



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

**NECESIDAD DE REGULAR LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL, COMO
MÉTODO DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, EN EL CÓDIGO
CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL, HOY CIUDAD DE MÉXICO.**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO**

P R E S E N T A:

ESTEFANÍA RAMÍREZ UBALDO

**DIRECTOR DE TESIS:
LICENCIADO OMAR CORZA HERNÁNDEZ**

**SANTA CRUZ ACATLÁN, ESTADO DE MÉXICO
FEBRERO, 2019**



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

Antes que nada, debo y quiero agradecer a Dios por darme la oportunidad de vivir, después de estar a punto de no lograrlo, ¡estoy aquí!, disfrutando cada día como si no hubiera mañana; por darme a la mejor familia del mundo y el temple para seguir adelante cuando sentí que no podía más.

A mi alma máter:

Por brindarme los conocimientos suficientes para desempeñarme en esta hermosa carrera y por tener a los mejores profesores, de los cuales aprendí lo que jamás me imaginé.

Porque no hay nada más hermoso que el sentimiento al entonar un Goya... ¡Por mi raza hablará el espíritu!

A mi padre, Sr. Fernando Marcos Ramírez Nava:

No tengo cómo agradecerte todo lo que haces por mí, tantas noches en vela esperando a que terminara de estudiar o de hacer algún trabajo, por darme siempre más allá de tus posibilidades, por desvivirte por mí, por trabajar arduamente para que no me faltara nada, por cuidarte tanto para durarme muchos años, porque a pesar de ser y pensar tan distinto, siempre me brindaste tu apoyo, en las buenas y las malas, por ser el mejor papá y mamá... Esta es la culminación de todo el camino que recorrimos juntos, y qué mejor manera de agradecerte, que entregándote en este trabajo el fruto de NUESTRO esfuerzo.

A mi madre, Sra. Martha Patricia Ubaldo López:

Por tomar una decisión tan difícil, la cual me permitió crecer más rápido y forjar mi carácter, por soportar la soledad y estar

lejos de tu familia y tus raíces, por ser tan diferente a mí, por amarme tanto, muchas veces, más que a ti misma, por estar presente en todo momento, más allá de la distancia que nos separaba y, sobre todas las cosas, por respetar mi opinión y dejarme tomar el camino que sentía más adecuado para mí y mi futuro, creo que ahora te das cuenta que no me equivoqué y esto también es gracias a ti.

Sra. Celia López, Sr. Rodrigo Ubaldo, Sra. Erika A. Ubaldo, Sr. Miguel A. Ubaldo:

Somos pocos, pero siempre unidos, gracias por darme el apoyo que me hacía falta, por darme ánimos, por siempre preocuparse por mí, por esos ratitos de felicidad que no cambio por nada, porque son la mejor familia y siempre estaré agradecida con Dios por formar parte de ella... Juntos en las buenas y en las malas.

Lic. Luis Sevilla García:

“Quiero confesarte que me enamoré de ti. Que te he elegido para complicarme la vida contigo. Que no eres el amor de mi vida, porque no hemos tenido una vida juntos, pero eres el amor de mi existencia, de mi momento. Y deseo que algún día te conviertas en el amor de mi vida”.

Palabras sobran para expresar mi agradecimiento, sólo tú y yo sabemos todo por lo que hemos tenido que pasar para poder llegar hasta donde estamos, por complementarme, por llegar a cambiar mi vida, por permitirme formar parte de tu vida, por darme paz, por poner mis pies en tierra cuando es necesario, por estar a mi lado y crecer juntos en todos los aspectos posibles, porque a pesar de tener malos momentos, siempre estás ahí, “al pie del cañón”; gracias infinitas por ser el mejor colaborador, maestro y compañero de vida, por tantos sueños y metas cumplidas, por esta nueva etapa en nuestras vidas, y por todo el camino que aún nos falta por recorrer...

Mtro. Teófilo Abdo Kuri:

Por confiar en mí y darme las bases para enfrentar la vida de abogado, por hacer que yo misma confiara en mí y hacer las cosas sin miedo, por ser un ejemplo a seguir como profesionalista, por tenerme paciencia y compartirme un poco de lo mucho que sabe, pero que en definitiva me ayudó a descubrir mi vocación, lo que amo y me apasiona, algo que sin su ayuda, no hubiera podido hacer y por ello, estaré eternamente agradecida.

Licenciados María Cristina Flores Vilchís y Gerardo Téllez Galicia:

Por llevarme más allá de mis límites y hacer que me dé cuenta de que puedo lograr más de lo que pensaba, por confiar en mí, por enseñarme a ser y pensar como Abogada, por brindarme la oportunidad de crecer como profesionalista y como persona, por brindarme su apoyo y amistad, y sobre todo, por darme tantas lecciones, más allá de cuestiones legales... De vida.

Mtro. Ricardo Ramírez Ramírez:

Por toda la ayuda brindada para aclarar mi mente, por los regañones, porque a pesar de que muchas ocasiones pensé que no podría hacerlo, por fin terminé y no pude haberlo hecho sin tu ayuda.

A mis amigos Israel, Marisol, Erick y Nancy:

Por ser ese puente que me ayuda a superar los obstáculos de la vida, por el apoyo moral que siempre me dan, por no dejarme caer nunca, porque ustedes también son parte importante de mí, de mi vida, de mis logros... ¡Gracias!

ÍNDICE.

Introducción.

CAPÍTULO PRIMERO “CONCEPTOS GENERALES”.

1.1.- Familia.

1.1.1.- Concepto General.

1.1.2.- Concepto Jurídico.

1.1.3.- Regulación de la familia en el Código Civil.

- a) Código Civil para el estado libre y soberano de Guerrero.
- b) Código Familiar para el estado libre y soberano de Morelos.
- c) Código Civil para el estado de Querétaro.
- d) Código Familiar para el estado de San Luis Potosí.
- e) Código Familiar para el estado de Hidalgo.
- f) Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.

1.2.- Parentesco.

1.2.1.- Consanguinidad.

1.2.2.- Afinidad.

1.2.3.- Civil o por adopción.

1.3.- Paternidad y filiación.

1.4.- instituciones y Figuras Jurídicas en relación con la Filiación.

1.4.1.- Patria Potestad.

CAPÍTULO SEGUNDO “SUBROGACIÓN GESTACIONAL EN MÉXICO”.

2.1.- Consideraciones Preliminares.

2.2.- Regulación de la Subrogación Gestacional en Tabasco.

2.2.1.- Concepto de Reproducción Humana Asistida.

2.2.2.- Contrato de Subrogación Gestacional.

a) Modalidades.

b) Requisitos.

c) Causas de nulidad.

d) Responsabilidades.

2.2.3.- Filiación del menor nacido producto del Contrato de Subrogación Gestacional.

a) Atestado de Nacimiento.

2.2.4.- Reconocimiento del menor nacido como producto del Contrato de Subrogación Gestacional.

2.3.- Regulación de la Subrogación Gestacional en Sinaloa.

2.3.1.- Modalidades.

2.3.2.- Prohibiciones.

2.3.3.- Contrato de Maternidad Subrogada.

a) Requisitos.

b) Nulidad e Invalidez.

CAPÍTULO TERCERO “SUBROGACIÓN GESTACIONAL EN LA ACTUALIDAD”.

3.1.- Subrogación Gestacional.

3.1.1.- Definición.

3.1.2.- Clases de Subrogación Gestacional.

3.1.3.- Posturas y argumentos en contra y a favor.

3.1.4.- Situación Actual en la Ciudad de México.

3.2.- Consideraciones Médicas.

3.3.- Consideraciones Jurídicas.

3.3.1.- Bienes jurídicos tutelados en la Subrogación Gestacional.

3.3.2.- Legitimación de la entrega del menor nacido como producto de la Subrogación Gestacional.

a) Venta de Menor.

b) Adopción.

c) Reconocimiento.

3.3.3.- Parentesco que se genera con la Subrogación Gestacional.

a) Problemas relacionados al registro del menor.

3.3.4.- Contrato de Subrogación Gestacional.

Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, se considera a la esterilidad o infertilidad humana como una enfermedad de nuestro tiempo, misma que debe ser seriamente contemplada en las políticas de salud de los Estados modernos, siendo las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, un hecho al cual ya no se le puede dar marcha atrás, por ello el derecho debe dar una respuesta integral que resulte acorde con el devenir social, por ende, que sea justa para que cumpla con la finalidad de no propiciar lagunas jurídicas.

Es importante destacar que hoy en día nos encontramos ante una “revolución reproductiva” a través del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, ello en virtud de que éstas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad, lo cual viene a plantear una problemática para las estructuras jurídicas existentes, por ende, si partimos de la base de la existencia de un derecho a procrear, consagrado en el artículo 4º Constitucional, podemos llegar a la conclusión de que una manera de formar una familia lo es a través del uso de los métodos de reproducción humana asistida, de lo anterior se desprende la necesidad de actualizar los supuestos normativos preexistentes a la realidad social, tomando en consideración que el derecho a formar una familia es uno de los pilares que justifica la necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico a la Subrogación Gestacional.

En mérito de lo anterior y, partiendo de lo dispuesto por el citado artículo 4º Constitucional, el cual consagra que *“toda persona tiene la libertad de decidir sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”*, esa libertad implica que a ninguna persona se le deben imponer obstáculos que impidan su derecho a la procreación, si bien es cierto, para resolver este problema, el legislador, en su afán de velar por el derecho de estos individuos ha contemplado y regulado diversas prácticas como la adopción y el acogimiento de menores, también lo es que existen actos que en la actualidad se llevan a cabo pese a no encontrarse debidamente regulados por la ley, siendo la *Subrogación Gestacional* la más importante de todas éstas, en virtud de que de ésta se desprenden

problemas de carácter ético-jurídico difíciles de resolver sin la adecuada regulación legal.

En el presente trabajo de investigación se establece una posición crítica de la falta de regulación en el Código Civil del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, de las técnicas de reproducción humana asistida, centrándonos en lo relacionado a la Subrogación Gestacional, partiendo del hecho de que no puede quedar a la potestad de nadie, ya sea por acción u omisión, el hecho de definir quién debe reproducirse y bajo qué condiciones, realizando una reflexión sobre lo que representa para el Derecho Civil mexicano, en especial para el Derecho Familiar, la regulación de dicha técnica de reproducción humana asistida y en su caso, qué disposiciones legales requieren de modificación, lo anterior a efecto de llenar los vacíos legales que, se insiste, existen en relación al tema materia de estudio, lo cual vulnera los derechos humanos de ciertos individuos, así como los principios de igualdad y no discriminación.

De igual forma, con la presente investigación quedará acreditada la necesidad de la regulación en el Código Civil de la Ciudad de México, del Contrato de Subrogación Gestacional, toda vez que, se insiste, es una práctica que en la actualidad se lleva a cabo de manera indiscriminada, sin que existan pautas y limitaciones para los contratantes y las partes que intervengan en dichos procedimientos, así como normas jurídicas que regulen tanto los procedimientos, como las consecuencias y la situación jurídica para quienes participen en la celebración y materialización del Contrato; de igual forma el acto jurídico regulará la situación jurídica del *nasciturus* respecto de la filiación y los procedimientos posteriores para su registro como hijo de los futuros padres o *padres intencionales*.

La figura materia de estudio, pese a que no se trata de un procedimiento nuevo, es en los últimos años cuando cobra relevancia por la universalización de su práctica, la cual consiste en que una mujer geste hijos para un tercero con el que normalmente no tiene ningún vínculo genético. En el presente trabajo de investigación se estudiarán los supuestos existentes en relación a la existencia o no de algún tipo de

pago como *contraprestación* a los *servicios* prestados por la gestante y la viabilidad de su regulación en el Código Civil para la Ciudad de México.

El problema de la falta de regulación jurídica de la Subrogación Gestacional estriba en que no se encuentra contemplado en el Código Civil para la Ciudad de México ninguna técnica de reproducción asistida como medio para actualizar el derecho de organización y desarrollo de una familia, surgiendo una evidente laguna jurídica existente respecto de la figura materia de estudio del presente trabajo, encontrándonos entonces, en un evidente estado de discriminación al segregar a un grupo delimitado de personas.

Así, en el supuesto de que las técnicas de reproducción humana asistida, en el caso en particular, la Subrogación Gestacional, no se reglamentara en la Ciudad de México, el legislador contravendría lo dispuesto por el artículo 1º Constitucional, en el cual se establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga la constitución, precepto que es muy claro al referirse a la totalidad de individuos, sin exceptuar a las parejas infértiles o con problemas para procrear, siendo menester precisar que si la práctica de dichas técnicas de reproducción estuvieren prohibidas, nuevamente nos enfrentaríamos a una contradicción de un derecho humano, consagrado en el artículo 14 Constitucional, el cual señala que “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales, previamente establecidos...”.

De lo anterior, se deduce que resulta necesaria y urgente una regulación exacta de las técnicas de reproducción humana asistidas, en el caso en particular, de la Subrogación Gestacional, también conocida como Maternidad Sustituta, lo anterior, para dar respuesta integral a un caso real, mismo que sucede en nuestra sociedad y que exige una solución y amerita dejar de permanecer en la laguna jurídica en la que se encuentra, precisamente para evitar que la falta de normatividad propicie hechos contrarios a la moral y a las buenas costumbres.

Si bien es cierto, en la actualidad el Senado de la República propone regular la Subrogación Gestacional como método de reproducción humana asistida a través de su “PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE ADICIONAN LOS ARTÍCULOS 61 TER Y 462 TER DE LA LEY GENERAL DE SALUD”, el mismo no resulta suficiente para regular los requisitos y consecuencias jurídicas de la práctica de dicho método, en virtud de que el mismo únicamente propone modificar la Ley General de Salud, hecho con el cual se generaría una laguna en la ley, toda vez que se generaría una contradicción entre la ley reglamentaria de mérito y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en especial, con lo dispuesto por el artículo 4º de la Carta Magna, lo anterior encuentra sustento en el hecho de que de acuerdo al Derecho Positivo, la Jerarquía de Normas establece que las normas de rango inferior no pueden contradecir ni vulnerar lo establecido por una norma de rango superior, motivo por el cual, la regulación de la Subrogación Gestacional en una ley especial no basta para llenar las lagunas jurídicas que se desprenderían en caso de regularse en el Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.

Asimismo resulta de imperiosa necesidad la existencia de una regulación adecuada de la Subrogación Gestacional, haciendo énfasis en el hecho de que en la actualidad hay una evidente falta de normatividad aplicable para el caso de que se susciten controversias entre las partes, asimismo no se regulan las consecuencias jurídicas de éstas, tal como lo son, el parentesco, la patria potestad, el reconocimiento del menor ante el Juez del Registro Civil y todos los derechos que la ley le otorga a la madre biológica en relación a la filiación.

Resultando necesario señalar que en la República Mexicana el método de reproducción humana asistida materia de estudio, solamente se encuentra regulado en los estados de Sinaloa y Tabasco, precisando que en el presente trabajo se realizará una comparación entre la regulación existente en dichas entidades federativas a fin de formar un criterio propio respecto de los aciertos y posibles errores de los cuerpos normativos que contengan el procedimiento de Subrogación Gestacional y con ello

acreditar la necesidad urgente de que el legislador capitalino erradique las lagunas legales existentes en dicho tema en particular.

En conclusión, es evidente que hacen falta principios jurídicos claros en la Ciudad de México, que regulen la Subrogación Gestacional, y que en efecto establezcan los requerimientos y lineamientos con los cuales el contrato de “renta de vientre” pueda ser considerado existente y lícito por sí, proporcionando seguridad jurídica a las partes que intervengan en éste, a efecto de erradicar la discriminación que la falta de regulación de dicha técnica supone frente al grupo de personas que decide participar de la figura materia de estudio.

CAPÍTULO PRIMERO

“CONCEPTOS GENERALES”

1.1 FAMILIA

1.1.1- Concepto General

La palabra *familia* tiene varias acepciones, ya que la misma no siempre es utilizada para relacionarla únicamente con un grupo de personas que tienen entre sí un lazo que los une, sino que también se puede utilizar con un sentido metafórico, para referirse a un grupo de cosas o el sentido que se le da en diversas ramas de la ciencia como lo son la Biología o la Zoología, en las cuales se usa para nombrar a varios géneros naturales que tienen caracteres comunes; sin embargo, para el estudio que nos ocupa no le daremos las acepciones de diversas ramas de la ciencia, sino que se desarrollará el concepto que contienen los diccionarios jurídicos y las enciclopedias.

La familia se define como el “*grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad, por lejano que fuere*”¹ siendo esta una definición muy amplia para poder comprender todos los efectos jurídicos que envuelve el concepto de familia, y sólo definiríamos lo que sería el concepto de *gens* (linaje), luego tendríamos que buscar una connotación más restringida, la que se ha compuesto después de la evolución de la misma familia, durante diversas etapas, hasta llegar a un concepto de “*familia doméstica*”, la cual se contrapone a la “*familia gentilicia*”, ya que la primera abarca no sólo a los cónyuges y sus descendientes, sino que también a los cónyuges de sus hijos y sus descendientes (nietos); en este contexto, se tiene que hacer una breve reseña de la evolución de la familia, la cual empezó como una expresión de promiscuidad existente entre los miembros que poblaron la tierra hace millones de años, donde se hace imposible pensar que existía la familia, lo anterior, en virtud de que la organización de la estructura familiar fue evolucionando con el paso de los años.

¹ Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 1675.

Dicha estructura familiar continuó evolucionando hasta llegar a las *tribus*, pasando por las *gens*, en las cuales se empezó a presentar una organización rudimentaria, misma que presenta su primera figura de parentesco, conocida como *tótems* (antepasados), que eran los miembros que dieron origen al grupo, prohibiéndose la unión entre miembros de la misma tribu por prevenir del mismo animal totémico. Resaltando que todas las anteriores formas de familia primitiva compartían características religiosas, como lo es guardar culto al *tótem* (antepasado común legendario) y a los dioses *lares* o *patates* de la familia romana, incorporándose un elemento ético, el cual regulaba los deberes y facultades que el derecho impone a cada uno de los integrantes de la familia, lo que da una pauta para la concepción de la familia moderna.

Así, la familia fue evolucionando íntimamente unida con la institución del matrimonio, misma que dio estabilidad a la unión del hombre y la mujer; empero, no se puede negar la existencia de la familia creada fuera del matrimonio, de manera irregular, fundada en la filiación que se define como *“las relaciones jurídicas entre padres e hijos, sin que, desde el punto de vista del derecho, surjan relaciones familiares de los progenitores entre sí”*². Con lo anterior, se amplía el concepto de familia quedando *“constituida por el grupo de personas que proceden del progenitor o tronco común (sentido amplio) y que las relaciones jurídicas que existen entre sus miembros, tienen como fuente el matrimonio y la filiación del matrimonio o extramatrimonial”*³, no puede pasar desapercibido que con dicho concepto, se reconoce la existencia de la familia sin matrimonio, lo que se conoce como concubinato.

Con la evolución de la familia junto con la institución del matrimonio, encontramos que la primera perdió su cohesión y su importancia, en virtud de que los matrimonios se celebraban por conveniencia y por periodos cortos, claro ejemplo de lo anterior son los matrimonios *cum manu* y *sine manu*. En el primero, el padre entregaba a su hija y al dote al marido o al padre de éste para que pasara a formar parte de un

² *Ídem*, p. 1677.

³ *Ídem*.

nuevo clan; en el segundo caso no se requería ceremonia, sólo se necesitaba del consentimiento de los cónyuges, resaltando que el *pater familiae* conservaba el poder sobre la hija; siendo causas para darse este tipo de matrimonio el *usus* (vivir más de un año juntos) y por *coemptio* (compra), resaltando que en este tipo de matrimonio la dote se ponía a disposición del marido, empero éste debía regresarla en caso de divorcio o muerte. En este contexto, nos podemos percatar e que la familia tiene un nuevo componente que es la riqueza y/o lo económico, más adelante conocida como el patrimonio.

Al propagarse el cristianismo, la familia tomó un nuevo rumbo, en el cual se terminó la influencia del *pater familiae*, que pasó de ser un controlador indiscutible a un guía material y espiritual, sentándose las bases para lo que se conoce en la actualidad como *patria potestad*, en la que se estatuyen los derechos y deberes de los progenitores con sus hijos. Así, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la familia “es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”⁴, siendo menester precisar que en muchos países occidentales, el concepto de la familia y su composición ha cambiado considerablemente en los últimos años, sobre todo, por los avances de los derechos humanos y de las parejas del mismo sexo.

El Maestro Raúl Lozano Ramírez considera a la familia como “un núcleo base de la sociedad y, por ello, encargada de la organización, desarrollo, vigencia y reglamentación de las relaciones familiares que surgen con motivo de la procreación, cuidado, vigilancia de la niñez, de su educación, formación profesional y de la conducta de los seres humanos para vivir en armonía”⁵, concepción que podemos encuadrar más en un aspecto sociológico que desde un punto de vista meramente jurídico.

Para el Doctor Javier Tapia Ramírez, existen dos acepciones de la palabra familia, la primera de ellas, es la que deriva del *concepto social*, la cual establece que

⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos

⁵ LOZANO Ramírez Raúl, “*Derecho Civil, Tomo I, Derecho Familiar, Breviario de Actualización Jurídica*”, Editorial PACJ, 2015, p. 7.

la familia "es la célula o núcleo de la sociedad"⁶, mientras que, para dicho autor, el concepto jurídico es aquel que define a la familia como "el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección del estado"⁷.

Concepto que resulta congruente con lo estatuido en el artículo 3o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que define a la familia como el "conjunto de personas vinculadas por razones naturales, de matrimonio, de parentesco o por la ley, y sus integrantes deben observar una conducta de consideración, solidaridad y respeto entre ellos, en el desarrollo de sus relaciones familiares."⁸

1.1.2.- Concepto jurídico.

Como se puede advertir, la institución de la familia se ha venido transformado al paso del tiempo, y con ello el concepto se ha modificado y ampliado, muestra es que diversos tratadistas y estudiosos del derecho, han generado diversos conceptos de familia, empero todos coinciden que es un grupo de personas que tienen lazos de consanguinidad, filiales y adoptivos, para abundar en ello es necesario el análisis de los criterios de diversos autores como son:

El Profesor Eduardo A. Zannoni, define a la familia como "un régimen de relaciones jurídicas, interdependientes y recíprocas, emergentes de la unión intersexual y la procreación"⁹. De la interpretación de dicha concepción, se puede establecer que a ésta le faltan elementos esenciales para interrelacionar a las personas del grupo, en virtud de que se refiere a dos hechos biológicos, que servirían de base a las instituciones del matrimonio y de la filiación, quedándose únicamente, y reduciendo a la familia a los cónyuges y a los hijos, lo cual no debería ser así, sin embargo, cuando habla de interdependientes y recíprocas, el propio autor señala que "se extienden por

⁶ TAPIA Ramírez Javier, "*Derecho Civil Primer Curso*", Editorial Porrúa, México, 2016, p. 203.

⁷ TAPIA Ramírez Javier, *Op. Cit.*, p. 203.

⁸ Ídem.

⁹ A. ZANNONI Eduardo, *Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 71.

*imperio de la ley entre aquellas personas que reconocen entre sí generaciones biológicas antecedentes o consecuentes que le son comunes, esto es los consanguíneos, y entre un cónyuge y los consanguíneos del otro, llamados afines*¹⁰, pese a tal aclaración el concepto es confuso y restringido porque nos está hablando de familia constituida por consanguinidad y filiación, dejando fuera del concepto lo que diverso tratadista denomina parentesco civil, que más adelante se abordará.

De igual forma, el catedrático Zannoni da otro concepto de familia, definiéndola como *“producto de una época social... una supraestructura fundada en la estructura económica que en un momento dado prevalece, y por ende, tendiente a desaparecer con la etapa social en la que surgió”*¹¹; de aquí se puede concluir válidamente que la familia es una institución sólida, la cual se puede modificar de acuerdo a la realidad social que se viva en un periodo determinado de tiempo.

Así, el profesor Rafael de Pina Vara, en su libro “Elementos de Derecho Civil Mexicano”, define a la familia como *“un agregado social constituido por personas ligadas por el vínculo del parentesco”*¹², por lo que respecta a la definición que antecede podemos establecer que la misma es muy amplia, teniendo que analizar qué es el parentesco, el propio autor nos dice que el mismo es el *“vínculo que liga a varias personas entre sí”*¹³, entonces hay parentesco por consanguinidad, afinidad y civil, entendiendo el primero cuando alguien proviene de un mismo progenitor o ambos progenitores; el de afinidad, es aquél que nace del matrimonio, se encuentra limitado al cónyuge, quien queda unido así a todos los parientes consanguíneos del otro cónyuge; pero entre los parientes consanguíneos de uno y otro no existe ningún vínculo y por lo que respecta al civil es el que nace de la adopción.

El catedrático Rafael Rojina Villegas, en su obra “Compendio de Derecho Civil I, (Introducción, personas y familia)”, considera que en el derecho moderno la

¹⁰ Ídem.

¹¹ ZAVALA Pérez Diego H., *“Derecho Familiar”*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, 2008, p. 1.

¹² DE PINA Rafael, *“Elementos del Derecho Civil Mexicano: Introducción, Personas, Familia, Volumen I”*, Editorial Porrúa, 2000, p. 305.

¹³ Ibídem, p. 306.

familia “está integrada exclusivamente por los parientes consanguíneos (excepcionalmente puede comprender al hijo adoptivo)”¹⁴, empero no deja de reconocer que también existe un sentido amplio de familia, que comprende en general a todos los que descienden de un antepasado común. Sin embargo, maneja que la familia en sentido estricto comprende en realidad sólo a los padres e hijos, entretanto éstos no se casen y constituyan una nueva familia. En este mismo contexto establece que el hijo adoptado se incorpora a la familia, lo anterior en virtud de que adquiere la situación jurídica de hijo, con todos los derechos y obligaciones; así, termina concluyendo que la concepción de familia en el derecho moderno está “*determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además, de manera excepcional, el parentesco por adopción*”¹⁵. Para el autor en cita, la familia sólo se integra por lo que conocemos como familia nuclear, la cual está formada por los cónyuges y sus hijos, reconociendo la existencia del concubinato, ya que al manejar *parentesco consanguíneo*, se refiere a hijos nacidos de padres no casados, de igual forma maneja lo que es el parentesco civil, resultado de la adopción.

De igual forma, el Doctor en Derecho Ernesto Gutiérrez y González, que en su libro “Derecho Civil para la Familia”, conceptúa a la familia como: “*el conjunto de personas naturales, físicas o humanas integradas a través de un contrato de matrimonio de dos de ellas, no integradas por la apariencia o posición de estado de casados, o por lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, que habitan en una misma casa, la cual constituye el domicilio familiar y tengan por ley o por acuerdo, unidad en la administración del hogar familiar*”¹⁶, así, el autor en comento, realiza un análisis de cada uno de los elementos que maneja en el concepto que se transcribe con antelación.

De lo anterior se hace un breve análisis de los elementos que se consideran más relevantes. Por lo que respecta a que sólo se puede formar una familia entre

¹⁴ ROJINA Villegas Rafael, “*Compendio de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia*”, Editorial Porrúa 2005, p. 211.

¹⁵ *Ibidem*, p. 212.

¹⁶ GUTIÉRREZ y González Ernesto, “*Derecho Civil para la Familia*”, 1ª Edición, Editorial Porrúa, 2004, p. 140.

personas naturales, el autor refiere que son las personas físicas o seres humanos los que pueden formar una familia, ya que las personas ficticias o morales no tienen una familia al ser entes incorpóreos, que existen porque la ley lo determina. Así el autor, maneja que la familia se integra a través de un contrato de matrimonio o por la apariencia o posesión de estado de casado, entendiendo por matrimonio *“un contrato solemne que celebran una sola mujer y un solo hombre, que tienen el doble objeto de tratar de sobrellevar, las partes en común, los placeres y cargas de la vida, y tratar de perpetuar la especie humana”*¹⁷.

Al respecto es menester señalar que con la reforma a los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, dicho concepto quedó sobrepasado, lo anterior es así en virtud de que, en la actualidad es declarado inconstitucional aquél artículo que disponga que el matrimonio se trata de la unión entre hombre y mujer con fines de procreación, redefiniendo, con ello, el concepto de matrimonio para establecer que es la unión de dos personas, con lo que comprende no sólo a las parejas heterosexuales sino también a las del mismo sexo.

Retomando, respecto del elemento de la apariencia o posesión de estado de casado, Gutiérrez y González lo maneja para conceptualizar lo que hoy en día es conocido como concubinato, entendiendo como tal la unión de dos personas que sin cumplir con las formalidades esenciales del contrato de matrimonio tienen vida en común, con la finalidad de realizar la comunidad de vida, sin embargo, no es lo mismo que la unión libre, ya que ésta se refiere a una relación pasajera que no busca crear una familia, coincidiendo con el autor en cita cuando se refiere que el concubinato se puede asociar más con un contrato consensual, ya que sólo es la voluntad de la pareja para realizar la comunidad de vida, sin que obste un contrato de matrimonio entre estos.

Otro elemento que aborda el catedrático Rojina Villegas es el de los lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, entendiéndose éste como parentesco *“el vínculo jurídico, permanente, por regla general que reconoce o crea la ley entre dos*

¹⁷ Ibídem, p. 142.

*o más personas física, y en razón de tener ellas sangre común, ya como consecuencia de un contrato de matrimonio, ya de un contrato de concubinato, ya finalmente, de un acto que limita el engendramiento y que acepta y sanciona la ley*¹⁸, dejando entrever que existen varios tipos de parentesco, como lo es por consanguinidad, por afinidad y civil, conceptos sobre los que se abundará en el presente trabajo de investigación.

Por último, se analiza la postura adoptada por el jurista Jesús Alejandro Mendoza Aguirre, quien distingue de las concepciones esgrimidas por diversos catedráticos al señalar que si bien, la unión sexual constituye un factor biológico indispensable para la formación de la familia, la simple existencia de esta unión no constituye por sí a la familia, exceptuando el caso de que a través de ella surja la procreación que entabla relaciones entre madre e hijo.

Dicho catedrático sostiene que *“para que la pareja humana pueda considerarse por sí sola como familia, se requieren dos elementos añadidos a la unión sexual la permanencia más o menos prolongada y la cohabitación”*,¹⁹ concepto que revoluciona la idea de la familia como simple generadora de lazos familiares provenientes de la procreación.

De los conceptos mencionados con antelación, podemos mencionar, a modo de conclusión, que la familia es el núcleo social, al que la ley le otorga derechos y obligaciones, la cual está formada por un conjunto de personas vinculadas por matrimonio o concubinato, sin que dicha unión implique la existencia necesaria de la procreación para ser considerada como tal, siendo ésta el reflejo de la sociedad existente en un periodo determinado de tiempo.

1.1.3.- Regulación de la familia en el Código Civil.

¹⁸ ROJINA Villegas Rafael, *Op. Cit.*, p. 156.

¹⁹ MENDOZA Aguirre Jesús Alejandro, *“Derecho Familiar, su emancipación del Derecho Civil”*, 1ª Edición, Editorial Porrúa, 2016, p.2.

Cabe hacer mención que dentro de la Legislación Sustantiva Civil de la Ciudad de México no se ha establecido por los legisladores un concepto de familia, por medio del cual podamos entender dicha Institución; sin embargo, en la reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha cinco de febrero de dos mil quince, se redefine el concepto de matrimonio, el cual es considerado como la base de la familia, el cual plasma lo siguiente: *“Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua”*²⁰, modificando con ello el concepto de familia que contemplaba implícitamente la legislación de la Ciudad de México, para dar paso a la familia formada por personas del mismo sexo, ya sea, mediante la existencia de un contrato de matrimonio, o pudiendo simplemente formar una relación de concubinato; de igual manera se amplió la posibilidad de que parejas de personas homosexuales formen una familia por medio de la adopción; con lo que podemos inferir que, con dicha actualización el legislador de la hoy Ciudad de México ajustó el concepto de familia, que se encontraba implícito en la codificación existente, a la realidad social.

g) Código Civil para el estado libre y soberano de Guerrero.

El artículo 374 del código civil para el estado de Guerrero establece que: *“El Estado reconoce en la familia el grupo primario fundamental, sustento de la sociedad, en el que la persona humana encuentra los satisfactores afectivos y materiales para cubrir sus necesidades básicas. Es el grupo social permanente y estable formado por un conjunto de personas unidas entre sí ya sea por el matrimonio, el concubinato o el parentesco, en cualquiera de sus formas...”*²¹, de lo anterior se puede observar que los legisladores del estado de Guerrero formularon un concepto de familia amplio, determinando más adelante en el artículo 376 de dicho ordenamiento, que las disposiciones relativas al Título inherente a la familia, abarca a todos los que se encuentren en dicha hipótesis y por lo tanto, tratándose de la base de la sociedad, considera que las normas aplicadas a la familia son de orden público e interés social.

²⁰ Nuevo Código Civil para la Ciudad de México, (reforma del 05 de febrero de 2015)

²¹ Código Civil para el estado libre y soberano de Guerrero.

Es así, que el concepto de Familia acogido por este ordenamiento tiene una acepción sociológica, encontrándola como el elemento primordial de la sociedad, de la cual surge la colectividad humana, es decir, una de las formas jurídicas y de hecho en que los seres humanos nacen como colectividad.

h) Código Familiar para el estado libre y soberano de Morelos.

La legislación en comento establece en su artículo 22 que: *“La familia Morelense es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación, estable entre hombre y mujer y su plena realización en la filiación libre, consciente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica”*.²²

Concepto en el que los legisladores sostienen que la familia es la base de la sociedad, prevaleciendo una acepción sociológica. De lo anterior podemos deducir que en el Código Familiar de dicha entidad federativa, el concepto de familia conceptúa a la familia en un sentido estricto de la misma, en virtud de que establece que sus miembros son aquellas personas que viven bajo un mismo techo; sin embargo, dicho ordenamiento legal más adelante aduce a la familia en sentido amplio, ya que prevé el parentesco por consanguinidad, según el contenido del artículo 27, que dispone: *“El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor, o el equivalente por adopción plena”*, siendo menester precisar que se deja de lado el parentesco civil tal como se desprende del numeral citado, toda vez que la adopción se entiende como una relación filial total; es decir, surgen todos los derechos y obligaciones entre el adoptante y el adoptado y éste con la familia consanguínea del adoptante; de igual forma contempla el parentesco por afinidad de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 28, que a la letra dispone *“El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes consanguíneos de la mujer, y entre la mujer y los parientes consanguíneos del varón”*.

²² Código Familiar para el estado libre y soberano de Morelos.

i) Código civil para el estado de Querétaro.

Por lo que hace al Título Sexto, Capítulo Primero del código Civil para el estado de Querétaro, que en su artículo 135 establece que: *“La familia es una institución social, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, el concubinato o por el parentesco de consanguinidad, civil o afinidad”*²³, prosigue diciendo en su artículo 136 *“Son fines de la familia garantizar la convivencia armónica, el respeto, la protección, la superación, la ayuda mutua, la procuración del sustento material y afectivo, la preservación de los valores humanos, la vinculación, el respeto y la protección recíproca de sus miembros”*²⁴; de lo anterior se puede establecer que en dicho ordenamiento legal no existe un concepto gramatical de familia. Como puede observarse, para la legislación del estado de Querétaro la familia resulta ser la figura más importante ya que de ésta se crean las diversas relaciones filiales reguladas por dicha legislación.

Así tenemos que el Estado de Querétaro regula tres tipos de parentesco: el de consanguinidad (entendido como aquél habido entre personas que descienden del mismo progenitor), el de afinidad (el que contrae el cónyuge con la familia consanguínea de su cónyuge) y el civil (el que nace de la adopción simple entre el adoptante y el adoptado, así como el parentesco civil que nace de la adopción plena, el cual debido a su naturaleza se equipara al parentesco por consanguinidad)²⁵.

j) Código Familiar para el estado de San Luis Potosí.

El Código Familiar para el estado de San Luis Potosí establece en su artículo 10 que: *“La familia es la unión permanente de personas vinculadas por el matrimonio o el concubinato, y por parentesco de consanguinidad, afinidad o civil,*

²³ Código Civil para el estado de Querétaro.

²⁴ *Op. cit.*

²⁵ *Ídem.*

sustentada en principios y valores orientados al desarrollo pleno de cada uno de sus integrantes. La familia se constituye como la base de la sociedad, para ser el ámbito originario del desarrollo integral de las personas y del respeto de sus derechos fundamentales...²⁶, en su artículo 11 dispone que “Las y los menores de edad miembros de la familia, tienen el derecho esencial de vivir y desarrollarse bajo la custodia y cuidado de su madre y padre; en caso de separación o conflicto, a mantener la convivencia cotidiana con los dos; a falta de ambos padres, la custodia y cuidado serán a cargo de las o los parientes consanguíneos...²⁷ .

Concepto en el que los legisladores sostienen que la familia es la base de la sociedad, prevaleciendo una acepción sociológica. De lo anterior podemos deducir que en el Código Familiar del estado de San Luis Potosí, el concepto de familia conceptúa a la familia en un sentido estricto de la misma, en virtud de que establece como único vínculo que une a la familia al matrimonio o al concubinato.

k) Código Familiar para el estado de Hidalgo.

Así, el Código Familiar para el estado de Hidalgo, en su artículo 1º establece que: *“La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico, del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad”²⁸*; de lo anterior se puede colegir que la familia en dicha entidad federativa es considerada como el elemento primordial de la sociedad y del estado; motivo por el cual, éste tiene la obligación de garantizar la protección de la familia, ya que es considerada como la base necesaria del orden social; resultando importante destacar que para el código Familiar para el estado de Hidalgo la familia *“tendrá como función, la convivencia de*

²⁶ Código Familiar para el estado de San Luis Potosí.

²⁷ Ídem.

²⁸ Código Familiar para el estado de Hidalgo.

*sus miembros por medio de la permanencia y estabilidad de sus relaciones, permitiendo satisfacer las necesidades de subsistencia y defensa*²⁹.

En este mismo contexto, el artículo 336 del ordenamiento legal en cita establece que: *“El Estado reconoce a la familia, la personalidad jurídica necesaria, para ser persona moral, y en consecuencia, titular de derechos y obligaciones”*³⁰; asimismo el artículo 337 establece que *“La familia queda investida de personalidad jurídica para ejercitar en su nombre y representación, cualquier derecho de sus miembros y cumplir las obligaciones individual y colectivamente consideradas”*; de igual forma dispone el artículo 338 que *“La representación de la familia corresponde por igual al padre y a la madre y en su caso a los abuelos paternos y a los abuelos maternos”*.

En el Código Familiar del estado de Hidalgo se maneja el concepto de familia en sentido amplio, ya que el mismo coincide con la concepción que maneja el Diccionario Jurídico Mexicano, al dejar la representación a los padres o a los abuelos.

Cabe resaltar que para este código familiar, la institución de la familia, además de ser considerada base de la sociedad, jurídicamente es considerada como una persona jurídica susceptible de ser sujeto de derechos y obligaciones, siempre y cuando tenga como objeto del mismo a los miembros de la familia, concepto no manejado en otras legislaciones, y que viene a revolucionar el concepto de familia, al considerar a la misma como persona moral.

I) Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.

Después de haber analizado algunas de las legislaciones de los estados que conforman la República Mexicana, es menester señalar como ha quedado indicado en líneas precedentes en el Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, a diferencia de algunos de los códigos estudiados, **no existe un concepto de familia**;

²⁹ Ídem.

³⁰ Ídem

sin embargo, el artículo 138 Quáter, establece que: *“Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia”*, por su parte el artículo 138 Quintus señala que: *“Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato”*, ubicando así a la familia dentro del concepto en sentido amplio que maneja el Diccionario Jurídico Mexicano, ya que tal como quedó señalado en líneas anteriores, la familia la conforma además del conjunto de deberes, derechos y obligaciones, los integrantes de la misma, quienes son los titulares de estos deberes, derechos y obligaciones, los cuales son reconocidos por nuestra legislación como los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes, adoptantes y adoptados y a los colaterales hasta el cuarto grado, en términos de lo previsto por el artículo 292 del Código Civil, precepto en el cual se regulan los tipos de parentesco vigentes, como lo son:

i) El parentesco por consanguinidad, que es el vínculo de personas que descienden de un tronco común; asimismo, se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan; es decir, de quienes tengan pleno conocimiento de la reproducción asistida y demás que reconocen las consecuencias jurídicas que traerá la misma; y que serán los padres de dicho producto.

También se considera parentesco por consanguinidad en el caso de la adopción, ya que el adoptado al equipararse al hijo consanguíneo del adoptante, adquiere los mismos derechos y obligaciones con los parientes del adoptante. (Artículo 293)

ii) El parentesco por afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos.

iii) El parentesco civil, es aquél que nace con la adopción. Después del veinticinco de mayo del año dos mil, en la legislación del Distrito Federal, hoy Ciudad

de México, sólo se contempla la adopción plena, figura jurídica en la cual el adoptado se equipara al hijo consanguíneo, para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos para contraer matrimonio; así el adoptado tiene en la familia de los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo; extinguiendo la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores.

Convirtiéndose así, en parentesco por consanguinidad tal como se ha señalado en párrafos precedentes; figuras jurídicas que se encuentran contempladas en lo que se debe entender por familia en el Código Civil para la hoy Ciudad de México, ya que si bien es cierto no existe como tal el concepto de familia en el ordenamiento legal en cita, también lo es que de la interpretación exegética, se puede colegir válidamente que la familia es regulada dentro del concepto amplio que señala el Diccionario Jurídico Mexicano.

1.2.- Parentesco.

Para desarrollar el presente punto debemos precisar que las relaciones jurídicas familiares se derivan tanto de dos fenómenos biológicos (uniones de los sexos y la procreación), como de la unión de personas del mismo sexo que deciden formar una familia; de lo anterior nace lo que conocemos como las instituciones del matrimonio, concubinato, filiación y en algunos casos la adopción; en virtud de tales relaciones familiares se crea lo que conocemos como parentesco, mismo que se define como:

“Un estado jurídico, ya que implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones, tanto entre los miembros de la relación, como entre ellos y otras personas, esto es, terceros (parientes consanguíneos y políticos)... El parentesco se define como un estado civil y familiar [...] es una relación jurídica permanente, general y abstracta que nace del matrimonio, del concubinato y de la filiación, así como de la adopción. Por lo tanto,

*constituye la relación jurídica que vincula a los miembros de una familia en forma recíproca, por consanguinidad, afinidad y civilmente.*³¹

Felipe de la Mata y Roberto Garzón definen al parentesco como *“las relaciones jurídicas que se establecen entre sujetos ligados por consanguinidad, afinidad o adopción”*³², considerándolo de tal manera en virtud de que el Código Civil sólo reconoce estos tipos como los únicos en que se da el parentesco.

El Doctor Tapia Ramírez define al parentesco como *“el vínculo permanente que existe entre dos o más personas por tener la misma sangre, o por un acto jurídico que equipara la procreación y cuya semejanza con ésta se haya reconocida por la ley (la adopción)”*³³.

Al respecto, el catedrático Ángel Acedo Penco, define al parentesco como *“la relación que existe entre varias personas derivadas de la posición que cada una de ellas ocupa en una familia concreta”*³⁴, definición que puede englobar a los diferentes tipos de familia que existen en la actualidad, tomando en consideración que no se enfoca solamente al parentesco que se genera por lazos de sangre entre los miembros de la familia, o bien, aquél que se genera entre los miembros de una familia, con otra.

Por su parte el jurista Mendoza Aguirre, hace lo propio al definir al parentesco como aquel *“vínculo jurídico que liga a personas entre sí, bien por proceder unas de otras, bien por creación de la ley... En el primer caso, el parentesco se llama natural; en el segundo, legal”*³⁵.

³¹ BAQUEIRO Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *“Derecho de Familia”*, 2ª Edición, Editorial Oxford, 2008, p.21.

³² DE LA MATA Pizaña Felipe y Garzón Jiménez Roberto, *“Derecho Familiar y sus reformas más recientes en la legislación del Distrito Federal”*, 4ª Edición, Editorial Porrúa, 2008, p. 39.

³³ TAPIA Ramírez Javier, *Op. Cit.*, p. 219.

³⁴ ACEDO Penco Ángel, *“Derecho de Familia”*, Editorial Dykinson, España, 2013, p. 33.

³⁵ MENDOZA Aguirre Jesús Alejandro, *Op. Cit.*, p.31.

A modo de conclusión tenemos que el parentesco es aquél vínculo que une a las personas entre sí, ya sea que estas deriven unas de otras de forma biológica, o bien, a través de alguna disposición legal que así lo disponga.

1.2.1.- Consanguinidad.

De los conceptos aludidos en el punto anterior, podemos establecer que, tal como se mencionó con antelación, el parentesco se puede adquirir por tres causas, tal como lo contempla el artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, en el cual dispone lo siguiente: *“Artículo 292. La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil”*, empero, a pesar de que la literalidad dicho artículo aún contempla el parentesco civil, es de resaltarse el hecho de que, a partir de la reforma en materia de adopción, desaparece el parentesco civil, habida cuenta de que entre adoptante y adoptado se da el parentesco por consanguinidad, por ende, el mismo tipo de relación existirá entre la familia del adoptante y el adoptado.

Así el ordenamiento legal en comento refiere en su numeral 293 que el parentesco por consanguinidad:

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

Si bien es cierto, el legislador incluyó los avances tecnológicos en el numeral en cita, deja una laguna jurídica al no incluir en éste las hipótesis concretas de la forma de adquirir parentesco producto de la reproducción asistida, toda vez que, en el caso que no ocupa, entendiéndose éste como la Subrogación Gestacional, no se menciona

a quién debe de atribuirse la calidad de madre en dicho supuesto, toda vez que de él, participan dos madres, la intencional o contratante (quien puede otorgar las células germinales o no), y la mujer que engendrará al bebé (quien puede compartir material genético con el producto, o no).

De la interpretación exegética del citado numeral, válidamente se puede concluir, que existe parentesco por consanguinidad cuando existe una descendencia de un tronco común, entendiendo tal, como un progenitor común, ejemplo de lo anterior, son los hermanos, ya que el progenitor común es el padre, y de ahí se desprendería en línea recta y línea colateral.

Cabe mencionar que en el caso de la adopción, el artículo 293 del citado ordenamiento también reconoce la existencia del parentesco por consanguinidad, entre el adoptado y el adoptante, los parientes del adoptante y los descendientes de aquél, siendo menester precisar que tal parentesco se reconoce en la adopción plena, no así en la adopción simple. Sin embargo, en nuestra legislación se derogó lo concerniente a la adopción simple desde el día veinticinco de mayo del año dos mil. Hasta aquí hemos analizado lo que el Código Civil regula respecto del parentesco por consanguinidad, no obstante, en líneas siguientes analizaremos distintas concepciones al respecto.

La jurista María de Montserrat Pérez Contreras, define al parentesco por consanguinidad como *“un hecho natural en virtud de la procreación, que además de ser reconocido socialmente, también lo es por el ordenamiento jurídico al atribuirle carácter de requisito para que se puedan establecer relaciones jurídicas entre los miembros de la familia y asimismo ser reconocidos como fuente de derechos y obligaciones entre los mismos”*³⁶, dicho parentesco es fácil de entender, ya que la palabra consanguinidad se puede relacionar con sangre; sin embargo, como ya explicamos, no sólo se da cuando existe un tronco común, sino que también se equipara tal parentesco con la adopción, tal como lo reconoce el artículo 693 del Código en comento.

³⁶ PÉREZ Contreras María de Montserrat, *“Derechos de los Padres y de los Hijos”*, 1ª Edición, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad nacional Autónoma de México, 2000, p. 32.

1.2.2.- Afinidad.

Por lo que respecta al parentesco por afinidad, el maestro Raúl Chávez Castillo lo define como:

“El que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer; y entre la mujer y los parientes del varón. De igual forma, dependiendo de (sic) legislación civil de la entidad federativa, se asimila al parentesco por afinidad, la relación que resulta por virtud del concubinato, entre el concubinario y los parientes de la concubina y entre los parientes de ésta y aquél [...]”³⁷

De lo anterior, se desprende que el parentesco por afinidad es aquél que resulta por virtud del matrimonio o concubinato entre un miembro de la pareja y los familiares directos de su cónyuge o concubino, cabe resaltar que el pasado veintinueve de diciembre de dos mil nueve, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código Civil de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en el que se aprueban la celebración de los matrimonios entre parejas del mismo sexo, hecho con el cual, se puede colegir que el concepto del maestro Chávez Castillo queda superado por la realidad social.

1.2.3.- Civil o por adopción.

Prosiguiendo con el estudio de las formas en que se crea un lazo de parentesco y, a pesar de que el citado parentesco ha quedado en desuso, procederemos a analizar lo que doctrinalmente se conoce por parentesco civil o por adopción.

³⁷ CHÁVEZ Castillo Raúl, *“Derecho de Familia y Sucesorio (Curso Derecho Civil IV)”*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, 2011, p. 5.

El primer cuestionamiento sería, ¿existe parentesco civil o por adopción?, y de inmediato cualquier lector del presente trabajo de investigación se cuestionaría lo siguiente ¿el parentesco por adopción no es aquél reconocido por el Código Civil en su artículo 293, como parentesco por consanguinidad? Dicho cuestionamiento es muy válido, sin embargo, es menester precisar que no es una contradicción del Código Civil, ya que se debe aclarar que hasta antes del año 2000, existía la figura de la adopción simple, la cual era cuando una persona o pareja decidían incorporar a su familia a un miembro ajeno a ésta, es decir, que no tiene un parentesco consanguíneo con relación a los adoptantes, lo anterior, evidentemente con consentimiento del Estado, así se crea una relación jurídica entre el adoptado y el adoptante, la cual no trasciende a los demás parientes por consanguinidad del adoptante, y dicho vínculo se podía revocar; sin embargo, existía ya en varias legislaciones nacionales e internacionales, la figura de la adopción plena, la cual era conocida como la relación jurídica existente entre adoptado y adoptante y que trascendía entre los parientes consanguíneos del adoptante y no era revocable.

Con fecha veinticinco de mayo del dos mil, se realizó una reforma al Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, en la que se deroga la figura de la adopción simple y se opta por reconocer la adopción plena, asemejándola al parentesco por consanguinidad, lo que se materializó en el artículo 293 de dicho ordenamiento.

En este contexto el maestro Chávez Castillo define a dicha forma de parentesco como *“el que nace de la adopción simple y sólo existe entre adoptante y adoptado. En la adopción plena, el parentesco se equipara al consanguíneo”*³⁸, siendo menester precisar que, como se ha venido haciendo mención, a partir del año dos mil se reformó el Código Civil del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, contemplando solamente la figura jurídica de la adopción plena, con todas las consecuencias jurídicas que se derivan del mismo; motivo por el cual, podemos concluir que, contrario a lo estatuido en el Código Civil, el parentesco que ahora se analiza dejó de considerarse

³⁸ CHÁVEZ Castillo Raúl, *Op. Cit.*, p. 5.

aplicable, insistiendo en el hecho de que la figura de la adopción simple fue derogada en el año dos mil.

1.3.- Paternidad y filiación.

Para comenzar, es menester precisar si la paternidad es sinónimo de filiación, ya que autores como Rafael de Piña, argumentan que la paternidad significa: *“en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, como maternidad significa calidad de madre; pero en el sentido jurídico significa la relación existente entre los padres y los hijos”*³⁹. Continúa diciendo *“En un sentido amplio, bajo la denominación general de paternidad se comprende, no sólo el vínculo especial que une al padre a los hijos, sino también el de maternidad, con el cual están unidos la madre y sus hijos”*⁴⁰ y establece que la filiación en su aplicación al derecho civil *“equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres... una relación de origen, que permite señalar una ascendencia precisa a la persona física”*⁴¹; de lo anterior, el catedrático en cita menciona que varios autores plantean que filiación y paternidad son sinónimos, o tienen cada uno un significado y diverso contenido.

En este sentido, se puede asegurar que se trata de dos palabras que constituyen una relación lógica y necesaria, pues una conlleva a la otra, ya que no puede existir hijo sin padre y el padre supone al hijo, en este contexto son dos términos jurídicos de la misma relación, en virtud de la existencia de un vínculo paterno filial en el que los extremos son los padres y los hijos, lo que conlleva en el marco legal a una igualdad de consecuencias jurídicas.

El Código Civil del Distrito Federal, hoy Ciudad de México, define a la filiación en su artículo 338 como *“la relación que existe entre el padre o la madre y su*

³⁹ DE PINA Rafael, *“Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción, Personas y Familia”*, Editorial Porrúa, 2000, p. 349.

⁴⁰ DE PINA Rafael, *Op. Cit.*, p. 349

⁴¹ *Ibíd.*, p. 350.

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

Al respecto de la filiación el doctor Javier Tapia Ramírez, establece que ésta se puede concebir como: *“la relación jurídica derivada del hecho natural de la procreación que produce consecuencias de derecho entre el o los progenitores y el engendrado o nacido, quien adquiere el estado de hijo, y éste origina el mayor número de relaciones personales y patrimoniales”*⁴²; entendiendo lo anterior como la relación, en sentido restringido, que existe entre los progenitores y los hijos, que nace de la procreación y que tiene consecuencias jurídicas ya que crea un conjunto de derechos y obligaciones entre tales sujetos.

Por su parte el jurista Ángel Acedo Penco, define a la filiación como *“la procedencia de los hijos respecto de los padres”*⁴³, así el autor precisa que cuando la filiación es de sangre, se trata de la relación biológica, que existe entre padre, madre e hijos; a pesar de dicha concepción, el jurista hace mención de la posibilidad legal de adquirir filiación cuando ésta no proviene de un vínculo natural, definición que será de utilidad para acreditar la procedencia de la propuesta esgrimida en el presente trabajo de investigación.

La doctora María de Montserrat Pérez Contreras define a la *filiación* como *“el vínculo jurídico que existe entre dos personas, en la que una desciende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o de actos jurídicos. La filiación es la relación o vínculo biológico entre los integrantes de la familia que es reconocido por el derecho y regulado en la ley”*⁴⁴.

El maestro Raúl Chávez Castillo hace lo propio al definir a la filiación como *“la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo.*

⁴² TAPIA Ramírez Javier, *Op. Cit.*, p. 225.

⁴³ ACEDO Penco Ángel, *Op. Cit.*, p. 193

⁴⁴ PÉREZ Contreras María de Montserrat, *“Derecho de familia y Sucesiones (Colección Cultura Jurídica)”*, 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Nostra Ediciones, 2010, p. 120.

*De donde se deriva un diverso tratamiento según se trate de hijos habidos en matrimonio o de hijos habidos fuera de él.*⁴⁵, definición que actualmente se encuentra en desuso, en virtud de que en el Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, se encuentran derogados los tipos de filiación que existían, a saber, filiación matrimonial y extramatrimonial, por lo que para efectos del presente trabajo, nos limitaremos a utilizar la concepción del jurista en cita por lo que respecta a aquella relación natural existente entre padres e hijos.

El doctor Eduardo Antonio Zannoni, revoluciona el concepto de filiación al señalar que:

*“La filiación está determinada por la paternidad y la maternidad. De allí que la procreación constituya el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial. Aun así esta relación puede constituirse sin atender al hecho biológico, como acaece en la adopción y en la legitimación adoptiva. En tales casos la filiación constituida obedece a imperativos juzgados de interés familiar por la ley, que atañen al orden público. Del mismo modo, las modernas técnicas de fecundación asistida permiten disociar la procreación de la cópula entre los progenitores –mediante la inseminación artificial o la fecundación extracorporal– e, incluso, la posibilidad de disociación entre madre biológica y madre portadora o sustituta, obliga a replantear la determinación de la maternidad por el parto”*⁴⁶

Por su parte, el jurista Felipe de la Mata Pizaña define a la filiación como *“la relación jurídica entre los progenitores y sus descendientes; y en sentido estricto, se refiere a las relaciones jurídicas que Surgen entre el padre, la madre y su hijo”*.

Al respecto el artículo 340 del Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, establece que *“La filiación de los hijos se prueba con el acta de*

⁴⁵ CHÁVEZ Castillo Raúl, *Op. Cit.*, p. 75.

⁴⁶ ZANNONI Eduardo Antonio, *“Manual de Derecho Familiar”*, 5ª Edición, Editorial Astrea, 2001, pp. 283 y 284.

nacimiento”, en tal virtud, sólo en casos especiales en los que se dude de la paternidad o de la maternidad se utilizarán las pruebas antes referidas.

Así, los catedráticos Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro Báez, definen a la filiación como: *“el vínculo que crea el parentesco consanguíneo en línea recta en primer grado, y por lo tanto, constituye la forma más cercana del parentesco”*⁴⁷. De lo anterior, podemos establecer válidamente que los autores en cita manejan un concepto restringido de la filiación al argumentar que sólo se da entre los progenitores y sus hijos, los cuales forman el núcleo social primario de la familia, en la cual se crea un vínculo jurídico que la propia ley le atribuye derechos y obligaciones.

El maestro Raúl Chávez Castillo define a la paternidad como *“el hecho biológico de la procreación en que se derivan la serie de deberes, obligaciones y derechos entre padre e hijo”*⁴⁸, de lo cual podemos concluir que dicho autor establece a dicha figura como una institución jurídica, llevando su concepto más allá de lo meramente biológico, para dotarla personalidad jurídica al señalar que cuenta con un conjunto de derechos y obligaciones.

Así, dichos autores establecen de manera clara, la diferencia entre la paternidad –entendiéndola también como maternidad– y la filiación, que es un vínculo existente entre el padre o la madre y los hijos, desde el punto de vista de los hijos; y la paternidad, como el vínculo entre los padres y los hijos, desde el punto de vista de los progenitores. De lo anterior podemos deducir que la paternidad y la filiación son el vínculo existente entre los progenitores y sus descendientes desde el punto de vista de unos y otros, reconociendo como forma de prueba de la filiación en primer término el acta de nacimiento, la posesión de estado de hijo, y todos los medios probatorios que la ley reconoce, así como los avances científicos al respecto.

⁴⁷ BAQUEIRO Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, *Op. Cit.*, p. 223.

⁴⁸ CHÁVEZ Castillo Raúl, *Op. Cit.*, p. 75

Siendo menester precisar que de la filiación nacen varias figuras jurídicas relacionadas con los lazos que se crean entre padres e hijos, muchas de ellas tienen su origen en el derecho romano, las cuales han evolucionado a lo largo del tiempo, pero siempre conservando la esencia de las mismas, en tal virtud, en los puntos que más adelante se desarrollarán, se realiza un breve recuento de dichas figuras e instituciones que nacen de la filiación, lo anterior, por considerar que es necesario conocer cómo nacieron y la evolución de éstas.

Respecto de la paternidad y maternidad, Rojina Villegas señala que *“La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. En cambio, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino sólo presumirse”*⁴⁹; lo anterior es así, ya que la prueba de maternidad puede ser el parto o alumbramiento y la identidad de la madre con el hijo que dio a luz, lo que se puede hacer con testigos. En cambio, la paternidad queda legitimada si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, por lo tanto, ya no es presunción, sino legitimación, salvo que el supuesto padre no ejercite la acción de contradicción de paternidad.

1.4.-Instituciones y Figuras Jurídicas en relación con la Filiación.

1.4.1.- Patria Potestad.

En el derecho romano, al principio, el *pater familias* ejercía un poder (domus) sobre las personas y las cosas de las casa, posteriormente, ese poder se vio trasladado únicamente a aquel que ejercía sólo sobre la familia (manus), luego, sólo la ejercía sobre la mujer con la que había contraído matrimonio, empero dicho poder sobre todos los que formaban parte de su casa adquirió otras denominaciones como lo son: *“sobre los hijos y nietos, patria potestad; sobre su esposa y nueras, manus; sobre algunas personas libres, mancipium; sobre sus esclavos, dominica potesta; sobre sus*

⁴⁹ ROJINA Villegas Rafael, *“Compendio de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia”*, Editorial Porrúa, 2005, p. 459

*libertos, iura patronatus*⁵⁰. Así se puede resaltar que el poder que ejercía sobre las personas que se encontraban bajo su potestad era absoluto y comprendía el derecho sobre la vida y la muerte, el derecho de vender o ceder a un tercero a su ascendiente o a un hijo sujeto a su patria potestad *filius familias*, para liberarse de las consecuencias que la comisión de un delito que un sujeto de patria potestad hubiere cometido.

Sin embargo, al paso del tiempo y con la llegada del Derecho Justiniano, se limitó el poder del *pater familias* al derecho de corregir a los hijos, siendo menester precisar que las mujeres de esa época “no podían ejercer, ni atraer a su descendencia a la potestad de sus propios padres”⁵¹. De igual forma las fuentes por las cuales se podía ejercer la patria potestad eran las *iustae nuptiae* que era el matrimonio o ceremonia del matrimonio, específicamente se refiere a los hijos nacidos después de ciento ochenta y dos días contados a partir de la celebración del matrimonio, sin embargo el hijo nacido fuera del matrimonio sigue la condición jurídica de la madre y nace *sui iuris*, entendiéndose lo anterior como la no dependencia legal de alguien u obrar por su propio derecho.

También era considerada como fuente de la patria potestad la legitimación, que se refería a los hijos nacidos fuera del matrimonio, la cual se realizaba si se subsanaba tal omisión contrayendo nupcias después del nacimiento del *sui iuris*, o por una respuesta del príncipe al reconocimiento del hijo, lo anterior en caso de que no existieran hijos legítimos y por ablación a la curia “cuando el padre ofrece que su hijo desempeñara las funciones de decurión. El derecho clásico no conoció ningún acto para legitimar, fue la influencia cristiana quien introdujo estas formas de legitimación”⁵².

Asimismo, era considerada como fuente la *Adopción*, en ésta se puede entender que el adoptado salía de la potestad de su *pater familias* y se incorporaba con otro *pater familias* quien era el adoptante, siendo menester precisar que al principio, la adopción era una venta ficticia que se realizaba por tres veces y seguidas por sus

⁵⁰ BIALOSTOSKY de Chazán Sara, “*Panorama del Derecho Romano*”, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 52.

⁵¹ BIALOSTOSKY de Chazán Sara, *Op. Cit.*, p. 53

⁵² Ídem.

correspondientes reivindicaciones, y con la última de estas se lograba que el magistrado adjudicara la patria potestad al adoptante, sin embargo, a la llegada del derecho justiniano, se realizaba con la manifestación del padre natural hecha ante magistrado en presencia del adoptante y el adoptado.

Otra fuente de la patria potestad era lo que se conocía como adrogatio, esta forma se adquiría cuando un *pater familias* se sometía a la potestad de otro *pater familias*, desapareciendo la primera familia e incorporando sus miembros y su patrimonio con el adrogante, siendo menester precisar que no sólo desaparecía la familia sino que también el culto de la misma, por lo tanto era considerada de orden público y debía solicitarse por medio de un *rogatio* (petición a la autoridad). La catedrática Sara Bialostosky abunda respecto de esta figura lo siguiente:

*“Cuando cayeron en desuso las comitias, la adrogación se realizó en presencia de treinta lictores. A partir de Dioclesiano se admite que la adrogatio pueda hacerse también por rescripto del príncipe (per rescriptum principis) [...] No podían ser adrogadas las mujeres ni los impúberes. Antonio Pío permitió la adrogación de impúberes y el Derecho Justiniano la adrogación de las mujeres. La adrogatio a partir de esta época perdió su función original y se realizó para crear un vínculo ficticio de parentela y permitir tener derechos sucesorios”.*⁵³

Otro aspecto de la patria potestad sería lo correspondiente al patrimonio, en el cual según la costumbre romana era que el hijo de familia no podía ser titular de derechos, entendiendo lo anterior como las cosas corporales, los derechos reales, los créditos y los sucesorios del hijo se entendía que eran adquiridos por al *pater familias*, empero las deudas contraídas por los descendientes (*filius familias*) no tenían efectos jurídicos en contra del *pater familias*, situación que provocaba muchas injusticias para los terceros que contrataban con los sujetos a potestad, por lo que más adelante se creó como medio de protección la acción *adiectitiae qualitatis*. Antes de culminar con la forma en que los romanos concebían a la patria potestad, debe precisarse la forma en

⁵³ BIALOSTOSKY Sara, *Op. Cit.*, pp. 54 y 55.

que se extinguía la misma, al respecto la actora en cita refiere: *“La patria potestad no se extingue ni por la mayoría de edad del hijo, ni se extingue por su matrimonio, ni por su ingreso a la milicia, ni siquiera cuando se le nombra para desempeñar las más altas magistraturas civiles. Por ser una institución de tal importancia, tampoco se extingue por el simple acuerdo entre las partes”*⁵⁴, en relatadas condiciones, las formas de extinguirse la patria potestad son: por la muerte del *pater familias* o del hijo, o por caer cualquiera de los dos en *capitis deminution* máxima o media, lo que significa perder alguna capacidad legal que compone la personalidad jurídica romana (*libertatis, civitatis, familiae*).

También se podía extinguir por el nombramiento del hijo a algunas magistraturas religiosas muy relevantes, por matrimonio *cum manu* de la hija, por la emancipación, por adopción, siendo menester precisar que en este caso pasaría a formar parte de otra patria potestad, por disposición judicial, y por último, en el tiempo de Justiniano por exposición o prostitución del hijo. Ahora bien, se analizaron los aspectos más importantes de la institución de la patria potestad en el antiguo derecho romano, sin embargo, es imprescindible analizar lo que en la actualidad es el ejercicio de la patria potestad, lo cual nos conlleva a citar a algunos autores e ir relacionándolos con lo dispuesto en el Código Civil vigente.

El maestro Ernesto Gutiérrez y González, elaboró el siguiente concepto de patria potestad:

*“Es el conjunto de deberes que la ley impone, en primer lugar, al padre y a la madre, respecto de sus descendientes en primer grado, incapaces por cualquier causa para educación y custodia, así como para la guarda de sus bienes patrimoniales pecuniarios. La patria potestad, si fallecen el padre y la madre, pasa a las personas que determina la ley y es irrenunciable, y sólo se puede suspender cuando la ley lo determina y por decisión del juez civil de lo familiar.”*⁵⁵

⁵⁴ Ibidem, p. 55.

⁵⁵ GUTIÉRREZ y González Ernesto, *Op. Cit.*, p. 432.

Entonces, se debe precisar quiénes tienen el deber de ejercer la patria potestad, pues en primer término el padre y la madre conjuntamente y en igualdad de condiciones, sólo si faltare algunos de ellos por muerte, la ejercerá el que sobreviva, empero si fallecieran los dos, o ambos se vuelven incapaces, la patria potestad será ejercida por los ascendientes en segundo grado (abuelos paternos o maternos) claro, en el orden que determine el órgano jurisdiccional correspondiente, y respecto de los adoptados, el adoptante o adoptantes.

CAPÍTULO SEGUNDO

“CONSIDERACIONES DE DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN A LA SUBROGACIÓN GESTACIONAL: TABASCO Y SINALOA”

2.1.- Consideraciones Preliminares.

Antes de analizar lo que las diferentes legislaciones disponen acerca de la Subrogación Gestacional, resulta menester precisar el significado de la palabra *subrogar*, al respecto, el Diccionario de la Real Academia Española señala que es un verbo transitivo consistente en “*sustituir o poner a alguien en lugar de otra persona o cosa*”.⁵⁶

En mérito de lo anterior, puede decirse que existe una subrogación real, cuando se sustituye una cosa por otra y personal, cuando se sustituye una persona por otra. Siendo esta última acepción la que nos interesa para cuestiones de la coloquialmente conocida como “renta de vientre”.

El catedrático Miguel Ángel Zamora y Valencia explica que “*la subrogación personal tiene lugar cuando una persona toma el lugar de otra y en materia jurídica, cuando la persona que sustituye a la otra, adquiere los derechos y toma a su cargo los deberes de la persona a la cual sustituye*”⁵⁷, resultando dicha enunciación la más acorde a las necesidades del presente trabajo, al centrarla al tema en particular podemos concluir que la Subrogación Gestacional es aquél acto en donde una madre sustituta tome el papel de la contratante, quien por diversos motivos no se encuentra en posibilidades de procrear, siendo la contratante la encargada de llevar a término el embarazo para el cual fuere solicitada.

⁵⁶ Diccionario de la Real Academia Española, 23ª Edición, Madrid, 2014.

⁵⁷ ZAMORA y Valencia Miguel Ángel, “*Temas de Derecho Civil en homenaje al Doctor Jorge Mario Magallón Ibarra*”, Editorial UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012, p. 327.

En nuestro país, pese a que dicha práctica es muy utilizada por parejas con problemas de fertilidad o esterilidad, solamente dos estados de la república cuentan con disposiciones legales que regulan lo relacionado a la Subrogación Gestacional, a saber, Tabasco y Sinaloa.

Debemos precisar que, al ser una técnica que implica además de cuestiones médicas, cuestiones ético-jurídicas que los legisladores han dejado de tomar en cuenta, desprendiéndose de ello una laguna jurídica de difícil tratamiento por las personas que se encuentran inmiscuidas dentro de la citada técnica, toda vez que dentro de ésta, al converger diversas técnicas biológicas, las relaciones filiales rompen con el principio antiguo de derecho que señala *mater sempre certa est* (siempre se sabe quién es la madre).

A continuación, se realizará una comparación entre los únicos estados de la República que regulan la Subrogación Gestacional, a efecto de tener una visión ampliada de las similitudes, diferencias y deficiencias de dichas regulaciones en relación al tema en particular, a fin de contar con un panorama más extenso que permita dilucidar qué elementos son necesarios tomar en cuenta para regular adecuadamente la Subrogación Gestacional en la Ciudad de México.

2.2.- Tabasco.

En el estado de Tabasco, la Subrogación Gestacional se regula en el Código Civil, a partir de la Última Reforma, realizada mediante Decreto doscientos sesenta y cinco, de fecha catorce de diciembre de dos mil quince, publicado en el Periódico Oficial del Estado número siete mil seiscientos cincuenta y cuatro, de fecha trece de enero de dos mil dieciséis, mediante el cual se adiciona el Capítulo VI Bis denominado “DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA”; integrado por los artículos: 380 Bis; 380 Bis 1; 380 Bis 2; 380 Bis 3; 380 Bis 4; 380 Bis 5; 380 Bis 6 y 380 Bis 7, asimismo con dicha reforma, se modifica el numeral 347, mismo que corresponde al Título

Octavo "DE LA FILIACIÓN", perteneciente al Libro Primero, codificación que se analizará con detenimiento en líneas que prosiguen.

2.2.1.- Concepto de Reproducción Humana Asistida.

Resulta menester conocer lo que la legislación del estado de Tabasco precisa respecto del concepto de Reproducción Humana Asistida, lo cual se encuentra contenido en el artículo 380 Bis del Código Civil para dicha entidad, el cual dispone que:

“Artículo 380 Bis. Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.”

De lo anterior se desprende que para llevar a cabo cualesquiera de los procedimientos de Reproducción Humana asistida, deben encontrarse previamente autorizados por la legislación en materia de salud atinente, punto medular para la regulación de la Subrogación Gestacional en el estado de Tabasco, toda vez que, al ser un procedimiento que se ha venido realizando sin que su regulación sea total, resultó necesario contemplarlo en la legislación de dicha entidad para darle forma y seguridad jurídica a quienes participen de él, hecho que trascendió en la República Mexicana, al ser el primer estado de ésta en contener dentro de su legislación la práctica en mención.

Por su parte, la Ley de Salud del estado de Tabasco, señala que la prestación de servicios de planificación familiar, la cual contempla la Subrogación

Gestacional como método alternativo, corresponde al Ejecutivo de dicho estado, por conducto de la Secretaría de Salud estatal, considerando dichos servicios como básicos de la salud.

En relación a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la fracción IV del numeral 63, la citada Ley dispone que los servicios de planificación familiar comprenden, entre otros *“el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biológica de la reproducción humana”*⁵⁸, hecho del cual se desprende que la multicitada entidad federativa da cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 4º Constitucional, mismo que dispone que *“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”*.⁵⁹

De lo anterior, podemos colegir que los problemas de infertilidad, son contemplados como de orden público e interés social en dicha entidad federativa, motivo por el cual, resulta menester para el ejecutivo de dicho estado brindar apoyo para erradicar el citado problema en las familias tabasqueñas, ofreciendo alternativas para que las parejas con problemas reproductivos, puedan tener acceso a atención médica gratuita, a fin de lograr su sano desarrollo y estar en posibilidades de lograr un embarazo exitoso gracias a los avances científicos y legales.

2.2.2.- Contrato de Subrogación Gestacional.

Previo a abordar el tema en cuestión, resulta necesario precisar el significado y definición de la palabra *contrato*, la definición aportada por el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española es: *“pacto o convenio, oral o*

⁵⁸ Ley de Salud del estado de Tabasco

⁵⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas”.⁶⁰

Por su parte, el jurista Miguel Ángel Zamora y Valencia distingue el contrato del convenio al mencionar que el primero de los aludidos es el *“acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones [...] de contenido patrimonial”*⁶¹, continúa mencionando que éste necesariamente implica un acuerdo de voluntades, consistente en la manifestación exteriorizada de dos voluntades por lo menos, en los términos en que lo disponga una norma vigente, mientras que el convenio en sentido amplio es *“el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”*⁶².

Ahora bien, la codificación tabasqueña regula la Subrogación Gestacional por medio de un contrato en virtud del cual, se legaliza y da forma jurídica a la coloquialmente llamada *“renta de vientre”*, misma que se encuentra contenida en el artículo 380 Bis 1 de la ley sustantiva de la materia, la cual señala que:

*“Artículo 380 Bis 1. La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.”*⁶³

De lo anterior se desprende que la subrogación gestacional sólo se encuentra permitida y se llevará a cabo siempre y cuando exista imposibilidad física o contraindicación médica para la madre contratante, ambas declaradas por un médico especialista, lo cual constituye un requisito de existencia plasmado en la legislación

⁶⁰ Diccionario de la Real Academia Española, 23ª Edición, Madrid, 2014.

⁶¹ ZAMORA y Valencia Miguel Ángel, *“Contratos Civiles”*, 13ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 5.

⁶² Ídem

⁶³ Código Civil para el estado de Tabasco.

estatal para la permisión de llevar a cabo dicha práctica sin consecuencias legales para las partes que participen de ella.

a) Modalidades.

El Contrato de Subrogación Gestacional se encuentra regulado en el Código Civil del estado de Tabasco, con dos de modalidades específicas, atendiendo a la forma en la cual es procreado el embrión que deberá gestar la madre portadora, lo anterior encuentra sustento legal en el artículo 380 Bis 2 del Código Civil para la entidad federativa en cuestión, mismo que dispone que la gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

I) Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena.

II) Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

Resultando por ello, necesario distinguir dichas particularidades, atendiendo a la naturaleza biológica de la participación tanto de los padres contratantes, como de la madre portadora, toda vez que en la primera de las mencionadas, la portadora presta su material genético, mientras que en la segunda modalidad, el embrión implantado es fecundado con gametos del o los contratantes, sin que la portadora tenga relación genética con el producto que se contrató a gestar.

Dichas singularidades determinaran la forma en la cual será entregado el neo nato nacido como resultado de la participación en la técnica de Reproducción Humana Asistida materia de estudio, ya sea mediante un procedimiento de adopción

plena, a efecto de dar seguridad jurídica a los contratantes, tomando en consideración que éste fue engendrado con material genético de los contratantes y, por tanto, ajeno a la portadora, por lo que, al no otorgarle estado de hijo, ni compartir genes, se rompe con la figura de filiación hasta hoy conocida y por ende, contemplada en las legislaciones mexicanas.

b) Requisitos.

Tomando en consideración las implicaciones legales que la Subrogación Gestacional conlleva para las partes que de ella participan, el legislador tabasqueño estableció diversos requisitos que deben ser cumplidos para que esta práctica sea permitida y legalmente llevada a cabo, mismas que se encuentran divididas de acuerdo a la intervención de las partes, las cuales están contenidas en el artículo 380 Bis 3 de la ley sustantiva de la materia.

En cuanto a las condiciones de la madre gestante, el Código Civil señala que la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado determinará el perfil clínico, psicológico y social de ésta, de forma previa a su contratación, a efecto de comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

Relacionado a las prohibiciones de la gestante señala que ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada, resultando innegables las afectaciones que podría generar alguna de las condiciones mencionadas con antelación para la salud del producto que engendraría.

Asimismo, la ley dispone que solamente pueden ser contratadas como gestantes las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud tanto biológica, como psicológica, y que hayan dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo

adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento.

Así, la madre subrogante, para poder celebrar contrato de gestación, deberá acreditar, mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento; acreditado lo anterior, no existiría impedimento legal para que la posible portadora pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

Asimismo, es un requisito indispensable para llevar a cabo la Subrogación Gestacional, que la voluntad que manifiesten las partes para la realización del contrato de gestación conste de manera indubitable y expresa, haciendo énfasis en que los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal; no obstante, queda abierta la posibilidad de que las partes sean asesoradas por sus abogados, si así lo requieren, ello, en aras únicamente de evitar que las partes aleguen desconocimiento de los términos o conceptos legales para promover una posible nulidad.

En relación con el contrato de gestación resulta indispensable que en este obre la firma autógrafa de la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete, de ser necesario, debiendo quedar en él asentados el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. Dicho instrumento deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

Respecto de los requisitos que deberán cumplir las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida, así como el personal médico especializado en esta

materia, el Código Civil para el estado de Tabasco dispone que deberán estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado para la prestación de esos servicios; siendo indispensable que las clínicas cuenten con la licencia sanitaria correspondiente, con ello se evita que clínicas o profesionistas no autorizados realicen la práctica materia de estudio, sin la debida regulación y sin apego a leyes preexistentes que regulen su actuar.

De igual forma, dispone que los establecimientos que realicen este procedimiento y el control prenatal, deberán enviar un informe mensual a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, con copia del expediente clínico, respecto de las instituciones que brinden atención obstétrica, resultado del procedimiento de reproducción asistida, éstas deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada, insistiendo en el hecho de que dicho requisito resulta necesario a efecto de evitar que la Subrogación Gestacional se practique indiscriminadamente o bien, que el turismo reproductivo aumente.

Ahora bien, la codificación de mérito dispone que los notarios públicos que participen en la celebración de contratos para estos procedimientos, deberán informarlo en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes, lo anterior a efecto de darle validez al mismo, sin que exista lugar a la celebración de un contrato privado.

En relación a los requisitos que debe contener el Contrato de Gestación, el artículo 380 Bis 5 del Código Civil para la entidad en comento, los enuncia de la siguiente manera:

“380 Bis 5. El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

- I. *Ser ciudadanos mexicanos;*
- II. *Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;*
- III. *La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;*
- IV. *La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento;*
- V. *La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.”*

Una vez que, a criterio del Notario Público, se cumplan los requisitos mencionados, el Contrato de Gestación deberá ser aprobado por el Juez competente y, para el caso de que la portadora comparta material genético con el bebé engendrado, el Contrato que contenga la voluntad de las partes sea perfeccionado a través de un procedimiento judicial no contencioso (adopción), en mérito del cual se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

c) Causas de Nulidad.

Tomando en consideración la naturaleza del Contrato de Gestación, el Código Civil para el estado de Tabasco contempla las causales de nulidad del mismo, las cuales enuncian los supuestos en los que puede operar la nulidad, ello sin importar la etapa en la cual se encuentre el procedimiento de Subrogación Gestacional, al efecto el artículo 380 Bis 4 de la ley adjetiva de la materia dispone:

“Artículo 380 Bis 4. El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;*
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;*
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana;*
- IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y*
- V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.”*

En relación a la existencia de vicios del consentimiento, contenida en la primera fracción del citado artículo, tenemos que el Contrato de Gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso se dejarán a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales, en su caso.

Ahora bien, la codificación en comento dispone que en caso de que se actualice alguno de los supuestos enunciados y con ello proceda la nulidad del Contrato de Gestación, esto no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia, ello en atención a la delicadeza intrínseca del procedimiento de Subrogación y a que en él convergen derechos del menor gestado y de la madre portadora.

En conclusión, a pesar de que en el estado de Tabasco se encuentran contempladas causas de nulidad del Contrato de Gestación, esto no quiere decir que las obligaciones adquiridas o posibles responsabilidades fincadas, sigan la suerte del acuerdo de voluntades, lo anterior en virtud de que la ley tabasqueña, dada la naturaleza de la Subrogación Gestacional, trata de velar por la legalidad del

procedimiento, la integridad de las partes de que en él participan, así como el interés superior del menor, cuyo alumbramiento constituye la materia del multicitado contrato.

d) Responsabilidades.

Toda vez que la Subrogación Gestacional se regula por medio de la celebración de un contrato, es de explorado derecho que de acuerdo a la teoría de las obligaciones, al momento de realizar un acuerdo de voluntades, este genera por su propia existencia derechos y obligaciones inherentes al mismo, así tenemos que la celebración del Contrato de Gestación, puede acarrear responsabilidades para las partes participantes del mismo, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 380 Bis 7 del Código Civil para el estado de Tabasco, mismo que señala los casos concretos para la aplicación de la responsabilidad.

De celebrarse el Contrato existiendo error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes, la legislación deja a salvo los derechos de la mujer gestante para demandar civilmente los daños o perjuicios ocasionados, así como para presentar denuncias penales de actualizarse algún supuesto normativo que así lo amerite.

De igual forma, para el caso de que el feto desarrolle, durante el procedimiento de Subrogación Gestacional, patologías genéticas o que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal, la madre gestante se encuentra facultada para demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos.

Asimismo, el código adjetivo de la materia dispone que se harán acreedores a las responsabilidades civiles, aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen.

Por último, y tomando en consideración que la celebración del Contrato de Gestación debe ser ante fedatario público, la ley tabasqueña dispone que los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.

De lo anterior, podemos colegir que el legislador busca evitar lagunas legales en relación a la práctica de la Subrogación Gestacional, tomando en consideración la naturaleza del contrato, así como derechos y obligaciones que de él se desprenden, sentando las bases para la práctica responsable de dicho método de reproducción humana asistida y en caso de no llevarse conforme a derecho, las consecuencias que derivarían de la mala praxis de ésta.

2.2.3.- Filiación del menor nacido producto del Contrato de Subrogación Gestacional.

Como es de explorado derecho, y tal como se hizo mención en el capítulo anterior, la filiación se establece, respecto de la madre, por el nacimiento, y respecto del padre, por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, sin embargo, en el estado de Tabasco, existe una excepción a esta presunción, relacionada con la Subrogación Gestacional, misma que se encuentra contenida en el artículo 347 del Código Civil para dicha entidad, el cual dispone que:

“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.”

Al respecto resulta necesario hacer énfasis en el hecho de que el legislador hace una clara distinción de la filiación producto del proceso de la Subrogación Gestacional, en aras de evitar futuros problemas legales relacionados con dicha figura jurídica en lo relativo a la participación de las mujeres en dicho procedimiento, por una parte la madre contratante, quien puede donar o no el óvulo, y la madre portadora, quien puede ser inseminada con un embrión con material genético ajeno a ésta, o bien, donar su óvulo para llevar a cabo el procedimiento de mérito.

Dicha distinción resulta de vital importancia para las parejas que deciden llevar a cabo la Subrogación Gestacional como método de procreación, ello en virtud de que se evita caer en contradicciones legales al regular lo relacionado a la filiación del bebé nacido como producto de ésta forma de Reproducción Humana Asistida, desde el momento de la contratación del citado procedimiento, en donde debe estar clara la voluntad de los contratantes, situación que se estudiará a fondo en temas posteriores.

Ahora bien, en virtud que el párrafo quinto del numeral en 380 Bis 3 deja abierta la posibilidad del cónyuge de la portadora para reclamar la paternidad del bebé que la misma haya gestado, resulta menester realizar una crítica al respecto, ello, en virtud de que la citada hipótesis normativa trasgrede el fondo de la Subrogación Gestacional, habida cuenta que en virtud de lo convenido por las partes participantes, la portadora únicamente se contrata para llevar a cabo la gestación de un bebé que será entregado a sus padres intencionales, asimismo el cónyuge de la misma solamente otorga su consentimiento para que la portadora participe en el método materia de estudio, pudiendo donar su material genético para la fecundación; sin embargo, ello no significa que éstos sean considerados padres del bebé, insistiendo en el hecho que, desde el momento de otorgar su consentimiento, se obligan a renunciar a los derechos de filiación sobre el menor, en mérito de lo anterior, se considera que se debe hacer una distinción de las formas en las cuales pueda resultar procedente un reconocimiento de paternidad por parte del cónyuge de la portadora, atendiendo siempre al interés superior del menor, toda vez que en caso de que el menor se

encuentre integrado a un núcleo familiar, resulta atentatorio a sus derechos el extraerlo de su familia por la muerte de los padres contratantes; por lo que, la hipótesis normativa en mención resultaría aplicable en caso de que el menor aún no se encuentre integrado a la familia de los contratantes.

a) Atestado de Nacimiento.

Toda vez que uno de los problemas más importantes al momento de celebrar un Contrato de Subrogación Gestacional estriba en el hecho de exteriorizar el acto ante terceros y continuar con los trámites necesarios para registrar al recién nacido como hijo de los contratantes en el Juzgado u Oficialía del Registro Civil correspondiente, toda vez que en caso de que dicha forma de Reproducción Humana Asistida no se encontrara regulada, los padres contratantes no estarían en posibilidades de llevar a cabo el registro, tomando en consideración que el Certificado de Nacimiento no sería expedido a nombre de la madre contratante, ello en virtud de que a dicho documento oficial le reviste el carácter de individual e intransferible, mismo que certifica el nacimiento de un producto vivo al momento de su ocurrencia, el cual es solicitado en original y de manera obligatoria por parte de la dependencia de mérito para estar en posibilidades de obtener el acta de nacimiento del menor.

En relación al problema que se podría suscitar al momento de registrar a un recién nacido, cuyo alumbramiento haya sido producto de las diversas técnicas de Reproducción Humana Asistida, en el caso concreto, de la Subrogación Gestacional, el artículo 380 Bis 6 del Código Civil para el estado de Tabasco dispone que:

“El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica

de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato.”

Para darle formalidad a la Subrogación Gestacional, el legislador dispuso en el citado numeral que el asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, misma que, se insiste, daría seguridad jurídica a quienes participan de dicho procedimiento, al no dejar al arbitrio de la madre portadora o gestante, la entrega del menor nacido por medio de la mencionada Técnica de Reproducción Humana Asistida y con ello evitar los posibles problemas legales que conllevaría no formalizar el acto, obligando así a las partes contratantes a respetar y cumplir con el acuerdo previamente celebrado, sin dejar lugar a posibles controversias entre éstas.

Para finalizar dicho apartado, el legislador, en aras de salvaguardar el interés superior del menor nacido como producto de la Subrogación Gestacional dispone que: *“En el acta de nacimiento levantada no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna”*, lo anterior a efecto de evitar distinciones innecesarias realizadas a dichos menores, dejando a los contratantes la facultad de hacer o no de su conocimiento la manera en la cual fueron procreados.

2.2.4.- Reconocimiento del menor nacido como producto del Contrato de Subrogación Gestacional.

La ley obliga tanto a la madre como el padre, aunque no estuvieren casados entre sí, a reconocer al recién nacido, de no hacerlo voluntariamente no se asentará en el acta correspondiente el nombre de los mismos, asimismo establece que cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará en el atestado del registro civil correspondiente únicamente el nombre del que lo presente.

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la Subrogación Gestacional, el artículo 92 de la ley sustantiva para el estado de Tabasco dispone 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”, otorgando valor al establecimiento de estado de hijo, asimismo, dicho numeral distingue los casos en los que participe una madre subrogada, en cuyo caso se ordena estarse a lo dispuesto en el Código Civil para la adopción plena.

El numeral de mérito distingue las formas en que puede llevarse a cabo la Subrogación Gestacional, a saber, cuando la madre contratante proporciona el material genético, o bien, cuando la madre gestante o sustituta proporciona dicho material para estar en posibilidades de llevar a cabo el embarazo, sirviendo esta distinción para efectos de determinar la filiación del producto de dicha técnica, dicha disposición señala en su párrafo cuarto que:

“[...] 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 [...]”

Así, en el estado de Tabasco, se encuentra clara y debidamente regulada la Subrogación Gestacional, distinguiendo en primer término las formas en las cuales se puede llevar a cabo dicha práctica, a saber, distingue entre la mujer que únicamente lleva a cabo la gestación de la mujer que, además de llevar a término el embarazo, otorga su material genético para la concepción, caso el último en donde el legislador tabasqueño da fuerza jurídica a la figura materia de estudio, por medio de un proceso de adopción plena, necesaria para concluir con los trámites de dicha forma de reproducción humana asistida, obligando así a éstos a cumplir con el acuerdo de voluntades signado con antelación a la práctica de la Subrogación Gestacional, no dejando lugar a lagunas jurídicas o a la voluntad de las partes para concluir con la

entrega del menor nacido como producto de la Subrogación, determinaciones las cuales, se encuentran velando por la seguridad jurídica de todas y cada una de las partes que participan de la figura materia de estudio.

En mérito de lo anterior podemos concluir que en el estado de Tabasco el reconocimiento del menor engendrado en virtud de un procedimiento de Subrogación Gestacional puede darse de dos maneras, atendiendo a la participación de la gestante en la concepción, por lo que en caso de que ésta no comparta material genético con el producto que se encuentra gestando, el bebé será reconocido por los contratantes únicamente otorgándole el estado de hijo, mientras que para el caso de que la portadora comparta material genético, el reconocimiento se perfeccionará por medio de un proceso de adopción posterior a la entrega del menor, en donde la portadora renuncie de forma indubitable a los derechos de filiación que le pueden corresponder respecto del menor que haya engendrado.

Ahora bien, toda vez que la presente práctica no es un hecho que se encuentre regulado solamente en el estado de Tabasco, proseguiremos con el estudio de la segunda y última entidad federativa que dentro de su legislación se encuentra regulando la Subrogación Gestacional.

2.3.- Regulación de la Subrogación Gestacional en Sinaloa.

En esta entidad federativa se regula lo tocante a la Subrogación Gestacional a partir del seis de marzo de dos mil trece, fecha en la cual entró en vigor el Código Familiar del estado, que derogó gran parte de disposiciones inherentes a la familia, contenidas en el viejo Código Civil de esta entidad federativa, que data del año mil novecientos cuarenta, siendo menester resaltar el hecho de que dicha actualización va más acorde con la realidad social que se vive en la actualidad.

Así, tenemos que el Código Familiar, se actualiza acorde a las situaciones que de facto se vienen realizando en la entidad, lo cual no constituye una obligación para todos los habitantes del estado, por el contrario, regula y otorga seguridad jurídica a las personas que decidan participar de la Subrogación Gestacional o cualquier otro método de reproducción humana asistida, permitiendo que éstos ejerzan libremente sus derechos reproductivos.

La mencionada codificación, en su artículo 282 define a la reproducción humana asistida como aquellas prácticas clínicas y biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos, de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos, y embriones, que permita la procreación fuera del proceso natural, de la pareja infértil o estéril.

Por su parte, el artículo 283 del citado ordenamiento señala que:

“La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.”⁶⁴

Dicho numeral es claro al precisar que solamente pueden ser madres subrogadas gestantes, las mujeres de entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tengan al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que hayan dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre, ello en virtud de que, según criterios médicos, dicha edad es la adecuada para que una mujer pueda ser

⁶⁴ Código Familiar del estado de Sinaloa

madre, toda vez que existen menos riesgos de complicaciones en el embarazo o parto, o problemas de salud para ésta y el feto, lo cual fue recogido por el legislador sinaloense al momento de regular lo atinente a la Subrogación Gestacional, toda vez que para ello resultare evidente la necesidad de consultar a especialistas en la materia, mismos que con sus opiniones guiarían al legislador a regular la subrogación gestacional con el menos número de implicaciones para las partes contratantes.

2.3.1.- Modalidades.

A diferencia de lo regulado en el estado de Tabasco, en Sinaloa existen cuatro formas permitidas para llevar a cabo la subrogación gestacional, mismas que se encuentran contenidas en el artículo 284 del Código Familiar para la entidad, el cual contempla las siguientes modalidades:

“I. Subrogación total. Implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante.” También conocida como gestación por sustitución tradicional.

“II. Subrogación parcial. Es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante.” También conocida como gestación por sustitución gestacional.

De la letra de la citada fracción podemos inferir que el Código Familiar admite que la parte contratante sea también una persona sola, dado que habla de *“pareja o parte contratante”*.

“III. Subrogación onerosa. Es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.”

“IV. Subrogación altruista. Es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.”

Así, podemos concluir en que el estado de Sinaloa es más acorde a la realidad social, al contemplar dentro de su codificación familiar dos modalidades que no se encuentran regulados en el estado de Tabasco, tomando como base la contraprestación económica que puede existir a favor de la madre portadora, ello tomando en consideración que hoy en día es prácticamente imposible acreditar que todos los casos de Subrogación Gestacional que son practicados lo sean de manera altruista, en virtud de las implicaciones para la gestante o portadora, por ello, el hecho de que exista regulación atendiendo a la realidad social que se vive en el estado, constituye un papel fundamental para la defensa de los derechos de las partes que participan en la Subrogación Gestacional.

En general, la idea de considerar la Subrogación Gestacional como la prestación de un servicio puede contribuir a facilitar la asimilación de este contrato, tal como lo realizó el legislador Sinaloense, toda vez que dentro de este contrato no se encuentra comercializando con órganos o tejidos, tal como lo prohíbe la Ley General de Salud, ni se comercializa con el producto de dicha técnica de reproducción humana asistida, por el contrario, el objeto del citado contrato consiste en la prestación de un servicio, y no la compra de un bebé, criterio que constituye un pilar fundamental para regular la forma de Reproducción Humana Asistida, materia del presente trabajo de investigación.

En mérito de lo antedicho, se puede concluir que el legislador sinaloense partió de la premisa de que el objeto de la subrogación gestacional lo es la prestación de un servicio por parte de la madre portadora, para regular así en la codificación familiar la figura de la Subrogación Onerosa, lo cual coloca a la madre portadora en aptitud de recibir una contraprestación económica por llevar a término el embarazo para el cual fuere contratada, lo cual, de ninguna manera constituye alguna forma de comercio ilegal, toda vez que la cantidad que se le retribuye a la madre portadora, lo es

a título de retribución por el servicio prestado, el cual consiste en llevar a término un embarazo.

2.3.2.- Prohibiciones.

Tomando en consideración que resulta por demás necesario velar por el correcto y sano desarrollo del bebé que nacerá por medio del procedimiento de Subrogación Gestacional, el legislador sinaloense reguló dentro del código familiar de dicha entidad, una serie de prohibiciones para las personas que participarán del mencionado método de reproducción humana asistida, a saber, el artículo 285 de dicho ordenamiento dispone que *“ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser madre subrogada gestante”*, asimismo establece que a ésta se le realice una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante, para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo.

De igual forma, el Código Familiar dispone que no puede ser contratada como madre subrogada gestante, aquella que haya estado embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula, o bien, aquella que hubiere participado más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento.

Por su parte, el artículo 286 del código en comento dispone que *“las personas casadas no podrán donar esperma u óvulo artificialmente a madre portadora, ni a reclamar la progenitura, a no ser que obtuvieren el consentimiento de su cónyuge”*. A pesar de esto, dicho numeral contempla una excepción que de actualizarse, coloca a los donantes en aptitud de recibir la custodia del producto nacido de la subrogación gestacional, mismo que es del tenor literal siguiente: *“En el caso de que demandaren la paternidad o maternidad, no podrán recibir la custodia del producto de la inseminación, salvo por la incapacidad o muerte de la madre y siempre con la anuencia del cónyuge”* lo anterior es de notoria trascendencia, toda vez que de acuerdo a las normas del

Derecho Familiar existentes, en caso de pérdida o incapacidad de ambos progenitores, quien tomará la obligación de hacerse cargo del menor, en caso de que éste se encuentre integrado a la familia, lo son los parientes más cercanos en línea recta y a falta o imposibilidad de éstos, se harán cargo los parientes colaterales hasta el cuarto grado, es decir, atendiendo a la naturaleza de la figura materia de estudio, en caso de muerte o incapacidad de los contratantes, la custodia del bebé gestado por subrogación deberá ser entregada a la familia de los padres intencionales; empero, el artículo en cita deja abierta la posibilidad de que la portadora y su cónyuge reciban la custodia del bebé engendrado, previo el consentimiento del padre intencional, siendo aplicable dicha hipótesis únicamente para el caso de que el menor no cuente con estado de hijo, toda vez que de actualizarse dicho supuesto, se estaría atentando contra el interés superior del menor, al extraerlo de una familia para integrarlo a otra, sea cual fuere el material genético del mismo; por lo anterior, la excepción que se precisa, es por demás importante dentro de la Subrogación Gestacional toda vez que en virtud de ésta, las normas preexistentes dejan de tener validez en caso de actualizarse el supuesto previsto.

Asimismo, el artículo en mención, trasgrede lo dispuesto por el numeral 293 del cuerpo normativo en estudio, tomando en consideración que éste dispone que la filiación se da desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados.

En tal virtud, el artículo 286 del Código Familiar del estado de Sinaloa, al igual que lo que acontece en el estado de Tabasco, rompen con el esquema del contrato de subrogación gestacional, al dejar abierta la posibilidad de que la portadora y su cónyuge, en su calidad de padre biológico, reclamen al bebé nacido producto de la Subrogación Gestacional, en caso de muerte o incapacidad de los padres intencionales, siendo menester recalcar el hecho de que nos encontraríamos ante una figura que podríamos llamar "*concurso de progenitores*" para lo cual el juzgador estaría obligado a resolver, en primer término, atendiendo a la voluntad de las partes, en donde la portadora y su cónyuge únicamente participarían como medio para que los

contratantes estuvieran en posibilidades de tener un hijo, en segundo término se deberá atender al estado de hijo, en caso de que el menor se encuentre incorporado a la familia de los padres contratantes.

A modo de conclusión es menester precisar que las críticas realizadas a los numerales transcritos con antelación obedecen a la necesidad que tiene el legislador de la Ciudad de México, a efecto de evitar posibles contradicciones al regular la Subrogación Gestacional en el Código Civil vigente, lo anterior, partiendo de un estudio analítico de las legislaciones que en la actualidad contemplan y regulan dicho método de reproducción humana asistida.

En mérito de lo anterior, las prohibiciones que se han estudiado dentro del presente punto, nacen de la preocupación del legislador por evitar complicaciones naturales que derivarían de actualizarse los supuestos normativos mencionados en el Código Familiar para el estado de Sinaloa, lo que eventualmente acarrearía problemas de salud o desarrollo del bebé nacido como producto de la Subrogación Gestacional, hecho con el cual se vela por los intereses de las partes contratantes y protege su esfera jurídica.

De igual forma, se impide la generación de controversias derivadas de la práctica indiscriminada de la Subrogación Gestacional, así como la comercialización de la multicitada práctica por parte de las madres subrogadas, desprendiéndose con meridiana claridad que deben de existir normas que regulen la Subrogación Gestacional, atendiendo a su naturaleza y a todas las implicaciones que en ésta convergen, siendo una de las más importantes, el impedir la realización de la citada práctica con fines meramente lucrativos, asimismo se acredita la necesidad de establecer normas que regulen con claridad la situación del menor nacido de dicho procedimiento en relación a la filiación, los derechos y obligaciones de las partes que participen, en virtud de que, derivado de la delicadeza del procedimiento, no pueden quedar al arbitrio de las partes la correcta realización y el actuar apegado a derecho de la Subrogación Gestacional como método de reproducción humana asistida, mismo

que ha cobrado relevante importancia debido a la práctica cada día más recurrente de la misma.

2.3.3.- Contrato de Maternidad Subrogada.

Siguiendo la postura adoptada en el presente trabajo de investigación, en el estado de Sinaloa la maternidad subrogada se regula por medio de la celebración de un acuerdo de voluntades, mismo que se encuentra contemplado en el artículo 287 del Código Civil para dicha entidad, mismo que dispone que el mismo debe de ser signado por todas y cada una de las partes que participen de él, lo cual es del tenor literal siguiente: *“el instrumento de maternidad subrogada lo firmarán la madre y padre subrogados, la madre subrogada gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el Notario Público, el director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado”*.

A) Requisitos.

En relación a los requisitos exigidos por la ley para la validez del Contrato de Maternidad Subrogada, el artículo 290 del Código Civil de Sinaloa dispone que el Instrumento para la maternidad subrogada podrá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

“I. Ser Ciudadano Mexicano;

II. Poseer capacidad de goce y ejercicio;

III. La madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;

IV. La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación de la mórula, y acepte su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto a la persona menor y los padres subrogados con el nacimiento; y,

V. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establece este Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes”.

El Código Familiar del estado de Sinaloa señala que la voluntad que manifiesten las partes para la realización del Contrato de Subrogación Gestacional debe ser indubitable y expresa, en virtud de que todos los derechos y obligaciones que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma, ello atendiendo a la naturaleza del procedimiento al cual se obligan las partes.

Por su parte, el artículo 291 señala como obligación del médico tratante, que éste realice los exámenes médicos previos a la implantación, los cuales resulten necesarios para corroborar el estado de salud, tanto física como mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional, lo anterior cobra especial relevancia en virtud de que hace mención no solamente de salud física, sino de salud mental, necesaria para la mujer que prestará su vientre, lo anterior es así toda vez que se trata de un proceso que puede resultar traumático para la mujer que decide gestar, tomando en consideración que de no tener la salud mental indicada, podría poner en riesgo la culminación de la actividad para la cual fue contratada, a saber, la entrega final a los padres contratantes del bebé nacido por medio de la Subrogación Gestacional.

Ahora bien, el artículo 292 del ordenamiento en mención, establece como requisito que tanto la mujer gestante, el padre y la madre subrogatorios, se realicen los estudios que establezca la Secretaría de Salud y que garanticen la salud de los implicados, ello resulta por demás irrefutable, tomando en consideración que la salud del neo nato no puede quedar al arbitrio de ninguna de las partes, ni se puede exponer la vida de la madre portadora o el bebé que la misma gestará; en mérito de lo

precisado con antelación, el presente requisito es por demás ineludible y necesario para dar inicio al procedimiento de Subrogación Gestacional, toda vez que resulta primordial conocer el estado de salud de todos los implicados para evitar que durante el mismo se presente complicaciones que pudieron haberse prevenido.

Así, y conforme a lo estatuido por el artículo 293 del ordenamiento legal en cita, el cual dispone que una vez que sea suscrito el Contrato de Maternidad Subrogada, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al Oficial del Registro Civil, para que el bebé nacido mediante la práctica de la Subrogación Gestacional, sea contemplado como hijo de los contratantes desde el momento de la fecundación de la madre portadora.

En relación al registro del bebé nacido producto de la Subrogación Gestacional, el artículo 294 de la legislación en cita dispone que el certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor de edad, el cual contendrá la constancia de que la maternidad fue asistida a través de la maternidad subrogada.

De lo anterior se concluye que en el estado de Sinaloa, a pesar de encontrarse regulada la Subrogación Gestacional, resultan necesarias adhesiones y modificaciones al código familiar a efecto de evitar lagunas jurídicas que puedan entorpecer la correcta y satisfactoria realización de la multicitada práctica.

b) Nulidad e Invalidez.

Tomando en consideración que la Maternidad Subrogada se regula por medio de la existencia de un contrato, el mismo conserva su naturaleza jurídica, por tanto, el Código Familiar para el estado de Sinaloa señala las causales que, de actualizarse, darían origen a la *nulidad* de dicho instrumento, las cuales están contenidas en el artículo 288 de la codificación en cita, el cual dispone que es nulo el Instrumento para la maternidad subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

*“I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas
II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;
III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el
interés superior del niño y la dignidad humana; y,
IV. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden
social y el interés público.”*

Cabe resaltar el hecho de que, de tildarse de nulo el Contrato de Maternidad Subrogada, dicha situación no exime a las partes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia, tal como se desprende del artículo en cita, resaltando el hecho de que, como se mencionó en líneas que anteceden, al ser un contrato el instrumento que contiene la voluntad de las partes de llevar a cabo la Subrogación Gestacional, el mismo debe, por tanto, de conservar todas las particularidades y generalidades de los contratos.

Asimismo, la legislación en cita recoge, en su artículo 295, el supuesto que conlleva a la invalidez del contrato, al señalar que:

“El instrumento para la maternidad subrogada carece de validez, cuando haya existido error o dolo, respecto a la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados e interponer denuncias penales, en su caso.”

En mérito de lo plasmado en el presente capítulo, podemos concluir que al realizar una comparación entre las dos entidades federativas que cuentan con regulación de la Subrogación Gestacional dentro de su legislación vigente, tenemos que el estado de Sinaloa cuenta con una regulación más acorde a la realidad social, al incluir en su Código Familiar la figura de la Subrogación Onerosa, la cual no es contemplada en el estado de Tabasco, supuesto que resulta de total importancia regular, tomando en consideración que el hecho de que en el estado de Tabasco no se encuentre regulado no quiere decir que su práctica no se lleva a cabo por las partes

que participan en el procedimiento de Subrogación Gestacional, desprendiéndose la clara existencia de lagunas jurídicas propiciadas por el mismo legislador en su afán de que la práctica de reproducción humana materia de estudio, no recaiga en una posible comercialización indiscriminada de la misma.

Así pues, el supuesto de la entrega de una retribución económica como “pago” para la madre portadora, no se considera como un hecho obligatorio para todas las personas que decidan participar en este método de reproducción humana asistida, sin embargo protege los derechos de quienes opten por elegir dicha modalidad, lo cual es una de las finalidades del derecho, proteger a las minorías, que en el caso en particular, dejarían de actuar de forma contraria a derecho y, en el caso de que se suscite una controversia entre las partes, el juzgador cuente con armas suficientes para llegar a la solución del conflicto que sea más adecuada para las partes, evitando así la resolución de conflictos con base en interpretaciones individuales con base en la moral y punto de vista particular del juzgador ante quien se someta la controversia.

Pese a que el estado de Sinaloa cuenta con una regulación más acorde a la realidad social, es de resaltarse el hecho de que ninguna de las dos entidades que recogen en su cuerpo normativo la regulación de la Subrogación Gestacional, lo hacen de manera precisa, tomando en consideración, que por su parte, el estado de Tabasco no es acorde a la situación actual, y el estado de Sinaloa propicia una laguna jurídica de importancia considerable en el supuesto de la muerte de la madre subrogada, toda vez que pone al padre biológico en aptitud de reclamar al menor nacido de dicho método.

Resultando, entonces de total importancia que el legislador de la Ciudad de México, evite la existencia de lagunas jurídicas al regular aquellos hechos que en las codificaciones estudiadas no se encuentran contemplados de manera clara y así, proteger la esfera jurídica de las personas que decidan formar una familia por medio de la contratación de una madre subrogada, y con ello, evitar actos discriminatorios de aquél grupo reducido de población que no puede procrear de manera biológica,

otorgando medios adecuados de solución de posibles conflictos generados durante el proceso de Subrogación Gestacional.

CAPÍTULO TERCERO

“SUBROGACIÓN GESTACIONAL EN LA ACTUALIDAD”

3.1.- Subrogación Gestacional.

3.1.1.- Definición.

Para efectos del presente capítulo es necesario puntualizar que existen dos tipos de definiciones, atendiendo a la aportación o no de células reproductoras por parte de la madre portadora, las cuales se pueden clasificar en:

- **Maternidad sustituta:** Ésta se da cuando la madre portadora no aporta sus óvulos para lograr el embarazo, es decir, no comparte material genético con el bebé que se encuentra gestando, únicamente llevará a término el embarazo.

- **Maternidad subrogada:** En esta clasificación, la madre contratada, además de llevar a término el embarazo, aporta su propio material genético, mismo que será inseminado con el semen del padre contratante, o de un tercero.

Ahora bien, una vez precisadas las diferencias existentes en cuanto a la praxis del método de reproducción humana asistida materia de estudio, analizaremos diferentes definiciones de diversos catedráticos, quienes dilucidan acerca de la concepción de la también llamada *Subrogación Gestacional*.

Comenzando con el concepto vertido por la jurista Ingrid Brena, quien define a la Subrogación Gestacional como *“un procedimiento mediante el cual una persona o una pareja encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento”*⁶⁵, al respecto resulta necesario señalar el hecho de que la autora en mención no realiza distinción alguna en

⁶⁵ BRENA Ingrid, (enero-junio 2012), “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, año 1, (1), p. 143.

relación a las formas en que se lleve a cabo tanto la entrega como la forma en que la madre portadora gestara al neonato encargado.

Por su parte, la jurista Verónica Lidia Martínez Martínez define a la también denominada Maternidad Subrogada como *“un acto voluntario que se produce como consecuencia de la posibilidad de practicar una inseminación artificial o una fecundación in vitro, caracterizada por el empleo de otro vientre y no el de la que desea la reproducción [...]”*⁶⁶, dicha puntualización resulta ser más amplia al contemplar dentro de ella a las formas en que se concebiría al neonato producto de la Subrogación Gestacional.

Así, el catedrático Carlos Leña Añon define a la Subrogación Gestacional como *“el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre”*⁶⁷, de la cual podemos inferir la existencia de un contrato que regule la figura y proporcione seguridad jurídica a las partes.

El jurista Jaime Vidal Martínez hace lo propio al conceptualizar la figura de la madre portadora como:

“Aquella mujer fértil que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena acordando mediante un “contrato” permitir el implante de un embrión humano en el útero, o bien sea inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Al momento que este nazca debe renunciar a sus derechos materno filiales sobre el menor, para que la esposa del padre pueda adoptarlo”.⁶⁸

⁶⁶ MARTÍNEZ Martínez Verónica Lidia, *“Maternidad Subrogada. Una mirada a su regulación en México”*, Editorial Dikaion, 24-2 (2015), pp.360-361, diciembre 2015.

⁶⁷ LEMA Añon Carlos, *“Reproducción, poder y derecho”*, Editorial Trotta, Madrid 1999, p. 136.

⁶⁸ VIDAL Martínez Jaime, *“Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del derecho civil español”*, Editorial Civitas, España, 1988, p. 15.

Dicha conceptualización, a pesar de haber sido esgrimida en una época en la cual la práctica de la Subrogación Gestacional no cobraba la popularidad de la que goza actualmente, concuerda cabalmente con la problemática que nos encontramos atravesando, siendo de suma importancia hacer énfasis en que el jurista en cita señala la existencia de un contrato, las formas en las cuales se puede lograr el embarazo de la madre portadora, y la manera de legitimar la entrega del menor, a saber, mediante un procedimiento de adopción.

Con las definiciones anteriormente estudiadas, se logra una clara ejemplificación de los problemas existentes en la Ciudad de México, en relación a la falta de regulación clara que permita a las personas que opten por el método de reproducción humana asistida, materia de estudio, regular conforme a derecho las situaciones necesarias para la culminación del citado procedimiento, sin consecuencias jurídicas para los participantes, así como la necesidad de precisar las formas en las cuales se legitima la entrega del menor para evitar actuar de forma contraria a derecho, lo cual se estudiará en líneas siguientes.

De igual forma, la Doctora en Derecho Eleonora Lamm puntualiza que la gestación por sustitución es un *“fenómeno social... por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no”*⁶⁹, en relación a la definición propuesta se resalta el hecho de la contraprestación económica que señala, toda vez que esto trastoca la naturaleza jurídica que hasta ahora se le venía dando a la práctica Subrogación Gestacional, toda vez que la mayoría de los estudiosos proponía la necesidad de que la realización de ésta fuera altruista, es decir, que no mediara contraprestación económica por los contratantes a efecto de llevar a término la práctica materia de estudio.

Lo anterior, encontrando sustento en el hecho de que con ello se evitaría la comercialización de dicha práctica, así como el denominado turismo reproductivo en los

⁶⁹ LAMM Eleonora, *Cuestión de Derechos*, “La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución”, número 3, Segundo Semestre, 2012, p. 14.

países que incluyeran en su legislación la práctica de la Subrogación Gestacional, definiendo a éste último como *“el desplazamiento de posibles receptores de técnicas de reproducción asistida desde una jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra jurisdicción o país donde puedan obtenerla”*⁷⁰.

Al respecto, en el presente trabajo de investigación se estudiarán las posturas y argumentos, tanto a favor, como en contra de la práctica de la Subrogación Gestacional, incluyendo los relacionados con la existencia o no de una contraprestación económica a favor de la madre portadora.

3.1.2.- Clases de Subrogación Gestacional.

Tomando en consideración las diferentes formas de ejecutarse la práctica de la Subrogación Gestacional, podemos llevar a cabo dos clasificaciones de la misma, las cuales son:

- Atendiendo a la aportación de los gametos:

- **Subrogación total:** También llamada plena o tradicional, es aquella en donde la madre portadora es inseminada y aporta sus propios óvulos, pero después de la gestación y el parto entrega al producto de la concepción.

En esta práctica, la mujer contratada normalmente es inseminada con el esperma del padre contratante, aunque cabe la posibilidad de que sea el esperma de un donante, situación que tendría como consecuencia indiscutible, que el bebé nacido por medio de la subrogación total, fuera procreado con material genético ajeno a sus padres intencionales.

- **Subrogación parcial o gestacional:** Este método consistente en implantar los gametos en la madre subrogada mediante fertilización in vitro, el mismo da lugar a que el óvulo pueda pertenecer a la madre contratante o a una donante, pero no a la

⁷⁰ *Ibíd*em, p. 24.

gestante, existiendo la posibilidad de que el esperma sea aportado por el padre contratante o un donante.

Así, tenemos que la madre portadora solamente sería contratada para llevar a término el embarazo, toda vez que el producto que gestará contará con material genético total o parcial de los padres contratantes.

- Atendiendo al fin que persiga la madre portadora, la subrogación gestacional se puede clasificar en:

- **Subrogación altruista:** Ésta se presenta cuando la madre portadora acepta llevar a cabo el procedimiento de maternidad subrogada de forma gratuita, pudiendo mediar lazos personales con los padres contratantes.

En éste método, los padres contratantes solamente erogarán los gastos inherentes al cuidado de la madre portadora durante el tiempo de embarazo, gastos de parto y puerperio, a saber, el período que inmediatamente sigue al parto y que se extiende el tiempo necesario (usualmente 6-8 semanas, o 40 días) para que el cuerpo materno —incluyendo las hormonas y el aparato reproductor femenino— vuelvan a las condiciones pregestacionales, aminorando las características adquiridas durante el embarazo.

- **Subrogación onerosa:** En esta modalidad la madre portadora recibe de la pareja contratante una contraprestación por concluir el embarazo y entregar al producto de la concepción al nacer.

Al respecto es necesario recalcar lo mencionado en el capítulo que antecede, en el sentido de que la legislación existente en el estado de Sinaloa, contempla la posibilidad de que exista una contraprestación económica a la portadora por las molestias ocasionadas por el embarazo.

Asimismo, como quedó señalado, en Tabasco no se contempla dentro de su Código Civil la existencia de algún tipo de contraprestación económica a favor de la portadora, toda vez que el legislador pretende evitar la comercialización de la práctica por parte de las mujeres de dicha entidad.

Por último es menester precisar que la Ciudad de México, al carecer de regulación específica de la Subrogación Gestacional, no establece los lineamientos permitidos al practicarla, pese a lo anterior, existen instituciones que se encuentran llevando a cabo procedimientos de Subrogación Gestacional en donde, se cobra una contraprestación económica, misma que se divide entre la madre portadora, los médicos y profesionales que participen en la práctica y la institución que preste sus instalaciones para tal fin, enriqueciendo indiscriminadamente a éstas últimas, con lo que se evidencia la clara necesidad de que exista una normatividad que regule la coloquialmente llamada *renta de vientre*.

3.1.3.- Posturas y argumentos en contra y a favor.

Tomando en consideración la naturaleza jurídica de la práctica materia de estudio y como es de esperarse, existen diferentes criterios en torno a la negativa de la factibilidad de su regulación, mismos que son vertidos por críticos y estudiosos del derecho, los cuales, posterior a ser estudiados, se pueden englobar de forma enunciativa, más no limitativa, en los siguientes tópicos:

- **Comercialización de persona:** Por un lado, varios doctrinarios se muestran contrarios a esta figura, argumentando que se trata de contratos inmorales, revestidos de nulidad absoluta, en virtud de que es de explorado derecho que las personas se encuentran fuera del comercio.

- **Explotación de la mujer:** Para estos autores, la gestación por sustitución supone una explotación de la mujer, pues presumen que ello conlleva a la utilización de la mujeres pobres por las mujeres con mayores posibilidades económicas, o bien, la

naciente práctica del turismo reproductivo, mismo que supone la comercialización de mujeres de tercer mundo, por mujeres de primer mundo, traducéndose en prácticas abusivas para las mujeres que se encuentran en desventaja económica.

- **Manipulación del cuerpo femenino:** Cierta grupo de doctrinarios repudia la práctica y regulación de la subrogación gestacional bajo el argumento de que la madre portadora es quien sufre los estragos y consecuencias de la utilización de los distintos tratamientos existentes para lograr un embarazo exitoso. Buscan la prohibición de dicha técnica para evitar la utilización de la mujer como un mero recinto gestador o “*incubadora*”, argumentando que esta práctica debe de ser inadmisibles en una sociedad democrática.

- **Cosificación de la mujer:** Quienes repudian la práctica de la Subrogación Gestacional bajo el argumento de que ésta desemboca en la cosificación de las madres portadoras, coinciden al manifestar que quienes deciden formar una familia mediante la contratación de una mujer que gestará al bebé, atentan contra la libertad y autonomía de ésta, toda vez que a su favor pueden influir presiones ajenas a las futuras madres portadoras que pueden intervenir en la toma de decisiones, tales como la pobreza, y presiones sociales.

- **Atentado contra la salud física de la mujer:** Los críticos de la figura de la Subrogación Gestacional, sostienen que la mujer que se contratará como madre portadora atravesará por una serie de cambios físicos que pueden afectar su salud, mismos que solamente ella sufrirá, asimismo manifiestan que ninguna contraprestación económica resarcirá los daños sufridos por las portadoras, por lo cual concluyen en que se debe prohibir la citada práctica en aras de velar por la integridad física de las mujeres.

- **Atentado contra la integridad psíquica de la mujer:** Así, quienes se postulan en contra de la práctica de la también conocida *renta de vientre*, señalan que ésta se debería prohibir toda vez que las mujeres contratadas, no pueden predecir de

antemano, cuáles serán las consecuencias emocionales que sufrirán después de entregar a los padres contratantes al bebé que se hayan obligado a gestar, generándose así una incertidumbre, misma que a pesar de encontrarse contemplada, concluyen en que nadie puede predecir la asimilación que tenga mujer después de concluir con la práctica en mención.

- **Posibles afectaciones en los niños:** Dicha aseveración contempla la supuesta afectación de los niños que nazcan como consecuencia de la Subrogación Gestacional, toda vez que puede generar la existencia de perjuicios al niño por el quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante todo el periodo de gestación, lo anterior es así por las dificultades existentes en relación a la aceptación social y por los problemas psicológicos que para los niños puede generar el “tener dos figuras maternas”.

- **Convertir a los niños en objeto de comercio:** Los doctrinarios sostienen que con la práctica de la gestación por sustitución se comercializa con los niños nacidos como producto de dicha práctica, toda vez que consideran que su alumbramiento atiende más a los intereses de los padres contratantes, que a los del niño mismo, asimismo manifiestan que se convierte al niño en un objeto de propiedad, en virtud de que se vuelve en algo de lo que es posible disponer, así como la factibilidad de celebrar acuerdos en torno a éstos, los cuales derivan en su cambio de situación familiar.

Por otro lado están los doctrinarios, cuyo número aumenta considerablemente, que esbozan argumentos a favor de la regulación de la práctica de la Subrogación Gestacional, cuyas posturas se analizan a continuación:

- **Derecho de procreación:** Partiendo del punto de que el artículo cuarto constitucional dispone que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, por lo que resulta menester salvaguardar el derecho de las personas que no pueden procrear,

independientemente de su causa, para evitar posibles actos discriminatorios sobre cierto grupo poblacional.

- **Libertad reproductiva:** Dicha hipótesis sostiene el derecho que tienen las personas de decidir el momento, las persona y la forma en la que habrán de formar una familia, asimismo implica la libertad de las mujeres que serán contratadas como madres portadoras de disponer libremente sobre su propio cuerpo, con la adecuada información respecto de las posibles implicaciones que generaría para ellas someterse a dicha práctica.

- **Rebatir cuestiones moralistas:** Los doctrinarios que se postulan a favor de la regulación de la Subrogación Gestacional, señalan que la permisión de dicha práctica no se debe ver afectada por cuestiones morales, al ser éstas tachadas de subjetivas, concluyendo así que, la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actos consensuales, siempre y cuando en la práctica de dichas actividades no se dañen o afecten a otros.

De lo anterior, se desprende con meridiana claridad el hecho de que terceras personas no pueden decidir sobre la moralidad o inmoralidad de la Subrogación Gestacional, toda vez que dicha práctica no afecta su esfera jurídica, al no involucrar derechos ajenos a las personas que decidan participar de ella, acreditando la necesidad de que exista una adecuada regulación que proporcione seguridad jurídica a quienes intervengan en la citada práctica.

- **Inexistencia de explotación de la mujer:** Un gran número de críticos y estudiosos de la Subrogación Gestacional señala que el permitir su práctica no implica actos de explotación de las mujeres que serán contratadas como madres gestantes, tomando en consideración que se trata de un acuerdo voluntario y libre, el cual, para su práctica, necesita el consentimiento ineludible de las partes, aunado a lo anterior se encuentra el hecho de que, tal como fuera expuesto en el capítulo anterior, las legislaciones que actualmente regulan la práctica de la gestación por sustitución

disponen los requisitos obligatorios para permitir que ésta se lleve a cabo, por lo que resulta claro que previo a la realización de la inseminación de la portadora, ésta se encuentra informada de las ventajas y desventajas del procedimiento para poder decidir libremente sobre su contratación.

Así, y al encontrarnos en una época en donde los derechos de la mujer se encuentran claramente tutelados por la ley, la existencia de una supuesta explotación, se tacha de un argumento paternalista que subestima la capacidad de consentir de aquella mujer que decida contratarse como portadora.

- **No se cosifica a la mujer:** Bajo dicho supuesto se esbozan argumentos en el sentido de que, a pesar de que exista una contraprestación económica para la mujer que se contrate como portadora, ello no implica que ésta sea vista como una *“incubadora humana”*, tomando en consideración que no se paga por la renta de su vientre, sino por el servicio prestado, es decir, el contrato de subrogación gestacional implica obligaciones de hacer por parte de la contratante. Concluyendo así que el argumento de que se cosifica a la mujer que funja como portadora priva a la mujer de su derecho de privacidad y autodeterminación.

- **Respeto a los principios de igualdad y no discriminación:** Dichas manifestaciones encierran el supuesto de que la práctica de la Subrogación Gestacional puede ser la única forma de las parejas de hombres homosexuales accedan a la formación de una familia, en donde su hijo lo sea genéticamente propio.

Asimismo, dicho argumento protege a las mujeres que quieren ser madres, pero por problemas de fertilidad, necesitan de otra para gestar, lo anterior toda vez que es la única solución cuando la mujer contratante quiere ser madre biológica.

- **No se comercializa con los niños nacidos producto de la práctica de la Subrogación Gestacional:** Al existir una contraprestación económica para la mujer que da a luz al bebé nacido como producto de la Subrogación Gestacional, los

doctrinarios que apoyan dicha práctica sostienen que ello no implica la venta de dicho bebé, sino que se paga por la contratación de los servicios de la portadora, por lo que el cumplimiento de un contrato de gestación por sustitución puede implicar la ejecución de una convención en la que simplemente se cumplen prestaciones de hacer, a las que se obligan ambas partes.

- **No se viola el interés jurídico del niño:** Dicho argumento recoge el hecho de que el niño nace dentro de una familia que lo deseó y éste no hubiera nacido de no haber recurrido a la práctica de la gestación por sustitución, por lo que en aras de proteger el interés superior del menor debe regularizarse la Subrogación Gestacional, es decir, debe de existir un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica, así como el establecimiento de la filiación del menor a como hijo de los contratantes.

3.1.4.- Situación Actual en la Ciudad de México.

Tal como se ha venido haciendo mención, la Ciudad de México, carece de legislación aplicable para las prácticas de Subrogación Gestacional, por lo que se lleva a cabo de forma indiscriminada y sin un marco legal que de seguridad jurídica a las personas que decidan participar en el citado método de reproducción humana asistida.

En mérito de lo anterior, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, durante los últimos años han sido propuestas distintas iniciativas legislativas en materia de Maternidad Subrogada, una de ellas, presentada el 13 de octubre de 2015, por la senadora Mely Romero Celis y otros doce integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, que proponía reformas a la Ley General de Salud, misma que fue aprobada por el Senado el 26 de abril de 2016 y fue remitida a la Cámara de Diputados. El 29 de abril fue turnada a la comisión de salud, donde se encuentra actualmente.

La iniciativa de mérito, contenía un proyecto de decreto para adicionar los artículos 61 Ter y las fracciones VIII y IX al artículo 462 de la Ley General de Salud,

con la cual se perseguían objetivos claros, tales como prohibir totalmente en México la gestación subrogada, además de imponer una sanción de 6 a 17 años de prisión y multa por el equivalente de 8 mil a 17 mil días de salario mínimo general vigente hacia las personas que participen y promuevan la gestación por sustitución, a fin de lograr este propósito, por un lado, el propuesto nuevo artículo 319 bis prohibía expresamente la gestación por sustitución y la privaba de efectos jurídicos; mientras que el artículo 462 imponía penas a quienes incurrieran en ciertas conductas vinculadas con la gestación por sustitución. Para mayor apreciación se inserta la Tabla 1, la cual contiene las principales propuestas plasmadas en el proyecto estudiado.

Tabla 1

Contenido del proyecto de decreto

Ley General de Salud	Texto propuesto por la iniciativa:
NO EXISTE.	Artículo 319 Bis.- Se prohíbe disponer del cuerpo humano con el propósito de realizar la gestación por sustitución. Todo acto jurídico en el que se consigne la obligación a cargo de una mujer de renunciar a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero es nulo absoluto, y por tanto, no surtirá efectos legales, ni será susceptible de valer por confirmación o prescripción.
Artículo 462.- Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:	Artículo 462.- Se impondrán de seis a diecisiete años de prisión y multa por el equivalente de ocho mil a diecisiete mil días de salario mínimo general vigente:
I a V...	I a V...
VI.- Al que trasplante un órgano o tejido cuando el receptor y/o donador sean extranjeros, sin seguir el procedimiento	VI.- Al que trasplante un órgano o tejido cuando el receptor y/o donador sean extranjeros, sin seguir el procedimiento establecido para tal

establecido para tal efecto, y

efecto;

VII.- Aquella persona que con intención cause infección de receptores por agentes transmisibles por transfusión de sangre y sus componentes.

VII.- Aquella persona que con intención cause infección de receptores por agentes transmisibles por transfusión de sangre y sus componentes;

En el caso de las fracciones III, IV, V y VI se aplicarán al responsable, además de otras penas, de cinco a diez años de prisión. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además suspensión de cinco a ocho años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta seis años más, en caso de reincidencia.

VIII.- Al que realice o participe en un procedimiento de gestación por sustitución; y IX.- A los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten la gestación por sustitución.

En el caso de las fracciones III, IV, V, VI, VIII y IX se aplicarán al responsable, además de otras penas, de cinco a diez años de prisión. Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además suspensión de cinco a ocho años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta seis años más, en caso de reincidencia.

El proyecto en cita es planteado por las Comisiones Unidas dictaminadoras de Salud y de Estudios Legislativos, tomando como fundamento primordial, el derecho a la protección de la salud que poseen todos los mexicanos acorde con el párrafo cuarto del artículo 4° de nuestro máximo ordenamiento legal, resaltando el hecho de que los Senadores proponentes consideran que en la actualidad dicha praxis ha generado un negocio que atenta contra la dignidad humana, asimismo, consideran que la Subrogación Gestacional constituye una explotación de la mujer mexicana, de igual forma, consideran de suma importancia que en caso de regular la Subrogación Gestacional, la Secretaría de Salud y demás dependencias competentes, en conjunto con los gobiernos locales, incluyan en el conjunto normativo que se derive del decreto en comento, aquellos supuestos en los que se vele por:

- Garantizar que en el procedimiento no exista lucro;

- Determinar el número de ocasiones a que se sometan al procedimiento, de acuerdo con la viabilidad del embarazo;
- Vigilar que no se ponga en riesgo la salud de la gestante, durante el embarazo, parto y puerperio;
- Que se vigile cabalmente el cumplimiento de los requisitos para llevar a cabo el procedimiento, con la finalidad de evitar y prevenir el abuso de esta técnica, conforme a la ley.

En mérito de lo anterior resulta menester precisar que, contrario a lo propuesto por las Comisiones Unidas dictaminadoras de Salud y de Estudios Legislativos, el prohibir la práctica de la maternidad sustituta, no resuelve el problema existente, puesto que tal como se presenta con diferentes fenómenos sociales, la prohibición de los mismos no es sinónimo de la automática terminación de su ejecución, por lo que se reitera que resulta necesaria la existencia de normas que regulen la forma, requisitos y consecuencias que conlleva la práctica de la también conocida como “*renta de vientre*”.

Así, y de acuerdo al objetivo del presente trabajo de investigación, se acredita la necesidad de una regulación dentro del marco normativo de la Ciudad de México de la también conocida como *maternidad por encargo*, como método de reproducción humana asistida, en virtud de que ésta es practicada por cierto grupo poblacional que, debido a la falta de preceptos legales, claramente se encuentra desprotegido y en desigualdad jurídica respecto de actos que se encuentran notoriamente contenidos en diversas codificaciones, poniendo en riesgo la esfera jurídica de terceras personas, desprendiéndose de ello la posibilidad de trasgredir derechos de las personas que participen o se encuentren involucradas -haciendo énfasis a los niños nacidos como producto de la citada práctica- hecho que, en la especie, las Comisiones Unidas dictaminadoras de Salud y de Estudios Legislativos no

valoran al presentar un dictamen que lejos de proteger a la población, la coloca en un evidente riesgo jurídico y clara desigualdad del resto del grupo poblacional.

Aunado a lo anterior, se resalta el hecho de que la modificación a la Ley General de Salud no resulta suficiente para regular la creciente práctica de la Subrogación Gestacional, lo anterior encuentra sustento en el simple hecho de que, de acuerdo a la jerarquía de las normas, una ley especial no puede contradecir ni vulnerar lo establecido por una norma de rango superior, robusteciendo con ello, lo propuesto en el presente trabajo de investigación, en relación a la necesidad de regular la práctica de la *renta de vientre* en el Código Civil vigente en la Ciudad de México, tal como fuere hecho en los estados de Tabasco y Sinaloa, siendo necesario que el legislador efectúe un estudio sistemático de las codificaciones anteriormente aludidas para que, partiendo de los aciertos y deficiencias de éstas, regule de forma eficiente la también llamada *Maternidad Subrogada*, propuesta que se efectuará detalladamente en el subtema atinente.

3.2.- Consideraciones Médicas.

A efecto de comprender las implicaciones éticas y jurídicas que conlleva la regulación de la Subrogación Gestacional, resulta necesario comprender, en primer término, los alcances médicos de dicha praxis, lo cual, tomando en consideración que nos encontramos ante un tema del cual no poseemos conocimientos propios de la rama médica, éstos se plantearán de forma meramente explicativa para acreditar la propuesta del presente trabajo de investigación.

En primer término, el enfoque médico relacionado a la factibilidad de la práctica de la *maternidad subrogada* parte de la premisa que señala que actualmente la esterilidad e infertilidad constituyen una enfermedad, a la cual hay que hacerle frente y buscar soluciones, por lo que las diversas técnicas de reproducción humana asistida se traducen en las prácticas terapéuticas para dar tratamiento a los problemas

mencionados, mismas que han traído consigo resultados óptimos a las demandas de los pacientes propiciando un mejoramiento y perfeccionamiento de las mismas.

De igual forma, la medicina pondera las implicaciones psicológicas que acarrea el hecho de que una pareja resulte infértil o estéril, pues considera al deseo de reproducirse como una necesidad biológica, la cual se encuentra apoyada en un gran marco cultural que le confiere gran importancia.

De lo anterior tenemos que, de acuerdo al punto de vista clínico podemos diferenciar a la esterilidad de la infertilidad, toda vez que éstas palabras son usadas como sinónimos, resulta menester definir ambas, en ese sentido tenemos al Doctor Efraín Pérez Peña quien conceptúa a la esterilidad como *“la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva”*⁷¹, asimismo el citado especialista clasifica a la esterilidad en dos tipos: *primaria*, cuando bajo ninguna circunstancia se ha logrado un embarazo; y *secundaria*, cuando han existido embarazos previos, pero una evidente imposibilidad para lograrlo con posterioridad.

Así tenemos que una pareja estéril es *“la pareja heterosexual que presenta incapacidad para procrear; es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no ocurre bajo ninguna circunstancia”*⁷², pudiendo presentarse esterilidad femenina o masculina, según sea el caso.

Por tanto, la infertilidad, a diferencia de la esterilidad resulta más complicada de definir, toda vez que no tiene parámetros plenamente determinados, pudiendo conceptualizarla como la imposibilidad de llevar a término el producto concebido, la cual será medida en términos de embarazos no logrados.

⁷¹ PÉREZ Peña Efraín, *“Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción, un enfoque integral”*, 2ª Edición, Editorial Salvat, México, 1995, pp. 1-2.

⁷² ARRIGHI Arturo y Cogorno Miguel, Infertilidad, en Tozzini, Roberto Ítalo et al., *“Esterilidad e infertilidad humanas”*, 2ª Edición, Buenos Aires, Médica Panamericana, 1992, p. 352.

De lo anterior se desprende que se puede definir a una pareja infértil como aquella que *“presenta la capacidad para lograr la concepción, pero no para tener hijos viables; es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo”*⁷³, ésta problemática se puede presentar en las parejas atendiendo a diversas cuestiones, las cuales no son situaciones biológicas de nacimiento, enunciando algunas de las más recurrentes, tales como posponer la maternidad a una edad más avanzada, uso indiscriminado de técnicas anticonceptivas, mayor incidencia de enfermedades venéreas, estrés, drogadicción y alcoholismo, automedicación, sometimiento a dietas severas y ejercicios extenuantes, entre otros.

Una vez conceptualizadas las causas generadoras de diversas prácticas de reproducción humana asistida, resulta necesario definir a la Subrogación Gestacional, habida cuenta de que es el método de reproducción humana asistida que más implicaciones tiene, tanto éticas como jurídicas, por lo que la misma se puede definir desde el punto de vista médico, atendiendo a la aportación de los gametos, las cuales son:

– **Subrogación total, plena o tradicional:** La mujer contratada en inseminada y aporta sus propios óvulos, pero después de la gestación y el parto entrega al producto de la concepción. Normalmente se insemina con el esperma del padre comitente, pero también puede ser el esperma de un donante.

– **Subrogación parcial o gestacional:** Este método consiste en implantar los gametos en la madre subrogada mediante fertilización in vitro. Da lugar a que el óvulo pueda pertenecer a la madre comitente o a una donante, pero no a la gestante, mientras que el esperma puede ser aportado por el padre comitente o un donante.

En relación a las modalidades anteriormente descritas, resulta menester resaltar el hecho de que, tal como se señaló en capítulos anteriores, el estado de Sinaloa es el único de la República Mexicana que contempla dichas modalidades

⁷³ PÉREZ Peña Efraín, *Op. Cit.*, p. 2.

dentro de su cuerpo normativo, mismas que son denominadas como subrogación parcial y subrogación total -respectivamente-, de lo que podemos concluir que, en estricto sentido, el cuerpo normativo de dicha entidad federativa es el único acorde a las posturas médicas que se generan en relación a la forma en que se lleve a cabo la Subrogación Gestacional.

3.3.- Consideraciones Jurídicas.

Tomando en consideración que de la Maternidad Subrogada se desprenden entre otras, implicaciones médicas, éticas y jurídicas, la regulación de la misma debe encontrarse sustentada en estudios multidisciplinarios, los cuales deberán dotar al legislador de conocimientos suficientes para regular lo concerniente a la citada práctica, otorgando a quienes participen de ésta, seguridad jurídica y a los juzgadores medios claros para dirimir las posibles controversias que se pudieran presentar, por tanto, la ciencia jurídica es la encargada de velar por los intereses de todas las partes involucradas en la práctica de la Subrogación Gestacional.

Por tanto, resulta necesario llevar a cabo un estudio minucioso de los temas que convergen en la Subrogación Gestacional, de los cuales se desprenderá la evidente necesidad de que existan fundamentos legales que regulen dicha práctica, mismos que se estudiarán de forma pormenorizada dentro del presente punto.

3.3.1.- Bienes jurídicos tutelados en la Subrogación Gestacional.

En primer término, resulta necesario puntualizar lo que se entiende por bienes jurídicos tutelados, al respecto, podemos definirlos como aquellos fines que el Derecho pretende lograr a través de las normas, es decir, los valores que son protegidos por el Estado, por lo cual se han plasmado en el derecho positivo, constituyendo así derechos subjetivos de los ciudadanos.

En relación a la Subrogación Gestacional, el constitucionalista español Lucrecio Rebollo Delgado, sostiene que se encuentran tres ramas del Derecho íntimamente vinculadas con los bienes jurídicos que implica, a saber, el Derecho penal, Derecho Civil (familiar) y el Derecho Constitucional, pues considera que *“tienen aplicación directa con el radio de aplicación de tales materias”*.⁷⁴

Por un lado, la relación existente entre la Subrogación Gestacional y el Derecho Penal la constituye, en primer término el carácter punitivo ante las conductas de acción u omisión que ponga en riesgo la vida, integridad, dignidad y libertad de las personas que participen en dicha práctica; en relación a la convergencia con el Derecho Civil (familiar), el punto total lo constituyen los problemas derivados de la filiación y parentesco con el bebé nacido como producto de dicha práctica; por último, la relación con el Derecho Constitucional se hace consistir en los bienes jurídicos tutelados en ésta, implicando evidentemente derechos inherentes a la dignidad humana, mismos que serán analizados a continuación.

Derecho a la libre procreación: Éste, resulta de total importancia, tomando en consideración que de dicha premisa parte la posibilidad de regular respecto al método de reproducción asistida materia del presente trabajo de investigación, toda vez que tal como lo dispone el artículo cuarto constitucional *“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”*, si bien, de dicho numeral no se desprende expresamente el uso de métodos de reproducción humana asistida, podemos inferir que la posibilidad de acceso a éstos constituye un derecho público que el Estado se encuentra obligado a respetar, por lo que nos encontramos frente a una obligación de los poderes públicos de ofrecer a la población distintos métodos de reproducción dentro de su esquema de salud, para poder ejercer dicha facultad de forma libre, lo que se traduce también en un problema en relación a la libertad de las personas que se encuentran impedidas para

⁷⁴ REBOLLO Delgado Lucrecio, *“Constitución y técnicas de reproducción asistida”*, Boletín de la Facultad de Derecho, número 16, España, 2000, pp. 97-134.

procrear de forma biológicamente natural, lo anterior, en aras de salvaguardar y viabilizar dicho derecho.

A manera de conclusión podemos afirmar que cualquier mexicano se encuentra facultado para ejercitar a su favor el derecho consagrado en el artículo en mención, y así decidir de forma libre el número de hijos que desea tener, por lo que de encontrarse imposibilitado para ello, podría acceder a los diferentes métodos de reproducción humana asistida para ejercer la facultad que les confiere el multicitado derecho constitucional, con la única limitante de que ningún método empleado para la consecución de los fines deseados se encuentre prohibido por alguna ley secundaria, ni trasgreda derechos de terceros, de lo que se desprende con meridiana claridad la necesidad de regular la práctica de la Subrogación Gestacional en la Ciudad de México, a fin de evitar caer en el aforismo que dispone que *“lo que no está prohibido, está permitido”* dada la delicadeza de la práctica materia de estudio, y con ello otorgar seguridad jurídica a quienes decidan ejercitar su derecho a la libre procreación por medio de la también conocida como *“renta de vientre”*.

Derecho a la salud reproductiva: Al respecto, resulta menester precisar en primer término qué debemos entender por *“salud”* toda vez que en dicho concepto convergen aspectos sociales, además de los biológicos, así, el doctor Roberto Tapia Conyer define a la salud como *“un medio para la realización personal y colectiva, en virtud de que es un indicador del bienestar de la vida en comunidad”*⁷⁵.

Resultado de la diversidad tan amplia de definiciones de la palabra salud, tomaremos como una de las más importantes, atendiendo a su ámbito de aplicación, la que proporciona la Organización Mundial de la Salud, misma que define a la salud como *“un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la*

⁷⁵ TAPIA Conyer Roberto et al., “El derecho a la protección de la Salud Pública”, en BRENA Sesma Ingrid *“Salud y Derecho”*, UNAM, México, 2005, p. 149.

*ausencia de dolencia o enfermedad [...] el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano*⁷⁶.

En relación a la salud sexual y reproductiva, es establecida como un derecho humano por los diferentes organismos internacionales, naciendo el concepto de derechos reproductivos, en el marco de Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud aparece en la Conferencia de Teherán de 1968 y en la *definición de Bucarest* (Conferencia sobre Población de 1974); así la inclusión de la *planificación familiar* dentro del campo de los derechos reproductivos y de la salud reproductiva se produce por primera vez en la *Conferencia Internacional para mejorar la salud de las Mujeres y los Niños por medio de la Planificación Familiar*, en Nairobi, Kenia en 1987.

El *Programa de Acción* de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, celebrada en El Cairo en septiembre de 1994, define a los derechos reproductivos de la siguiente manera:

“Los derechos reproductivos [...] se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”.

Corolario de lo anterior lo es que el Estado se encuentra obligado a proporcionar los recursos necesarios para la atención de la salud reproductiva de los mexicanos, velando por todos los aspectos que ésta implica, sin realizar discriminación alguna entre los diferentes grupos sociales, lo cual abarca desde la prevención, hasta la atención médica necesaria para erradicar problemas reproductivos, mismos que

⁷⁶ “Constitución de la Organización Mundial de la Salud”, en *“Documentos Básicos”*, Organización Mundial de la Salud, 48ª Edición, 2014, p. 1.

deberían ser atendidos por el sector salud, pese a ello, existe una evidente desatención a este rubro en particular, por lo que resulta casi imposible que cierto grupo poblacional pueda acceder a estos servicios de salud reproductiva, toda vez que en la realidad, éstos no cuentan con servicios médicos de primera necesidad.

Autonomía de la voluntad: El principio de la autonomía de la voluntad consiste en considerar que toda persona sólo puede obligarse en virtud de su propio querer libremente manifestado, en otras palabras, es el poder de autodeterminación que le permite al ser humano dictar y construir una nueva realidad jurídica en torno de sus intereses y relaciones, así, la autonomía implica que el comportamiento de una persona no derive de la voluntad ajena.

En la actualidad dicho principio es considerado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un principio esencial con el que opera todo el Derecho, como una forma de garantizar el libre desarrollo de los seres humanos, bajo esa línea de pensamiento podemos precisar que la posibilidad de desarrollo del hombre se da a través del libre albedrío, entendido como el poder de optar según se prefiera.

Para la Maestra Aida del Carmen San Vicente Parada, la autonomía de la voluntad es *“la potestad que tiene toda persona con plena capacidad de ejercicio, para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre albedrío cuyos efectos jurídicos serán sancionados por el derecho”*⁷⁷, definición de la que podemos concluir que dicha autonomía se ve traducida en un libre actuar del ser humano, siempre que sea apegado a las normas de derecho preexistentes, toda vez que en caso de incumplimiento de éstas, se hará acreedor a algún tipo sanción.

Así, podemos concluir que la autonomía de la voluntad consiste en la facultad de todo individuo de actuar acorde a su interés personal, sin aceptar intervención de terceras personas, siempre y cuando dicho actuar sea apegado a las

⁷⁷ SAN VICENTE Parada Aida del Carmen, *“El principio de autonomía de la Voluntad”*, en Revista Praxis del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Año VIII, Número 20, Enero - Junio de 2016.

normas preexistentes de derecho, tomando en consideración que las normas jurídicas son coercibles, por lo que su acatamiento no depende de la voluntad de las personas, de lo que se puede inferir que para el caso de la Subrogación Gestacional, dicha autonomía radica en el hecho de que los individuos pueden decidir libremente sobre la forma en la cual ejercerán su derecho de reproducción, por lo que, tomando en consideración que la ley no prohíbe la práctica de reproducción humana materia de estudio, deberán existir normas que posibiliten la formación de una familia para aquellas parejas que opten por la Maternidad Subrogada como método para concebir.

Corolario de lo anterior resulta el hecho de que el ordenamiento jurídico existente en la Ciudad de México, debe encontrarse apegado a la realidad social, por ende no debe coartar el derecho de ningún individuo de ejercitar sus derechos fundamentales, como en la especie lo es el reproducirse de la forma que más se adecue a las necesidades y posibilidades de las parejas con problemas de fertilidad.

Derecho a la intimidad: En primer término resulta necesario precisar que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la "zona espiritual y reservada de una persona o un grupo, especialmente una familia", es una necesidad humana y un derecho natural del hombre por lo que es independiente y anterior a su regulación positiva, es decir, ningún cuerpo normativo puede establecer normas en relación a la intimidad de las personas, siempre y cuando ésta no trasgreda derechos de terceros.

Para los juristas Fernando Flores Trejo y Héctor Fix Zamudio, el derecho la intimidad constituye un principio del bioderecho, el cual *"tiene como punto de partida el ámbito interno de las personas, e implica la imposibilidad de intromisión o perturbación de cualquier ente o agente en el fuero interior del ser humano, sin que exista autorización expresa de la persona"*⁷⁸, lo cual nos lleva a la conclusión de que para que algún factor externo al mismo ser humano tenga injerencia en la vida íntima de las

⁷⁸ FLORES Trejo Fernando y Fix Zamudio Héctor, *"Bioderecho"*, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 177.

personas, existe la necesidad de una autorización clara, sin que exista otra manera de poder acceder a ésta.

Al respecto, la jurista Hilda Pérez Carbajal y Campuzano define a la intimidad como *“el conjunto de pensamientos, sentimientos, decisiones, relaciones, espacio o hábitos propios de una persona... es una necesidad inherente al ser humano”*⁷⁹, menciona también que resulta menester que para que el individuo se desarrolle y gesticule su propia personalidad e identidad, éste goce de un área que comprenda diversos aspectos de su vida individual y familiar, libres de intromisión de extraños.

De las definiciones precisadas con antelación, podemos concluir que todos los humanos tenemos una “vida privada”, es decir aquella parte de la vida del individuo que no consiste en una actividad pública, por ende no está destinada a trascender y repercutir en la sociedad de manera directa, por lo que terceras personas no tienen acceso alguno, toda vez que las actividades realizadas a la luz de la vida privada, no afectan la esfera jurídica de sujetos ajenos, dentro de esta esfera de vida privada se encuentran las relaciones personales, afectivas, de filiación, creencias religiosas, entre otros.

Así, el derecho a la intimidad establece la facultad de excluir a terceras personas del conocimiento de ciertos aspectos de la vida de cada individuo, mismos que solamente le conciernen a esta, en otras palabras, es un derecho que tiende a evitar intromisiones extrañas en áreas que cada persona considera reservadas.

En relación al tema que nos ocupa, a saber, la práctica y regulación de la Subrogación Gestacional en la Ciudad de México, el derecho a la intimidad constituye un pilar importante que debe de ser tomado en cuenta por el legislador al momento de efectuar el análisis de la viabilidad de regular dicha práctica, tomando en consideración,

⁷⁹ PÉREZ Carbajal y Campuzano Hilda y Rodríguez López Dina, *“Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su repercusión en las instituciones del Derecho de Familia”*, Facultad de Derecho UNAM, 1ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2015, p.134.

en primer término que éste constituye un derecho humano, contenido en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mismo que no se puede coartar atendiendo a creencias personales o puntos de vista moralistas, ajenos a la realidad que viven cientos de parejas con problemas para formar una familia.

Derechos derivados de la personalidad: Al respecto podemos definir a este tipo de derechos como aquellos pertenecientes al hombre por el simple hecho de ser persona, mismos que se encuentran tutelados por nuestra Carta magna, así como por diversos instrumentos internacionales, los cuales operan dentro del derecho privado, mismos que tienen fuerza obligatoria y deben de ser tutelados por el Estado, independientemente del grupo social al que pertenezca el individuo.

Al respecto, el jurista Ignacio Galindo Garfias define a estos derechos como aquellos que *“protegen a los elementos esenciales de las persona [...] garantizan el goce de nosotros mismos y aseguran al individuo el señorío de su persona, así como la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales”*⁸⁰, concepto que se puede traducir en aquél grupo de facultades conferidas al ser humano necesarias para la existencia y desarrollo de su vida, siendo, entre sus características principales ser irrenunciables, inalienables, imprescriptibles, universales y fundamentales.

Así, el jurista Castán Tobeñas hace lo propio al definir el derecho de personalidad como *“la facultad concreta de que están investidos todos los sujetos [...] que perfectamente lo diferencian de los demás, y a la vez se diferencian de los atributos de la personalidad porque estos últimos son cualidades de las personas”*⁸¹ asimismo señala que los atributos de la personalidad son aquellas referencias mediante las cuales la persona se conduce en sociedad.

⁸⁰ GALINDO Garfias Ignacio, *“Estudios de Derecho Civil”*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1994, pp. 466-474.

⁸¹ FERNÁNDEZ Sessarego Carlos, et al., *“Derecho Civil de nuestro tiempo”*, Editorial Gaceta Jurídica de Lima, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Perú, 1995, p. 45.

De las definiciones vertidas con antelación podemos precisar que los derechos derivados de la personalidad que se ven involucrados en la Subrogación Gestacional son, entre otros, el de la autonomía de la voluntad, la protección a la vida, a la disposición libre del cuerpo, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad.

Al implicar el goce de la libertad individual, los derechos de la personalidad pueden ser aplicados en la capacidad de elección libre del uso de las técnicas de reproducción, empero, al seguir los principios básicos de todo ordenamiento, estos no deben trasgredir la esfera jurídica de terceras personas y tienen como límite el respeto a la ley misma, por lo que podemos concluir que el disfrute del derecho a la personalidad se ve traducido en aquella facultad del ser humano de ejercitar con entera libertad las acciones tendientes a su autogobernación y disfrute de sí mismo, siempre y cuando dichas acciones no interfieran en la esfera jurídica de terceros.

Derecho a la libre disposición del cuerpo.- Desde mediados del siglo XX existen leyes que se ocupan del uso de tejidos y órganos humanos, lo anterior en respuesta a la creciente utilización de las técnicas de trasplantes, lo que derivó en que se regulara sobre donación y transfusión de sangre, para lo cual, resultó necesario remediar la problemática acerca de qué derechos posee la persona para disponer de su propio organismo.

De lo anterior, surgieron diversas posturas, mismas que trataban de resolver la problemática en cuestión, al respecto una corriente de pensamiento había negado la existencia de un derecho sobre el propio cuerpo humano, pues sostenía que un reconocimiento sin límites implicaría reconocer el derecho al suicidio o a la autoflagelación. Así, autores como Ferrara consideraron a este derecho fuera de toda regulación jurídica, como algo interno de cada ser humano.

El avance de la ciencia médica ha obligado a repensar estas posiciones y el Derecho ha debido legislarlas por necesidad fáctica. Este derecho sobre nuestro cuerpo por un lado nos faculta a repeler cualquier ataque o intromisión en el mismo, y

por otra parte disponer del cuerpo para beneficio propio o de terceros, antes y después de la muerte, lo que implica discutir temas tan polémicos como la Subrogación Gestacional, y la posibilidad de obtener lucro con ello, lo que daría lugar a un comercio muy peligroso, y por ello se deben fijar cuáles son los límites a la práctica de dicho método de reproducción humana asistida.

Así, autores como la jurista Hilda Pérez Carbajal y Campuzano define al derecho a la libre disposición del cuerpo como *“la facultad de todo individuo de decidir sobre su propio cuerpo, contando dicha prerrogativa con la protección del Estado para evitar intromisiones de algún tercero en su cuerpo al cual no se le permite injerencia alguna”*⁸², de lo que podemos colegir que en la actualidad el individuo cuenta con herramientas legales que le permiten disponer libremente de su cuerpo, con la limitación de que su actuar no se encuentre prohibido por la ley.

Así, resulta contrario a derecho que existan normas que prohíban al individuo ejercer un derecho humano, tal como el disponer libremente de su cuerpo, por lo que en el caso de la Subrogación Gestacional, nos encontramos con una práctica que debe de ser regulada en lugar de prohibida, habida cuenta que en la actualidad se viene realizando indiscriminadamente, lo que pone en evidente riesgo al grupo poblacional que decide participar en prácticas de *“renta de vientre”*, insistiendo en el hecho de que debe de existir normatividad que regule la forma en la cual se debe de llevar a cabo, los requisitos necesarios que se deben cumplimentar para poder acceder o participar en su ejecución, así como las consecuencias jurídicas para el caso de incumplimiento.

Derechos y obligaciones derivados de la filiación.- Al respecto, resulta menester recalcar lo mencionado en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, en el sentido de que la filiación es aquella relación existente entre los padres respecto de la persona del hijo.

⁸² PÉREZ Carbajal y Campuzano Hilda y Rodríguez López Dina, op cit., p. 155.

Así, los derechos y obligaciones derivados de la presente figura, se encuentran contemplados en diversos instrumentos legales, mencionando algunos de ellos, tales como:

- **La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, misma que en su artículo cuatro dispone que todo hombre y mujer tiene derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamento de sus hijos.

- **La convención sobre los Derechos del Niño**, en la cual, en su artículo séptimo establece la filiación como derecho fundamental del niño; mientras que en su numeral octavo, establece el derecho a la identidad u la preservación de las relaciones familiares, mientras que en su artículo noveno dispone que el niño no debe de ser separado de su familia por ningún motivo, con la excepción de que el mismo sea víctima de cualquier tipo de maltrato.

- **La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**, en mérito de la cual dentro de su numeral tercero, se establece que la protección a los menores tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica desarrollarse en condiciones de igualdad, en donde se resalta el derecho relacionado con la filiación, entendiéndose como tal al derecho de los niños de vivir en una familia como espacio primordial de desarrollo.

- **El Código Civil vigente en la Ciudad de México**, mismo que establece en su Título Séptimo, denominado “De la Filiación”, en sus numerales 324 a 343 los derechos y obligaciones derivados de la filiación.

Al respecto, resulta menester hacer énfasis en lo dispuesto por el artículo 326 del presente cuerpo normativo, mismo que dispone que no procede la impugnación de la paternidad en el caso de los hijos concebidos durante el matrimonio, mediante la utilización de técnicas de fecundación asistida, si existió consentimiento expreso en tales métodos.

Asimismo, en su numeral 336, se establece la posibilidad de que exista un juicio de impugnación de maternidad, rompiendo con el clásico esquema de que solamente podría impugnarse la paternidad, lo anterior encuentra sustento en los avances científicos en relación a las diversas técnicas de reproducción humana asistida.

Derivado de lo anterior, podemos colegir que el marco jurídico preexistente ha sido superado por los avances en lo que respecta a las diversas formas de reproducción humana asistida, trastocando con ello, los parámetros que existían para dar certeza a las relaciones paterno filiales, toda vez que se han generado situaciones diversas que en la actualidad no han sido resueltas por el Derecho moderno, de lo que se desprenden diversas problemáticas relacionadas con la Subrogación Gestacional, tales como el problema generado en el supuesto de que una mujer sea madre genética -por haber aportado el óvulo-, y no ser la madre gestacional, hecho con el cual se rompe con el principio jurídico de *mater semper certa est*, ello tomando en consideración que en la antigüedad la maternidad era un hecho indiscutible, lo anterior, podría generar una impugnación de maternidad de la mujer que ha dado a luz.

De lo narrado en líneas que anteceden se puede colegir que las diferentes técnicas existentes de Reproducción Humana Asistida han rebasado los límites legales con que cuenta actualmente el sistema jurídico mexicano, lo que implica una necesidad de replanteamiento de la legislación existente.

3.3.2.- Legitimación de la entrega del menor nacido como producto de la Subrogación Gestacional.

Atendiendo a la legislación existente en la Ciudad de México, resulta evidente la necesidad de que aquellas personas que formen una familia por medio del ejercicio de su derecho a procrear en la forma que más les convenga, en el caso en particular, por medio de la Subrogación Gestacional, sometan su actuar a normas

jurídicas que regulen dicho procedimiento, ello tomando en consideración la convergencia de distintas ramas del Derecho al realizar la práctica en comento; por lo que se deberá atender a las diferentes posturas sostenidas en relación al contrato materia de estudio, mismas que fueron mencionadas con antelación.

Así, tomando en consideración la naturaleza del contrato de Subrogación Gestacional, en donde la mujer que dé a luz debe entregar al niño a quienes se lo solicitaron, nos encontramos ante la disyuntiva proveniente de la formulación del siguiente cuestionamiento: ¿Se trata de una venta de niños, de una adopción o se legitima la entrega a través de un reconocimiento del menor?

Ahora bien, toda vez que en la Ciudad de México, actualmente no se cuentan con normas al respecto, en el presente trabajo de investigación se analizarán algunas figuras en mérito de las cuales podría recaer la entrega del menor nacido como producto de la técnica materia de estudio, siendo menester precisar que la primera de ellas se analiza en virtud de que algunos catedráticos señalan que se actualiza el supuesto de la venta del menor; por lo que la praxis de las dos últimas formas de legitimación expuestas, no se comete algún delito por parte de las partes que participen en dicho método, al encontrarse debidamente reguladas en el derecho mexicano.

a) Venta de menor.- En primer término resulta menester precisar que en la actualidad existen tres posibles opciones en relación a la existencia o no de una contraprestación económica a la madre gestante en el procedimiento de Subrogación Gestacional, a saber: i) que se pague a la gestante un precio o retribución, ii) que se pague a la gestante una compensación y, iii) que no se pague nada a la gestante.

De lo anterior surgen posturas a favor y en contra de la existencia de una contraprestación, en donde las más tajantes señalan que en los casos en los que exista un intercambio de dinero, se estará realizado la compra venta del menor nacido de la práctica de dicho procedimiento.

Por un lado, doctrinarios argumentan que la madre gestante no tiene derecho a una retribución de parte de los padres contratantes. Esta postura se puede sustentar con base en dos argumentos. El primero de ellos parte de la premisa acerca de que el objeto del contrato de la Subrogación Gestacional es una obligación de hacer consistente en la gestación de un producto. Por lo cual, se puede entender que la madre gestante pone a disposición del contrato el uso de su cuerpo – específicamente, su útero –. Sin embargo, el sistema jurídico mexicano, en la Ley General de Salud, prohíbe la comercialización de órganos, tejidos y células. Por lo anterior, la presente corriente de pensamiento sostiene que si la madre gestante recibiera una retribución por ejecutar esta obligación, entonces, estaría incurriendo en la comercialización de su útero (órgano), lo cual está prohibido y, por ello, de acuerdo a la codificación en mención, no se debería de permitir que la madre gestante recibiera un pago.

El segundo argumento, consiste en concebir que el objeto del contrato lo es una persona, es decir, el producto que fue gestado. Y tomando en consideración que, según la legislación civil, las personas están fuera del comercio, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la trata de personas, podemos colegir que para la presente corriente del pensamiento, el objeto de la Subrogación Gestacional se encuentra fuera del comercio, por lo tanto, no resulta factible el otorgamiento de cantidad alguna por concepto de pago o contraprestación a favor de la madre portadora.

Así, procederemos a analizar si la existencia de una contraprestación económica para la madre gestante se traduce en una *venta* del bebé nacido por medio de la utilización de dicha técnica. Al respecto diversos autores señalan que cuando una mujer proporciona su óvulo y además gesta al embrión hasta el alumbramiento, es la madre biológica del menor, y si recibe un pago a cambio de la entrega de su hijo está realizando una venta, así el jurista Fernando de Alarcón señala que *“si una mujer se compromete a entregar a su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico de*

*maternidad por sustitución, pero además ese producto lleva su información genética [...] su acto no es otra cosa distinta a la “trata de un ser humano” [...]”*⁸³.

Por su parte, la Licenciada María Lozano Estivalis considera que *“la industrialización de las técnicas de reproducción se ha propagado como cualquier otro mercado, a través de la publicidad de los métodos, provocando que los cuerpos, los tejidos y las células humanas, así como los propios niños en sí, sean tratados como simples artículos a la venta”*⁸⁴.

De conformidad con los argumentos esgrimidos con antelación, un acuerdo económico sería “inaceptable” en virtud de que implicaría una cosificación o comercialización del cuerpo humano y permitiría a la gestante el intercambio de un derecho inalienable por dinero. Concepciones las anteriores, que no resultan acorde con la postura adoptada en el presente trabajo de investigación, misma que será expuesta en líneas que proceden.

En primer término, se señala que el argumento de la explotación subestima la capacidad de consentir de la mujer, al no contemplar que la decisión constituye una elección personal y económica, en su caso, por parte de la gestante, asimismo refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar su consentimiento racional para convenir el gestar a un bebé durante nueve meses y entregarlo al momento de su nacimiento.

Asimismo es de tomarse en consideración que en caso de que en la Ciudad de México se prohíba la compensación dentro del procedimiento de Subrogación Gestacional, solamente se traducirá en una escasez de mujeres que se ofrezcan a actuar como gestantes, lo que traería consigo problemas mayores, el primero de ellos

⁸³ ALARCÓN Rojas Fernando, *“El negocio de maternidad por sustitución en la gestación”* en González de Cansino, Emilssen, Memorias del Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética, Bogotá, Centro de Estudios sobre genética y Derecho- Universidad Extemado de Colombia, 2003, p. 125.

⁸⁴ LOZANO Estivalis María, *“Mujeres autónomas, madres automáticas”*, Málaga, Universidad de Málaga, 2004, p. 58.

podría consistir en que las partes acuerden que exista una compensación, para convencer a la futura gestante, quien podrá solicitar cantidades descomunales de dinero, sin que exista seguridad jurídica para las partes; otro problema que se podrá suscitar sería la aparición del turismo reproductivo hacia entidades que regulen la Maternidad Subrogada atendiendo a la realidad social que atraviesa nuestro país.

En defensa de la gestación por sustitución “*comercial*”, se argumenta que con ella no se *compra* un bebé, sino que se podría pensar que se contratan los servicios de la mujer que gesta a ese bebé, así, lo que la pareja o persona comitente conviene es un servicio particular de la gestante, por lo que se puede concluir que el cumplimiento de un contrato de gestación por sustitución puede implicar la ejecución de una convención en la que nada se entrega sino que, simplemente se cumplen prestaciones de hacer.

Así, para la mujer gestante, el dinero podría ser una motivación legítima, ello atendiendo múltiples factores que convergen en el procedimiento de Subrogación Gestacional, mencionando algunos de ellos tales como los meses que dura la gestación, la carga emocional, cuidados especiales, la posibilidad de complicaciones, incluso el poner en riesgo la vida, el proceso previo de entrevistas, acuerdos, controles médicos, los intentos de fertilización -que pueden ser varios-, los cambios físicos, el parto y finalmente el puerperio. De lo anterior, podemos concluir que el valor monetario del intercambio se encuentra debidamente justificado.

Al respecto, la jurista Eleonora Lamm señala que “*no hay una mercantilización de seres humanos, sino simplemente costos en todos los sentidos que los interesados deben retribuir de alguna manera a la gestante*”⁸⁵, en este sentido, esta autora deshace la idea de concebir al cuerpo como un objeto, y sostiene que la madre gestante presta un servicio, como si se tratara de cualquier otro contrato. Esta postura

⁸⁵ LAMM Eleonora, “*La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución*”, en Cuestión de Derechos, número 3- Segundo Semestre, 2012, p. 17.

podría facilitar la comprensión del objeto en el contrato de gestación subrogada, sin que se satanizara dicha figura.

Así, podemos colegir que lo que tendría en su caso que regularse no es la forma en que se deba llevar el proceso en cuanto a la contraprestación económica, sino los valores excesivos que conlleva en la actualidad el procedimiento de mérito, hecho que el Estado deberá regular para evitar abusos de cualquier índole, asimismo se deberá limitar las veces que las mujeres que se ofrezcan como portadoras, participen en procedimientos de Subrogación Gestacional, ello, en aras de evitar que la práctica en comento se profesionalice.

De lo anterior se puede llegar a la válida conclusión de que la existencia de una compensación -en lugar de una retribución-, resulta la opción más justa y equilibrada, habida cuenta que evita la profesionalización de la Maternidad Subrogada a la vez que facilita un acuerdo basado en la confianza.

b) Adopción.- Resulta evidente la necesidad de que la práctica de la Subrogación Gestacional debe ser regulada en todos sus aspectos, desde los requisitos que deben cumplir quienes decidan participar de ésta, hasta la forma en la cual la madre portadora “cede” los derechos de filiación del menor que dé a luz, por lo que la adopción resulta la medida más adecuada para legalizar la entrega del menor.

En primer término, precisaremos que el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo 115 se define a la Adopción como:

"Artículo 115. La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea"

En relación a la legislación mexicana actual, es de resaltarse que el Código Civil vigente en la Ciudad de México, no contiene propiamente una definición de adopción, empero, podemos encontrar dicha figura contenida en el artículo 293 de la codificación en cita, misma que señala que *“en el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo”*.

Así, los numerales 395 y 396 del Código Civil señalan que la o las personas que adoptan, tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres -biológicos- respecto de la persona y bienes de los hijos, de igual forma señala que el adoptante dará nombre y sus apellidos al adoptado, salvo que, por circunstancias específicas, no se estime conveniente; mientras que el segundo de los mencionados dispone que el adoptado tendrá para con la o las personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.

De lo anterior podemos colegir que la adopción es una figura que consiste en la creación de una filiación artificial por medio de un acto condición, en el cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio, misma que genera todos los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

Por su parte el numeral 390 contiene los requisitos que deben cubrir las personas que decidan adoptar, lo cual es del tenor literal siguiente:

“Artículo 390. El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

- I. *Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia, la educación y el cuidado de la persona que trate de adoptarse, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;*
- II. *Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse, atendiendo el interés superior de la misma, y*
- III. *Que el adoptante es persona apta y adecuada para adoptar. Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente.”*

Por su parte, el artículo 410 D de la ley adjetiva de la materia dispone, en relación a las consecuencias inherentes a la adopción que:

“Artículo 410-A. El adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio.

El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio.

En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea.

La adopción es irrevocable.”

Precisado lo anterior, puntualizaremos lo que la doctrina define como adopción, por su parte la catedrática Elva Cárdenas Miranda, señala que la adopción es *“la figura jurídica que, por medio de una decisión judicial produce entre adoptante y adoptado un vínculo de filiación, al mismo tiempo que desaparecen, salvo excepciones, los vínculos entre el adoptado y su familia anterior”*⁸⁶

⁸⁶ CÁRDENAS Miranda Elva L., *“México y la adopción”*, en Barriguete M. Armando J. et al., *“Adopción en el Siglo XXI: actualidades internacionales en el estudio multidisciplinario de la adopción, un modelo franco mexicano, México, Embajada de Francia-Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, 2000, p. 69.*

Así, la catedrática María de Montserrat Pérez Contreras, define a la adopción como *“el estado jurídico mediante el cual se confiere al adoptado la situación de hijo del o de los adoptantes, y a éstos, los deberes y derechos inherentes a la relación paterno-filial. La adopción es el vínculo filial creado por el derecho”*⁸⁷, concluye haciendo mención que como consecuencia de la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En la actualidad, en nuestro país únicamente existe un tipo de adopción, mismo que consiste en la llamada “adopción plena” que es aquella en virtud de la cual el adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos para contraer matrimonio; asimismo el adoptado tiene todos los derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y debe llevar los apellidos del o los adoptantes.

En relatadas condiciones, podemos relacionar la adopción con la Subrogación Gestacional en virtud de que para perfeccionar ésta última, la madre portadora podría dar en adopción al bebé que nazca como producto de dicha técnica, y con ello “ceder” los derechos de filiación que le corresponderían respecto del recién nacido, cuyo alumbramiento fue el hecho para el cual fue contratada.

Al respecto la jurista Marsha Garrison considera que *“la mujer que entrega a su hijo lo está dando en adopción, de ahí que la legalidad del acto dependa de la legislación sobre adopción. La madre subrogada tiene el estatus jurídico de madre hasta que transfiera sus derechos prenatales a través de una adopción”*⁸⁸, de lo que podemos concluir que de aceptar la figura de la adopción para justificar la entrega del menor, será necesario que los participantes en una Maternidad Subrogada reúnan todos los requisitos y sigan todos los procedimientos enumerados para la adopción establecidos en la ley sustantiva civil.

⁸⁷ PÉREZ Contreras María de Montserrat, *Op. Cit.*, p. 131.

⁸⁸ GARRISON Marsha, *“Law Making for Baby Making: and interpretative Approach to the Determination of Legal Parentage”*, Harvard Law Review, Cambridge, vol. 112, número 4, febrero de 2000, p. 853.

Aunado a lo anterior, y toda vez que la legislación de la Ciudad de México no cuenta con regulación que permita diferenciar el tipo de filiación que genera la práctica de la Subrogación Gestacional, ya que solo se contempla el principio de *mater sempre certa est* (siempre se sabe quién es la madre), mismo que, tal como se ha venido mencionado, se contradice con la práctica materia de estudio; por lo anterior, al existir una adopción plena del recién nacido, ya sea que tenga material genético o no en común con los padres contratantes, jurídicamente se perfeccionaría el contrato de Maternidad Subrogada, evitando con ello que cualquiera de las partes incurra en alguna violación a preceptos legales preexistentes en cualesquiera de los códigos y/o leyes especiales con que cuenta la Ciudad de México.

c) Reconocimiento.- En primer término resulta menester definir lo que la doctrina señala como “reconocimiento”, mismo que consiste en aquél acto jurídico mediante el cual se asumen, a favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que se derivan de la filiación, dicho de otro modo, es la manifestación espontánea de voluntad de uno o de ambos progenitores de considerar como hijo al habido fuera de matrimonio.

El Código Civil vigente en la Ciudad de México regula lo relacionado al reconocimiento de menores, en los artículos 360 a 389 incluyendo dentro de los mismos lo relativo a la investigación surgida por concubinato.

Así, de conformidad con lo estatuido en el numeral 360 de la ley sustantiva civil, mismo que contempla la posibilidad de que la filiación se establezca por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare, por lo anterior, se deja entreabierto la posibilidad de que los padres contratantes reconozcan como suyo al recién nacido como producto de la Maternidad Subrogada.

El reconocimiento, como acto jurídico, requiere de ciertos requisitos de fondo y de forma. Los primeros consisten en la edad y en el consentimiento de otras personas para que el reconocimiento tenga efectos jurídicos. En cuanto a la edad, el que reconoce debe tener cuando menos la edad mínima para contraer matrimonio, sumadas a la edad del hijo que va a reconocerse.

Los requisitos formales los señala el artículo 369 de la codificación señalada, otorgando cinco opciones para el reconocimiento, que puede realizarse:

- I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo juez;
- III. Por escritura Pública;
- IV. Por testamento;
- V. Por confesión judicial directa y expresa.

Asimismo, dicho numeral señala que el reconocimiento practicado de manera diferente a las mencionadas con antelación, no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad, de lo que se desprende que no existe, jurídicamente, alguna otra manera de reconocimiento de menor.

La catedrática Ingrid Brena Sesma, analiza la factibilidad de legitimar la entrega del menor a través del reconocimiento, señalando en primer término que el mismo *“sería verdadero en el caso del hombre y de la mujer si ellos aportaron sus gametos y falso si quien aportó el óvulo fue la gestante”*⁸⁹, asimismo analiza los posibles problemas que se desprenderían del reconocimiento, tales como la posibilidad de contradicción el mismo por la madre gestante o de aquellas personas que hayan cuidado al menor.

⁸⁹ BRENA Sesma Ingrid, (enero-junio 2012), *“La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”*, *Revista de Derecho Privado*, año 1, (1), p. 148.

Al respecto, tenemos que la filiación, en cuanto a la madre, se prueba simplemente con el nacimiento, por lo que el tratar de legitimar la entrega del menor nacido como producto de la Subrogación Gestacional por medio del reconocimiento, acarrearía dos problemáticas, la primera de ellas, tomando en consideración que la contratante que pretenda reconocer como suyo al hijo nacido como producto del método de reproducción humana asistida materia de estudio, por evidentes razones no contaría con el certificado de alumbramiento, mismo que resulta requisito indispensable solicitado por el Registro Civil para levantar el acta correspondiente.

La segunda problemática generada consiste en que atendiendo a lo dispuesto por el artículo 374 de la codificación en comento, mismo que dispone que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, por lo que, resultaría menester que para el caso de que la madre portadora se encuentre casada, que el marido de ésta ejercitara la acción de desconocimiento de paternidad, para que posterior a ello, el padre contratante se encuentre en posibilidades de reconocer judicialmente a su hijo.

Así, del análisis del artículo 378 del código civil, mismo que dispone que la persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada, por lo que aplicado a la maternidad Subrogada, podemos inferir que en el caso de que los padres contratantes detenten la guarda y custodia de hecho de su menor hijo, podrían contradecir el reconocimiento que en su momento llegase a efectuar la madre portadora, por el simple hecho de que los contratantes le otorgaron el estado de hijo al recién nacido, lo anterior, en aras de salvaguardar el interés superior del menor.

3.3.3.- Problemática jurídica que acarrea la Subrogación Gestacional.

Tal como fuere analizado en el presente trabajo de investigación, existen en la actualidad, dos estados mexicanos, -Sinaloa y Tabasco-, que, dentro de su codificación regulan la práctica de la Subrogación Gestacional, por medio de la utilización de la figura del contrato como medio para acceder a la citada forma de reproducción humana asistida, lo anterior pese a que las mismas son omisas en lo referente a contener los requisitos que deben cumplir los contratantes además de no especificar la naturaleza jurídica, los elementos y las características del acto jurídico que ha de celebrarse en las distintas modalidades de maternidad sustituta que se encuentran tipificadas en esas entidades federativas.

De igual forma, resulta menester precisar que, con excepción de la regulación de los requisitos que debe reunir la madre subrogada gestante, el instrumento para la maternidad subrogada previsto en el Código Familiar del estado de Sinaloa presenta las mismas omisiones que el contrato contemplado en el Código Civil de Tabasco, de lo anterior, se desprende la evidente necesidad de tomar como base las citadas legislaciones para legislar adecuadamente al respecto, evitando propiciar lagunas jurídicas que en la praxis puedan acarrear problemáticas de cualquier tipo para las personas que participen en el método de reproducción humana asistida estudiada en el presente trabajo.

Siendo menester precisar, en primer término que la doctrina jurídica ha llegado a catalogar al contrato de subrogación en diferentes tipos, algunos la asemejan a un *“contrato de arrendamiento de obra”*, debido a que para éstos doctrinarios la obligación corresponde a la madre portadora o gestante, la cual consiste en *“crear un bebé”*, justificando la diferencia de éste contrato con el de arrendamiento de cosa, ello es así, porque el cuerpo humano o parte de él no es jurídicamente una *“cosa”*. Otra postura teórica consiste en considerar a la maternidad subrogada como la *“prestación de una conducta de contenido complejo”*, que comprende deberes de diligencia,

vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación de incidencias, entre otras.

Por su parte, algunos teóricos consideran que, de acuerdo a las modalidades en que se practique la subrogación gestacional, el contrato que firmen las partes puede ser “*de servicio*”, cuando se trate del arrendamiento del útero. En tanto que cuando la portadora aporte óvulos y vientre, asemejan dicha praxis a un “*contrato mixto de prestación de servicios y de cosa*”, recalcando el hecho de que los estados de Sinaloa y Tabasco, ésta última forma de llevar a cabo la práctica de la subrogación gestacional es inexistente, lo anterior, pese a que resulta evidente que la misma se efectúa con cierta regularidad, de lo que se desprende la necesidad de abordar su estudio en aras de resolver la viabilidad de que exista una contraprestación económica a la madre portadora.

Otro enfoque, y aquél que resulta más adecuado a la realidad jurídica del país, es aquel que considera que el contrato de maternidad subrogada no es susceptible de clasificación entre los tipos de contratos conocidos. Dentro de dicho enfoque, el jurista Gutiérrez y González, apunta que el acto jurídico que se efectúa para llevar a cabo la subrogación gestacional “es un contrato de gestación *allienus in vitro*”, al que define como “*el acuerdo de voluntades que puede celebrarse, en forma gratuita u onerosa, entre una pareja en matrimonio o en concubinato, o una mujer o un hombre soltero, denominados tradens, y otra mujer a la que se llama accipiens, quien se obliga a recibir en su genital adecuado, el producto de una inseminación allienus in vitro, por todo el tiempo que dure la gestación, y hasta que nazca el producto de la concepción, con el deber de entregar a ese fruto, de inmediato o cuando se le pida, dentro de los seis siguientes meses de nacido el producto*”⁹⁰, definición, que tal como se puntualizó, resulta más adecuada a la legislación mexicana, en tanto que, en la actualidad el contrato de maternidad subrogada puede clasificarse como innominado, al no encontrarse regulado en ninguna codificación existente.

⁹⁰ GUTIÉRREZ y González Ernesto, *Op. Cit.*, p. 589.

Atendiendo al enfoque del maestro Gutiérrez y González, se considera que el contrato de maternidad subrogada al no poder clasificarse ni equipararse con otras tradicionales figuras contractuales, nos sitúa frente a actos jurídicos hoy atípicos, siendo la materia de estudio del presente trabajo de investigación, su tipificación en el futuro, incluyendo así dicha figura al derecho de familia mexicano, con todas las consecuencias que de él se deriven.

Aunado a la falta de tipificación del contrato que da origen a la subrogación gestacional, nos encontramos ante la problemática que se desprende al analizar la eficacia de los actos jurídicos que han de celebrarse en las distintas modalidades de maternidad subrogada que se encuentran tipificadas y, en segundo término, los efectos que dichos actos generan. Así, tenemos que de acuerdo a la doctrina francesa, todo acto jurídico debe reunir ciertas condiciones para formarse, mismas que constituyen los presupuestos de su existencia y de su eficacia.

Así, resulta necesario en primer término para que un contrato sea existente, que se cuente con el consentimiento de las partes y que recaiga sobre un objeto posible; una vez que se cumplan con los requisitos de existencia, para que el acuerdo de voluntades sea perfecto y pueda producir efectos jurídicos plenos, debe contar con los requisitos de validez, que son aquellos consistentes en que las partes que participen en su celebración, cuenten con capacidad legal; que el objeto o su motivo sean lícitos; que el consentimiento se manifieste de manera establecida en la ley (tácito o expreso), y que se encuentre exento de vicios del consentimiento, ello es así toda vez que si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida por engaños (dolo) o ha sido arrancada con amenazas (violencia), se traduce en que la voluntad se encuentra viciada, y ello conlleva a una evidente anulación del contrato.

a) Problemas relacionados al registro/filiación del menor.

Tomando en consideración que para la legislación mexicana existente que contempla dentro de su cuerpo normativo a la Subrogación Gestacional, el contrato en

el cual se pacte la reproducción por medio del citado procedimiento, no basta para probar válidamente la filiación del recién nacido con los padres contratantes, por ello, en el estado de Sinaloa se ha recurrido a la inscripción en el Registro Civil del instrumento de subrogación como medio para establecer la relación filial entre los contratantes y el menor.

Por su parte, en el estado de Tabasco, tratándose de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, es decir, aquella que únicamente aporta su vientre para la gestación del bebé que le fuera encargado, da lugar a la presunción de la maternidad a favor de la madre contratante. En tanto que, en el caso de la maternidad subrogada, a saber, aquella en donde la madre gestante aporta su material genético para la fecundación del bebé, se recurre a la figura jurídica de la adopción del menor.

Por lo anterior, atendiendo a la delicadeza y a las consecuencias que conlleva el tema materia de estudio, y toda vez que de lo estudiado dentro del presente trabajo de investigación se desprende que en la actualidad la Ciudad de México afronta una clara problemática en relación a la práctica de la Subrogación Gestacional, la cual engloba una serie de dificultades para quienes de ella participan, las cuales no se resolverían únicamente al dotar a las partes de preceptos legales contenidos en la ley adjetiva de la materia, debe también, dotárseles de instrumentos suficientes para que se pueda resolver el problema que se suscitaría al registrar al recién nacido, toda vez que el Registro Civil no cuenta con reglamentación al respecto.

Así, se insiste, ante la evidente necesidad de que en la Ciudad de México se regule lo relacionado a la forma en la cual se ha de realizar el levantamiento del atestado de nacimiento del bebé nacido como producto de la práctica de la Subrogación Gestacional en el Registro Civil, se deberán adoptar y en su caso, perfeccionar, las medidas establecidas con antelación, tanto en el estado de Tabasco, como en Sinaloa, con lo cual se evitaría realizar actos que atenten contra los derechos de las personas que participen en el método de reproducción humana asistida materia

de estudio, al dotarlos de herramientas de las que pueden echar mano para dotar de formalidad dicho procedimiento y evitar problemas legales que podrían ser acarreados por la falta de registro de su menor hijo.

Aunado a lo anterior, resulta menester precisar los supuestos normativos hoy existentes en la Ciudad de México, aplicables para el acto de registro del recién nacido, mismos que se transcriben a continuación:

“Artículo 54.- Las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquel hubiera nacido, acompañando el certificado de nacimiento. El certificado de nacimiento deberá ser suscrito por médico autorizado para el ejercicio de su profesión, o persona que haya asistido el parto, en el formato expedido para tal efecto por la Secretaria de Salud del Distrito Federal, el cual contendrá los datos que establezca el Reglamento del Registro Civil. Dicho certificado hace prueba del día, hora y lugar del nacimiento, sexo del nacido y de la maternidad.

En caso de no contar con certificado de nacimiento, el declarante deberá presentar constancia de parto en los términos en que lo establezca el Reglamento del Registro Civil.

Cuando por causas de fuerza mayor, de conformidad con lo que establezca el reglamento, no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, deberá presentar denuncia de hechos ante el Ministerio Público donde se haga constar las circunstancias de los hechos.”

Del artículo anterior, se desprende que en la actualidad, un requisito indispensable para realizar el registro de un recién nacido, es el presentar el certificado de nacimiento atinente, lo que resulta materialmente imposible para el caso de los menores nacidos como producto de la práctica de Subrogación Gestacional, lo anterior es así, toda vez que resulta evidente que la madre contratante no engendra al recién nacido, por lo que el certificado que en su caso podría presentarse, no corresponde al nombre de ésta, por lo que los derechos de filiación le corresponderían únicamente a la

madre portadora, sea cual fuere la forma en que concibió al menor que se comprometió a entregar.

De lo hasta aquí narrado, podemos colegir que para el caso de que sea contemplada la Subrogación Gestacional en el Código Civil para la Ciudad de México, resulta imprescindible realizar una modificación amplia a todos los preceptos legales que sean aplicables, para permitir que los padres contratantes puedan registrar a su hijo, de ser necesario, otorgando la documentación con la que cuentan, para ello se debe atender a la forma en que la madre portadora concibió al menor que fue entregado a sus padres intencionales, resultando que, en el supuesto de que la portadora no haya participado con la donación de material genético para la concepción, bastará con presentar el contrato de Maternidad Subrogada en el Registro Civil para que se presuma la maternidad de la madre contratante; y, para el caso de que la portadora otorgue material genético para la concepción, deberá realizarse un procedimiento de adopción previo a la entrega del menor, para que los padres contratantes puedan proporcionarle su apellido al recién nacido, resaltando el hecho de que el procedimiento de adopción resulta viable en atención al interés superior del menor y al respeto a sus derechos de identidad, vida privada y familiar e intereses patrimoniales. Por medio de la adopción se evita que los niños nacidos al amparo de un instrumento de maternidad subrogada se vean privados de padres, estatus legal, bienestar físico y psicológico, además de la debida protección en todos los ámbitos de su vida.

3.3.4.- Contrato de Subrogación Gestacional.

En la actualidad el contrato de maternidad subrogada consiste en aquél documento legal por medio del cual, los futuros padres y la gestante se comprometen a llevar a cabo un proceso de gestación subrogada, mismo que permite establecer por escrito las condiciones específicas acordadas y el modo de actuar en caso de que surja algún problema antes, durante o después del embarazo de la gestante, mismos que serán abordados en el capítulo de conclusiones del presente trabajo de investigación.

Toda vez que el contrato que se propone no se encuentra regulado aún por la ley, podemos inferir que el mismo se trata de un contrato atípico e innominado, siendo menester precisar que, según la doctrina las clasificaciones mencionadas con antelación se otorgan a aquellos acuerdos de voluntades que no se encuentren contenidos en las codificaciones preexistentes y que no hayan sido denominados por éstas.

Así, la función principal del contrato consiste en establecer, de forma previa al tratamiento, las condiciones del acuerdo entre los futuros padres y la gestante subrogada, asimismo, este acuerdo de voluntades sirve para:

- Asegurar los derechos de las partes que participen en dicho procedimiento.
- Establecer el compromiso y responsabilidades de cada una de las partes.
- Determinar la compensación económica a la gestante y los gastos derivados del embarazo.
- Establecer el modo de actuación ante problemas o imprevistos: aborto inducido, incumplimiento del acuerdo, cancelación del tratamiento, muerte de alguno de los futuros padres, divorcio de los futuros padres, arrepentimiento de la gestante, entre otros.

Las condiciones del mencionado acuerdo de voluntades van a variar dependiendo del lugar en el que se lleve a cabo el proceso según lo estipulado por la legislación local, asimismo, solo tendrá validez en aquel lugar en donde se haya establecido, siempre y cuando la ley del país o estado considere como válidos este tipo de acuerdos.

De acuerdo a lo desarrollado dentro del presente trabajo, podemos precisar las principales características que, en su caso, deberá contener el ahora inexistente contrato de subrogación gestacional, mismo que, atendiendo a que en la actualidad ha cobrado especial relevancia, debe de ser incluido en la legislación vigente en la Ciudad de México, las cuales son:

- Definición de Contrato de Subrogación Gestacional: Es un acuerdo por virtud del cual una pareja en matrimonio o en concubinato, una mujer o un hombre soltero, así como una pareja homosexual contrata con una mujer fértil, para que ésta última dé a luz a un bebé, que les será entregado al ser dado a luz.

- Puede efectuarse a título gratuito, o bien, que exista una compensación por parte de los padres contratantes a la madre portadora.

- Obliga a la madre subrogada a inseminarse con el semen del marido de la madre contratante o de aceptar la implantación de un embrión formado por fecundación in vitro, con gametos de la pareja o de un miembro de la pareja y un donante, o de terceros.

- Desde el momento de la celebración del acuerdo de voluntades, la gestante renuncia a todos los derechos filiales que le pudieran corresponder en relación al niño que ha parido.

- Al término del embarazo, la portadora se obliga a entregar al recién nacido a la pareja contratante.

Después de realizar un análisis comparativo entre las dos entidades federativas que en la actualidad contemplan dentro de su legislación, regulación respecto de la Subrogación Gestacional, y analizadas sus limitantes, se puede inferir que previo a la regulación del mismo en la Ciudad de México, debe de ser realizado un estudio de la realidad social que se vive, en donde, como ya se dijo, se viene

realizando dicha práctica de forma indiscriminada y, al no existir regulación al respecto, se trastocan derechos de las partes que en ella intervienen.

Por lo anterior, resulta evidente que se debe velar por la aplicación de una de las finalidades del derecho, la cual consiste en la protección a la esfera jurídica de ciertos grupos poblacionales que, en este caso, lo son las partes que deciden participar en el método de reproducción humana materia de estudio.

CONCLUSIONES

- Resulta necesaria la existencia de normas que regulen los requisitos que deben cumplir todas las partes implicadas en los procedimientos de Subrogación Gestacional, ello en aras de evitar que las partes contratantes se encuentren en evidente estado de indefensión.

- La sociedad debe adaptarse a los cambios tecnológicos, en especial cuando a través de estos se puedan resolver problemas de infertilidad, por lo que resulta imprescindible sentar bases que permitan su aplicación reduciendo en medida de lo posible los riesgos que puedan correr todas las partes implicadas en el método de reproducción humana asistida materia de estudio.

- Después de analizadas la viabilidad de incluir el procedimiento de Subrogación Gestacional en el Código Civil de la Ciudad de México, podemos inferir que éste misma debe ser considerada como una nueva figura jurídica con su propia naturaleza y como tal debe ser expresamente regulada por la ley atendiendo a las causas que se enlistan a continuación:

- a) La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla, dicho precepto se encuentra contenido en el artículo 6º del Código Civil para la Ciudad de México, mismo que señala que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.
- b) Tomando en consideración que las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros basados en el respeto a su dignidad, la filiación es un asunto que se circunscribe a derechos privados, y por tanto no podrá alterarse.

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

- d) El contenido de las cláusulas contractuales y el propósito de las mismas no deben quebrantar a las normas legales, ya que en su respeto se sustenta el orden jurídico y la paz social; por ello, un contrato que contradice lo establecido en las leyes no habrá de tener validez, será nulo.

- e) Atendiendo al interés superior de los menores, el Estado debe dotar de normas que protejan a la niñez, por ello, el interés de particulares en convertirse en padres, trascendiendo la esfera privada para convertirse en un interés de la sociedad y del Estado.

- Tanto la maternidad subrogada, como sus efectos, no se debe limitar a la realización de un simple negocio privado, sino que, es necesaria una regulación específica en el Código Civil, en virtud de que dicho ordenamiento contendrá la forma de solución a los posibles conflictos que se susciten entre las partes, asimismo, determinará los cambios en la forma de probar la filiación, además de la participación de la autoridad para comprobar el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la ley.

- El método de Subrogación Gestacional debe ser regulado por el Juez de lo Familiar, quién deberá vigilar que las partes cumplan con los requisitos que, en su caso, exija la ley, mismos que pueden ser recogidos de las codificaciones existentes en la República Mexicana, los cuales se enlistan a continuación:

- Ser ciudadanos mexicanos.
- Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos.
- Que la madre contratada tenga entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad.
- La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada.
- Mención del acuerdo económico al que hayan llegado las partes, precisando si se efectuará a título gratuito, o bien, que existirá una compensación por parte de los padres contratantes a la madre portadora.
- En caso de que la portadora proporcione su material genético para lograr el embarazo, deberá existir un proceso de adopción por parte de los contratantes, en el cual la gestante renunciará a todos los derechos filiales que le pudieran corresponder en relación al niño que ha parido.
- En caso de que la portadora no proporcione su material genético, el Juez de lo Familiar ordenará su registro, siendo necesario únicamente presentar ante el Juez del Registro Civil el contrato de Maternidad Subrogada, así como la constancia de alumbramiento del menor que ha de registrarse.
- Que la portadora tenga una buena salud tanto biológica, como psicológica, lo cual se deberá acreditar con el dictamen pericial atinente, expedido por instituciones de salud autorizadas para tal efecto por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, tales como el Instituto de Ciencias Forenses y la Dirección de Evaluación e Intervención Psicológica para el Apoyo Judicial.
- Que la gestante haya dado su consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previo a la manifestación de su consentimiento.

- Que acredite, mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula.
- Que se acredite que la madre portadora no ha participado en más de dos ocasiones en dicho procedimiento.
- Que en el contrato de gestación obre la firma autógrafa de la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete, de ser necesario, debiendo quedar en él asentados el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento.
- Que el contrato de gestación sea firmado ante autoridad judicial, misma que se encontrará obligada a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.
- Que se acredite ante la autoridad judicial que ha de conocer del procedimiento de Subrogación Gestacional que, anterior a la firma del contrato, las partes cumplen con todos los requisitos propuestos, en caso de no cubrir cabalmente con los mismos, se traduciría en el desechamiento de plano de la solicitud por parte del juez competente.
- Al término del embarazo, la portadora se obliga a entregar al recién nacido a la pareja contratante.

• De igual forma, las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida, así como el personal médico especializado en esta materia, deberán cumplir con los requisitos siguientes:

- Deberán estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno de la ciudad para la prestación de esos servicios.
- Deberán contar, de forma indispensable, con la licencia sanitaria correspondiente.

- Deberán enviar un informe mensual a la Secretaría de Salud del Gobierno de la ciudad, con copia del expediente clínico de las portadoras que participen en métodos de Subrogación Gestacional.
- Deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno de la ciudad, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada.

- Cumplimentados los requisitos mencionados, el juzgado del conocimiento deberá informar, en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil de la ciudad, mediante copia certificada del acuerdo de voluntades celebrado entre las partes, lo anterior a efecto de darle validez al mismo, sin que exista lugar a la celebración de un contrato privado.

- Se deberán modificar los preceptos legales preexistentes en mérito de los cuales se contemple el levantamiento del atestado de nacimiento, en donde se deberá contemplar a los niños nacidos como producto de la también conocida como “renta de vientre”, siendo necesaria únicamente la presentación del acuerdo de voluntades ante el Juez del Registro Civil, para el caso de que la portadora no comparta material genético con el bebé que se comprometió a engendrar.

- En caso de que la portadora comparta material genético con el bebé que engendró, se propone que perfeccionar la renuncia de los derechos de filiación, sea realizado un procedimiento de adopción posterior al alumbramiento, a efecto de evitar posibles contradicciones de maternidad, además de darle seguridad jurídica al menor nacido por medio de la técnica de reproducción humana asistida materia de estudio, procedimiento que ha de realizarse en los términos pre establecidos en la ley para ello.

- A efecto de evitar la profesionalización de la práctica de la Subrogación Gestacional se han de limitar a dos, las veces en las que la gestante podrá participar en el citado método de reproducción humana asistida.

- Atendiendo a todas las implicaciones que convergen en la práctica de la Subrogación Gestacional, resulta menester que del instrumento que contenga la voluntad de las partes, se desprenda claramente que éstas han cubierto todos los requisitos que exija la ley.

- Para evitar que la portadora se niegue a someter a todos los cuidados necesarios para llevar a término de manera adecuada el embarazo, deberá ser incluida una cláusula en el acuerdo de voluntades, en mérito de la cual se obligue a la portadora a reparar el daño en caso de que el bebé que se encuentra gestando nazca con cualquier tipo de malformación o enfermedad, siempre y cuando se compruebe con un dictamen emitido por alguna institución de salud facultada para ello, que éstas fueron provocadas por descuido o negligencia.

- Se deberá incluir una cláusula en el Contrato de Maternidad Subrogada, en mérito de la cual los padres contratantes hagan frente a los riesgos inherentes a cualquier embarazo, en relación a la posibilidad de que el menor nazca con malformaciones o anomalías, lo anterior tomando en consideración que anterior a la práctica de la Subrogación Gestacional, debe existir un dictamen realizado por alguna institución de salud en donde se acredite la viabilidad de la madre portadora para participar en el procedimiento y con ello tratar de reducir las posibilidades de que se presente tal situación, por lo que en caso de que el menor nazca con malformaciones o anomalías, por cuestiones ajenas a la madre portadora, los padres contratantes deberán cumplir en sus términos el acuerdo de voluntades celebrado.

- Ahora bien, se propone que en el acuerdo de voluntades se incluya una pena convencional para el caso de que, por causas imputables a la madre portadora, el menor nazca con problemas que lo afectarán de por vida, en mérito de la cual ésta última haga el pago de la cantidad pactada a favor de los padres contratantes, quienes deberán aplicar dicho numerario al tratamiento del menor; de igual forma, se propone que el acuerdo de voluntades contenga una cláusula en mérito de la cual, la gestante se obligue a realizar el pago íntegro de los gastos necesarios para el tratamiento o rehabilitación del menor en caso de que este nazca con padecimientos transitorios.

- Los padres contratantes, al momento de celebrar el Contrato de Maternidad Subrogada, deberán exhibir una póliza de fianza basta y suficiente para que, en caso de que la portadora llegue a fallecer por complicaciones en el embarazo o parto, se cubran los gastos funerarios, así como el otorgamiento de una indemnización a favor de la persona o personas designadas por la gestante; lo anterior, tomando en consideración que anterior a que se realice la implantación, resulta necesario que la madre portadora acredite que goza de buena salud, por lo que, en caso de muerte de la misma a consecuencia del parto, se considera un hecho fortuito, que en todo momento trató de evitarse, mismo que no resulta imputable a los padres intencionales.

- De igual forma, el contrato que contenga la voluntad de las partes, deberá contener una cláusula en mérito de la cual los padres contratantes se obliguen a responder y a hacerse responsables en caso de nacimientos múltiples, lo anterior, en virtud de que existe una alta probabilidad de que atendiendo a las técnicas médicas utilizadas para inseminar a la portadora, ésta última pueda quedar embarazada de más de un bebé, por lo que, previo a la práctica de este método de reproducción humana, los padres intencionales deberán acreditar tener un nivel de vida basto y suficiente para poder criar al o a los bebés que pudieran ser concebidos por la portadora.

- El acuerdo de voluntades deberá contener una cláusula específica, en donde se faculte a los padres contratantes a demandar el cumplimiento forzoso del Contrato de Maternidad Subrogada, y hacer que el juez obligue a la portadora a

entregar al producto, atendiendo al otorgamiento previo de consentimiento por parte de la gestante, resaltando la máxima jurídica que dispone que *en los contratos, la voluntad de las partes es ley suprema*, así como la intención inicial de la gestante, toda vez que no era deseo de ésta engendrar un bebé propio.

- En caso de que la portadora pretenda suspender el embarazo, habrán de aplicarse las leyes preexistentes en la Ciudad de México, en mérito de las cuales se prohíbe interrumpir el embarazo pasados las doce semanas de gestación, salvo que el embarazo constituya un riesgo inminente para la vida de la gestante, asimismo, dentro del acuerdo que contenga la voluntad de las partes que participen en la práctica de la Subrogación Gestacional, se deberá precisar con claridad la imposibilidad de la madre portadora para interrumpir el embarazo, reiterando que únicamente podrá contemplarse en caso de que de continuar con este, se ponga en riesgo la vida de la portadora.

En caso de actualizarse dicho supuesto, la portadora deberá acreditarlo con un dictamen médico expedido por una institución médica oficial, en donde se deberá de explicar detalladamente la problemática generada por el embarazo y el riesgo que genera para ésta última.

Asimismo, se deberá especificar que de resultar necesario interrumpir el embarazo, una vez acreditados los motivos de tal decisión, no se generará responsabilidad para ninguna de las partes, ello en virtud de que resultaría de un hecho ajeno a éstas, que no pudo haber sido previsto y, por lo tanto, no atribuible a ninguna parte.

- Si se comprueba la existencia de un riesgo inminente de muerte de madre portadora y el bebé que se encuentra gestando, sin que medie responsabilidad para la madre gestante, el acuerdo de voluntades deberá incluir una cláusula que especifique que de actualizarse dicha situación, se deberá preferir a la madre portadora, sobre la vida del bebé que se obligó a gestar, lo anterior, en aras de darle seguridad de que su

vida, en caso de correr riesgo, será ponderada antes del producto que se encuentra gestando, ello sin que acarree responsabilidad alguna para ésta última.

- Atendiendo a la finalidad de la Subrogación Gestacional, se propone que en el caso de que la gestante no comparta material genético con el bebé que se obligó a gestar, el acuerdo de voluntades celebrado deberá incluir una cláusula en donde la madre portadora renuncie desde ese momento a los derechos de maternidad generados respecto del bebé que se encuentra gestando, para así evitar controversias judiciales respecto de la duplicidad de maternidades del recién nacido, operando así, la presunción de maternidad a favor de la madre contratante, quien únicamente deberá exhibir el contrato de maternidad subrogada ante el juzgado del Registro Civil de su elección a efecto de que sea levantado el atestado de nacimiento atinente, en donde, sin más requisitos, se deberá de colocar como padres del recién nacido a los contratantes.

- Otro supuesto podría darse en caso de que, durante el procedimiento de Subrogación Gestacional, los padres contratantes fallezcan, en dicho de actualizarse dicha situación, se deberán aplicar las reglas de la filiación respecto del bebé nacido como producto del procedimiento de Maternidad Subrogada, debiendo ponderar, en primer término que, la madre portadora renunció en un principio a todos los derechos de maternidad que le pudieran corresponder respecto del menor, por lo que operarían las reglas generales del Derecho Familiar en relación a la Guarda y Custodia, en donde ésta será otorgada a favor de los ascendientes en línea recta más próximos, o bien, a los colaterales más cercanos a los contratantes.

- De lo hasta aquí narrado, se puede corroborar lo precisado al iniciar el presente trabajo de investigación, en el sentido de que resulta evidente la necesidad de regular una práctica que hoy en día se efectúa sin lineamiento alguno, en virtud de que no existen disposiciones legales que den seguridad jurídica a las partes que participen en la Subrogación Gestacional, dejando en total estado de indefensión a aquellos que por cualquier motivo tengan un conflicto al recurrir a la Maternidad Subrogada como

medio para ejercer su derecho a procrear libremente, mismo que se encuentra consagrado en el artículo 4° de nuestra Carta Magna.

Así, el individuo, sea cual fuere su condición biológica debe poder formar una familia, siendo el Estado, el responsable de que se le dote de las herramientas para lograrlo, aun cuando se trate de avances tecnológicos, para lo cual debe ir evolucionando acorde a la realidad social, sin involucrar aspectos moralistas ni personales que eviten que cierto grupo de personas ejercite su derecho a la libre procreación, ello en virtud de que nadie puede anteponer sus intereses o ideas a los derechos de terceros.

Bibliografía.

- ALARCÓN Rojas Fernando, El negocio de maternidad por sustitución en la gestación en González de Cansino, Emilssen, Memorias del Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética, Bogotá, Centro de Estudios sobre genética y Derecho- Universidad Extemado de Colombia, 2003.
- ARRIGHI Arturo y Cogorno Miguel, Infertilidad, en Tozzini, Roberto Ítalo *et al.*, Esterilidad e infertilidad humanas, 2ª Edición, Buenos Aires, Médica Panamericana, 1992.
- BAQUEIRO Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía, Derecho de Familia, 2ª Edición, Editorial Oxford, 2008.
- BIALOSTOSKY Sara, Panorama del Derecho Romano, Editorial Porrúa, México, 2007.
- BRENA Sesma Ingrid, Salud y Derecho, UNAM, México, 2005.
- CÁRDENAS Miranda Elva L., México y la adopción, en Barriguete M. Armando J. et al., “Adopción en el Siglo XXI: actualidades internacionales en el estudio multidisciplinario de la adopción, un modelo franco mexicano, México, Embajada de Francia-Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, 2000.
- CHÁVEZ Castillo Raúl, Derecho de Familia y Sucesorio (Curso Derecho Civil IV), 2ª Edición, Editorial Porrúa, 2011.
- DE LA MATA Pizaña Felipe y Garzón Jiménez Roberto, Derecho Familiar y sus reformas más recientes en la legislación del Distrito Federal, 4ª Edición, Editorial Porrúa, 2008.
- DE PINA Rafael, Elementos del Derecho Civil Mexicano: Introducción, Personas, Familia, Volumen I, Editorial Porrúa, 2000.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XI, Editorial Biliográfica Argentina, 2000.
- FERNÁNDEZ Sessarego Carlos, et al., Derecho Civil de nuestro tiempo, Editorial Gaceta Jurídica de Lima, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Perú, 1995.

- FLORES Trejo Fernando y Fix Zamudio Héctor, Bioderecho, Editorial Porrúa, México, 2004.
- GALINDO Garfias Ignacio, Estudios de Derecho Civil, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1994
- GUTIÉRREZ y González Ernesto, Derecho Civil para la Familia, 1ª Edición, Editorial Porrúa, 2004.
- LAMM Eleonora, La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución, en Cuestión de Derechos, número 3- Segundo Semestre, 2012.
- LEMA Añon Carlos, Reproducción, poder y derecho, Editorial Trotta, Madrid 1999.
- LOZANO Estivalis María, Mujeres autónomas, madres automáticas, Málaga, Universidad de Málaga, 2004.
- LOZANO Ramírez Raúl, Derecho Civil, Tomo I, Derecho Familiar, Breviario de Actualización Jurídica, Editorial PACJ, 2015.
- MENDOZA Aguirre Jesús Alejandro, Derecho Familiar, su emancipación del Derecho Civil, 1ª Edición, Editorial Porrúa, 2016.
- Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo IX, Editorial Francisco Seix, 1982.
- PÉREZ Carbajal y Campuzano Hilda y Rodríguez López Dina, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su repercusión en las instituciones del Derecho de Familia, Facultad de Derecho UNAM, 1ª Edición, Editorial Porrúa, 2015.
- PÉREZ Contreras María de Montserrat, Derecho de familia y Sucesiones (Colección Cultura Jurídica), 1ª Edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Nostra Ediciones, 2010.
- PÉREZ Contreras María de Montserrat, Derechos de los Padres y de los Hijos, 1ª Edición, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- PÉREZ Peña Efraín, Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción, un enfoque integral, 2ª Edición, Editorial Salvat, México, 1995.
- ROJINA Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil: Introducción, Personas y Familia, Editorial Porrúa 2005.

- TAPIA Ramírez Javier, Derecho Civil Primer Curso, Editorial Porrúa, México, 2016.
- VIDAL Martínez Jaime, “Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del derecho civil español”, Editorial Civitas, España, 1988.
- ZAMORA y Valencia Miguel Ángel, Temas de Derecho Civil en homenaje al doctor Jorge Mario Magallón Ibarra, Editorial UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012.
- ZAVALA Pérez Diego H., Derecho Familiar, 2ª Edición, Editorial Porrúa, 2008.
- ZANNONI Eduardo, Derecho de Familia, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

Leyes y Códigos

- Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México.
- Código Civil para el estado de Querétaro
- Código Civil para el estado de Tabasco.
- Código Civil para el estado libre y soberano de Guerrero.
- Código Familiar del estado de Sinaloa.
- Código Familiar para el estado de Hidalgo.
- Código Familiar para el estado de San Luis Potosí.
- Código Familiar para el estado libre y soberano de Morelos.
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Sobre los Derechos del Niño.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Ley de Salud del estado de Tabasco.

Bibliografía Electrónica.

- <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/8967/11017>

Revistas.

- BRENA Sesma Ingrid, (enero-junio 2012), “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, año 1, (1).
- GARRISON Marsha, “Law Making for Baby Making: and interpretative Approach to the Determination of Legal Parentage”, Harvard Law Review, Cambridge, vol. 112, número 4, febrero de 2000.
- LAMM Eleonora, *Cuestión de Derechos*, “La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución”, número 3, Segundo Semestre, 2012.
- MARTÍNEZ Martínez Verónica Lidia, “Maternidad Subrogada. Una mirada a su regulación en México”, Editorial Dikaion, 24-2 (2015), diciembre 2015.
- SAN VICENTE Parada Aida del Carmen, El principio de autonomía de la Voluntad, en *Revista Praxis del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, Año VIII, Número 20, Enero - Junio de 2016.