÍTULO QUINTO

PROPUESTAS

A. PROPUESTA CULTURAL

México es un país apegado todavía a sus costumbres, a su familia, a sus tradiciones, sin embargo, las ideas provenientes del extranjero no le son tan indiferentes, tal es el caso de la maternidad subrogada, la cual incluso se puso ya en vigor en el Estado de Tabasco.

Pero no obstante que la figura de maternidad subrogada exista, falta que se construya una cultura sobre esta figura jurídica, pues es desconocida por muchas personas todavía.

Al respecto, la maternidad subrogada es difícil de estudiar y entender por principio, porque se requiere de un conocimiento detallado, con apoyo de algunos aspectos y términos médicos para su comprensión.

En relación a lo anterior, la falta de difusión entre la población mexicana sobre la maternidad subrogada, ha propiciado que sea más difícil su entendimiento como su aceptación, lo cual crea precisamente que se genere un desconocimiento sobre ella, situación que es grave, dado que ya existe en México, específicamente en el Estado de Tabasco, además, puede extenderse a otras partes de la República, por lo que me pregunto ¿qué pasará si se continua con esa falta de información por parte del

gobierno mexicano hacia sus habitantes? La respuesta a esta pregunta la traduzco como abuso hacia las mujeres que funjan como madres subrogadas. Es por ello que se debe informar al pueblo mexicano sobre los avances científicos que se encuentran contemplados en nuestras leyes, tal es el caso de la maternidad subrogada.

Para lograr esta difusión, considero viable que el Instituto Nacional de Salud establezca las bases para que cada entidad de la República Mexicana que regule en sus leyes la maternidad subrogada, haga llegar, a través de sus centros de Salud, la información referente a esta figura jurídica, pero únicamente a las parejas que no pueden tener hijos a causa de problemas de esterilidad o infertilidad comprobada médicamente, pues las personas que pueden reproducirse por sí mismas no necesitan la maternidad subrogada, ni siquiera aquellas mujeres que desean conservar la figura de su cuerpo, pues ellas no tienen problemas de reproducción.

Así, aunque existieran personas que solicitaran la maternidad subrogada, no presentando problemas de esterilidad o infertilidad médicamente comprobada, se les debe prohibir, puesto que la maternidad subrogada debe entenderse como **una alternativa** exclusiva para las parejas que no pueden tener hijos. Esto, en atención a lo que constitucionalmente señala el artículo cuarto, el cual contempla el derecho de toda persona a reproducirse, de manera que si existe alguien que tiene algún obstáculo para ello, se le debe apoyar para hacer valer su derecho, el cual puede ser posible con la maternidad subrogada. En virtud de esta reflexión legal, es como afirmo que la maternidad subrogada debe permitirse únicamente a las personas que no pueden reproducirse por problemas físicos comprobados médicamente.

Además de lo anterior, los centros de salud encargados de difundir la maternidad subrogada, deben explicar en qué consiste esta, pues en México habrá quienes la hayan escuchado; habrá también quienes hasta la hayan leído sobre ella. Sin embargo, es común que desconozcan los aspectos esenciales que la rigen, por ejemplo, que no se trata de la venta de niños, que sólo la deben llevar a cabo parejas que no pueden tener hijos por presentar problemas de salud como la esterilidad o la infertilidad, los cuales deben estar debidamente comprobados por un médico; que hay de por medio un contrato, que el bebé se debe entregar al finalizar el embarazo y que el material genético (óvulo) lo debe aportar la solicitante.

Entendiendo esto, es necesario tomar en cuenta que la ciencia jurídica como parte de las ciencias sociales poseen como característica fundamental dinamismo y constante movimiento de manera dialéctica, por lo tanto, el derecho mexicano debe innovar y adecuarse a las nuevas realidades y situaciones jurídicas que se presentan.

Así, la realidad sociocultural que presenta la población mexicana, debe evolucionar por medio del Derecho Civil Mexicano en su contexto relativo al Derecho contractual, en el cual se debe incluir la figura del contrato civil denominada maternidad subrogada, tomando como fundamento los valores y los hechos sociales que reclaman y exigen la consideración formal de la maternidad subrogada en el Estado de Derecho Mexicano, encontrando como cause legal la necesidad de hacer cumplir una de las garantías individuales que contempla la Constitución en su artículo primero, que se refiere a la igualdad de las personas, así como el reconocimiento que esta hace del derecho que se menciona.

B. PROPUESTA JURÍDICA

Considerando que en la Ley Estatal Civil del Estado de Tabasco existe jurídicamente la maternidad subrogada establecida en sus artículos 92, 165, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 349, 360 y 365, creo necesaria una reforma legislativa tanto a nivel federal, a través de la Ley General de Salud de 1984, así como en el ámbito estatal, por medio de los Congresos Locales de la República Mexicana, de modo que en la Ley General de Salud, se establezca la posibilidad de que cada estado de la República determine en cuanto a esta institución jurídica, denominada maternidad subrogada. Por lo tanto, cada estado tendría que referirse a ella, ya sea aceptándola o prohibiéndola legalmente.

Por otra parte, es de notar que en el Código Civil para el Distrito Federal se permite y existen diferentes instituciones jurídicas como son las técnicas de reproducción asistida, derivándose de la fecundación *in vitro*, la maternidad subrogada, entendiéndose con esto que de manera implícita, la maternidad subrogada es posible en el Distrito Federal, sin embargo, éste no la reconoce. Es por ello que falta una concordancia legislativa en este Código que aclare la confusión en cuanto a términos de las técnicas de reproducción asistida, pues de lo contrario se entiende que se acepta la figura en mención.

Otro aspecto jurídico que también propongo es que se regule lo relacionado con el contrato de maternidad subrogada, que puede ser posible mediante el contrato de donación o considerándolo como un contrato innominado.

C. PROPUESTA ADMINISTRATIVA

Las reformas no deben quedar solamente en el aspecto legislativo. Considero que se debe también tomar en cuenta el aspecto administrativo, de manera que es prudente proponer que cada estado de la República Mexicana que acepte jurídicamente la maternidad subrogada, establezca en sus respectivas leyes, la posibilidad de que las personas con problemas físicos de reproducción, tales como la esterilidad y la infertilidad, el poder contar con atención médica, para que se les informe la posibilidad de hacer uso de la maternidad subrogada, y en caso de poder llevarla a cabo, se canalice a la mujer que fungirá como subrogada al hospital respectivo, creándose si fuera necesario un departamento especial para la información y atención médica de estas personas, el cual estará a cargo de la sección referente a la reproducción humana.

En este apartado, creo pertinente señalar que un requisito para estas personas con problemas de reproducción será que hayan considerado previamente la adopción, pero si no desearan adoptar, podrán entonces tomar la opción de la maternidad subrogada.

Así, cada persona con problemas de reproducción podrá hacer valer su derecho de igualdad sobre la reproducción.

CONCLUSIONES

- 1.- Desde la antigüedad, la reproducción humana ha sido un tema fundamental para el hombre, quien, ya sea para planificar o para buscar alternativas de procreación, siempre está en busca de avances tecnológicos. Así, actualmente podemos contar con las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, que son innovadoras aportaciones de la ciencia para subsanar impedimentos de reproducción, tales como la esterilidad e infertilidad. Éstas técnicas tienen su sustento jurídico en el derecho que posee toda persona para reproducirse y formar una familia, que se encuentran amparados por el artículo cuarto constitucional. Sin embargo, en ocasiones, existe el problema del abuso de la ciencia, llevándolo a excesos sus descubrimientos, con lo cual se atenta contra la moral y el derecho. Es por eso que resulta necesario que se establezcan los límites de estos avances sobre reproducción, pues de lo contrario, la utilidad se sobrepondría ante todo, sin mirar si está bien o no. De esta manera, se deben precisar los alcances y límites de la reproducción humana, a fin de que el uso de la maternidad subrogada no vaya en contra del beneficio de la sociedad.
- 2.- Existen diversas causas por las cuales se puede solicitar la maternidad subrogada. De ellas, las que considero viables para que ésta se realice, son aquéllas en que la mujer es estéril, infértil o que su óvulo no sirva, pues estas causas son las que crean un impedimento físico para la reproducción y

contravienen el párrafo tercero del artículo cuarto constitucional, que permite a las personas decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, y por consiguiente, el párrafo segundo constitucional, que señala que nuestra Carta Magna protege el desarrollo de la familia. Por lo tanto, si una persona no puede reproducirse por sí misma, no puede tener descendientes. De acuerdo con esto, la maternidad subrogada se presenta como una alternativa para subsanar esta impedimento, de manera que las mujeres estériles, infértiles o que su óvulo no sirva, pueden solicitarla.

- 3.- Dentro de la maternidad subrogada, existen conceptos que deben tenerse bien definidos, pues son esenciales para comprender esta figura jurídica. Así, la esterilidad y la infertilidad son causas que dan origen a la maternidad subrogada, es por ello que se deben entender bien, no obstante las discrepancias doctrinales que existen en el ámbito médico. De esta forma, la esterilidad debe entenderse como la imposibilidad de concepción (unión del óvulo con el espermatozoide), y la infertilidad, como la imposibilidad de llevar a término el embarazo, lo que se conoce comúnmente como aborto. En ambos casos la mujer no puede tener hijos, por lo tanto, las opciones para poder tenerlos es adoptar o la maternidad subrogada.
- 4.- En la maternidad subrogada también deben distinguirse claramente la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, que son dos técnicas de reproducción asistida por medio de las cuales se puede resliazar esta figura jurídica.

En este contexto, la inseminación artificial es una técnica intracorpórea en la que se introduce el semen de la pareja o de un donador en el útero de la mujer (pareja o mujer subrogada -gestante-) para que los espermatozoides se encuentren con el óvulo y se fusionen. Por su parte, la fecundación *in vitro* es una técnica extracorpórea, porque el semen de la pareja o de un donador se fusiona con el óvulo de la pareja o de una donadora en una placa de vidrio. Formado el embrión, éste se introduce en la mujer que lo va a gestar, que puede ser la que solicitó la técnica o una mujer subrogada (gestante). Al respecto, considero que lo más apropiado es que la mujer solicitante de la maternidad subrogada sea la que aporte su óvulo, y sólo cuando su óvulo no sirva, el de una donadora, a fin de que la subrogada se limite únicamente a gestar el óvulo fecundado. Ello, debido a que si la que aporta el óvulo es la que lo gestará, esta es entonces la madre genética y legal del bebé, en cambio, si la solicitante es la que aporta su óvulo, la subrogada es la madre gestante, pero no la madre genética.

- 5.- En aras del mejor funcionamiento de la maternidad subrogada, es importante determinar la procedencia del espermatozoides que fecundará al óvulo. Al respecto, considero que lo más idóneo es que el espermatozoides lo aporte el esposo o concubino de la solicitante, o un donador, cuando el espermatozoides del esposo no sea apto, y no la pareja de la subrogada, pues de darse este último supuesto, podría ser que este quiera reclamar al bebé como su hijo, lo cual complica más la maternidad subrogada, que si el espermatozoides procede de la pareja de la subrogante, en donde

no existe problema de que reconozca como hijo el bebé.

- 6.- Debido a la complicación jurídica que presenta la maternidad subrogada, resulta prudente que la subrogante sea una persona casada o que viva en concubinato y que, por el contrario, la subrogada sea una persona soltera, pues ello crea un fuerte vínculo entre la subrogante y el niño y elimina el lazo genético entre la subrogada y el bebé.
- 7.- Si bien toda persona tiene derecho a reproducirse según el párrafo tercero constitucional, también es cierto que la reproducción va de la mano con la conformación de la familia, que tradicionalmente se compone por la pareja y los hijos (*stricto sensu*), que de igual manera protege la Constitución en su párrafo segundo, artículo cuarto, lo que quiere decir que en las leyes no queda claro si la reproducción es un derecho individual de las personas o un derecho consagrado a las parejas que vivan en matrimonio o concubinato. Sin embargo, de manera personal, considero que la reproducción debe ir en función de la familia, pues esta crea un núcleo muy importante para toda sociedad. Además, los nuevos seres deben contar con unos padres que puedan ver por ellos, que tengan el tiempo, atenciones y cariño suficientes, pues ahora es muy común ver madres solteras, que si bien tienen el derecho a reproducirse para tener hijos, les es difícil cumplir con las obligaciones de padre y madre al mismo tiempo. Es por ello que le debe brindar preferencia a la familia integrada por los padres y los hijos.
- 8.- Desde siempre se ha conocido que la adopción es una manera de poder tener hijos, aunque unos y otros no se encuentren unidos por lazos de sangre. Esta

institución es hoy en día muy recurrida, sin embargo, los trámites tan largos para poder adoptar un niño desaniman a quienes desean ser padres por este medio. A esto se une el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida, las cuales han provocado que las personas dejen de lado la adopción y vean en ellas una forma de agotar todos los recursos posibles para poder tener descendencia propia. Y más aún, cuando con el empleo de estas técnicas no pueden todavía tener descendencia, recurren entonces a la maternidad subrogada, que sólo pocas personas pueden solicitar por lo costoso que resulta.

Ante esto, considero se debe fomentar la adopción de niños que se encuentran en casas hogar, haciendo los trámites más sencillos, pues ello crea que la gente ya no dese tener hijos por este medio y busque otros métodos, que aunque costosos, les brindan la oportunidad de procrear y tener descendientes. De esta manera, la adopción debería preceder a la maternidad subrogada, la cual debe ser el último recurso por que opten las parejas. Además, la adopción crea un bien a la sociedad por el hecho de criar y educar niños que se encuentran reclusos en instituciones, los cuales sólo esperan una familia que los adopte.

- 9.- Dentro del ámbito jurídico, es bien sabido que la maternidad se puede comprobar con el acta y la partida de nacimiento de los hijos, y ello nunca crea duda de quién es la madre, sin embargo, con el surgimiento de la maternidad subrogada, la maternidad podría ponerse en duda, pues para el caso existen dos madres del niño: la madre genética y la madre gestante. En cuanto a este dilema, considero que la madre genética es la que debe considerarse la madre

legal, y para ello, la subrogante debe aportar el óvulo, y en último de los casos, lo puede aportar una donadora que sea ajena a la subrogada y a la subrogante.

De esta forma, la madre genética es la que transmite las características físicas y de personalidad al bebé, lo cual crea un lazo muy fuerte entre ella y el niño, cosa que no sucede con la subrogada.

10.- En la maternidad subrogada es común que se hable de un contrato que celebran las partes para obligarse recíprocamente, al cual comúnmente se le conoce como contrato de maternidad subrogada. Sin embargo, tanto en México como en otras partes del mundo, no se encuentra regulado este tipo de acto jurídico. No obstante, considero que el contrato que existe en la maternidad subrogada es un contrato innominado, que puede ser preliminar o definitivo; unilateral o bilateral (sinalagmático); comúnmente oneroso, aunque también puede ser gratuito; conmutativo; consensual; formal; principal o accesorio; de tracto sucesivo.

11.- La maternidad subrogada, si bien es un acto jurídico, puede considerarse también un negocio jurídico desde el punto de vista de la teoría tripartita, que siguen países como Alemania e Italia, y es más amplio que el acto jurídico que contempla la teoría francesa, ya que en el negocio jurídico existe la voluntad de las partes para que se produzcan las consecuencias de derecho y además, éstas se saben y conocen de antemano, a diferencia del acto jurídico que contempla la teoría francesa o bipartita, en donde las consecuencias de derecho se encuentran limitadas por lo que señala la ley. Lo cual quiere decir que el negocio jurídico permite a las partes una mayor libertad para contratar que en el

acto jurídico, de manera que los involucrados en el contrato pueden celebrar contratos que no se encuentren previstos por la ley, pero que existen por la voluntad de las partes, siempre y cuando no se contravenga el orden público y las buenas costumbre. Un ejemplo de ello es el contrato de maternidad subrogada.

- 12.- No se debería aceptar en la legislación de Tabasco la existencia de la maternidad sustituta y de la maternidad subrogada, sino sólo de la primera, ya que en la maternidad sustituta quien aporta el óvulo es la mujer solicitante, en cambio, en la maternidad subrogada, quien aporta el óvulo es la mujer gestante:

Así, el hecho de que la subrogada aporte su óvulo y lo geste significa que ésta se convierta en la madre genética como biológica del niño, de manera que a mi parecer, no existe una maternidad subrogada, sino una adopción; en cambio, en la maternidad sustituta, la solicitante, o una donadora ajena a la subrogada, es quien aporta el óvulo, por lo tanto la subrogada sólo se limita a gestar al bebé, creándose con ello, lo que de forma personal, es la verdadera maternidad subrogada.

- 13.- Uno de los problemas para que exista legalmente la maternidad subrogada consiste en la comercialización de las mujeres que funjen como gestantes y de los niños que se encuentran de por medio.

Al respecto, una manera para evitar esta comercialización, consiste en que la mujer que funja como subrogada geste por una sólo vez para otras personas y

de a luz en determinados hospitales cuyo control lleve el Sistema Nacional de Salud en coordinación con los Estados de la República, dependiendo de dónde se encuentre el hospital.

- 14.- A pesar de que en otros países es ya conocida la maternidad subrogada, en México, todavía es una figura jurídica nueva, por lo tanto, hace falta una difusión por parte del Gobierno, a través de sus instancias correspondientes, para que se conozca y entienda la maternidad subrogada, a fin de que se cree una cultura que permita con el tiempo su aceptación, pues de lo contrario, la gente tiende a rechazar esta alternativa de reproducción que la tecnología proporciona, por parecerle desconocida, que atenta contra su integridad o las buenas costumbres, o que va contra la sociedad.
- 15.- A través del análisis de la maternidad subrogada, me puede percatar de que falta que los Estados de la República Mexicana se pronuncien sobre la maternidad subrogada. Para ello, es necesario que exista una coordinación entre el nivel federal y el nivel local, es decir, entre la Ley General de Salud de 1984, el Código Civil Federal y las leyes respectivas de cada Estado de la República, de modo que se abra la posibilidad para que esta figura jurídica sea contemplada en cada entidad del país, ya sea a favor o en contra, pero que exista una manifestación legal expresa.
- 16.- Derivado del estudio de algunas legislaciones extranjeras, se desprende que algunos países que regulan la maternidad subrogada establecen la posibilidad de que las mujeres que funjan como subrogadas puedan desistir de entregar al

bebé cuando este nazca, lo cual considero, atenta contra la fuerza legal del contrato, pues la subrogada al aceptar el contrato, se obliga a gestar el óvulo y entregar al niño, de manera que si no lo hace incurre en incumplimiento. En consecuencia, la subrogante puede demandar a la subrogada ante los tribunales civiles o familiares correspondientes, el cumplimiento de la obligación que consiste en entregar el producto de la gestación del óvulo fecundado: al bebé. Pues de prevalecer la posibilidad para que la subrogada se quede con el niño, se resta coercibilidad al contrato.

Aunque cabe mencionar que en estos países quien aporta el óvulo es la mujer subrogada, lo que quiere decir que ésta gesta y da a luz al bebé, de manera que es su hijo. Es por ello, que ciertas leyes extranjeras permiten que la subrogada se quede con el bebé. Por tal razón, es que insisto en que la subrogante sea la que aporte el material genético (óvulo), pues ello disminuye los lazos entre la subrogada y el niño.

- 17.- En relación a la anterior conclusión, el incumplimiento de la obligación también puede derivarse de la mujer subrogante, por lo que la subrogada puede demandarle el pago de la cantidad pactada en el contrato.
- 18.- En relación a la anterior, conclusión, la mujer subrogada debe cumplir con la gestación, sin embargo, como una excepción, puede incumplir con su obligación, si con ello se encuentra de por medio su vida, ya que el hecho de que la pareja subrogante la force a gestar sabiendo que puede morir, es como querer privarla de su vida, lo cual se constituye en un delito, según dispone el artículo 302 del

Código Penal Federal. A menos que la subrogada incurra en culpa por no haberse cuidado y por ello vaya a perder al niño, pues entonces ella deberá responder de su descuido o negligencia.

19.- Una situación que pocas veces se plantea en el contrato es ¿qué pasará si en vez de uno nacen dos niños?, o ¿si el niño o niños que nazcan vienen con malformaciones o defectos físicos? Ante esto, generalmente la pareja subrogante busca eludir la responsabilidad, pero así como se obliga a que la subrogada culmine con la obligación de gestar, dar a luz y entregar al bebé, se debe obligar a que la pareja subrogante acepte al recién nacido en las condiciones en que se encuentre. Es por esto que también resulta importante que la solicitante y su pareja sean quienes aporten su material genético, pues ello quiere decir que si el niño nace con algún defecto o malformación se deberá a la herencia que contiene su óvulo y esperma, respectivamente.

20.- La gestación de un bebé es un proceso largo en el que la mujer corre riesgos físicos y de salud. En tal virtud, es razonable que la subrogada quiera que se le pague por este difícil servicio que realiza para la pareja que no puede tener hijos.

En este contexto, se justifica que las partes al celebrar el contrato de maternidad subrogada, decidan que este acto jurídico sea oneroso, y que en él se engloben, a parte de cierta cantidad de dinero por el servicio de gestación de la subrogada, los gastos médicos, de hospitalización y por riesgos originados del embarazo y del parto.

BIBLIOGRAFÍA

ANSÓN, Francisco, Se fabrican hombres, Editorial Rialp, España, 1988, 234 pp.

Antología de la sexualidad humana III, Editorial Porrúa, México, 1998, 905 pp.

ASCH, Ricardo y Aníbal Acosta, Avances en reproducción humana, Editorial Médica Panamericana, Argentina, 1988, 333 pp.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y ROSALÍA BUENROSTRO BÁEZ, Derecho de familia y sucesiones, Editorial Oxford University Press, México, 1990, 493 pp.

BARBERO SANTOS, Marino, Ingeniería, genética y reproducción asistida, Editorial Artes gráficas benzal, España, 1989, 320 pp.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones civiles, Editorial Oxford, México, 2002, 461 pp.

BICKERNBACH, Werner, La esterilidad en la mujer, Editorial Labor, España, 1967, 72 pp.

BOTELLA LLUSIÁ, J., et al, Esterilidad e infertilidad humanas, 29ª edición, Editorial Científico, España, 1971, 771 pp.

BRANCA, Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado, Editorial Porrúa, México, 1978, 674 pp.

BUSTOS PUECHE, José Enrique, El derecho civil ante el reto de la nueva genética, Editorial Dickinson, México, 1996, 236 pp.

C. R., Agustín y R. V. Short, Control artificial de la reproducción, Ediciones científicas la Prensa Médica, México, 1982, 158 pp.

CASANOVA, Martha P., et al, Ser mujer. La formación de la identidad femenina, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1989, 138 pp.

CÁZARES HERNÁNDEZ, Laura, et al, Técnicas actuales de investigación documental, Editorial Trillas, México, 1980, 162 pp.

CERVANTES C., A., et al, Ética y salud reproductiva, Editorial UNAM-Porrúa, México, 1996, 447 pp.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno familiares, 2ª edición, Editorial Porrúa, 1992, México, 451 pp.

D. AGUIAR, Henoch, Hechos y actos jurídicos en la doctrina de la ley II. Actos ilícitos. Responsabilidad civil I, Tipográfica Editora Argentina, Argentina, 1950, 257 pp.

DALSACE, Jean, La esterilidad, Editorial Eudeba, Argentina, 1965, 124 pp.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, El negocio jurídico, Editorial Civitas, Madrid, 1985, 210 pp.

DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, La fecundación *in vitro* y la filiación, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, pág. 204.

DE PINA VARA, Rafael, Elementos de derecho civil mexicano. Introducción personas-familia, Editorial Porrúa, México, 1993, 238 pp.

Esterilidad e infertilidad humanas, Editorial Científico-médica, México, 1971, 771 pp.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho civil de nuestro tiempo. Inicio de la vida.

Adecuación de sexo. Reproducción asistida. Libertad de información, Editorial Universidad de Lima-Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Centro de Investigación, Perú, 1995, 128 pp.

Fertilidad y esterilidad humana, Ediciones Científicas y Técnicas, España, 1962, 543 pp.

FIGUEROA, Juan Guillermo, Elementos para un análisis ético de la reproducción, Editorial Programa Universitario de Investigación en Salud, México, 2001, 323 pp.

GAFO, Javier, Nuevas técnicas de reproducción humana, Editorial Universidad Pontificia Comillas, España, 1986, 229 pp.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, Guía de técnicas de investigación, 13ª edición, Editorial Cruz O., México, 1979, 194 pp.

GARZA GARZA, Raúl, Bioética. La toma de decisiones en situaciones difíciles, Editorial Trillas, México, 2000, 345 pp.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, Ediciones Jurídicas, España, 1994, 204 pp.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, Editorial Porrúa, México, 2002, 1284 pp.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, et al, Metodología de la investigación, Editorial McGraw-Hill, México, 1991, 505 pp.

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, 219 pp.

IBARROLA, Antonio, Derecho de familia, Editorial Porrúa, México, 1993, 608 pp.

JUÁREZ, Fátima, Nuevas pautas reproductivas en México, Editorial El Colegio de México, México, 1996, 232 pp.

KIPER, Jorge, La justicia que se avecina. La fecundación asistida, T. I, Editorial Losada, México, 1996, 171 pp.

LEMA AÑÓN, Carlos, Reproducción, poder y derecho. Ensayo filófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida, Editorial Trotta, España, 1999, 429 pp.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco, Fecundidad artificial y derecho, Editorial Tecnos, España, 1988, 213 pp.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de derecho civil. Derecho de Familia, Tomo III, Editorial Porrúa, México, 1998, 586 pp.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría general de las obligaciones, 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 1993, 256 pp.

MÉXICO-INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, La bioética. Un reto al tercer milenio. II Simposium interuniversitario, Editorial UNAM, México, 2002, 246 pp.

OCHOA OLASCOAGA, Bregoña, La biología frente a la ética y el derecho, Servicio Editorial-Universidad del País Vasco, España, 1988, 151 pp.

POTHIER, Luis, Tratado de las obligaciones, Editorial Heliasta, Brasil, 1993, 259 pp.

R. AYALA, Aquiles, Medicina de la reproducción humana, México, 1995, 622 pp.

RAMBAUR, Raymond, El drama humana de la inseminación artificial, Editorial Impresiones modernas, México, 1953, 270 pp.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho civil mexicano, Tomo V, Editorial Porrúa, México, 2000, 613 pp.

S.C. YEN, Samuel y Robert B. Jaffe, et al, Endocrinología de la reproducción fisiológica, fisiopatología y manejo clínico, Editorial Médica Panamericana, Argentina, 1993, 1038 pp.

SÁNCHEZ TORRES, Fernando, Ciencia y reproducción humana, Editorial Empresa Universidad-Editorial Nacional Mexicana, Colombia, 1991, 159 pp.

SORRENTINO, Joseph, La revolución moral, Editorial Grijalbo, México, 1972, 311 pp.

SOTO LAMADRID, Miguel Ángel., Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Argentina, 1990, 573 pp.

TABOADA, Leonor, La maternidad tecnológica de la inseminación artificial a la fertilización *in vitro*, Editorial Icaria ocho de marzo, México, 1986, 80 pp.

THIBAUT, C., M. C. Levasseur y A. Netter, Ginecología y Reproducción, Editorial Espaxs, España, 1972, 86 pp.

TOZZINI, Roberto I., Esterilidad e infertilidad humanas, Editorial Médica Panamericana, Argentina, 1980, 631 pp.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo, Los contratos civiles y sus generalidades, Editorial McGraw-Hill, México, 1998, 778 pp.

UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO, Primer seminario de bioética, Editorial Universidad de Guanajuato, México, 1992, 143 pp.

VANRELL, Joan Antoni, Fertilidad y esterilidad humanas, Tomo I, Editorial Masson,

México, 1999, 434 pp.

VÁZQUEZ BENÍTEZ, Efraín, Medicina reproductiva en México, Editorial JGH, México, 1999, 431 pp.

VERDUZCO PARDO, Gabriel y Alejandro Verduzco Guízar, Infertilidad, Editorial Limusa, México, 1990, 111 pp.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, Las nuevas formas de reproducción humana: Estudio desde perspectiva del derecho civil español, Editorial Civitas-Universitat de Valencia, España, 1988, 229 pp.

VON THUR, Andreas, Derecho Civil. Parte general, Editores S.A. de C.V., México, 1989, 312 pp.

ZANNONI, Eduardo A., Inseminación Artificial y fecundación extrauterina, proyecciones jurídicas, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Argentina, 1978, 124 pp.

ZÁRATE, Arturo, Esterilidad e infertilidad, Editorial Prensa Médica Mexicana, México, 1976, 127 pp.

ECONOGRAFÍA

"Adoption. Surrogate mothers. Financial compensation. Doe v/s Kelley", Wayne Contry, Michigan, United States, número 78-815-531, 28 de enero 1980, pág. 187.

BRAIER, L., Diccionario enciclopédico de medicina, 4ª edición, Editorial Jims, España, 1980, 1165 pp.

Centro Latinoamericano Salud y Mujer (CELSAM), www.celsam.org.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., Orientaciones y criterios sobre la inseminación artificial, Jurídica, volumen I, número 24, 1995, México, págs. 185-206.

DE LA CRUZ CASTRO MURILLO, Juan y José Luis Ventura Mejía, La inseminación artificial humana. Aspectos jurídicos, Revista mexicana de justicia, volumen VIII, número 4, octubre-diciembre de 1990, México, págs. 53-87.

Diario El Paris, Madrid, España, 12 de octubre de 1990, págs. 23-27.

DÍA SIETE, "Adopción. Los hijos más esperados", revista semanal, México, número 75, año 2, págs. 56-61.

Diccionario de términos médicos, Editorial Paninfo, España, 1998, 334 pp.

Diccionario enciclopédico ilustrado de medicina Dorland, 27ª edición, Editorial McGraw-Hill, España, 1998, 1028 pp.

Diccionario médico, 4ª edición, Editorial Masson, España, 1998, 746 pp.

Diccionario terminológico de ciencias médicas, 13ª edición, Editorial Masson, España, 1992, 1319 pp.

Dios habla hoy. La Biblia con Deuterocanónicos, traducción directa de los textos originales: hebreo, arameo y griego, Sociedades Bíblicas Unidas, México, 1987.

DYER, Clare, Surrogate mother refuses to give up baby, Student BMJ, volumen 5, febrero de 1997, United States, pág. 8.

FAMILIA SALUDABLE, "Alternativas para concebir", revista, número 10, Año 9, México, pág. 50.

FLORES GARCÍA, Fernando, La inseminación artificial y sus efectos en el derecho civil mexicano: con proyecto estatal, Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales, segunda época, número 12, octubre-noviembre de 1988, Nuevo León, México, págs. 33-95.

GALVÁN RIVERA, Flavio, La inseminación artificial en seres humanos y su repercusión en el derecho civil, Revista jurídica de Posgrado, año I, número 2, abril, mayo y junio de 1995, Oaxaca, México, págs. 74-99.

Gran diccionario enciclopédico ilustrado, T. I-XII, Editorial Selecciones del Reader's Digest, México, 1986, 4100 pp.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, disco compacto, UNAM, México, 2000.

ISRAEL Betsy y Lorenzo Benet, Two moms and a baby. Two years ago, a surrogate moyher gave Deidre Hall a special delivery; last month, she provided another, People, volumen 43, año 7, 20 de febrero de 1995, United States, pág. 50.

Informes del Departamento de Consulta Externa del Instituto Nacional de Perinatología, Instituto Nacional de Perinatología, México, 1990 y 2003.

KEANE, N. Y D. Breo, The surrogate mother, Everest House Publishers, New York, 1981.

NOSOTROS, "El Instituto, a la vanguardia en tratamientos de Reproducción Asistida. Primer nacimiento *in vitro* en el CMN [Centro Médico Nacional] 20 de noviembre", Periódico, año 6, número 64, México, 18 de junio de 2003, primera plana.

OXMAN, R. Brian, California's experiment in surrogacy, Lancet, volumen 341, año 8858, 5 de junio de 1993, United States, págs. 1468.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, La maternidad hacia el siglo XXI. Un enfoque jurídico, Estudios jurídicos, nueva época, México, número 3, 1996, Xalapa Veracruz, págs. 177-215.

QUEVEDO DE CARRERA, Rosa Edelia, Los efectos de la procreación humana artificial a las instituciones del derecho civil, Revista jurídica, nueva época, número 16, diciembre de 1998, Tabasco, México, págs. 85-104.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, 21ª edición, T. I y II, Editorial Espasa-Calpe, España, 1992, 2133 pp.

RUBELLIN-DEVICHI, J., Congélation d'embryons, fécondation in vitro. Mère de substitution, presentado al Colloque "Génétique, procréation et Droit", realizado en París el 18 y 19 de enero de 1985, publicado en Actes Sud, Editeur Hubert Myssen, pág. 314.

SCHULHERR WATERS, Anne, Surrogacy, children, and reproductive responsibility, NWSA Journal, volumen 1, número 3, 1989, Spring, United States, págs. 566 y 567.

SECADES, Yolanda y Emma Torra, La reproducción asistida en México, México, 2002, <http://www.reproduccion.com.mx/>

Silva Ruíz, Pedro, en "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler", Tapia, revista, número 36, Madrid, octubre de 1987 y en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, número 1447, Madrid, febrero de 1987.

SIMINI, Bruno, Italian surrogate 'twins', Lancet, volumen 350, año 9087, 01 de noviembre de 1997, United States, pág. 1307.

TÉCNICAS EN REPRODUCCIÓN ASISTIDA, S.C., Alta tecnología reproductiva con la más alta calidad ética, México, 2002, <http://www.reproduccion.com.mx/>

The New Cork Times, diciembre 11 de 1980.

VEGA GUTIÉRREZ, Ana María, Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, Editorial JGH, México, 1999, págs. 1-51.

VILLALOBOS OLVERA, Rogelio, Reproducción asistida en humanos, Lecturas Jurídicas, número 83, enero-marzo de 1993, Chihuahua, México, págs. 83-114.

WARDEN, John, Surrogate mothers should be paid expenses only, BMJ: British Medical Journal, volumen 317, año 7166, 24 de octubre de 1998, United States, pág. 1104.

WELLER, Bárbara F., Diccionario enciclopédico de ciencias de la salud, Editorial McGraw-Hill, México, 1997, 1056 pp.

Who is mother?. Genetic donor, not surrogate, Aba Journal, diciembre 1, 1986, United States, pág. 18.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www.cddhcu.gob.mx>.

Código Civil de Tabasco, <http://www.cddhcu.gob.mx>.

Código Civil para el Distrito Federal, <http://www.cddhcu.gob.mx>.

Código Civil Federal, <http://www.cddhcu.gob.mx>.

Código de leyes sobre genética, Editorial Universidad de Deusto-Fundación BBV-Diputación Foral de Bizkaia-Bilbao, España, 1997, 885 pp.

Declaración de los derechos humanos, <http://www.cddhcu.gob.mx>.

Jurisprudencia Argentina, 1989, IV.

Ley General de Salud, <http://www.cddhcu.gob.mx>.

Ley sobre técnicas de reproducción asistida de 1988, España, <http://www.cddhcu.gob.mx>.