



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

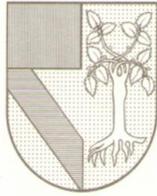
CAMPUS GUADALAJARA

FLORENCIA FIGUEROA BEHN

**LA PROBLEMÁTICA DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA
Y SUS LÍMITES NORMATIVOS**

**Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86**

Zapopan, Jalisco, Abril de 2013.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. FLORENCIA FIGUEROA BEHN
Presente.

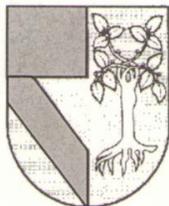
En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **“LA PROBLEMÁTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SUS LÍMITES NORMATIVOS”**, presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



DR. EDUARDO ISAIÁS RIVERA RODRÍGUEZ



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA
Facultad de Derecho

Guadalajara, Jalisco a 21 de febrero de 2013.

MTRO. GUSTAVO GÓMEZ DOMINGUEZ
Srio. Académico
Facultad de Derecho

Por medio de la presente hago constar que la ex-alumna, Florencia Figueroa Behn, a quién asesoré en el trabajo de su Tesis Profesional como medio de titulación, ha concluido con dicho trabajo, apegándose a los requerimientos de forma que señala la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana y que de igual manera apruebo el contenido de la misma.

Atentamente,

A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized, overlapping loops and a long vertical stroke extending downwards from the right side.

Rodrigo Soto-Morales

Dedicatoria

A Dios, por ser mi fuente de inspiración.

A mis papás, por ser mi apoyo incondicional, a quienes les debo eterna gratitud.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
Agradecimientos.	13
I. LA MATERNIDAD SUBROGADA A TRAVÉS DEL TIEMPO	14
1. La maternidad subrogada en el mundo.	15
2. La maternidad subrogada en México.	34
II. LEGISLACIÓN ACTUAL	39
1. Legislación mexicana	39
2. Legislación extranjera	54
A. Estados Unidos de Norte América.	54
B. España	58
C. Otros Países.	61
a. Rusia, la India e Inglaterra.	61
b. Alemania.	66
III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	69
1. Problemática legislativa y jurídica.	70
A. La madre legal. Sus implicaciones.	71
B. Naturaleza Jurídica o Denominación.	75
a. Arrendamiento.	75

b. Donación.	87
c. Prestación de Servicios.	89
d. Adopción.	91
C. Problemas actuales y probables problemas futuros.	94
2. Problemática ética filosófica.	104
A. Nihilismo.	109
B. La persona humana.	113
C. La ética en relación con la maternidad subrogada.	116
a. El respeto a la vida humana.	120
b. La sexualidad humana.	124
c. La ética médica.	126
d. Aspecto oneroso.	128
3. Problemática social.	130
A. De la maternidad y la paternidad.	133
B. El embrión.	136
C. Riesgos Físicos.	142
D. Buenas Costumbres.	145
E. Interés de la sociedad.	148
PROPUESTA	150
CONCLUSIONES	161
GLOSARIO	169
ANEXO I	175
ANEXO II	176
BIBLIOGRAFÍA	186

INTRODUCCIÓN

“Un macizo edificio gris de sólo treinta y cuatro pisos. Sobre la entrada principal, las palabras: *Centro de Incubación y Acondicionamiento de la Central de Londres*, y en una tarjeta: *Comunidad, Identidad, Estabilidad*, la divisa del Estado Mundial”¹.

En una sociedad democrática en donde se busca respetar los derechos ajenos para consecuentemente llegar a vivir en un Estado de Derecho, resulta necesario desarrollar el ordenamiento jurídico de manera que el mismo refleje una evolución y nunca un retroceso en relación a la naturaleza, los valores y los derechos inherentes a la persona humana.

El derecho coexiste con el hombre como resultado de la propia existencia de éste y de su necesidad por regular las conductas humanas y así lograr vivir de manera justa y armónica en una sociedad. El hombre creará nuevas leyes, normas y reglamentos cada vez que se encuentre frente a una nueva situación que cause algún tipo de conflicto y por ello se vea obligado a regular dicha conducta para lograr dirimir controversias, evitar injusticias y prevenir las dos anteriores². Como bien afirma el autor Luis Recasens Siches³ al decir que en el derecho debe habitar valores como por ejemplo la justicia, pues el mismo no estará justificado sino en la medida que sirva a dichos valores. No obstante lo anterior, el derecho no surge primeramente como mero tributo a esos valores, sino al impulso y una urgencia de seguridad que tiene la sociedad. Recasens concluye afirmando el derecho tiene como funciones las siguientes:

1. Ordenar a la sociedad.
2. Otorgarle seguridad resolviendo los conflictos de intereses.
3. Organizar, legitimar y limitar el poder político.

¹ HUXLEY, Aldous, *Un mundo feliz*, Ed. Leyenda, México, 1999, p. 11.

² Para lograr que toda la regulación que el hombre construya sea justa, esta deberá regirse por valores y principios universales.

³ RECASENS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1965, pp. 220-231.

Antes de deducir que todo lo que ordene a la sociedad y sea posible físicamente, debe ser aceptado y posteriormente legislado, debe de hacerse una pausa y analizar si todo aquello que resulta científicamente posible es un bien que goza de valores superiores para el hombre y por lo tanto es algo tendencioso⁴, *ergo* debe reflexionarse si ello lo acerca a su fin último y a un «mundo feliz»⁵ o si por lo contrario lo único que hace es alejarlo.

En el presente trabajo se aborda el tema de la maternidad subrogada desde un lente jurídico, científico y médico, analizando sus principales características, problemáticas y antecedentes, para así poder discernir si dicho avance científico nos acerca o nos aleja de nuestro fin antropológico y de cómo entonces debe tratarse por parte de nuestro Estado y de nuestros legisladores⁶.

Ahora bien, retomando el tema, es importante exponer en qué consiste la maternidad subrogada, para luego poder analizar sus elementos y emitir un juicio. La maternidad subrogada consiste en la inseminación artificial de un embrión previamente fecundado en un laboratorio, dentro del vientre de la madre que engendrará el embrión utilizando sus óvulos o los de otra mujer, pudiendo ésta ser la mujer que celebra el contrato, junto con el espermatozoides del hombre que celebra el contrato ó un donador de espermatozoides⁷. Entendiendo que posiblemente muchos de los lectores no estén muy familiarizados con los términos relativos a la maternidad subrogada, en el presente trabajo se agrega un anexo que contiene las explicaciones de los principales vocablos técnicos implicados en la maternidad subrogada. Para comprender la misma en sus tecnicismos, es imprescindible conocer cómo funciona la reproducción humana, este es un acto donde estrictamente deben participar un hombre y una mujer. Siglos atrás el tema se abordaba con cierta ignorancia, y los grandes científicos de ese momento desarrollaban tesis que al día de hoy podrían parecer inclusive irrisorias.

⁴ ARISTÓTELES, Traductor GALLACH PALÉS, Francisco, *Ética a Nicómaco*, Ed. L. Rubio, España, 1931, p. 5.

⁵ Se hace alusión dentro del presente trabajo en más de una ocasión a la obra del inglés, Aldous Huxley titulada “Un mundo feliz”, en razón de que la misma representa una fantasía del autor que al día de hoy no parece tan lejana como lo fue en el año de 1932 cuando por primera vez se publicó. Un mundo feliz habla de una comunidad estable, como bien se cita al comienzo de la presente introducción, pero dicha comunidad sacrifica a cambio de dicha estabilidad, su propia libertad, llegando a un punto en que las personas son creadas por máquinas con las características que las necesidades de la comunidad demanda.

⁶ Resulta importante aclarar que al ser éste un tema bastante novedoso y relativamente joven, resulta imposible encontrar una amplia bibliografía de libros en físico y por lo mismo varias de las fuentes de investigación que se utilizan en el presente trabajo son publicaciones hechas en internet.

⁷ MERINO, Faith.-*Adoption and Surrogate Pregnancy*, Facts on File, Inc.- Estados Unidos de Norte América, 2010. p. 17.

Uno de los primeros hombres en dedicarse a la investigación biológica fue Alcmeón de Crotona en el siglo IV A.C. Él afirmaba con seguridad que el semen genital procedía del cerebro. Pitágoras por su parte defendía la postura de que el mismo emanaba de la sangre y Aristóteles afirmó que el semen humano se forma del alimento sobrante y que éste no es causa material de la concepción, sino únicamente un agente, siendo la mujer quien proporciona la materia. Además Aristóteles pensaba que el semen de la mujer (así le llamaba a la sangre menstrual) no era materia necesaria para la concepción⁸. Como puede deducir el lector, siglos atrás, el hombre no contaba con la información y la tecnología con la que se cuenta hoy. Actualmente cualquier persona puede conocer que el semen es una secreción glandular y que un embarazo no sería posible sin la sangre de la menstruación, así como también puede saberse que para que se pueda concebir un bebé de manera natural, se requiere de la unión carnal entre un hombre y una mujer. La maternidad subrogada sobrepasa las leyes de la naturaleza al permitir la concepción de un hijo sin que se requiera dicha unión. El juicio técnico, jurídico y social al que se arribe al final del presente trabajo, será materia de un análisis tripartita, buscando ofrecer una conclusión que a su vez lleve a una propuesta que resuelva el problema en sus distintos aspectos.

La maternidad subrogada actualmente se realiza independientemente de un marco jurídico que la regule. Lo anterior lleva a concluir que existen dos principales y enormes males, consecuencia de la legislación o ausencia de ésta: por un lado al aceptarse y legislarse, significa que en dichos Estados o países se considera que la maternidad subrogada es justa, benéfica, ética o correcta, y por otro lado, donde no se regula pero se lleva a cabo, significa que se ignora el razonamiento humano y los problemas que de la maternidad subrogada pudieran derivarse, que no existe el menor resguardo del cómo se realiza en la práctica y de cómo se afrontarán las consecuencias conflictivas que de ella deriven, aumentando de esta manera las consecuencias negativas que por sí misma ya podría tener.

⁸ BASSO O.P., Domingo M, *Nacer y Morir con Dignidad Bioética*, Ediciones Depalma, Argentina, 1993. p. 64.

Por otra parte el tema y la problemática que se irá exponiendo, no afecta únicamente a la mujer subrogada, al hijo y la persona o pareja contratante, aún cuando jurídicamente intervienen principalmente estas tres partes, pues la realidad es que los efectos de la misma se verán reflejados en toda la sociedad, incluyendo por su puesto a los miles de embriones humanos que se desechan y se les da el trato que recibe cualquier cosa. En el presente trabajo se define el papel que juega cada una de las partes, dando a conocer por ende, la enorme urgencia de legislar al respecto.

Volviendo al tema de los términos técnicos que se comentaba en líneas anteriores, a continuación, con la finalidad de que la lectura del presente trabajo sea más clara, se presenta una síntesis de algunos puntos técnicos de la maternidad subrogada y su conexión con las partes jurídicas, la sociedad y la ética:

Existen dos distintos tipos de fecundación que se dan en la maternidad subrogada: se le conocerá como fecundación homóloga cuando la pareja comitente aporta el material genético en su totalidad y la mujer contratada recibe el embrión en su útero. Por otro lado, cuando la mujer contratada, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoides de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido se llamará fecundación heteróloga.

La principal diferencia entre ambos tipos de fecundación consiste en los derechos y obligaciones que tendrá la mujer contratada. Se dice que en el caso de la fecundación heteróloga, que se conoce también como gestación subrogada, a la mujer que engendrará el embrión se le inseminará uno o más embriones. La fecundación heteróloga tiene un mayor costo que la fecundación homóloga, ya que conlleva muchos más gastos como lo son: exámenes médicos previos, medicamentos de fertilidad para estimular el crecimiento de los óvulos, ultrasonidos y trabajo de laboratorios, extracción del óvulo, fertilización en un laboratorio, trasplante del embrión al útero de la madre que engendrará el embrión e inyecciones de progesterona para ayudar al implante, etcétera⁹. En el caso de la fecundación heteróloga, dado que parte de la carga genética del bebé la aportará una mujer

⁹ LUNDSTORM, Meg.- *What to expect during IVF.*- <<http://www.webmd.com/infertility-and-reproduction/features/what-to-expect-during-ivf>> [Consultado el: 31 de diciembre de 2010].

distinta a la persona o pareja contratante, estos últimos probablemente descarten a una mujer basándose en condiciones como la inteligencia, pues no querrán una mujer con bajo coeficiente intelectual aporte dichos genes a su «hijo», o tampoco querrán a una mujer si tiene mala vista, o determinada característica de índole estético. O por el contrario podrían darse casos en que se busque engendrar un niño con algún defecto, tal como sucedió concretamente en los Estados Unidos con Sharon Duchesneau y Candy Mc Cullough, una pareja de lesbianas sordomudas que deseaban tener un hijo que fuera sordomudo. No obstante que por obvias razones, de acuerdo a la naturaleza era imposible que dos mujeres concibieran un hijo, ellas se aferraron a su deseo de tenerlo y que fuera a su medida, con los mismos padecimientos que ellas habían sufrido. Buscaron un donador de esperma que tuviera ascendencia hereditaria con problemas de sordera. Al nacer el bebé por medio de la inseminación en el vientre de Sharon Duchesneau, resultó que no era completamente sordo y que con un aparato especial el bebé podría oír. Sin embargo «las madres» argumentaban e hicieron la declaración frente a la prensa, que un bebé sordo sería una especial bendición, y aunque su sueño no se cumplió por completo, ellas no llevarían a cabo ningún tratamiento ni harían uso de ningún aparato al bebé para que pudiera oír. El niño crecería siendo sordomudo y más adelante darían derecho al niño, de decidir si quisiera utilizar un aparato para la sordera o no¹⁰. ¿Será ético por parte de una madre condenar a su hijo a una discapacidad por el simple deseo de hacerlo¹¹? Este tipo de cuestionamientos se irán desarrollando y respondiendo dentro del presente estudio.

Otro tema a tratar es el de la madre verdadera. ¿Quién es la madre real dentro de la maternidad subrogada? Es una respuesta complicada, pues aún pensando en el supuesto de que el material genético le sea absolutamente ajeno a la mujer contratada, o sea en la fecundación heteróloga, si se aplicara el axioma “*Mater semper certa est*”, lo cual significa que la madre será, con certeza, aquella que haya dado a luz al hijo, o sea que se supondría que la mujer contratada renuncia a su hijo, pero qué pasaría si opta por no hacerlo, en tal supuesto, nos encontraríamos ante un delicado dilema pues, por fuerza del acuerdo “*pactan*

¹⁰ Noticias BBC.- <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/1916462.stm>> [Consultado el: 24 de febrero de 2011].

¹¹ Resulta inmoral y ausente en lo absoluto de una aprobación ética el que una persona pretenda amar a un hijo y al mismo tiempo busque causarle una deficiencia o daño. La ausencia de un bien debido a la naturaleza del hombre, procurada es un déficit de racionalidad.

sunt servanda” se ve obligada a entregar al menor, pero por otro lado ¿no será injusto arrebatarle a una madre su hijo?

La maternidad subrogada trata distintos aspectos que se van entrelazando y lo que se pretende hacer es analizar todos y cada uno de ellos para concluir con una propuesta que, basada en el razonamiento ético y jurídico, los resuelva. Es en razón a lo anterior que el método de investigación por medio del cual se realiza el presente trabajo es el método analítico. Éste consiste en “tomar por punto de partida el conocimiento buscado, y retroceder, suponiendo órdenes de dependencia en los que ese conocimiento está incluido, hasta lograr la conexión con cadenas deductivas que son ya conocidas y evidentes”¹². En el presente trabajo lo que se pretende es analizar la historia, el fin del hombre y su naturaleza, saber con certeza qué es lo que le corresponde y lo que no, los problemas pasados, presentes y también los que probablemente se den en un futuro, los fundamentos jurídicos y finalmente, llegar a la propuesta, que basada en los principios mencionados en líneas anteriores, plantee la creación de normas jurídicas que reflejen la prioridad que se le da al hombre sobre la ciencia, siempre al margen de lo que es bueno para este, al margen de la ética. Aún cuando socialmente la maternidad subrogada suponga estar basada en el amor incondicional, resulta increíble, descubrir verdaderamente el momento en que se vive un amor puro y maternal dentro de la misma.

Retomando el caso de la pareja de mujeres lesbianas que deciden tener un hijo y que quieren que padezca de sordera al igual que ellas, valdría la pena cuestionarse ¿en qué momento la soberbia y el deseo ilimitado e irracional o capricho del hombre o la mujer puede rebasar cualquier principio básico de ética y sobretodo cómo puede opacar de tal manera a la maternidad? La maternidad es un lazo interpersonal y natural que se da en un principio por instinto, como puede verse en los mismos animales irracionales cuando protegen a sus crías. ¿Cómo puede ser que el hombre racional, con capacidad de amar, pueda desear un mal para su hijo y no solamente eso, sino creer y tratar que los demás se convenzan de que se trata de una bendición especial? Exactamente ¿quién envía esa

¹² DESCARTES, René, *Discurso del Método*, Ed. Colihue Clásica, Argentina, 2009, p. 39.

supuesta bendición? ¿Serán ellas mismas, el doctor o el laboratorio? Es un hecho que carece de sentido.

Insistiendo en la idea de que el presente trabajo se realiza bajo el método analítico, se estudia por un lado el aspecto ético, por otro el jurídico y finalmente el social, y resulta importante entender el valor de cada uno de estos aspectos. El aspecto ético es fundamental por ser la meta del actuar humano, el jurídico porque a través de éste se consigue concretizar lo que le corresponde a la ética y el social porque somos en conjunto y en lo particular los miembros que conformamos la comunidad y sobre quienes recaen las consecuencias. Algunos podrán preguntarse qué relación guardan las partes que participan en la maternidad subrogada con la sociedad, la respuesta en un primer plano es muy sencilla, dentro del impacto social que la maternidad subrogada provoca el primero de esos problemas corresponde a la familia. Ésta no sólo es una de las instituciones más ineludibles, sino es que la más importante dentro de las organizaciones sociales, pues independientemente del valor que tiene *per se*, es la base de los pueblos, municipios, ciudades, etcétera. La familia es el núcleo donde la persona comienza a desarrollarse y a interactuar con la sociedad. Siendo entonces la familia una institución de tal trascendencia, debemos promover su sano desarrollo y cuidar cada aspecto de la misma, ello incluye su origen. Más adelante, en el subcapítulo de la Problemática Social se ahondará en el tema.

Finalmente, antes de comenzar a entrar en materia, me gustaría agregar una pequeña aclaración: cuando se tome en cuenta alguna aportación de personas que formen parte de la Iglesia Católica o cuando se hable de moral, será importante subrayar que el enfoque de este trabajo no pretende desarrollar una apologética religiosa, las opiniones, estudios, o razonamientos que provengan de estas personas, buscan ser presentadas con la misma objetividad que cualquier otra. Tomando en cuenta los argumentos científicos y racionales que se señalen, más que la condición personal de los que los formulen.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer al Dr. Rodrigo Soto Morales, por la generosidad de su tiempo y conocimientos, por su motivación para la realización del presente trabajo, por su paciencia y sobre todo, por su impecable ejemplo tanto en el ámbito profesional como en el humano. Le quiero agradecer y además quiero compartir con él este logro, pues indudablemente también le corresponde.

Agradezco a mis papás por haberme ofrecido el mejor regalo que alguien puede recibir, la educación. Sin ese obsequio en estos momentos no podría estar concluyendo tan importante etapa de mi vida. Les agradezco por ser un ejemplo para mí y por estar siempre a mi lado para respaldarme y apoyarme en todo lo que he necesitado. Le doy gracias a mi familia, a mi abuela por sus sabios consejos y palabras que ha compartido conmigo, gracias a los cuales he podido ir forjando un criterio más humano, coherente y ético. A mis hermanas Natalia y Coco, por todos los momentos que hemos compartido, las alegrías y el cariño que me han dado siempre, porque sin ellas todo este ciclo que estoy por concluir, hubiera sido más difícil.

También quiero agradecer a mis amigos y amigas que han estado siempre a mi lado, por haber estado conmigo apoyándome y motivándome en este importante proyecto. En especial le agradezco a Juan Manuel Estrada Sánchez, Eduardo Romero Tagle, Vanessa Salazar Juárez, Ricardo Peña Ramos, Víctor Manuel Ramírez Ontiveros, Isabel López Padilla Tostado y Aline Cárdenas Solorio.

I. LA MATERNIDAD SUBROGADA A TRAVÉS DEL TIEMPO

La maternidad subrogada es un tema de actualidad y aún cuando esta técnica de reproducción humana asistida es relativamente nueva, la misma se lleva a cabo valiéndose de muchas otras técnicas, como lo son la prescripción de medicamentos o tratamientos que estimulan la ovulación, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la implantación de embrión en el útero y en algunos casos la manipulación embrionaria para elegir el sexo del bebé o modificar alguna característica de su genética. Las técnicas a través de las cuales se realiza la maternidad subrogada se han estado practicando desde varios años atrás, sin embargo es hasta hace poco que la maternidad subrogada se comienza a realizar. El cuándo, dónde y cómo, son preguntas que en el presente capítulo se buscará resolver, brindando elementos para sus respuestas.

Es importante comprender la etiología, o causas¹³ de la maternidad subrogada, conocer el origen para de esa manera poder entender lo que verdaderamente es y el por qué contiene tales características en la actualidad y no conformarse con saber únicamente el aspecto técnico. ¿Qué pasaría si no se conocieran los antecedentes de muchas de las costumbres sociales? Probablemente no se respetarían las mismas y por lo tanto sería difícil conservarlas. Sí no se sabe, no se comprende. Al igual que en el caso de la costumbre, es importante explorar los antecedentes de un proceso como lo es la maternidad subrogada, ya que de éste dependen varias situaciones que inevitablemente modificarían la vida del hombre en sociedad. Es entonces cuando el Derecho debe hacerse presente, para que después de estudiar y analizar una situación actual desde sus raíces o antecedentes, logre una legislación adecuada para tal escenario en ese momento y en un futuro.

¹³. RODRÍGUEZ ARAGONÉZ Socorro, *Salud mental del niño de 0 a 12 años*, Ed. Universidad Estatal a distancia, Costa Rica, 2002, p. 17.

“La norma jurídica se crea para regir la conducta humana en los casos en que el Derecho establece que deba producir determinadas consecuencias jurídicas”¹⁴. La experiencia muestra que por lo general, la causa de una regulación jurídica es alguna situación que trae aparejada uno o varios conflictos y que como efecto, el Derecho cumple con su labor de regularla tendiendo siempre a buscar el bien¹⁵ del hombre, pero partiendo siempre del conocimiento del origen para no errar malinterpretando, suponiendo algún detalle u omitiendo alguna cuestión principal.

Es importante conocer no únicamente el aspecto técnico, jurídico, ético o problemático actual de la maternidad subrogada, sino que además resulta necesario conocer sus raíces, para que después de comprenderlas, en conjunto con dicho análisis, se logre obtener un panorama completo desde distintas perspectivas, y mediante dicho apoyo en la experiencia, se legisle el tema favoreciendo al hombre.

El presente capítulo busca resumir ese origen de la maternidad subrogada separando los antecedentes en México y por otro lado los antecedentes históricos a nivel mundial. Se darán a conocer algunos casos concretos a partir de los cuales comenzó a darse este procedimiento y otros donde se exponen las consecuencias a las que la maternidad subrogada conlleva. Más adelante, dentro del mismo trabajo, se hará un breve estudio sobre la legislación, misma que se entenderá mucho mejor después de haber estudiado los orígenes del tema.

1. La Maternidad Subrogada en el Mundo

Es importante estudiar y conocer los antecedentes históricos fuera de México, ya que se vive en un mundo globalizado donde los conocimientos científicos y médicos se comparten internacionalmente y por ello los antecedentes de estos países resultan estar ligados a otros países.

¹⁴ SOTO ÁLVAREZ, Clemente, *Prontuario de introducción al estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil*, Ed. Limusa, México, 2005, p. 43.

¹⁵ El concepto de «bien» se estudiará con mayor profundidad en el Capítulo Tercero del presente trabajo, sin embargo para efectos de la idea que se presenta, agrego una breve definición de lo que es bien: el bien es un valor cuya vigencia obliga siempre al hombre. GUARDINI, Romano, *Ética*, ed. Biblioteca de Autores Cristianos, España, 1999, p. 31.

El primero de los antecedentes conocidos de la maternidad subrogada se encuentra escrito en el Antiguo Testamento, dentro del Génesis 21-8-14¹⁶. En él, se habla acerca de la historia de Abraham y su esposa Sarah. Ellos en razón de su avanzada edad, no podían concebir un hijo. Sin embargo según dice el Antiguo Testamento, Abraham estaba aferrado a la idea de que Sarah diera a luz un hijo, ya que a él le fue anunciando por el mismo Dios que sería el padre de una enorme descendencia. Abraham pensaba que con su esposa Sarah era imposible concebir un hijo, así que decide tener un hijo propio aunque sea ilegítimo. Abraham recurre a una esclava egipcia de nombre Agar y es con ella con quien logra realizar su deseo de ser padre y tener un hijo. Posteriormente Sarah, celosa de Agar, le pide a Abraham que la obligue a marcharse y él así lo hace.

Queda claro que en aquel pasaje Bíblico no se habla de la maternidad subrogada como la que se estará exponiendo en el presente trabajo, sino que se trata de una relación entre un patrón y su esclava de la cual nace un hijo ilegítimo. Sin embargo, sí se trata de una situación similar donde una pareja tiene problemas de infertilidad y para solucionarlos recurren a una alternativa nueva y distinta a la adopción. Abraham, el patrón, busca a una esclava que sería la equivalente a la mujer contratada para que engendre un hijo con la carga genética del padre, pero lo que no toma en cuenta es el cómo se sentirá la pareja que no tiene parentesco con el menor. Suponiendo que esta historia Bíblica se trasladara al presente, se podría tomar a Abraham como la parte contratante y a Agar como la mujer contratada. Luego de que Abraham, indistintamente de sus razones para hacerlo, se arrepintiera de querer al niño para el cual se contrató a Agar, cuando el supuesto acuerdo de maternidad subrogada se diera por terminado, la mujer contratada sería quien se quedara con el niño, aún cuando la única razón de su embarazo fue engendrar un bebé para

¹⁶ *La Sagrada Biblia.*- Génesis 21-8-14. Y creció el niño, y fue destetado; e hizo Abraham gran banquete el día que fue destetado Isaac. Y vio Sara al hijo de Agar la Egipcia, el cual había ésta parido a Abraham, que se burlaba. Por tanto dijo á Abraham: Echa á esta sierva y a su hijo; que el hijo de esta sierva no ha de heredar con mi hijo, con Isaac. Este dicho pareció grave en gran manera a Abraham a causa de su hijo. Entonces dijo Dios á Abraham: No te parezca grave á causa del muchacho y de tu sierva; en todo lo que te dijere Sara, oye su voz, porque en Isaac te será llamada descendencia. Y también al hijo de la sierva pondré en gente, porque es tu simiente. Entonces Abraham se levantó muy de mañana, y tomó pan, y un odre de agua, y diólo a Agar, poniéndolo sobre su hombro, y entrególe el muchacho, y despidióla. Y ella partió, y andaba errante por el desierto de Beer-seb.

entregarlo a cambio de una contraprestación y esa sería una hipótesis, dentro de muchas otras, en donde el Derecho deberá intervenir para evitarlas.

El segundo caso de gestación subrogada, del que se tiene conocimiento, se desarrolló en Mesopotamia a mediados del siglo XVIII A. C. Cabe destacar que en el reino de los sumerios la subrogación de vientre, obviamente bajo sus circunstancias, fue una práctica recurrente, y más aún consolidada legalmente. El Código del Rey Hammurabi hablaba acerca de las mujeres estériles, y de cómo ellas tenían la obligación de dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que éste pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. No obstante lo anterior, el Código establecía una especie de garantías para las mujeres contratadas que tuvieran hijos, entre las cuales, dichas esclavas estarían exentas del comercio. Un ejemplo de ello son los artículos del Código de Hammurabi que a continuación se citan:

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

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

146 § Si un hombre toma (por esposa) a una (sacerdotisa) *naditum* y ella le ofrece una esclava a su marido y alumbró hijos, pero luego esa esclava se considera del mismo rango que su dueña por haber dado hijos, que su dueña no la venda; la contará como esclava.¹⁷

La maternidad subrogada ha sido una práctica asimilable con algunas otras utilizadas por el hombre desde hace varios siglos. La historia inclusive habla de varios faraones egipcios que por la necesidad de tener descendencia, y que el gobierno de su estirpe no se viera truncado, se servían de sus criadas para obtenerlos. No obstante lo anterior, los hijos, siendo descendientes de un padre de familia pero de otra mujer que no era su legítima esposa, eran considerados como ilegítimos, y como tal se veían menoscabados en los beneficios que cualquier otro hijo legítimo podía llegar a tener. Es

¹⁷ FATÁS, Prof. Dr. Guillermo., Departamento de Ciencias de la antigüedad de la Universidad de Zaragoza.- <<http://www.unizar.es/hant/POA/hammtemas.pdf>> [Fecha de consulta: 27 de noviembre de 2011].

importante señalar que aún cuando se encuentren varios antecedentes que hagan referencia a la maternidad subrogada, de ninguna manera puede considerárseles homologables, pues sus condiciones son completamente distintas sin embargo, lo que se pretende es dar una visión de los primeros hechos que encaminaron al hombre a llegar al punto en que se encuentra hoy.

Pasando a otro punto de importancia para el tema en comento, no obstante el mismo se explicará más adelante en el Anexo II, dentro de la explicación del proceso técnico de la maternidad subrogada, la inseminación *in vitro* es una parte del proceso fundamental e indispensable. La investigación acerca de la fecundación fuera del cuerpo de una mujer para su posterior inseminación comenzó varios siglos atrás. En el año de 1677, el inventor del microscopio, Antoni van Leeuwenhoek, estudió el semen humano y fue el primero en ver espermatozoides. El mismo científico mencionaba que el útero de la mujer creaba un ambiente favorable para la germinación del espermatozoide. Mas de cien años después, el escocés John Hunter, siguiendo la lógica hasta ese día conocida, pensó en lograr reproducir un ambiente igual de favorable pero fuera del cuerpo de la madre y de esta manera llevar a cabo una inseminación artificial, aunque dada la falta de tecnología de la época la misma se llevó a cabo de manera burda. El Doctor Hunter realizó su estudio colocando en una jeringa caliente el semen de un hombre infértil que padecía de hipospadía, condición que hacía imposible la impregnación de su semen, tomó esa jeringa caliente con el semen de aquel hombre y la inyectó en la vagina de su esposa¹⁸. Como resultado, la mujer logró fecundar y dar a luz a un niño sano. Se dice que aquella fue la primera inseminación artificial en la historia. Ese fue uno de los primeros pasos que dio el hombre para llegar a todos los avances tecnológicos que hoy en día se tienen respecto de la materia.

Años más tarde, en 1880 el científico británico Walter Haupe, llevó a cabo el primer intento de fecundación *in vitro*, pero con animales. En tal experimento se utilizaron conejos, la investigación e intentos duraron 11 años hasta que se realizó con éxito una fecundación *in vitro* y transferencia de un embrión de una coneja a otra, haciéndola la primera hembra subrogada.

¹⁸ NULAND, Sherwin B., *Doctors, The Biography of Medicine*, New York: Knopf, 1988, pp. 171-199.

A partir del año 1920, aproximadamente, se empezó a utilizar la inseminación artificial con el semen del marido o un donante seleccionado especialmente, a manera de tratamiento contra la infertilidad. Hablando técnicamente, esto no era una cura o tratamiento que resolviera el problema de infertilidad, ya que después de haber sido inseminada artificialmente, la pareja, hombre o mujer, continuaría siendo exactamente igual de infértil que como lo fue antes de llevar a cabo la inseminación artificial.

Siguiendo con esta línea del tiempo, en el año de 1944, los ginecólogos J. Rock y M. Minkin cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un tubo de laboratorio, lo que se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular. Esta fue la primera fecundación *in vitro* con células humanas.

La maternidad subrogada como se menciona arriba, se compone de varias etapas y la fecundación *in vitro* es una de las etapas que se da en el proceso de la subrogación de vientre. La fecundación *in vitro* consiste en una fecundación extracorpórea de embriones humanos los cuales posteriormente se injertan dentro de una mujer que por alguna razón no le es posible lograr la concepción o simplemente por algún otro motivo no decide copular para llevar a cabo el embarazo¹⁹.

El primer nacimiento de un niño por medio de la fecundación *in vitro* que logró el científico Robert Edwards fue en el año de 1978, en la pequeña ciudad inglesa de Oldham. Luego de que el número de intentos de fecundación *in vitro* superó los 600 intentos fallidos²⁰. El día 25 de julio de 1978, un grupo de médicos hubieron transferido al útero materno un embrión de ocho células que resultó viable, nació Louise Brown, la primera niña concebida *in vitro*²¹.

¹⁹ PARDO, Antonio, publicado en la revista Mundo Cristiano, III-96. Información disponible en la página web de la Universidad de Navarra desde el día 25 de febrero de 2002, en: <<http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html>> [Consultado el día: 24 de agosto de 2011].

²⁰ Evitando eufemismos, se llaman a esos 600 intentos fallidos como 600 personas que tuvieron que sacrificarse, sin otorgar su consentimiento, por una causa que al día de hoy continúa siendo tema de debate en cuanto a su respaldo ético.

²¹ En la Revista *The Lancet*, volumen 376, 16 de octubre de 2010, p. 1293. Disponible en internet: <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(10\)61903-4/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(10)61903-4/fulltext)> [Fecha de consulta: 25 de agosto de 2011].

Lesley y John Brown eran una pareja de Bristol, Reino Unido²², ellos llevaban nueve años intentando concebir un hijo, sin embargo ello no era posible dado que Lesley tenía bloqueadas las trompas de Falopio. En el año de 1977 la pareja se decidió a intentar el método de fecundación *in vitro*. El Doctor Steptoe tomó unos cuantos óvulos de los ovarios de Lesley y los unió con el espermatozoide de John, una vez que obtuvo varios óvulos fertilizados, el Doctor Edwards lo colocó en una solución especial y finalmente procedió a colocar de regreso un óvulo fertilizado en el útero de Lesley. Pasaron semanas y Lesley no presentó ningún problema en el embarazo²³.

La fecundación *in vitro* tiene un principal problema bioético, para que se realice el embarazo de un solo embrión, deben fecundarse varios y al final todos los embriones que no son utilizados, quedan sobrando, por lo que los mismos son sencillamente depositados en la basura o congelados por un tiempo y si después no son reclamados se desechan. ¿Se sabe con certeza exactamente qué es lo que se está desechando? O ¿tan solo se imaginan y prefieren pensar que no son personas, sino simples compuestos de células que aun no tienen vida²⁴?

A partir del caso de Louise Brown se han abierto numerosas puertas a la tecnología relacionada con la concepción y nacimiento de hijos. En el año 2004 se registró el nacimiento de 10,242 niños engendrados por esta técnica, según los datos disponibles por de la Autoridad de Fertilidad Humana y Embriología²⁵, organismo regulador independiente en Reino Unido.

Volviendo a los años setentas, después del avance científico que representó la fecundación *in vitro*, el hombre comienza a incursionar en la ciencia y la tecnología y es

²² LOYARTE, Dolores y ROTONADA E., Adriana.- *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*.- Depalma Buenos Aires.- Argentina, 1995, p. 119.

²³ Del sitio web oficial de información y asesoramiento propiedad del diario The New York Times. <<http://history1900s.about.com/od/medicaladvancesissues/a/testtubebaby.htm>> [Consultado el día: 23 de mayo de 2011].

²⁴ “El desarrollo de un ser humano comienza con la fecundación, proceso en el cual dos células, el espermatozoide del hombre y el óvulo de la mujer, se unen para dar vida a un nuevo organismo” Langman, Jan. *Medical Embryology*. 3rd edition. Baltimore: Williams and Wilkins, 1975, p. 3

²⁵ Página web del Periódico *El País*,

<http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Louise/Brown/primer/nina/probeta/da/luz/nino/concebido/forma/natural/elpepusoc/20070116/elpepusoc_3/Tes> [Fecha de consulta: 24 de febrero de 2011].

entonces cuando comienzan los intentos firmes de estudiar el fenómeno de las técnicas destinadas a facilitar la procreación por medio de la maternidad subrogada²⁶. En el año de 1975 en California, Estados Unidos, se dio uno de los primeros pasos de esta técnica, cuando un periódico de esa ciudad publicó la solicitud de una pareja estéril para contratar a una mujer para ser inseminada artificialmente y que por este servicio se ofrecía una remuneración económica²⁷.

En el año de 1980 en Melbourne, Australia, luego de ocho años de trabajo en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata, nació otro de los primeros bebés fruto de una inseminación artificial. Solamente un año después en Estados Unidos se realizó el primer programa exitoso de fecundación *in vitro*. En la Unión Soviética, los experimentos de fecundación de óvulos fueron iniciados a finales de los años sesenta por Boris Leonov en Moscú y A. Nikitin en Leningrado. Los rusos no tardaron mucho tiempo en lograr que sus investigaciones y experimentos dieran frutos. En el mes de febrero de 1986 nació la primera niña de origen ruso, por medio de una inseminación *in vitro*. El procedimiento se llevó a cabo en el laboratorio del científico Boris Leonov, miembro de la Academia Rusa de Medicina y Ciencia Técnica.

En un comienzo, cerca de los años ochentas, los niños nacidos por medio de alguna técnica artificial eran casos fuera de lo normal, eran manifestaciones de avances que la ciencia estaba viviendo, pero paulatinamente se fueron convirtiendo en algo más común hasta llegar a lo que hoy en día se conoce con el nombre de maternidad subrogada.

El término de «maternidad subrogada» como tal, fue impuesto por Noel Keane, un abogado originario del Estado Míchigan. Keane en el año de 1976 inauguró la primera agencia de alquiler de vientres²⁸. En un comienzo la maternidad subrogada era una técnica que se realizaba utilizando únicamente el óvulo de la mujer contratada, fecundado con el

²⁶ MORO ALMARAZ, María de Jesús.- *Aspectos Cíviles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro*.- Colección, Librería Bosch, España, 1988, p. 41.

²⁷ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*, ed. Civitas, Madrid, 1988, p. 180.

²⁸ The New York Times.- *Obituaries*.- Publicado en internet el 28 de enero de 1997: <<http://www.nytimes.com/1997/01/28/nyregion/noel-keane-58-lawyer-in-surrogate-mother-cases-is-dead.html>> [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2011].

semen del hombre que haya contratado o de un donador de esperma, dejando fuera a la mujer contratante, en el sentido de que biológicamente no tendría ninguna relación con el bebé. En el año de 1988 habían nacido cerca de 302 niños cuyo origen era la subrogación de vientre. En el año de 1980 en los Estados Unidos se llevó a cabo el primer programa coordinado de maternidad subrogada tradicional con ayuda de la compañía *Surrogate Parenting Associates, Inc.* constituida un año antes por el Dr. Richard M. Levin. Esta asociación a la fecha ha contribuido al nacimiento de más de 500 niños, mientras que el propio Dr. Levin ha llegado a ser una persona mediática, al igual que el abogado Keane, quien como se dijo, impuso el nombre a la técnica de reproducción artificial «maternidad subrogada».

A finales de los años ochentas y principios de los noventas, no obstante la maternidad subrogada comenzaba a ser un tema «común», se prestaba a situaciones desconcertantes e impredecibles, mismas que en su mayoría al día de hoy persisten. Un claro ejemplo de lo anterior fue el caso que se dio en el mes de octubre de 1987 en Sudáfrica con uno de los primeros casos de maternidad subrogada en dicho país. La señora Patricia Anthony, de 48 años, gestó y dio a luz a sus propios nietos para su hija Karen Ferreira-Jorge, de 25 años. Karen, se encontraba imposibilitada de tener más hijos en razón de que años anteriores se le extirpó el útero porque había sufrido de una fuerte hemorragia postparto. Karen y su marido tenían ya un hijo, pero ellos quería tener tres hijos más, y no se conformarían con que estos fueran adoptados, debían tener sus genes. Karen y su marido se enteraron del proceso de la maternidad subrogada, sin embargo, ellos sentían temor e incertidumbre por la cuestión afectiva entre la mujer que gestara en su vientre a su hijo. En pocas palabras, sentían temor de que la misma no quisiera cumplir con su parte y se negara a entregar al nacido.

La madre de Karen, Patricia, entendiendo el gran deseo de su hija, accedió a la petición de la misma y subrogó su vientre para que se le hiciera una fecundación *in vitro*. Fue así como después de haber tomado la decisión, se le implantaron cuatro embriones de los once que se habían obtenido y que fueron desechados, tres de ellos resultaron viables y continuaron su desarrollo. Meses más tarde, le fue realizada una cesárea a Patricia para dar

a luz a los trillizos de nombres David, José y Paula. Tal evento no era algo que se viera todos los días, por lo que un canal británico pagó la cantidad de \$500,000.00 dólares americanos por tener derechos exclusivos sobre este reportaje. La legislación vigente en la República de Sudáfrica, la *Ley Child Status Bill*, consideraba como madre de los trillizos a la señora Anthony y, por tanto, tuvo que ceder la patria potestad a favor de su hija y yerno. Al final los padres contratantes se vieron obligados a adoptar a «sus propios» hijos y la abuela por su parte se vio obligada a ceder la patria potestad de sus hijos para que pasaran a ser su nietos. Este caso no fue el único de tal naturaleza en que el grado de parentesco fuera confuso, inclusive hoy en día se cuestiona la propia identidad de quien es la madre.

Casos como el que se comenta en líneas anteriores, existen varios, en la mayoría de los casos, faltan mujeres que se presten a la tarea de gestar un bebé ajeno para entregarlo después a cambio de dinero o de manera gratuita, por lo que para muchos de esos contratantes, la mejor opción termina siendo solicitar a un familiar cercano que funja como madre contratada.

Retomando la línea cronológica que se ha venido estudiando, se conoce que uno de los primeros casos de maternidad subrogada es el del bebé conocido como *Baby M*. En el año de 1985 cuando el matrimonio Stern celebró un contrato de maternidad subrogada con Mary Beth Whitehead.

El contrato plasmaba el compromiso que existía por ambas partes, por un lado por parte de la mujer contratada se pactaba que la misma no podría crear una relación materno-filial con el bebé y al mismo tiempo tenía la obligación de abortar si en los exámenes de amniocentesis se demostraba que el feto presentaba anomalías.²⁹ Por su parte los contratantes como contraprestación, se ofrecieron a pagar la cantidad de \$10,000.00 dólares

²⁹ Al igual que una manufacturera deshecha y no entrega los productos defectuosos, en el contrato de subrogación de vientre se pactó que si el bebé padecía alguna enfermedad debía eliminarse. Resulta inmoral y contrario a la dignidad humana matar a un ser humano simplemente por el hecho de que el mismo padezca alguna enfermedad.

americanos³⁰. El día 27 de marzo del año 1986 nació la niña sobre la cual versaba el contrato de maternidad subrogada, misma que más adelante fue conocida como “*Baby M.*”.

El bebé nació completamente sano, el único problema fue la negativa por parte de Mary Beth Whitehead para entregar a la niña de acuerdo lo pactado en el contrato previamente celebrado. Tanto la señora como el señor Whitehead, procedieron a registrar a la niña como propia y fueron a regresar el dinero a los señores Stern pues quería quedarse con ella. Era una realidad que los señores Whitehead y sobretodo la señora, sufrían y no querían desprenderse del bebé, inclusive un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento que había otorgado en su momento la señora Whitehead al momento de firmar el contrato, no había sido otorgado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que habría, pues el dolor de entregar un hijo que se tuvo durante nueve meses es difícil de imaginarse. En primera instancia el juez de New Jersey actuó y decidió entregar la custodia de la niña al matrimonio Stern y al mismo tiempo determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por Mary Beth Whitehead ante el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey y procedió la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato en razón de que un bebé no puede ser intercambiado por una cantidad de dinero. Sin embargo, al mismo tiempo mantuvo la sentencia a favor de los Stern y entonces serían ellos quienes tendría la custodia de la niña, pero deberían otorgar ciertos derechos de visita a los señores Whitehead. Aunque la madre legal continuaría siendo Mary Beth Whitehead, ella solo tendría derechos de visita.

Las razones que tuvo el tribunal supremo para dictar tal resolución, fueron principalmente motivos que indicaban que los señores Stern podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para *Baby M.* Hoy se sabe que aquel bebé, al cumplir los 18 años de edad inició el proceso de adopción para que Elizabeth Stern fuera legalmente su madre³¹.

³⁰ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Massigoge Benegiu, J.M. *La Maternidad portadora, subrogada o por encargo en el Derecho Español*, ed. Dykinson, Madrid. 1994, p. 28.

³¹ MERINO, *op. cit.*, pp. 36, 37.

Como acaba de comentarse, Estados Unidos es uno de los países que aporta los primeros casos de maternidad subrogada a nivel mundial.

Otro ejemplo que resulta interesante es el de China. Dentro de la cultura China la familia ha jugado un rol muy importante en la sociedad y que se habían venido reconociendo por el especial respeto que guardan a la cabeza de la familia y su orgullo por pertenecer a la misma, dándole bastante importancia a tales raíces familiares. Sin embargo, en las últimas décadas, su idiosincrasia ha cambiado en varios aspectos, por ejemplo, las estadísticas arrojan cifras que demuestran que mientras que en los Estados Unidos se realizan 1.4 millones de abortos anualmente, en China fueron 245 millones de bebés no nacidos en China durante el periodo entre los años 1975 y 2000. En China, tan solo en el año de 1983, se realizaron 14.371 millones abortos³². Gran parte del por qué en China existe un índice tan alto en abortos como el anteriormente mencionado, resulta de la legislación que el gobierno chino a partir de las décadas de los setentas, mismos años en los que comenzó el fenómeno de la maternidad subrogada. En ésta disposición se restringía a sus ciudadanos ó el número de hijos que podían tener. El control por parte del gobierno llegó a tal grado, que inclusive se obligaba a las mujeres que ya tenían un hijo, a realizar abortos tardíos forzosos. China llegó a realizar anualmente cerca de medio millón de abortos tardíos, estos es, dentro de los últimos tres meses de gestación.

En la época del comunismo se encarcelaban a mujeres embarazadas, en donde varios hombres se encargaban de convencerlas gritándoles que debían cumplir con su deber frente al Estado y abortar a los bebés. Después de «convencerlas» se les llevaba a un centro abortista donde se les inyectaba un veneno que provocaba un colapso cardiaco al bebé de entre seis y nueve meses de gestación, el niño moría después de aproximadamente veinticuatro horas de tormento y luego era alumbrado muerto³³.

³² AIRD John S., *Slaughter of the Innocents: Coercive Birth Control in China (La matanza de los inocentes: Control de natalidad coercitivo en China)*. Washington, D.C.: American Enterprise Institute, 1900.

³³ MOSHER Steven W., *A Mother's Ordeal (El calvario de una madre)*. *Reader's Digest*, Estados Unidos, febrero de 1987, pp. 49 a 55 y SHOUMATOFF Alex, *The silent Killing of Tibet (La matanza silenciosa del Tibet)*. *Vanity Fair*, mayo de 1991, pp. 76 a 80.

Otro problema de capital importancia al que se ha estado enfrentando China, es el de la gravísima discriminación al nacimiento de bebés de sexo femenino. Desde hace unas décadas la mayoría de los chinos venía prefiriendo tener hijos que hijas, ello por razones culturales, sociales y de conveniencia económica³⁴. Tal preferencia llevó a los hombres y mujeres al extremo de abandonar a las niñas recién nacidas. En algunos casos las niñas podrán ser rescatadas, pero en muchos otros han muerto en las peores condiciones.

La revista de *Atlantic Monthly*, publicó que hace algunos años mundialmente se registraba el nacimiento de 101.5 niños por cada 100 niñas, mientras que particularmente en China se registraban 116 niños por cada 100 niñas³⁵. Miles de personas en China han sido y son capaces de pasar por encima de cualquier tipo Derecho Humano, valor, ética, o sentido de humanidad, para obtener algo que consideran un bien mayor, un hijo de sexo masculino. Afortunadamente dicha cifra ha venido descendiendo, en el año de 1990 la tasa de mortandad de niños menores de cinco años era de un 48%, cuando en el 2010 ha bajado a 18%, al igual que la cultura de desprecio por los bebés de sexo femenino se ha venido reduciendo.

Bajo dicho bagaje cultural, ¿Cuál es la respuesta de China ante estas nuevas técnicas de reproducción? Podría concluirse que dado que en este país se pretende controlar la reproducción, el número de abortos resulta alarmante y a los menores se les trata literalmente como objetos desechables equiparables con la basura, no estarían interesados en lo más mínimo en una técnica cuyo objetivo final fuera ser padres de un bebé. Sin embargo en China, aunque parezca contradictorio debido al fuerte control de la natalidad que recientemente se mencionaba, también prolifera esta práctica aunque a la fecha de manera ilegal, simplemente en las últimas décadas se registraron alrededor de veinticinco mil nacimientos de bebés por medio del método de subrogación de vientre. En promedio

³⁴ El abandono, venta o asesinato de las niñas en China se da simplemente porque ellas no resultan igualmente productivas que un hombre y además no responden a la tradición sucesoria China que solo se otorga a los hijos varones. Si el gobierno únicamente les permite tener un hijo, los padres prefieren que sea varón y de esta manera pueda continuar con tal tradición. GALLEGO José Andrés y ADÁN PÉREZ José, *Pensar la familia*, Ed. Biblioteca Palabra, España 2001, p. 151. Para conocer un poco de la inhumanidad y crueldad con que se trata a estas niñas basta con ver el reportaje titulado *Las habitaciones de la muerte*, verse en internet en: <<http://www.youtube.com/watch?v=zZ28lhs2tHk>> donde se habla de un orfanato que a los niños los tienen en las peores condiciones imaginables, pero a una niña en particular se le deja morir en razón de su sexo.

³⁵ THURSTON, Anne F., *In a Chinese Orphanage*, de la revista *Atlantic Monthly*, Estados Unidos de America, abril 1996. Disponible en internet: <<http://www.theatlantic.com/issues/96apr/orphan/orphan.htm>> [Fecha de consulta: 23 de mayo de 2011].

una madre contratada en China cobra de entre 10,000.00 a 300,000.00 Yuan, cantidad que en comparación con lo que cobran en promedio en los Estados Unidos representa un gasto mucho menor³⁶.

Si en China el índice de natalidad es bastante bajo, el de uso de métodos anticonceptivos es bastante alto³⁷, los casos de infanticidio son escalofriantes ¿Por qué se da la subrogación de vientres? ¿Será acaso que es por mero interés económico de mujeres que ante la necesidad económica son capaces de llevar a cabo de manera ilegal ésta práctica? Ello podría ser una posibilidad.

Volviendo el enfoque sobre uno de los países donde mayor avance se ha tenido en el tema de la subrogación de vientre, los Estados Unidos, no obstante que como país carece de un tipo de uniformidad de posturas, existen dos principales argumentos a favor de ésta.

Por un lado se utiliza el argumento de que existe un derecho por el que toda persona puede tener una familia y por otro lado, se habla de que la maternidad subrogada representa una solución ante diversos problemas de infertilidad. Sin embargo, como réplica a tales argumentos, puede afirmarse que si bien es cierto resulta indubitable la afirmación de que toda persona tiene derecho a formar una familia, ello no implica que para lograrlo las personas gozan de alguna especie de inmunidad ante la violación de los derechos ajenos, en este caso principalmente los del bebé y los de los miles de cigotos congelados o desechados, sujetos a los cuales no se les respetan sus derechos como se verá más adelante en el capítulo tercero del presente trabajo. En cuanto al argumento de que la maternidad subrogada es una cura para la infertilidad, por un lado, la maternidad subrogada no cura la infertilidad de ningún hombre o mujer, pues después del nacimiento del bebé, la mujer u hombre continuarán con las mismas condiciones físicas de infertilidad; por otro lado en muchos de los países o Estados que la regulan, no necesariamente sufren de un problema de

³⁶ AW CHENG Wei, *The Chinese wombs for hire*, The Jakarta post, publicado el 13 de mayo de 2012. Disponible en internet: <<http://www.thejakartapost.com/news/2012/05/13/chinese-wombs-hire.html>> [Fecha de consulta: 01 de septiembre de 2012].

³⁷ De acuerdo a la investigación realizada por las Naciones Unidas, en el año 2006 en China un 84% de mujeres entre 19 y 45 años de edad utilizaban algún tipo de método anticonceptivo. Para consultar el dato previamente presentado, ingresar al sitio de internet: <<http://www.un.org/esa/population/publications/contraceptive2011/contraceptive2011.htm>> [Fecha de consulta 28 de agosto de 2012].

infertilidad, por lo que dicho argumento, desde el punto de vista de su utilidad como planeación demográfica, parece a todas luces resultar inútil.³⁸

Los antecedentes de la maternidad subrogada pueden mostrar un panorama de los problemas que por razón de la misma se han dado, aunque como es de imaginarse las situaciones actuales y futuras pueden ser aun más graves y dañinas para la persona humana y la sociedad.

Uno de los problemas más complicados al día de hoy es que la mujer contratada llegue a cambiar de opinión y decida que quiere quedarse con su hijo o hija, sin embargo, es una pequeña minoría o excepción de mujeres contratadas las que han logrado ganar tal batalla judicial y obtener la patria potestad de su hijo. Algunas veces también se ha dado el caso contrario, donde las personas que hubieron pactado con la madre contratada, al momento en que nace el hijo se reusan a quedarse con él, ya sea porque nacen mellizos o trillizos en lugar de uno solo, o desean un bebé del sexo opuesto, o el bebé tiene algún defecto físico, etcétera.

Representa un riesgo gigantesco el que con la misma libertad y tranquilidad con la que en varios Estados del mundo la gente puede acordar y comprometerse a tener un hijo por medio de la subrogación de vientre, de igual forma pueda desistirse. Pero, si se permite que las personas cumplan sus deseos de ser padres a través de la maternidad subrogada, ¿qué impediría que el mismo deseo llegara al extremo de permitir que los padres desprecien al menor porque éste no cumple con los requisitos y condiciones que sus expectativas se permitieron solicitar? Simplemente por mencionar algunos casos, en Rusia, una pareja contactó a la señora Zinaida Rakova, ella era una mujer de clase media baja, madre de cuatro niños. Zinaida Rakova quería comprar un departamento, al no contar con los recursos económicos para comprarlo, consideró la opción de subrogar su vientre, seguramente porque encontró mucho más sencillo llevar a cabo un embarazo que trabajar en algún oficio, por lo que accedió a subrogar su vientre, gestar un bebé y entregarlo a

³⁸ Departamento de Salud y Servicios Humanos, Centro de Control y Prevención de enfermedades, de Estados Unidos de América. disponible en internet: <http://www.cdc.gov/nchs/nsfg/abc_list_i.htm#infertility> [Fecha de consulta: 24 de febrero de 2011].

cambio de una contraprestación económica. Meses más tarde sin embargo, el padre biológico del bebé se presentó con la señora Rakova y le dijo claramente que él y su esposa no querían más al niño. Zinaida sintió gran pena por el bebé y no pudo dejarlo en el hospital, así que asumió la responsabilidad de criarlo y por supuesto que no recibió el dinero prometido, porque claramente para las personas que habían contratado a Zinaida, el hecho de no haber recibido el producto los eximía del pago previamente pactado³⁹. ¿Se debe entender entonces que dentro de un contrato de subrogación de vientre el objeto es el niño y no el «trabajo» de gestarlo nueve meses?

Otro ejemplo similar fue el que se dio con una pareja canadiense. Ellos contrataron a una mujer para que gestara un bebé y a cambio le entregarían cierta cantidad de dinero. Algunos meses después de que se logró el embarazo, la pareja se enteró de que el bebé por el que habían pagado a tal mujer para su gestación, padecía Síndrome de Down y por ello, al igual que una persona no paga por un producto cuando éste no está en las condiciones que desea, ellos decidieron no aceptar ni pagar por algo que no era su deseo, pues su hijo debía de encuadrarse a su amor condicional, debía ser un bebé sin nada que ellos consideraran como defecto, en este caso sin Síndrome de Down. La pareja sencillamente solicitó que la madre contratada abortara y se deshiciera del bebé⁴⁰.

En este tipo de casos, donde la parte que contrata a una mujer para gestar a quien en un principio desean como hijo y que por alguna circunstancia cambian de opinión, el único resultado es un mayor número de bebés disponibles para ser adoptados o en algunas excepciones que la mujer contratada permanezca con el menor⁴¹, sin embargo, pensando bajo esta misma lógica pro-maternidad subrogada, nadie querría adoptar niños, pues preferirían recurrir a la misma técnica y entonces el número de niños sin un hogar incrementaría y en tal punto se tendría un problema más, un alto número de niños sin una

³⁹ Pravda. RU.- Publicado en internet el día 20 de enero de 2011.- <http://english.pravda.ru/society/family/20-01-2011/116585-surrogate_motherhood-0/> [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2011].

⁴⁰ Artículo electrónico publicado por la prensa Rusa, el periódico Pravda. Publicado el día 20 de enero de 2011. <http://english.pravda.ru/society/family/20-01-2011/116585-surrogate_motherhood-0/> [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2011].

⁴¹ Se habla de que sería una excepción el que una mujer contratada para engendrar un hijo, ante el desprecio por quien o quienes la hubieron contratado, ella decida quedarse con el bebé, ya que en principio no busco su existencia y sí lo hizo fue solo por mero interés económico.

familia, que es lo que supuestamente promueve la maternidad subrogada: respetar y luchar por los derechos de formar una familia.

Los niños no pueden ser objeto de compraventa, tal y como se concluyó en el fallo dictado por la primera instancia de la Corte de Michigan en 1981 cuando después de que la señora Mary Roe fue contratada para ser inseminada artificialmente a cambio de cinco mil dólares americanos con el esperma de un señor cuya esposa era infértil, al momento de querer tramitar la adopción no se les permitió pues dicho Estado establece que “Excepto por concepto de gastos y honorarios aprobados por la corte, nadie ofrecerá, dará o recibirá ni dinero ni otros bienes de valor en conexión con ninguno de los siguientes casos: a) poner un niño en adopción... d) consentir la adopción...etcétera”⁴².

En California, un Estado de los Estados Unidos donde se permite la práctica de subrogación de vientres, en el año de 1991 se registraron 14,410 niños adoptados, diez años más tarde el número descendió a 9,202; por otro lado, de nuevo en Michigan, en el año de 1991 se registraron 4,758, diez años más tarde, aumentó la cifra a 6,274 niños⁴³. El hecho de que las cifras de adopción disminuyan al mismo tiempo que se permite la maternidad subrogada, no necesariamente significa que sea por tal razón, pero no se puede ignorar esta posibilidad que parece tener lógica, así como el hecho de que aquellos estados donde la maternidad subrogada no es una opción, la adopción siga siendo concurrida y vaya en aumento.

Continuando con los casos que forman al día de hoy el historial de la maternidad subrogada, en la ciudad de Járkov, hoy la segunda ciudad más grande en Ucrania, uno de los países más permisivos en la materia objeto del presente trabajo. Igual que el caso citado en párrafos precedentes, acerca de la abuela y madre de los hijos de su hija en Sudáfrica, una ucraniana se ofreció a ser la mujer contratada para gestar a los «hijos» de su hija, la cual había nacido con una malformación del útero. Aquella mujer al dar a luz, llegó a ser madre y abuela a la vez.

⁴² HURTADO OLIVER Xavier, *El Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte?* Ed. Porrúa, México, 1999. p.56

⁴³ U.S. Department of Health & Human Services. Cifras publicadas en el año 2004. Véase online, <http://www.childwelfare.gov/pubs/s_adopted/s_adoptedf.cfm#astertwo> [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2011].

Ese mismo año en Rusia, se llevó a cabo el primer programa de maternidad subrogada siendo éste en el Instituto de Obstetricia y Ginecología de San Petersburgo de la Academia de Ciencias Médicas. En dicho centro se dio un caso en el cual se puede apreciar con claridad como la maternidad subrogada puede considerarse para algunas personas inclusive un «favor» que una amiga puede hacer a otra. Una mujer, al tener su primer embarazo, se vio inmersa en ciertas complicaciones por lo que se le practicó una cesárea, sin embargo el niño murió al día siguiente y a ella le tuvieron que extirpar el útero. La mujer se encontraba devastada y tiempo después solicitó como «favor» a una amiga soltera, que gestara un bebé por ella. El embarazo fue un poco complicado pero al final dio a luz a unas mellizas. Como agradecimiento de su labor, la mujer contratante le regaló a la mujer contratada un departamento de tres habitaciones en San Petersburgo.

Sin necesidad de hacer una reflexión profunda, independientemente del hecho de que una mujer le haga el favor⁴⁴ de engendrar un hijo a una persona, que por sí mismo ya podría considerarse como un acto reprobable, aunado a ello el hecho de que a cambio se entregue un departamento, definitivamente es relevante en cuanto al tema del interés económico, mismo que será importante para definir el aspecto oneroso dentro de la maternidad subrogada. Lamentablemente al final de día suele existir la entrega de un departamento, un centro de maternidad subrogada generando ingresos, la transmisión discreta de dinero en efectivo, etcétera, a cambio de engendrar y entregar una persona humana.

Antes de concluir el subcapítulo de los antecedentes en el extranjero con una tabla donde se busca resumir cronológicamente lo que ha sucedido en la historia de la maternidad subrogada, se hará una breve referencia a lo que ha sucedido en los últimos años en relación con la misma.

En las últimas décadas comenzó a ser común ver como la gente con una supuesta apertura de mente a nuevas posibilidades y tecnologías que el mundo y la ciencia presentan,

⁴⁴ Se utiliza la palabra «favor» por ser el mismo eufemismo que utilizan para describir el acto por medio del cual una mujer engendra a una vida nueva, creando un fuerte lazo psicológico durante nueve meses, para después entregarla a otra mujer a cambio de un departamento que por supuesto de ninguna manera espera ser considerado como una contraprestación.

se «olvidó» de los conceptos verdaderos de persona humana, maternidad y amor filial. La mercadotecnia tiene tal poder e influencia sobre millones de personas que llega a tal grado de conseguir que la gente evite un razonamiento acorde a su naturaleza, y solo se enfoque en sus deseos o caprichos.

Un placebo bastante efectivo para el tema a tratar resultan ser algunas figuras públicas, mismas que son un ejemplo a seguir para millones de personas y que llevan a cabo la maternidad subrogada de manera «natural y atractiva»⁴⁵. Existen muchos artistas de cine y cantantes, que han recurrido a tales programas para tener a sus hijos. Algunos por ser homosexuales y estar impedidos biológicamente a reproducirse y ser padres pero siendo su deseo superior a su naturaleza buscan a toda costa tener un hijo, otros porque simplemente no desean «padecer» un embarazo y que el mismo les impida llevar a cabo ciertas actividades o les arruine la figura de su cuerpo que con tanto sacrificio han creado, algunos otros podrán buscar la maternidad subrogada a causa de su edad avanzada o por algún tipo de infertilidad pero una adopción no les satisfecería ya que el hijo no lo considerarían «suyo»⁴⁶.

Cada día es más frecuente encontrarse en los medios de comunicación noticias sobre niños que nacen por medio de la maternidad subrogada y el hecho de ver que los artistas, mismos que llegan a llamarse inclusive ídolos de la gente, engendran a sus hijos por medio de la subrogación de vientre, puede hacer sentir a la gente que es un acto completamente normal y hasta de moda, dejando entonces que la mercadotecnia y opiniones equivocadas opaquen la conciencia y lógica natural de lo que es ético y mejor para el hombre, de lo que le es inherente y va acorde a su fin último.

A continuación se agrega la tabla que en líneas anteriores se anunciaba, donde los autores Xavier Hurtado Oliver⁴⁷ y Faith Merino⁴⁸ resumen de manera cronológica, los

⁴⁵ Por ejemplo el caso del ya fallecido cantante Michael Jackson. Fue toda una noticia cuando el mismo anunció a todo el mundo que había recurrido a la maternidad subrogada para tener a su tercer hijo, Prince Michael II.

⁴⁶ Como si un hijo fuera una especie de cosa apropiable la cual resulta ser completamente propia cuando tiene nuestros genes y por el contrario parcialmente propia cuando no. ¿Qué será exactamente lo que de fondo buscan satisfacer las personas que recurren a la maternidad subrogada, será que buscan satisfacer un deseo de posesión, una necesidad irreal de ser «padres genéticos» ó un simple capricho?

⁴⁷ HURTADO, OLIVER, Xavier, *Op. Cit.*, p. 12.

principales hechos que han sucedido a través de los años, en relación con la maternidad subrogada. Varios de estos hechos ya se hubieron comentado en el presente capítulo, algunos otros debido a su aspecto meramente técnico únicamente se mencionarán en la tabla cronológica.

Año	Avance científico
2000-1500 A.C.	Según el Génesis, la pareja hebrea, Abraham y Sarah no podían concebir por lo que Agar, una esclava, concibe un hijo de Abraham.
1799	Inseminación Artificial, atribuida al médico cirujano escocés, John Hunter.
1944	Un profesor de medicina en Harvard, John Rock, es la primera persona en fertilizar un ovario fuera del útero.
1978	Primera fecundación <i>in-vitro</i> , en Inglaterra con el nacimiento de Louise Brown.
1980	Maternidad subrogada, el primer contrato de maternidad subrogada se reportó el día 15 de noviembre de 1980, en los Estados Unidos, con el abogado Noel Keane.
1983	Congelación de óvulos.
1984	Utilización de un embrión congelado.
1985	“Gift y Zift”. Se dan a conocer estas nuevas técnicas las cuales consisten en la implantación de células germinales o embriones previamente congelados, directamente a las trompas. Como en el caso de la técnica Gift, o en el útero como es el caso de Zift.
1986	En Estados Unidos de América. Caso Baby M.
1990	Ingeniería Genética, se anuncia el éxito de la misma para detectar enfermedades genéticas en los embriones y eliminarlas antes de su implante.
1991	Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI), técnica

⁴⁸ MERINO, *op. cit.*, pp. 287-311.

	que consiste en fecundar el óvulo de la mujer con un solo espermatozoide y se lleva a cabo de manera intracorporal.
1997	Maternidad senil, una mujer italiana de 63 años dio a luz a un bebé producto de un óvulo donado y fecundado <i>in-vitro</i> . ⁴⁹

I.2. La Maternidad Subrogada en México

Habiendo ya tratado el tema de los sucesos de mayor relevancia a nivel global, se aterrizará sobre aquellos que han impactado principalmente a México, por suceder precisamente en dicha nación. Debe advertirse que los antecedentes y sucesos en México no son tan extensos en comparación con otros países. No obstante, es importante mencionar aquellos principales antecedentes que llevan a México a la actual situación.

Uno de los primeros antecedentes jurídicos que se dio en México sucedió en el año de 1997, cuando el Estado de Tabasco incluyó en su Código Civil una breve referencia a la maternidad subrogada⁵⁰. Aun cuando dentro de dicho artículo únicamente se haga mención a lo que es una madre contratada y a las partes de la maternidad subrogada en función del parentesco de las mismas y no se prevén soluciones a varios casos hipotéticos más que estarse a lo ordenado en la adopción plena, tal suceso representa un gran avance pues es no únicamente el reconocimiento de tal tecnología de reproducción asistida y sus partes, sino que además se acepta como un hecho que la ley definitivamente no prohíbe, aún cuando éste no se regule de manera extensiva. El anterior artículo se volverá a comentar pero con mayor profundidad, en el capítulo II, donde se habla de la legislación actual.

⁴⁹ El mismo autor que nos comparte este cronograma hace la crítica a la maternidad senil por ser contraria a la naturaleza y tal vez a la moral. Es ahí donde las personas deben razonar y deducir si todo lo científicamente posible es natural, moral y éticamente posible. Se aprecia como la ciencia progresa, pero ésta no toma en cuenta aspectos plenamente humanos, porque no es de su incumbencia, con mayor razón el hombre entonces debe hacerlo.

⁵⁰ Código Civil para el Estado de Tabasco.- ARTÍCULO 92.-Deber de reconocer al hijo.-[...] En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles [...]En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre contratada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre contratada 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 contratada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

Independientemente de la legislación precedente, es importante conocer qué razones podría tener México en general como país para querer legislar a favor de la maternidad subrogada. Como ya se ha visto, uno de los principales argumentos a favor es el que la maternidad subrogada se considera erróneamente como una cura para la infertilidad, e independientemente de que ésta en realidad no es una cura por las razones ya expuestas dentro del presente capítulo, ¿qué tan alto es este porcentaje de infertilidad? Y por lo tanto, ¿qué tan urgente es esta necesidad de aumentar la densidad poblacional en México como para darle prioridad a los métodos reproductivos frente a muchos otros temas de salud que padece México?

En el año 2006, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) mostró cifras donde indicaba que en México un 70.9% de las mujeres utilizaban métodos anticonceptivos⁵¹. Eso quiere decir que dicho porcentaje de mujeres no desea en ese momento tener un hijo, teniendo entonces que solamente 2 o 3 mujeres de cada 10 desean ser madres en ese momento.

Por otro lado en el año 2008 se mostró que en México por cada 1000 mujeres de entre 25 y 33 mujeres, abortan⁵². De lo que podría deducirse que entre esas 25 y 33 mujeres algunas tomaban métodos anticonceptivos y no les resultaron, otras no tomaban pero no pensaban embarazarse y al estarlo optaron por abortar, y unas bajísimo porcentaje serían aquellas en las cuales el embarazo es resultado de una violación sexual. Ese número de mujeres que abortan se sumarán a las mujeres que utilizan métodos anticonceptivos, pues ambos grupos no desean concebir un hijo independientemente de la razón o la manera de intentar evitarlo.

En el año 2011, el índice de fertilidad en México era de 2.29, ello quiere decir que tomando a todas las mujeres mexicanas de edad fértil, cada una de ellas podría dar a luz a

⁵¹ Cifra mostrada por el INEGI, disponible en internet con última fecha de actualización el 3 de julio de 2012. <<http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/Default.aspx?t=mdemo121&s=est&c=17546>> [Fecha de consulta 20 de julio de 2012].

⁵² Cifra mostrada por CIMAC noticias, publicado el 6 de octubre de 2008, disponible en internet en <<http://www.cimacnoticias.com.mx/site/08100605-Por-aumento-de-abor.35107.0.html>> [Fecha de consulta: 20 de noviembre de 2011].

2.29 hijos dentro de todo el período que el cuerpo, de manera natural, le permite⁵³. Pensando de manera global, resulta claro que en México el nivel de fertilidad es bastante aceptable, ya que según la Agencia Central de Inteligencia, organismo gubernamental de los Estados Unidos (CIA, siglas en inglés para *Central Intelligence Agency*), el número ideal de hijos para que una sociedad se mantenga balanceada es el de dos y México sobrepasa dicha cifra, de hecho ocupa el lugar número 100 de 220 países en el mundo dentro de una escala de fertilidad⁵⁴. Con el argumento anterior puede replicarse a quienes afirman que la razón principal de la existencia de la maternidad subrogada en México es la infertilidad, pues se ha visto que en México la infertilidad no resulta un problema medular, además un alto porcentaje de mujeres de acuerdo a las cifras anteriormente aportadas, no desean ser madres. Y finalmente, como ya se hubo dicho en el presente trabajo, las técnicas de fecundación artificial no curan de raíz la infertilidad, sólo procuran ayuda para que la pareja pueda conseguir un hijo.

“La forma más adecuada para ofrecer la mejor solución a la infertilidad es buscar la causa médica que está impidiendo a las parejas el proceso normal para lograr la fecundación”⁵⁵. En el caso de que una pareja desee tener hijos biológicos y se vean impedidos en razón de la infertilidad de uno de los dos, sería importante conocer cuáles son las causas que producen dicha infertilidad y tratar de solucionarlo, ya que las técnicas de fecundación artificial y entre ellas la maternidad subrogada, no son terapéuticas pues las mismas no curan la infertilidad. Si una pareja con problemas de fertilidad acude a la maternidad subrogada y después quisiera tener más hijos, tendría que someterse de nuevo a este procedimiento. La maternidad subrogada no es una solución a la infertilidad pues no atiende las causas que la producen únicamente da una respuesta que de momento podría parecer que soluciona el asunto, pero que como se estará viendo en el presente trabajo, traerá consigo como consecuencia una cadena de problemas.

⁵³ CIA (siglas en inglés para *Central Intelligence Agency*, en español Agencia Central de Inteligencia), disponible en internet: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/docs/notesanddefs.html#2127>> [Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2011].

⁵⁴ CIA (siglas en inglés para *Central Intelligence Agency*, en español Agencia Central de Inteligencia), disponible en internet: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2127/rank.html?countryName=Mexico&countryCode=mx®ionCode=noa&rank=100#mx>> [Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2011].

⁵⁵ Opinión de la Doctora Especialista en Fertilidad, Karina Jiménez Robles. Publicada el 15 de agosto de 2011. Disponible en internet <<http://www.razon.com.mx/spip.php?article88188>> [Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2011].

México, siendo un país sin problemas graves de fertilidad que hagan peligrar el crecimiento balanceado de su población y por otro lado siendo un hecho que en México entre 7 y 8 mujeres de cada 10 utilizan algún método anticonceptivo y entre 25 y 33 mujeres de cada 1000 mujeres abortan, puede concluirse que en México no existe un problema demográfico ni un deseo desmesurado por parte de las mujeres, como en otros países, para supuestamente sustentar la práctica de subrogación de vientres.

De ninguna manera se pretende afirmar que por estos tres antecedentes la maternidad subrogada debe prohibirse en México, lo único que se pretende hacer es dejar en claro que partiendo de hechos y cifras reales, México no es un país que necesite un incremento en su población, ni es un país con problemas severos de infertilidad por lo que según tales antecedentes cualquier método que fomente la fertilidad y por su parte maternidad subrogada, independientemente de su aspecto negativo y viéndose como si fuera un método ético, jurídico y socialmente aceptable, no podría considerarse algo urgente comparado con otros tantos problemas de salud en México.

Un beneficio que la maternidad subrogada podría traer al país en comento se manifestaría en lo económico⁵⁶, sin embargo, dicho beneficio resulta insuficiente al confrontarse con la afectación ética, a la naturaleza humana, a la sociedad, a la lógica jurídica y a la dignidad del hombre.

El 19 de febrero de 2010, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, llevó a cabo un foro de discusión acerca de la “Ley de Maternidad subrogada del Distrito Federal, sus implicaciones médico legales”. En tal foro participaron funcionarios de la Secretaría de Salud del Distrito Federal, la Consejera Jurídica, especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto de Perinatología, personal del Tribunal de Justicia y de organizaciones de sociedad civil y se trató el tema. Como resultado de tal Asamblea

⁵⁶ Se habla de un beneficio de índole económico ya que el proceso de la subrogación de vientres es toda una industria que fomenta el comercio de instrumentos u objetos científicos o medicinas, el trabajo de doctores, enfermeras, científicos y abogados, así como el turismo de mujeres de otros países donde se prohíbe la maternidad subrogada y que vendrían a México para buscar un vientre de una mujer mexicana, los laboratorios, etcétera.

Legislativa, así como de otras discusiones, planeaciones, negociaciones, etcétera, en el Distrito Federal se reguló y como resultado existe un régimen que norma la maternidad subrogada, aunque al día de hoy no se ha publicado y por lo tanto no se encuentra vigente dicha ley, la misma se discutirá en el Subcapítulo de la Legislación Mexicana. Sin embargo, como se verá más adelante, aun cuando dicha ley revista de gratuidad al contrato de maternidad subrogada y por lo tanto pueda pensarse que no beneficiaría económicamente a la sociedad, tal conclusión resulta imprecisa, en el Capítulo Tercero se explicará el porqué.

II. LEGISLACIÓN ACTUAL

El tema de la maternidad subrogada aun siendo una realidad inminente, no se encuentra legalmente regulada en varios de los lugares donde se conoce o inclusive donde se realiza. La mayoría de los países han preferido mantenerse al margen y no emitir una opinión favorable o negativa al respecto mediante su legislación.

El Derecho fue creado por el hombre y para el hombre, no al revés, por lo tanto, el hombre después de experimentar alguna situación que de una u otra forma le afecta, busca regularla. Es difícil pensar en una norma que regule una situación inexistente, la ley busca prevenir que se repita un hecho que ya se hubo dado y hubo afectado con anterioridad a cierta parte de la sociedad, la intención de dicha ley será la de evitar su repetición.

En el presente capítulo se expondrán algunas de las distintas opiniones y legislaciones que ciertos países tienen respecto de la maternidad subrogada, empezando por la legislación mexicana.

1. Legislación mexicana

México es un país en el cual la maternidad subrogada no ocupa el primer lugar en cuanto a su prioridad para legislarse, definitivamente tampoco es un país fundador de dichas técnicas ni cuenta con la cantidad de clínicas que poseen otros países para que se lleve a cabo la misma. No obstante lo anterior, tal como se dijo en la introducción del presente Capítulo, el Derecho va detrás del hombre y de su realidad, por lo que no tendría nada de extraordinario que los legisladores regularan el tema⁵⁷. La pregunta que los legisladores ahora deberán hacerse sería ¿legislar a favor? o ¿legislar en contra?

Dentro del tema de la maternidad subrogada existen varios aspectos de los cuales dependerá el poder concluir que la misma es aceptable o por el contrario, repudiable. Entre

⁵⁷ Dentro del presente subcapítulo se expondrá la legislación del Distrito Federal, Tabasco, Coahuila y Jalisco. Ello en razón de que resultan ser las más relevantes para el tema.

dichos aspectos a observar, necesariamente se debe de hablar del tema de la madre verdadera, ¿quién es la madre de ese bebé que nace como resultado de la maternidad subrogada? Es precisamente desde aspectos como el anteriormente señalado que el tema podrá parecer ambiguo.

Desde épocas del Derecho Romano, la gente sabía que la madre era indudablemente la que había dado a luz, *mater sempre certa est o partus sequitur ventem* (madre es la que pare) y *pater est quem nuptias demonstrant* (padre es el marido de la madre)⁵⁸. Antes de que surgieran los avances tecnológicos y médicos en relación con la reproducción humana, dicha frase era indubitable, sin embargo ahora presunciones como la anterior comienzan a cuestionarse por unos cuantos que son de la opinión de que una madre no será necesariamente aquella mujer que da a luz.

Al respecto la legislación vigente en el Estado de Jalisco, particularmente el Código Civil del Estado de Jalisco (CCJ), al igual que su correlativo en el Código Civil Federal (CCF), ordenan lo siguiente:

“CCJ Artículo 424.- El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden unas de otras de un mismo progenitor o tronco común.”

“CCF Artículo 293.- El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.”

Ambos Códigos al decir que existe parentesco de consanguinidad entre una persona y su descendiente o entre esta última y su progenitor, hablan de que el parentesco consanguíneo se da entre una mujer que da a luz y/o que aportó el material genético, o sea el o la progenitora, y el hijo, o en el mismo sentido entre el hombre que aportó el material genético o progenitor y el hijo consecuencia de la misma.

⁵⁸ HURTADO, OLIVER, *op. cit.*, p. 15.

Según la lógica de nuestra regulación actual, la mujer, hombre o pareja que hubiera contratado en el caso de la maternidad subrogada, con excepción del hombre que hubiere aportado el material genético, no tendrá un parentesco de consanguinidad con el bebé⁵⁹.

Una de las consecuencias de la relación filial es que los padres quedan obligados a dar alimentos a los hijos, tal como lo ordenan tanto el CCF como el CCJ:

“Artículo 434 del CCJ.- Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, hasta que alcancen la mayoría de edad o llegando a ella sean incapaces. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas, que estuvieran próximos en grado.”

“Artículo 303 del CCF.- Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado.”

Si bien en los artículos 424 del CCJ y 293 del CCF quedó claro que existe un parentesco consanguíneo entre el hombre que aportó el material genético y el hijo, ¿qué sucedería en el supuesto que la mujer que fue contratada para engendrar al bebé al final decidiera quedarse con el mismo, tendría derecho a pedirle al padre legítimo el cumplimiento de su obligación de dar alimentos al menor? Ese representaría uno entre muchos otros problemas que se esbozaran en el próximo Capítulo.

México siendo una República Federal, puede emitir normas en sentidos opuestos en cada una de sus entidades federativas, siempre y cuando las mismas no afecten la debida concurrencia y competencia normativa ordenada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la fracción décima sexta de su numeral septuagésima tercera. A nivel

⁵⁹ Tan es así que en el Estado de Tabasco se le da el tratamiento equivalente a una adopción plena, entendiendo que la madre que da en adopción al menor equivale a la mujer contratada.

Federal la Ley General de Salud al día de hoy no regula la maternidad subrogada, sin embargo ello tampoco significa que la prohíba. Lo que sí regula la Ley General de Salud es la planificación familiar:

Artículo 68.- Los servicios de planificación familiar comprenden:

- I.** La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar y educación sexual, con base en los contenidos y estrategias que establezca el Consejo nacional de Población;
- II.** La atención y vigilancia de los aceptantes y usuarios de servicios de planificación familiar;
- III.** La asesoría para la prestación de servicios de planificación familiar a cargo de los sectores público, social y privado y la supervisión y evaluación en su ejecución, de acuerdo con las políticas establecidas por el Consejo Nacional de Población.
- IV.** El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana;
- V.** La participación en el establecimiento de mecanismos idóneos para la determinación, elaboración, adquisición, almacenamiento y distribución de medicamentos y otros insumos destinados a los servicios de planificación familiar.
- VI.** La recopilación, sistematización y actualización de la información necesaria para el adecuado seguimiento de las actividades desarrolladas.

Como puede verse en el anterior artículo, la Ley General de Salud no prevé la maternidad subrogada y de igual forma tampoco prevé la fecundación *in vitro*. Si bien habla del apoyo y fomento de la investigación y de la participación en el establecimiento de mecanismos idóneos para la distribución de medicamentos y otros insumos destinados a los servicios de planificación familiar, pero nunca expresamente la maternidad subrogada o la fecundación *in vitro*.

La fecundación *in vitro* es una técnica que se ve estrechamente relacionada con la subrogación de vientre, siendo ésta un paso importante dentro del procedimiento de la subrogación. Dicha técnica consiste en tomar el óvulo directamente del ovario de una mujer, para posteriormente fecundarlo artificialmente en un laboratorio, y finalmente depositarlo en el útero de la misma u otra mujer mediante una cánula especial. Los demás embriones que se hubieron fecundado (frecuentemente llamados “embriones sobrantes”) se

guardan congelados, se desechan en la basura, se donan a otras parejas, o se utilizan para fines de investigación científica⁶⁰.

El trato que dentro de la fecundación *in vitro*, así como también en la subrogación de vientre en general se le da a los embriones humanos, resulta inhumano y contrario a su dignidad. A nivel internacional la Convención de los Derechos del Niño⁶¹, tratado internacional que reconoce los derechos humanos de los niños y las niñas, señala en su preámbulo lo siguiente:

[...] Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. [...]

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". [...]

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño. [...]

De acuerdo a dicha Convención de los Derechos del Niño, se entiende como niño a cualquier menor de 18 años, sin distinción alguna inclusive por motivos de nacimiento. Por lo tanto debe de protegerse al niño buscando siempre, como bien señala el preámbulo, el mejoramiento de las condiciones de vida. Bajo dicha lógica se tendría por ejemplo que la crioconservación⁶², tan necesaria en procedimientos de subrogación de vientres, resulta completamente opuesta al mejoramiento de su vida humana, que por el contrario pone en absoluto riesgo la vida del embrión humano. La Convención habla también del cuidado y protección legal que se le debe de dar al niño inclusive antes del nacimiento y de su desarrollo armonioso. ¿Qué tan armonioso y dignificante será existir y ser concebido en una probeta, ser engendrado en el vientre de una mujer a quién después de nacer no volveremos a ver y crecer con una pareja o una persona cuyo amor paternal y/o maternal resulta condicional?

⁶⁰ Centro de Humanidades Biomédicas de la Universidad de Navarra, publicado el 25 de febrero de 2002. <<http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html>> [Fecha de consulta: 24 de agosto de 2011].

⁶¹ Convención de los derechos del niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

⁶² Se entiende por crioconservación el almacenamiento, en este caso de embriones, en cierta cantidad de nitrógeno a una temperatura de -196°C.

Al igual que la Convención anteriormente citada, dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶³ se prevén una serie de derechos a los cuales tendrán acceso todas las personas:

Preámbulo.- Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, [...]

Artículo 2.- 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...]

Artículo 6.- 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. [...]

Artículo 7.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Como puede verse, al igual que en la Convención de los Derechos del Niño, dentro del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prohíbe someter a cualquier ser humano a torturas, tratos crueles y particularmente a experimentos médicos o científicos, tal como en muchos casos sucede con los ya mencionados «embriones sobrantes». Este tema de los «embriones sobrantes» resulta crucial, ya que no obstante los tratados internacionales ratificados por varios países, las diversas Constituciones y Códigos Civiles Estatales en México, la conciencia recta de miles de ciudadanos están en contra de todas esas conductas denigrantes, aun así existe una permisón que el mismo hombre otorga a través de la ciencia para que se ponga fin definitivo a miles de vidas humanas. Se profundizará en el tema más adelante en el Capítulo de la Problemática.

⁶³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Es importante conocer la relevancia y la obligatoriedad que tanto la Convención de los Derechos del Niño, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tienen dentro de México. Los mismos forman parte de los tratados internacionales que México ha ratificado, los cuales deben respetarse y acatarse por encima de cualquier ley general, federal y local. Lo anterior de acuerdo a la siguiente tesis:

Tratados internacionales son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la CPEUM permite identificar la existencia de un orden jurídico superior de carácter nacional, integrado por la constitución federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el estado mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre estados u organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales y, además, atendiendo al principio de derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional⁶⁴.

De acuerdo a lo que se señala la jurisprudencia anteriormente citada, México no puede violar en forma expresa o tácita los tratados internacionales y resoluciones de organismos internacionales, ya que los mismos se encuentran en un orden jerárquico superior al de las leyes federales y estatales. Por lo anterior que la legislación general, federal o estatal deberá mantenerse al margen de lo anterior, así como también de lo que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No obstante lo anterior, en el Distrito Federal, el día 26 de noviembre del 2009, el grupo parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, en la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, presentó una iniciativa con proyecto de decreto por el que se expidió la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal (LMSDF), misma que fue presentada por la Diputada Maricela Contreras Julián, del Grupo

⁶⁴ Tesis Aislada (Constitucional), Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro No. 172650, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril 2007, p. 6.

Parlamentario de dicho partido político. La ley fue aprobada con 40 votos a favor, 10 abstenciones y uno en contra por el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

A continuación se comentarán algunos de los artículos de la LMSDF⁶⁵:

Artículo 1º. La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada. 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 unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato 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.[...]

La Ley establece que únicamente se permitirá la maternidad subrogada donde sea la misma pareja contratante la que aporte el óvulo fecundado para que se implante en el útero de la madre contratada. Ello justificado en que de esa manera los mismos serían poseedores de la paternidad o maternidad, sin importar, como ya se ha comentado, los nueve meses de embarazo donde una mujer gesta a su hijo, pudiendo concluir entonces con que el tiempo en el que una mujer gesta al embrión, lo alimenta permitiendo que éste desarrolle sus órganos y creando una conexión trascendente entre aquella mujer y el niño, carecen de importancia y sólo son un eslabón más en el proceso de fecundación de una persona.

Cabe aclarar que el embarazo no es algo que deba pasar desapercibido o al cual se le deba restar importancia. Desde el siglo XVIII, el arquetipo del hombre del renacimiento, Leonardo Da Vinci, hablaba de la influencia que tiene en embarazo sobre el niño por nacer, comenta que las cosas deseadas por la madre, quedan grabadas en el niño. Ello puede ser un deseo, un temor, una voluntad, etcétera. Leonardo Da Vinci hablaba de que si un niño tiene problemas para nacer y la madre tiene grandes deseos por que nazca, el niño se verá transmitido de los mismos y gracias a ello aumentarán sus posibilidades de sobrevivir. El médico y autor, Gabriel F. Federico, comparte de cierto modo tal argumento, afirmando que los hijos pueden darse cuenta de las actitudes que tiene la madre en el momento del

⁶⁵ Iniciativa con Proyecto de Decreto por que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, consultada en <<http://www.aldf.gob.mx/1er-periodo-ordinario-204-2.html>> [Fecha de consulta: 01 de agosto de 2012].

embarazo hacia él, ya sean de amor o de rechazo. La Doctora Isabel Fernández del Castillo afirma que el vínculo intrauterino que se crea entre la madre y el hijo, no tiene por qué ser consciente, una mujer embarazada está vinculada con su hijo aunque no lo sepa⁶⁶. En relación con el estado consciente del feto, el doctor Nijhuis hace la observación de que un feto no se encuentra en un estado de sueño, sino que por el contrario se encuentra al igual que cualquier persona despierta. Ello lo comprueba con el movimiento de ojos que se observa en un embrión desde las primeras semanas, siendo éste el de un humano despierto y no el movimiento de ojos que realiza una persona mientras duerme⁶⁷.

Por su parte De Casper y Fifer confirman que los recién nacidos reconocen la voz de su madre y prefieren escucharla frente a otras voces femeninas en competencia, de esta voz, el bebé capta la tonalidad afectiva que le impregnará decisivamente. En relación a esto, Claude Rakowska-Jaillard afirma que el entorno auditivo-sonoro del feto ejerce una profunda influencia sobre el desarrollo de los sentidos y la afectividad del bebé y a través de los sonidos se contribuye a una psique infantil equilibrada⁶⁸. Por otro lado se ha comprobado que la ansiedad y el estrés en las madres produce fenómenos de vasoconstricción⁶⁹ en su intestino y su placenta, o sea que estas tensiones psíquicas afectan al feto ya sea por la vía alimenticia o provocando que no se logre construir una placenta sana como una barrera infranqueable.

El lazo maternal comienza desde la fase prenatal, y estas relaciones como se ha visto, son típicamente psicobiológicas⁷⁰. El doctor Thomas Verny, en la década de los 70's, habló de la educación prenatal a través de la comunicación física, emocional y mental entre la madre y el feto. Esta educación consistía en ejercicios y prácticas de relajación, armonización, visualización y comunicación pensadas para cada semana del embarazo⁷¹. Si puede hablarse de educar a los bebés desde el vientre, se sabe entonces que existe una comunicación entre la madre y el hijo y de ahí nace el primer lazo entre la relación de

⁶⁶ F. FEDERICO, Gabriel, *El Embarazo Musical*, Ed. Kier S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005, pp.117- 118

⁶⁷ NIJHUIS, Jan G., *Fetal Development*, Ed. Lawrence Erlbaum Associates, Inc., Estados Unidos de América, 1995, pp. 67-68.

⁶⁸ PERINAT, Adolfo, *Psicología del desarrollo. Un enfoque sistémico*, Ed. UOC, España, 2007, pp. 84-92.

⁶⁹ Vasoconstricción es el estrechamiento (constricción) de vasos sanguíneos por parte de pequeños músculos en sus paredes.

⁷⁰ PERINAT, Adolfo, *Op. Cit.*, pp. 84-92.

⁷¹ VERNY, Thomas y KELLY, Thomas, *La vida secreta del niño antes de nacer*, Ed. Urano, Argentina, 2007, pp. 30-45.

maternidad. Muchos otros investigadores dieron continuidad a las investigaciones de Verny. David Chamberlain, Rene Van de Carr, Gabriella Ferrari o Gino Soldera, entre otros, han desarrollado distintas metodologías que incorporaban el conocimiento de que los sentidos del feto funcionan como mucha agudeza y desde muy pronto. En particular el Dr. David Chamberlain comenta las experiencias que varios pacientes han tenido por medio de la hipnosis donde hablan de sus sentimientos inclusive cuando se encontraban dentro del vientre de su madre, por ejemplo la vivencia que tuvo una mujer cuando estando hipnotizada recordó lo que sentía en sus inicios de vida: Piensan que no soy una persona. Sé que lo soy. Chamberlain enumera entre algunos de los aspectos esenciales de la paternidad prenatal:

- a) **Crear bases emocionales.** Aun cuando para muchas personas pueda resultar una sorpresa, el feto que vive en el útero de la madre siente emociones y las expresa, por ejemplo, a partir de la de la décima semana de embarazo se pueden observar gestos que revelan autocontrol, intereses y necesidades del bebé. Posteriormente, entre la décima tercera y décima sexta semana, es capaz de oír las voces de los padres y a las 15 semanas reacciona a la risa de la madre. La vida uterina no es un estado parecido al de un largo sueño en donde el bebé se va formando, sino que es un mundo en comunicación intensa, principalmente con la madre. El sistema emocional del niño se va organizando en función de estas experiencias tempranas. Un feto que se sienta rodeado de violencia, indiferencia, o miedo, se prepara para un mundo exterior dominado por esas emociones. Por el contrario, la creación de un vínculo afectivo positivo con la madre es una condición para que el hijo llegue a establecerlo con las demás personas, con la sociedad y con la naturaleza.
- b) **Establecer un fuerte lazo con el bebé antes de su nacimiento.** El bebé desde antes de nacer ya puede escuchar conversaciones y aunque no entienda

el significado de las palabras, puede captar perfectamente el tono emocional⁷².

Luego de ver la importancia de la psicología prenatal, derivada en gran parte del lazo que se crea entre la madre y el hijo en su vientre, se hace una observación a lo que el autor Michael J. Shea⁷³ afirma, cuando afirma que gran parte de los problemas psicológicos en los niños y adultos tienen su origen en experiencias que se vivieron en el vientre de la madre. Así mismo hace una guía de los principales hechos que suceden en la vida uterina para que conociéndolos se procure evitar problemas psicológicos con la persona que aun se encuentra en el vientre materno y mejorar sus futuras relaciones humanas, algunos de ellos son los que a continuación se enuncian de manera resumida:

1. Las experiencias vividas en el vientre materno afectan determinadamente la forma en que un ser humano se relacionará en un futuro con otras personas y su forma de ser.
2. Los seres humanos están consientes a partir de los primeros periodos de gestación.
3. El desarrollo del bebé se ve fuertemente influenciado por las experiencias y sentimientos de la madre. De ahí el lazo emocional tan fuerte que se crea entre un bebé y la madre que lo gesta.
4. Existe una necesidad innata por parte del feto de seguridad, amor, de sentirse deseado y valorado.
5. El lazo emocional que se crea entre el bebé no nacido y la madre es de gran importancia como ya se ha dicho. En caso de que después de nacido el menor se separe de la madre definitivamente sufrirá la violenta e inesperada ruptura de dicho lazo.

Volviendo a los artículos de la iniciativa de ley en el Distrito Federal, el artículo onceavo de dicha ley, hace referencia al tema de la onerosidad:

⁷² McCARTY, Wendy Anne, *La conciencia del bebé antes de nacer*, Ed. Pax México, México, 2008, p. XV introducción.

⁷³ SHEA, J. Michael, *Biodynamic. Craniosacral Therapy*, Ed. North Atlantic Books, Estados Unidos de América, 2010, pp. 202-206.

Artículo 11. [...]A la mujer gestante se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante y en su caso, del DIF-DF para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo. Bajo protesta de decir verdad, la mujer gestante manifestará que [...] no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

La Ley establece que cualquier mujer puede prestar su útero para la gestación de un embrión, siempre y cuando no se establezcan fines de lucro. La misma promotora de la iniciativa reveló que en los anuncios clasificados en los periódicos de mayor circulación se ofrecen hasta en \$800,000.00 pesos por una subrogación de vientre. El argumento que expone la Diputada, es que regulando la maternidad subrogada y permitiéndola cuando sea manera gratuita, se evitaría la onerosidad de la misma.

No obstante, si se analiza el panorama completo y se piensa en que al permitirse la maternidad subrogada más personas recurrirán a ésta, pues muchos habitantes del Distrito Federal que actualmente desean llevar a cabo una subrogación de vientre lo hacen clandestinamente, o claudican sus intenciones por temor a ser descubiertos al momento de pagar o que el Estado no legitime dichos contratos, o finalmente terminan viajando a otro país donde sí está permitido y regulado. Una vez que dicha Ley fuera expedida, todas estas mujeres y parejas del Distrito Federal que desean llevar a cabo la procreación de un bebé por medio de la maternidad subrogada, podrían hacerlo en el Distrito Federal. Posteriormente cabría cuestionarse ¿cuántas mujeres querrán prestarse para engendrar un bebé, gestarlo durante todos los nueve meses y después entregarlo a la mujer, o pareja que la hubo contratado de manera gratuita? Podría comprenderse que en algunos casos los mismos familiares o amigas podrían prestarse a realizar tales labores, pero en el caso contrario ¿qué tan probable sería que una mujer subrogue su vientre de acuerdo a lo que marca la Ley y por otra parte, de manera secreta cobre cierta cantidad económica?

Ante una ley que permita la maternidad subrogada habrá un aumento en la demanda de mujeres que subroguen su vientre, en muchos casos no se contará con una persona que quiera prestarse a embarazarse y entonces aumentarían los casos de pagos clandestinos a cambio de la subrogación de un vientre, ya que muchos obstáculos legales habrán desaparecido.

Por otra parte, en el Artículo 11° de la ley en comento se habla de vigilar entre otros aspectos de la mujer contratada, el económico y social, ¿podría decirse que tales condiciones no son similares a las condicionantes que una persona con recursos económicos exige al buscar contratar un servicio o comprar algún producto en específico? ¿Será éticamente correcto utilizar a las personas como objetos y llegar al grado de elegir las según sus condiciones sociales?

Artículo 15. El Instrumento para la Maternidad Subrogada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: [...] III. Contener la manifestación de las partes de que el Instrumento se suscribe sin ningún objeto de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del menor. Previa firma del Instrumento, el Notario Público deberá consultar el Registro a que refiere el artículo 27 de esta Ley, constatando que la mujer gestante no ha participado en más de un procedimiento de Maternidad Subrogada.

Artículo 28. Es nulo el Instrumento para la Maternidad Subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias: [...] III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y IV. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

Los artículos 15° y 28° hablan de respetar la dignidad humana, sin embargo en ninguna parte de dicha Ley se hace una manifestación expresa de cómo es que se respeta la misma dentro de un procedimiento que busca utilizar mujeres con cierto perfil para que sirvan como instrumentos de procreación, donde un embrión se elige para gestarse y los muchos otros restantes se les trata como objetos, y ¿Cuándo, en un mundo de seres racionales, un deseo condicionado tiene mayor valor que el mismo razonamiento ético? Si la misma ley ordena que será nulo todo aquel contrato que atente contra la dignidad humana, ello significaría nulificar cualquier contrato que utilice a las mujeres y sus órganos como objetos y a los embriones como objetos que en un momento pueden ser tratados como lo que son, seres humanos, pero en otras circunstancias como objetos desechables, tal como se ve en el siguiente artículo de la LMSDF que a continuación se transcribe y comenta. En caso de que se diera la nulidad del contrato por algunas de las razones mencionadas en el artículo 28, la Ley no contempla las consecuencias que ello tendría en relación al bebé, ¿qué sucedería con el bebé al declararse nulo el contrato? Particularmente en el artículo 15° resulta interesante que el legislador considera ya “el interés del menor” previo a la fecundación. En una interpretación sistemática de leyes afines por su objeto de

regulación, el producto de la concepción es persona, por ello debe tutelarse su interés. En este artículo se reconoce expresamente su «dignidad», sin embargo no se respeta.

Artículo 16. El instrumento para la Maternidad Subrogada, en concordancia con los artículos precedentes, no podrá contener cláusulas que contravengan las siguientes obligaciones [...] IV. El derecho de la mujer gestante a decidir libremente respecto a la interrupción del embarazo hasta la décima segunda semana en los términos que establece el artículo 144 del Código Penal, sin que sea causa de responsabilidad civil, en términos de la legislación vigente.

Artículo 17. El Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión y posteriormente el feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante. Se entiende por bienestar integral aquel que busca la satisfacción de las necesidades alimentarias y de desarrollo personal en los términos que establece el Código Civil.

Tal como se menciona en líneas anteriores, la LMSDF en algunos artículos habla de la dignidad humana y de la búsqueda y protección de los intereses superiores del menor, inclusive habla de la inclusión de cláusulas que aseguren la integridad del embrión, pero en otras partes habla mediante eufemismos, acerca de la libertad por parte de la mujer que está gestando al niño para terminar con la vida del mismo siempre y cuando lo realice dentro de determinado plazo. Pareciera ilógico por un lado tener el objetivo de dar vida y por el otro se prevea la posibilidad de terminarla por medio del aborto.

Independientemente de que exista la iniciativa de la LMSDF anteriormente comentada, ésta al día hoy no se encuentra en vigor. El Código Civil del Estado de Tabasco (CCT) en su artículo 92 menciona algunos puntos respecto de la maternidad subrogada, aún cuando no se definan sus alcances y formalidades. Primero habla de la diferencia entre una madre contratante y una madre gestante, siendo la primera de ellas portadora de parte de la genética del bebé por el hecho de que se utiliza su óvulo, mientras que la segunda se limita a literalmente gestar el embrión que se le implanta. Más adelante habla también de la prohibición a hacer mención en el registro del hijo en cuanto a la procedencia del niño por ser producto de una reproducción humana artificial. El ya mencionado artículo 92 del CCT considera que existe gran similitud entre la maternidad subrogada y la adopción plena, y en razón a ello ordena que en los casos en los que participe una madre contratante, se deberá regir por lo ordenado para la adopción plena.

Artículo 92.- Deber de reconocer al hijo

[...] En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna.

Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "**habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial** [...]", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la Entidad y la segunda con destitución del cargo [...]. En el caso de **los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre contratante, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.**

Se entiende por **madre gestante sustituta**, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la **madre contratante** 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 contratante, según sea el caso.

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

Por su parte el Estado de Coahuila prohíbe cualquier contrato de maternidad subrogada y establece que en caso de darse un caso de subrogación de vientre, la maternidad se le atribuirá a la mujer gestante, haciendo alusión a la frase *mater semper certa est*.

Artículo 491 del Código Civil para el Estado de Coahuila.- El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.⁷⁴

Habiendo ya expuesto una parte de la legislación mexicana en relación con la maternidad subrogada, a continuación se presenta un breve estudio de la principal legislación en el resto del mundo, en donde se hablará además de casos concretos que han sucedido en dichos países.

⁷⁴ Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, última reforma publicada en el Periódico Oficial el día 25 de junio de 2012.

2. Legislación Extranjera

En el presente epígrafe se incluirán únicamente algunas de las principales leyes o casos extranjeros referentes a la maternidad subrogada, de tal manera que el lector se pueda dar una idea de cómo ve el mundo a la maternidad subrogada.

A. Estados Unidos de Norte América

Al ser Estados Unidos un país vecino de México, tiene bastante influencia en éste y no solamente en el plano económico, sino también en lo cultural, político y social. Lo que sucede en ese país, suele repercutir de manera directa o indirecta en los mexicanos. Por lo tanto su postura ante la maternidad subrogada representa un dato relevante para México, por lo que su postura y experiencia ofrecerá un margen de referencia.

La postura de los estadounidenses es bastante variada, pues siendo una República Federal cada Estado puede legislar de forma distinta e independiente en relación con los demás.

A nivel federal la maternidad subrogada en Estados Unidos no es considerada ilegal, sin embargo sí se hace una distinción entre la subrogación altruista y onerosa. Por un lado, como ya se dijo, no se habla de que la maternidad subrogada de manera altruista o gratuita sea ilegal sin embargo el pago de una cuota a cambio de un bebé sí es ilegal.

Las leyes Estatales en su mayoría encuadran a la maternidad subrogada en un esquema similar al de la adopción, aunque técnicamente son conceptos completamente distintos. Por otro lado, en general, los Estados Unidos no están de acuerdo con una contraprestación económica, aunque sí aceptan un pago en calidad de reembolso de gastos, prestándose a que éstos en algunos casos sean un tanto excesivos⁷⁵, sin embargo no se le da la connotación de pago como tal.

⁷⁵ SEYMOUR, Susan C, *Woman, Family and Childcare in India: A World in Transition*, Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p.79.

Algunos de los Estados que la prohíben y/o están en contra son Michigan, Arizona, Distrito de Columbia, etcétera. Muchos otros estados no hacen mención expresa y permanecen neutros como Alaska, sin embargo aun sin legislar lo han consentido en ocasiones, validando tales contratos, como por ejemplo en el famoso caso *Johnson v. Calvert*⁷⁶, donde la Corte Suprema de California afirmó que la mujer contratada no era la madre natural del niño nacido, ya que el espermatozoides y el óvulo eran de la pareja contratante y por lo tanto otorgó validez al contrato previamente celebrado entre los cónyuges y a la mujer contratada se le negó rotundamente el nulificar el contrato para conservar al bebé que durante nueve meses gestó y al cual alumbró.

Las leyes de California, permiten la práctica de Técnicas de Reproducción Asistida, entre ellas la maternidad subrogada. De acuerdo con la legislación californiana, la madre de alquiler tiene todo el derecho de recibir una cantidad que no supere los \$25,000.00 dólares americanos. Dentro de las leyes californianas a dicha cantidad se le denomina «compensación por la pérdida de salarios, bajas laborales y seguro de vida» por no llamarle pago. Además, el estado de California permite que los padres sean heterosexuales u homosexuales, que sean los padres genéticos o no lo sean⁷⁷.

La línea general que se sigue en los Estados Unidos para llevar a cabo la toma de decisiones se basa en buscar primordialmente el mayor bien para el nacido. Sin embargo, en algunas ocasiones esto puede llegar a parecer injusto, porque entonces se pudiera terminar en el absurdo de pensar que es válido otorgar la patria potestad del nacido a la pareja con mayores recursos económicos y no a la verdadera madre.

El caso *Baby M* muestra que para el Tribunal Supremo de New Jersey, Estados Unidos de América, resulta correcto ponderar el simple pago de una suma de dinero y el cumplimiento de un contrato por encima de los nueve meses de embarazo de la madre contratante, el lazo creado en ese tiempo y el parto. Este caso se dio hace algunos años en los Estados Unidos cuando la señora Mary Beth Whitehead, ciudadana de New Jersey,

⁷⁶ KINDREGAN JR, Charles P., MC BRIEN, Maureen, *Assisted Reproductive Technology*, Ed. Section of Family Law, Estados Unidos de América, 2006, p. 149.

⁷⁷ Para confrontar todas las legislaciones de los Estados Unidos, ver el Anexo 1 que agrego al presente trabajo.

firmó un contrato el día 6 de febrero de 1985 preparado por el Centro de Infertilidad de Nueva York, en éste aceptaba llevar un embarazo subrogado, y al dar a luz entregar al bebé a la señora Elizabeth Stern y el señor William Stern, donador del esperma.

La señora Whitehead accedió a que, de acuerdo con los mejores intereses del menor, no tendría una relación con el mismo y renunciaría a todo derecho de maternidad. A cambio los señores Stern pagarían la cantidad de \$25,000.00 dólares americanos, mismos que se dividirían de la siguiente manera:

- a. \$10,000.00 dólares americanos en razón del «servicio de gestación» prestado por la Sra. Whitehead,
- b. \$ 5,000.00 dólares americanos, se destinaban a los costos médicos, legales y de seguros de la Sra. Whitehead durante el embarazo y
- c. Entre \$7,500.00 y \$10,000.00 dólares americanos serían destinados al Centro de Infertilidad de Nueva York.

Todo lo pactado parecía estar en orden de acuerdo a las partes, sin embargo el día 27 de marzo de 1986, fecha en que nació el bebé, tanto el Sr. Whitehead como la señora, se negaron a separarse de ella. Todo el proceso se empezaba a complicar ya que la señora Whitehead, aun cuando se había obligado mediante un contrato firmado con antelación a no crear ningún lazo emocional con el ser que durante nueve meses gestara, así como a entregarlo a cambio de cierta cantidad de dinero, ahora no quería cumplir. Tres días después, accedieron a entregar a la niña, pero se negaron a recibir los \$10,000.00 dólares americanos.

Una semana más tarde los señores Whitehead fueron a casa de los señores Stern y les pidieron que se les permitiera tener a la niña una semana, los señores Stern comprendiendo la situación accedieron. Pasaron los días y los señores Whitehead se negaban a regresar a la niña, por lo que los señores Stern solicitaron al tribunal de familias la custodia de la menor. Cuando llegaron los policías por el bebé, el señor Whitehead huyó con ella. Luego la señora Whitehead se reunió con su esposo y con el bebé y ambos

continuaron huyendo y evitando a los policías durante tres meses. No obstante los esfuerzos que hicieron los señores Whitehead por quedarse con el bebé que su esposa había engendrado y por la cual ya no quería recibir nada a cambio, eventualmente los localizaron y la menor fue devuelta a los señores Stern, otorgándoles a su vez la custodia temporal.

Después de un juicio, el Juez Sorkow declaró el contrato de subrogación de vientre válido y ejecutable. Así mismo dio por extinguidos los posibles derechos maternos de la Sra. Whitehead y otorgó la custodia exclusiva de *Baby M* al Sr. Stern (padre biológico y legal de la bebé). La decisión del Juez Sorkow se basó en que era lo más conveniente para *Baby M*, ya que los señores Stern eran una pareja estable con un mejor nivel socioeconómico de vida, ambos con carreras universitarias y especialidades, mientras que los Whitehead eran un matrimonio con menores recursos, el señor Whitehead padecía alcoholismo y trabajaba en una agencia para empleados de intendencia. La señora, por su parte no había terminado sus estudios de bachillerato. Por lo tanto le concedió una orden de adopción a la señora Stern⁷⁸.

Los Whitehead no conformes con la resolución del juez, apelaron la misma y el Tribunal Supremo de New Jersey sostuvo que el contrato no era válido, ya que violaba las leyes de New Jersey en cuanto a que en el mismo Estado no estaba permitido otorgar dinero en una relación de adopción. Además, dicho contrato de subrogación, va en contra de la política de New Jersey, en cuanto a que la custodia debe determinarse sobre la base de los mejores intereses del niño, siendo ese el de que los niños deben ser criados por sus padres naturales y el contrato, *per se*, separa a la madre natural de su hijo. Por otra parte una madre antes de acceder a entregar a su hijo, necesariamente debe recibir asesoría profesional, y ésta nunca fue pactada en el contrato. Finalmente el Tribunal Supremo de Nueva Jersey explica que en relación el hecho de que la Sra. Whitehead accediera a la subrogación, resulta del todo irrelevante, ya que una conducta prohibida no se puede comprar aún con el consentimiento de ambas partes. Ese mismo Tribunal expresó su profunda preocupación sobre los desconocidos efectos a largo plazo de los contratos de subrogación de vientre en relación con todas las partes, madres, hijos, padres y sociedad.

⁷⁸ MERINO Faith, *Op. Cit.*, p. 37.

El Tribunal Supremo de New Jersey confirmó la concesión de la custodia al padre natural, y anuló la terminación de los derechos maternos de la señora Whitehead. Requirió al tribunal inferior que determinara los términos de la visita de la madre natural a *Baby M*⁷⁹.

B. España

España representa para México una parte muy importante de su identidad. El México actual se conforma en gran parte por las distintas aportaciones en el ámbito religioso, sus costumbres, el sistema legal y su cultura en general, todo esto se ve impregnado en el México actual.

La conexión entre México y España tiene comienzo en el año de 1492, cuando los Reyes Católicos para justificar el título jurídico sobre el mundo Indiano, se basan en las Capitulaciones de Santa Fe y de esta manera se escudan tras un supuesto título de legitimidad sobre la mar oceánica y de las islas y tierras firmes que pudieran encontrarse en ella. Aún cuando en un comienzo, luego de la entrada o invasión de los españoles a México, la relación era tensa hasta cierto punto, se introdujo el Derecho Hispano en México bajo la justificación de la antigua política de Aristóteles, argumentando que quienes gozan de pleno uso de razón, en este caso los españoles, deben dominar a los bárbaros, quienes para ellos eran los indígenas⁸⁰. Con el tiempo la relación entre ambos pueblos fue intensificándose hasta que se mezclaron obteniendo la idiosincrasia que se vive actualmente en México⁸¹.

Es por esa relación tan estrecha que tiene nuestro país con España que resulta pertinente nombrar su legislación como antecedente del presente tema.

En España la necesidad de buscar soluciones a los problemas de infertilidad se materializó mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, en la cual se

⁷⁹The New York Times, publicado el 17 de febrero de 1987. < <http://www.nytimes.com/1987/02/17/nyregion/baby-m-case-etches-a-study-in-contrasts.html?src=pm>> [Fecha de consulta: 10 de abril de 2011].

⁸⁰ Independientemente del tema de la posible falta de identidad que según algunas opiniones, los mexicanos padecen.

⁸¹ CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, Ed. Oxford, México, 2008, pp. 145-151.

tratan las distintas técnicas de reproducción asistida, además de ayudar a solucionar los problemas de infertilidad. Sin embargo con el pasar de los años, aún la misma Ley que en su momento fue vanguardista, fue poco a poco convirtiéndose en una ley anticuada por lo que fue necesario hacer más de una reforma. Actualmente España se rige bajo la Ley 14/2006 de 26 de mayo. Esta ley aporta novedades en materia de alternativas para aquellas parejas con problemas de fertilidad. Cabe destacar que en varios puntos la Ley en comento no hace una reflexión acerca de la naturaleza del hombre, y en cuanto al tema de la maternidad subrogada, España la prohíbe de manera determinante en su artículo 10⁸²:

Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Para complementar el marco jurídico español en relación con la maternidad subrogada, a continuación se transcribe una pequeña entrevista que se le hizo a una abogada española donde podremos apreciar una opinión en el mismo sentido que la legislación pero desde otra panorámica distinta, pero no sin antes recordar que en ambos tipos de maternidad subrogada, homóloga y heteróloga, se arriba a un estado de incertidumbre acerca de cómo se resolverían éstos en caso de alguna controversia y en el supuesto de que se decidiera legislar de manera permisiva para regular dichas prácticas, deberá pensarse en las consecuencias de hacerlo cuando no se tienen las certezas necesarias para ello, las respuestas a los problemas que dentro del presente Capítulo se tratarán.

A continuación se transcribe una entrevista que se le hizo a la abogada española, Patricia Alzate Monroy, ello con el único objeto de conocer la opinión de una profesionalista en un campo tan controversial como lo es el que en el presente trabajo se expone:

“Patricia Alzate Monroy, es abogada y dirige el Despacho de Abogados Alzate Monroy & Asociados, especializado en Derecho Matrimonial y de Familia en la ciudad de

⁸² España, Ley 24/2006 de 26 de mayo de 2006. Boletín Oficial del Estado núm. 126, de 27-05-2006, pp. 19947-19956. Disponible en internet: < <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/persona/pf/L14-06.htm>> [Fecha de consulta: 11 de agosto de 2011].

Zaragoza, España, tanto en el área del Derecho Civil como del Derecho Canónico. Alzate ha ejercido la profesión no sólo como abogada en ejercicio durante quince años, sino también como profesora e investigadora universitaria, juez de segunda instancia y asesora de proyectos internacionales en el campo de la familia y de la mujer. Posee un Doctorado en Derecho Público obtenido en Roma y actualmente está cursando su segundo Doctorado en Derecho Privado en Zaragoza.

Entrevistador: De los países en los que se acepta esta práctica, ¿cuál es la legislación más permisiva en materia de subrogación?

P.A.M.: Considero que una vez aprobada legalmente, todas son permisivas. Parece ser que California es el lugar al que más se acude, porque la legislación californiana no sólo permite esta práctica de la maternidad subrogada, sino que también admite la inscripción registral del nacimiento y de la filiación del menor nacido mediante la maternidad subrogada y, por lo expuesto en el punto anterior, sería la que daría más “seguridad jurídica” a los españoles que luego quieran registrar a sus hijos en España.

Hay que precisar que la práctica de la maternidad subrogada o gestación por sustitución, presenta situaciones muy cuestionables y no fáciles de resolver desde el punto de vista jurídico, porque origina posibilidades muy diversas en cuanto a la determinación genética de la paternidad, maternidad y filiación:

1. Paternidad y maternidad genética de la pareja y biológica de la mujer que presta el útero (óvulo y espermatozoide de la pareja y útero de la mujer gestante)

2. Paternidad y maternidad “semi-genética” de la pareja y biológica de la mujer que presta el útero (óvulo o espermatozoide de la pareja y útero de la mujer gestante) y, según sea el caso, el óvulo o espermatozoide pertenecerían a un donante anónimo.

3. No hay paternidad ni maternidad genética ni “semi-genética” de la pareja, pero sí biológica de la mujer gestante (óvulo y espermatozoide donados).

4. No hay paternidad ni maternidad genética ni “semi-genética” de la pareja, pero la mujer no sólo presta su útero sino también aporta su óvulo fecundado con el espermatozoide de un donante anónimo.

5. Maternidad “semi-genética” y paternidad genética de la pareja (espermatozoide del hombre y la mujer gestante presta su útero y aporta su óvulo).

Obviamente, cada una de estas posibilidades, tendrá consideraciones diferentes.

Por otro lado, ¿si es el único camino posible que le queda a una pareja que definitivamente no puede tener hijos? ¿Y si hay un acuerdo voluntario y libre en el que no mediara compensación económica? ¿Se menoscabaría la libertad de las personas? Podría responderse que no, porque existe el camino de la adopción y porque en sentido estricto no existe un derecho a tener hijos, sino que lo que existe es el derecho de los niños a tener unos padres y un hogar: por eso la adopción⁸³.

El último punto que comenta la Licenciada Patricia Alzate Monroy parece ser clave dentro del tema de la subrogación de vientres, pues tanto en España como en México, no puede hablarse de la existencia de un derecho a ser padres, si bien se reconoce el derecho a la libertad de reproducción, cuando en el numeral cuarto de nuestra Carta Magna menciona que *toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e*

⁸³VDA Fertility Consulting S.L.U., entrevista disponible en internet 19 de agosto de 2009. <<http://www.vientredealquiler.com/index.php/madres-de-alquiler-iel-fin-justifica-los-medios>> [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2011].

informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, ello de ninguna manera significa que toda persona tenga derecho a tener hijos, el Estado no tiene la obligación de procurar hijos a las personas que lo soliciten y por lo mismo muchas adopciones pueden ser negadas a los solicitantes. Por otro lado el Estado sí tiene la obligación de procurar una familia a todos aquellos menores de edad que lo necesiten, ello dentro del marco de lo física y jurídicamente posible.

C. Otros países

La maternidad subrogada, como ya se ha repetido en varias ocasiones dentro del presente estudio, es un tema que por lo general provoca controversia entre los distintos grupos sociales que lo discuten. Existen personas que están completamente en contra, otros que les resulta indiferente y aquellos que aprueban dicha práctica. De la misma manera los países presentan distintas posturas ante el tema. A continuación se presentan varios ejemplos de países que aprueban o rechazan la maternidad subrogada.

a. Rusia, la India e Inglaterra

Algunos países como por ejemplo Rusia o Ucrania, han legislado y permiten las prácticas de la maternidad subrogada, sin embargo ello no significa que gracias a su legislación, todos los casos de subrogación de vientre en dichos países se den de manera exitosa, ello claramente independiente del aspecto ético y social, pues como pudo deducirse, existe un sinnúmero de leyes injustas y contrarias al fin último del hombre.

Un claro ejemplo de esa situación fue el caso ya comentado en el capítulo anterior, cuando Zinaida Rakoba, mujer previamente contratada para gestar y entregar un bebé a cambio de dinero, se vio en una complicada situación porque la pareja que la hubo contratado, en el momento en que casi se concretaba la transacción, se arrepintieron súbitamente de sus deseos por ser padres y por lo tanto ya no querían a ese bebé. La mujer contratada, tuvo que quedarse con el bebé que en un principio engendró con el objeto de entregarlo a otra pareja. Al final Zinaida Rakoba no recibió la paga, de ello podría

concluirse que el quedarse con el pago y con el bebé, coloca al bebé en la figura de «objeto del contrato» y que los nueve meses de gestación son indiferentes⁸⁴.

¿Podría calificarse como justo y ético el trato que se le da al menor al dejar su futuro en manos de un grupo de personas que por medio de un contrato pactan su permanencia en una familia u otra, dependiendo de una contraprestación económica y el mero deseo de tenerla? Toda esa situación, entre otras, lleva al cuestionamiento de si existirá alguna manera de evitar tales escenarios donde por más que pretendan disfrazar los hechos, el bebé se trata como a un objeto dentro de cierto contrato.

La India es otro país en el cual se legisla la maternidad subrogada y de los más permisivos en la materia, de hecho se permite inclusive realizarla con carácter oneroso. Este país cuenta con el Consejo Médico de Investigación de la India, el cual fue fundado desde el año de 1911, siendo uno de los primeros centros de investigación médica en el mundo, dicho organismo entre otras funciones controla los procedimientos de los métodos de reproducción asistida, y por ende la maternidad subrogada⁸⁵.

Dentro del Consejo Médico de Investigación de la India, existe una guía ética en la cual se habla del respeto que se debe tener por la persona, dicha guía califica como ético el congelamiento de embriones y su desecho cuando tengan menos de catorce días, también aprueban éticamente el pago a las mujeres que se sometan a la subrogación de vientres⁸⁶. No dan importancia al hecho, o por lo menos la posibilidad, de que un óvulo y un espermatozoide fusionados ya son el principio de una vida⁸⁷, pues en condiciones saludables y normales es inevitable que a partir de la unión de estas células surja una nueva vida humana. Desde el momento en que se fusionan las membranas plasmáticas del *ovocito* con el espermatozoide, ya no se está hablando de dos células separadas, ahora se habla de un *cigoto* con un número cierto de cromosomas de cualquier persona humana ya nacida

⁸⁴ Artículo electrónico publicado por el periódico Pravda el día 20 de enero de 2011. Disponible en internet: <http://english.pravda.ru/society/family/20-01-2011/116585-surrogate_motherhood-0/> [Fecha de consulta: 29 de agosto de 2011].

⁸⁵ Para conocer más al respecto de dicha Institución, favor de visitar el sitio web oficial: <http://icmr.nic.in/About_Us/About_ICMR.html> [Fecha de consulta: 24 de febrero de 2012].

⁸⁶ Para leer la Guía de Ética, favor de visitar la siguiente página web: <http://icmr.nic.in/ethical_guidelines.pdf> [Fecha de consulta: 24 de febrero de 2012].

⁸⁷ En el capítulo Tercero, se ahondará en el tema del embrión y su condición humana.

tiene, con una carga genética determinada al igual que su sexo. Se trata de una persona humana que ha comenzado a existir⁸⁸. De igual manera ignoran el hecho de que el cuerpo humano no es un objeto con el cual se puede comerciar, las personas nunca deben ser vistas como un medio sino únicamente como fines en sí mismas.

En base a lo anterior podría cuestionarse la legitimidad de los discursos supuestamente éticos que permiten la congelación de embriones y/o su desecho. Por otro lado hablar de que es ético pagar un precio determinado a cambio de la fecundación y entrega de un hijo, parece ser a todas luces inexplicable. Las personas humanas y sus órganos se encuentran fuera del comercio y por esa simple razón es inaudito el pago por el los mismos.

En la India el precio que se cobra por la subrogación de vientre oscila alrededor de los \$30,000.00 dólares americanos, dicha cantidad incluye gastos médicos, salarios de doctores, procedimiento de fertilización *in vitro*, medicamentos, etcétera, al final la mujer que subroga el vientre acaba ganando en promedio de entre \$3,000.00 a \$7,000.00 dólares americanos, cantidad que sobresa dentro de lo que una mujer india promedio puede ganar al año tomando en cuenta las estadísticas donde se muestra que más de una tercera parte de la población en la India sobrevive con menos de un dólar americano diariamente⁸⁹ y por lo mismo resulta comprensible, más no por ello justificable, que muchas mujeres recurran a esta «salida fácil».

Uno de los argumentos más sólidos para apoyar la maternidad subrogada, como ya se ha dicho en el anterior capítulo, es la supuesta solución que ésta representa para la infertilidad en mujeres y hombres, pero en el caso de la India, el 75% de los casos que contratan a mujeres para la subrogación de vientre son extranjeros que dejan alrededor de \$30,000.00 dólares americanos en la India, difícilmente se podría decir que la permisión y

⁸⁸ L. MOORE, Keith, *Embriología Clínica*, Ed. Elsevier Saunders, España, 2008, pp. 31-35.

⁸⁹ SUDHA RAMACHANDRAN. *India's New Outsourcing Business: Wombs*. Asia Times Online. Fecha de publicación junio 2006. Disponible en internet: <http://www.atimes.com/atimes/south_asia/hf16df03.html> [Fecha de consulta: 24 de febrero de 2012].

regulación en dicho país tenga la finalidad de luchar contra la infertilidad del mismo⁹⁰, ya que éste no padece problemas de tal naturaleza.

Los hechos por sí solos fácilmente llevan a una concluir que si el promedio de pobreza en la India es bastante elevado, la maternidad subrogada con carácter oneroso recompensa bastante bien a todos los que contribuyen con tal práctica y en este País no se sufre por graves problemas de infertilidad, las razones para que ésta se dé resultan evidentes.

El trámite para llevar a cabo el procedimiento de subrogación de vientre en la India, dada su permisividad, coloca a este país entre los más regulados en el tema, al igual que países como Rusia y Ucrania, mismos que tienen gran concurrencia dentro de las mujeres que desean hacer uso de tales medios y que en su país se les prohíbe⁹¹.

En el Reino Unido de Gran Bretaña la maternidad subrogada es un tema actual y legislado en gran parte, sin embargo a diferencia de países como la India, aquí se permite siempre y cuando no se cobre una contraprestación como tal.

Alrededor del año 1980, la filósofa británica Helen Mary Warnock, realizó el Informe o Reporte Warnock. El mismo habla del tema de la fecundación artificial y entre otros temas habla un poco acerca de la maternidad subrogada. En el Informe Warnock⁹², se hace la recomendación de elaborar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada e inclusive recomiendan la penalización de tales prácticas para todo

⁹⁰ Según informes arrojados por la CIA (Agencia de Inteligencia Central) la India ocupa el lugar número 79 sobre 222 países en el mundo en cuanto a la fertilidad de las mujeres. Según dicha estadística una mujer de la India tiene en promedio 2.58 hijos, cifra que no resulta grave ni alarmante de ninguna manera. Para ver la gráfica ingresar al siguiente sitio en internet: <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2127/rank.html>> [Fecha de consulta: 12 de febrero de 2012].

⁹¹ VDA Fertility Consulting S.L.U., artículo publicado con fecha de 19 de agosto de 2009 <<http://www.vientrealquiler.com/index.php/madres-de-alquiler-iel-fin-justifica-los-medios>> [Fecha de consulta: 11 de agosto de 2011].

⁹² Mary Warnock nació en el año 1924 en Winchester, Inglaterra. Estudió en Oxford y tuvo una carrera profesional principalmente académica. Ella fue de las pioneras en temas de bioética y se especializó en filosofía moral. Fue una mujer que llevó a cabo una vida profesional con éxito, formando parte de varios comités, instituciones y comisiones gubernamentales.

aquel que interfiriera, propuso entonces sancionar penalmente inclusive a quienes crearan establecimientos comerciales que se dediquen a tales prácticas⁹³.

Un año más tarde, en 1985 se legisló al respecto, entrando en vigor *The Surrogate Arrangements Act*⁹⁴, en donde se declararon inexigibles para cualquiera de las partes los contratos que acordaran la subrogación de vientre, así como también consideran ilegales las agencias comerciales, gestores y anuncios de subrogación en las cuales se lucrara, castigando como ofensa penal la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar los contratos onerosos de maternidad subrogada. Aun cuando dicha Ley considera inexistentes los contratos de maternidad subrogada en los que medie una contraprestación económica, si permite el pago de los gastos en los que naturalmente debe incurrirse para prestar las atenciones necesarias a una mujer embarazada⁹⁵, independientemente de otros factores económicos que de hecho necesariamente interfieren y del mercado negro.

Un caso en Inglaterra que resulta ilustrador fue el que se dio cuando una pareja pactó con una mujer un contrato de maternidad subrogada en el cual se pagaría una contraprestación económica a la misma. En última instancia las autoridades conocieron del caso e impidieron que aquella mujer que subrogaba el vientre hiciera entrega del bebé, ya que se consideraba como una vulgar compraventa. Sin embargo la mujer no quería hacerse cargo de su hijo, ya que como puede suponerse, ella lo había gestado con la única finalidad de conseguir un beneficio económico y nunca con la intención de criarlo. El Juez debía decidir qué hacer con el menor y la sentencia fue en el sentido de que la pareja que en un principio había contratado a aquella mujer podría quedarse con el bebé por el que habían pagado. Poco después entró en vigor El Acta de Acuerdos de Subrogación de Vientres de 1985 (*The Surrogacy Arrangements Act of 1985*), ésta fue elaborada con la intención de impedir tales compensaciones económicas «directas» dentro de la maternidad subrogada.

⁹³ *Reporte Warnock sobre fertilización humana y embriología*. Disponible en la siguiente página de internet: <http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf> [Fecha de consulta: 10 de febrero de 2012].

⁹⁴ Dicha Ley aplica en todo Reino Unido con excepción de Escocia. Para su consulta favor de ingresar a la siguiente página de internet oficial del gobierno del Reino Unido: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>> [Fecha de consulta: 23 febrero de 2012].

⁹⁵ Hablo de contraprestaciones directas, porque como ya se especificará más adelante, la subrogación de vientres necesariamente influye en la economía ya sea de una ciudad, país, unidad médica, profesionistas en específico, etcétera.

b. Alemania

Alemania, al igual que España, es uno de los países que prohíben la maternidad subrogada dentro de su legislación. Este país no solamente es uno de los más sólidos en la Unión Europea y el mundo, sino que además es reconocido como líder de los sectores científico y tecnológico, materias que se relacionan directamente con el tema.

Siendo Alemania un país líder en el campo científico y tecnológico, mantiene una postura en contra de la maternidad subrogada. En el año de 1984 el Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y Tecnología constituyeron una comisión la cual se dedicaría exclusivamente a analizar los nuevos métodos de fertilización. Al estar llevando a cabo dicha tarea, se planteó la cuestión de la relación que se generaría entre la mujer que gesta al embrión y este último, se analizó también el problema que significaría el que un bebé naciera con defectos físicos o mentales y que ninguno de los contratantes quisiera hacerse cargo de él. El Congreso Médico Alemán acordó que la maternidad subrogada debía de prohibirse por los ya mencionados inconvenientes que presenta para el niño y sobre todo por el peligroso tema de la comercialización de personas.

En Alemania existe una Ley de fecha 13 de diciembre de 1990 que impone como pena a quien fecunde un óvulo para transferirlo multas y penas privativas de libertad:

Ley de Protección del Embrión, n. 745/90 del 13/12/9045

Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

- 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;
- 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
- 3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;
- 4) Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo;
- 5) Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo;
- 6) Retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;
- 7) Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento⁹⁶.

⁹⁶ Bioética en la Red: Dedicada a publicar Artículos, libros, revistas, noticias así como legislación a nivel internacional sobre Bioética. Publicado el 12 de agosto de 2004. Para su consulta visitar el Sitio Web:

Aunado a la anterior Ley y siguiendo bajo la misma postura, existen opiniones como la del ex Ministro de Justicia, Hans A. Hengelhard, quien declaró que las madres contratadas constituyen una usual forma de comercio humano ilegal. Dicha declaración podría parecer extremista para algunos, pero sí se piensa que una mujer entrega al ser vivo que da a luz a cambio de cierta cantidad de dinero, ¿podría ello no significar comercio humano? Y aun en la hipótesis de que no hubiera una contraprestación económica, es ilegal que el objeto de un contrato sea una persona.

Como ya se hubo expuesto, Alemania y España son dos países de la Unión Europea que mantienen una legislación en contra de la maternidad subrogada. Por su parte el Tribunal de la Unión Europea, el día 18 de octubre de 2011, se pronunció sobre el tema de los embriones emitiendo una sentencia por medio de la cual se prohibió patentar cualquier procedimiento de investigación científica que implique la destrucción del embrión humano, ello significaría que todas aquellas personas morales o físicas que apoyaban la maternidad subrogada por motivo de su interés personal para utilizar los «embriones sobrantes» que se obtienen del procedimiento de la subrogación de vientres, experimentando y posteriormente patentando dichos experimentos, a partir de dicha sentencia les sería imposible y por ende, muy probablemente hayan dejado de apoyar a la maternidad subrogada.

El Tribunal de la Unión Europea incluye en su sentencia el concepto blastocito, homologándolo con el concepto de un embrión humano en sus primeras etapas. Los fundamentos de dicha sentencia giran meramente en torno de la protección que se le debe a la dignidad de todo ser humano, en cualquiera de sus etapas de vida, incluyendo entonces el respeto a la dignidad de un embrión o blastocito humano⁹⁷.

Como se hubo visto en el presente Capítulo, la legislación actual no va dirigida en una misma dirección, sin embargo, es tarea del presente estudio analizar si jurídica, ética, y

<http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1014> [Fecha de consulta: 27 de febrero de 2012].

⁹⁷ Forum Libertas, Diario Digital, *El Tribunal de la Unión Europea se pronuncia sobre los embriones: una sentencia que lo cambia todo*, fecha de publicación en internet 19 de octubre de 2011, Disponible en internet en: <http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=21122&id_seccion=4> [Fecha de consulta 12 de julio de 2012].

socialmente es correcto legislar y permitir la maternidad subrogada, no legislar y permitir que las lagunas legales fomenten que se continúe practicando o prohibirla y evitar toda la problemática que se estudiará en el siguiente Capítulo. Esta tarea de elección se realizará siempre analizando sí ello va de acuerdo con el fin último del hombre.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La relación filial, y en específico la maternidad, aun siendo una relación completamente natural y común que se da entre una mujer y su hijo, a partir de ciertos eventos científicos, como lo son la maternidad subrogada, se ha tornado en un tema mucho más complejo.

Biológicamente, el ciclo natural y común del hombre consiste en nacer, crecer, reproducirse y morir. La etapa de la reproducción conduce naturalmente a la maternidad. No obstante lo anterior, ahora existen nuevas posibilidades científicas y tecnológicas que modifican este ciclo biológico, como resultado pueden verse ciclos en los cuales el hombre nazca, crezca, y opte por medicarse para no reproducirse, o se embarace y después destruya al «producto»⁹⁸, o simplemente nazca, crezca y espere demasiado tiempo para embarazarse, hasta el punto en que ya no son fértiles y en ese momento intente reproducirse, sin embargo dado sus condiciones físicas, fracase en el intento y en su afán por obtener un hijo con su misma carga genética, recurra a distintas técnicas de reproducción, entre ellas la maternidad subrogada.

Bajo este contexto debe entenderse que ante problemas tan delicados, se requieren soluciones pensadas y razonadas de manera correcta y no simples legislaciones basadas en pobres opiniones, necesidades momentáneas o «verdades subjetivas».

La maternidad subrogada requiere de una legislación expresa, de lo contrario es claro que se estará dejando una puerta abierta para que ésta se lleve a cabo sin el menor recato y aunque el principal problema es el hecho de la maternidad subrogada por sí misma, al momento de estar dando entrada a dicho método, se estará dando entrada también a un nuevo modelo de familia donde podríamos ver combinaciones de papá genético, papá afectivo, mamá genética, mamá gestante, mamá afectiva, hermanos, medios hermanos genéticos, etcétera. Dicha situación es bastante delicada y trae aparejada una serie de

⁹⁸ Denominación que en ocasiones, indignantemente, se utiliza para nombrar al embrión, asimilándolo con una mercancía.

cuestionamientos que deben reflexionarse antes de comenzar a desarrollar las teorías científicas que intentan satisfacer los deseos de hombres y mujeres por tener un hijo con su misma carga genética o quiera evitar los meses de gestación.

La problemática que nace a raíz del tema a tratar es bastante amplia, por lo que a todas luces parece que debe considerarse el universo afectado por completo y no únicamente una parte del mismo. Parte de este universo del que se habla resulta el jurídico, el social y el ético. Jurídicamente por ejemplo, puede pensarse en que ello afectaría cuestiones de derecho sucesorio, derecho de alimentos, patria potestad, grado de parentesco, denominación jurídica, ilicitud del contrato bajo el cual se celebre, etcétera. Éticamente toda la cuestión del respeto a la dignidad de la persona y su naturaleza humana y por la parte social todo lo relacionado con el esquema de la familia, las buenas costumbres y el interés social.

Lo que se busca en el presente capítulo es mostrar una visión panorámica y desarrollar aquellos puntos que resulten los más importantes en cuanto a la problemática actual, y de manera preventiva la futura, para posteriormente brindar una solución común.

1. Problemática legislativa y jurídica.

La problemática legislativa y jurídica es un tema que puede resultar bastante complejo, en el sentido de que abarca más de un solo tema jurídico y aun sabiendo que en varios países y estados, la práctica puede ser considerada contraria a la moral o ilegal y por ello refutada de invalidez, en muchos otros no es así y por ello se debe analizar cuál es el caso de México.

Con el objeto de desarrollarlo de manera clara, y no redundante, se tratará la problemática jurídica bajo el siguiente orden:

- A. Legalmente, ¿Quién es la madre del bebé? Implicaciones a causa de este cuestionamiento y sus posibles respuestas.

- B. Naturaleza Jurídica o figura bajo la cual, para algunos, debería regularse.
 - i. Arrendamiento
 - ii. Donación
 - iii. Prestación de Servicios
 - iv. Adopción
- C. Posibles problemas futuros.

A. La madre legal. Sus implicaciones

Hasta hace pocos años era universalmente conocido el hecho de que la mujer que daba a luz adquiriría el carácter de madre de ese niño, tal como lo afirmaba la máxima romana *mater sempre certa est*⁹⁹, y que la única modificación a esta regla general era la del caso de la adopción, donde una vez nacido el bebé, la madre renuncia a la patria potestad (expresa o tácitamente) ante el Estado y a través del mismo se puede conferir ese carácter a otra mujer¹⁰⁰. No obstante lo anterior, la ciencia está en continuo avance y por lo mismo se presentan nuevas situaciones y conceptos, llevando a la gente inclusive a pensar que existen lazos de tipo contractual más importantes que el primer lazo que se crea entre la mujer embarazada y el embrión.

La importancia de lo comentado en líneas precedentes resulta del surgimiento del conflicto entre la mujer que busca tener un hijo a través de otra mujer y ésta segunda. ¿Quién tiene los derechos y obligaciones como madre del bebé que nace de un proceso como lo es el de la maternidad subrogada? En caso de algún conflicto ¿cuál de las dos mujeres tendría derechos sobre el menor? En pocas palabras se busca tener certeza acerca de la mujer que poseería la patria potestad.

En los lugares donde la maternidad subrogada se permite, la mujer contratada se considera la madre del bebé y por lo mismo otorga la patria potestad del menor antes de que nazca, aun cuando no debiera otorgarse la misma antes del nacimiento del bebé. O se

⁹⁹ Se hace alusión a esta frase para indicar lo que desde épocas antiguas se ha sabido, y esto es que siempre se tendrá la certeza acerca de quién es la madre de una persona por el hecho indubitable de haber sido ella quien lo parió.

¹⁰⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de Familia*, Ed. Oxford, México, 2005, p. 256.

reconoce como madre a la mujer contratada que ha de parir al menor y que ilegalmente otorga la patria potestad del mismo antes de que éste haya nacido, mediante la firma de un contrato inexistente e invalidable a todas luces, o se piensa madre es aquella que decida serlo y que tenga los medios suficientes para contratar a otra mujer que dé luz a «su hijo» y por lo tanto es inútil que esta mujer contratada otorgue la patria potestad, en razón de que, según este supuesto, nunca la ha tenido.

El problema de la aclaración acerca de quién es la madre, si la que pare o la que tiene la intención de serlo y aporta el óvulo fecundado, jurídicamente hablando, parte de la necesidad de definir, conocer o decidir que factor es más relevante: la mujer contratada o la mujer contratante. Siguiendo la analogía del Derecho de los Contratos, ¿Quién sería más importante en una relación de compraventa, el vendedor o el comprador?, ¿y en un arrendamiento, el arrendador o el arrendatario?

En principio podría pensarse que desde el punto de vista afectivo, en caso de que se diera un contrato de subrogación de vientre y que la mujer contratada se arrepintiera y quisiera rescindir el contrato para quedarse con el bebé, ella sería la que tiene mayor derecho de permanecer con el menor en caso de controversia. Sin embargo desde el punto de vista contractual, lo tendría la mujer contratante, ya que existe un previo acuerdo de voluntades manifestado que obliga a las partes. Una respuesta sin argumentos a favor de cualquiera de las dos, podría llegar a calificarse como arbitraria, por lo que es necesario definir bien los conceptos. A continuación se definirá el término «madre» desde un punto de vista etimológico, biológico, gramatical y jurídico.

Etimológicamente la palabra madre proviene del latín *mater* o *materis*, la cual a su vez se origina del griego *matér* o *matrós*. Es importante saber que en aquellos tiempos de esplendor del Imperio Romano, la maternidad no se asociaba con una mujer que daba a luz o criaba a un niño, pues inclusive el título de *mater* fue impuesto a Minerva, diosa virgen. «Madre» era aquella mujer que llevaba un modo de vida acorde con las buenas costumbres de aquellas épocas, independientemente de su estado civil. Posteriormente, los romanos denominaron *materfamilias* a aquellas mujeres que se convertían en esposas del

paterfamilias. Sin importar el hecho de sí tenía hijos o no, una *materfamilias* era un indicativo de ser cónyuge del *paterfamilias*¹⁰¹. Por otro lado, el Doctor Elías Azar, señala que la máxima romana *mater semper certa est*, y esta frase quiere decir que la misma maternidad se define y se prueba por el hecho del parto y de la identidad del hijo o hija¹⁰².

En términos biológicos, madre es el ser vivo que ha tenido descendencia, que ha parido a otro ser vivo luego de un tiempo apropiado de gestación que varía de acuerdo al tipo de ser al que hagamos referencia. En este sentido ser madre, biológicamente, es el acto de la potencia de un ser vivo de sexo femenino cuando se ve fecundada¹⁰³.

Gramaticalmente la Real Academia Española define la palabra madre como “La hembra que ha parido”¹⁰⁴. Si se aplicaran las definiciones anteriormente citadas al caso de la maternidad subrogada, sería madre la que parió, la misma en la que el feto se desarrolló, o sea la mujer contratada. Así mismo, siguiendo la máxima romana *mater sempre certa est*, o la opinión de la autora Sara Montero Duhalt en la que al igual que los romanos, afirma que la maternidad es un hecho indubitable de los datos comprobables del embarazo y del parto¹⁰⁵, la madre sería la mujer contratada.

Desde el punto de vista jurídico, se dice que la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores¹⁰⁶. Para el mundo jurídico una relación filial puede darse a raíz de una ficción jurídica como lo sería en el caso de una adopción. Por lo que en efecto la maternidad es la relación real, cuando se da de manera biológica, o supuesta de la madre con el descendiente cuando se da por medio de una ficción jurídica. En pocas palabras y de manera general, la maternidad en sentido amplio es la relación derivada de los hechos biológicos del embarazo y el parto¹⁰⁷.

¹⁰¹ LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La prueba científica de la Filiación*, Ed. Porrúa, México, 2005, p. 276.

¹⁰² El significado de esta frase es el siguiente: La madre resulta siempre cierta. ELIAS AZAR, Edgar. *Frases y Expresiones Latinas*. 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 2002, p. 201.

¹⁰³ SIEGAL Michael y PETERSON Candida, *Children´s Understanding of Biology and Health*, Ed. Cambridge, USA, 2005, pp. 66-68.

¹⁰⁴ LA ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua Castellana*, Ed. Imprenta Nacional, España 1837, p. 449.

¹⁰⁵ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, ed. Porrúa, México, 1992, p.266.

¹⁰⁶ LÓPEZ FAUGIER, Irene, *Op. Cit.* p. 278.

¹⁰⁷ BAQUEIRO ROJAS Edgar y BUENROSTRO BÁEZ Rosalía, *Op. Cit.*, p. 226.

En un caso de maternidad subrogada heteróloga, donde se utilizara el óvulo de la misma mujer gestante, podría ser más sencillo decidir quién es la madre de acuerdo a las definiciones anteriormente portadas¹⁰⁸, porque si se piensa en una situación donde la mujer que gesta al niño no es la que aporta su carga genética, siendo que el óvulo fecundado se le injerta, ¿Qué sería más importante, los nueve meses de gestación ó el ovulo fecundado?

Ante la aparición de dos o tres mujeres dentro del procedimiento, la que aporta el material genético, la que lo gesta en su vientre, y la que tiene la voluntad de adquirir la maternidad legal del bebé, pudiendo ser la primera mujer la misma que la segunda o la tercera, es importante distinguir el papel que juega cada una, aún cuando, como ya se mencionó, por el temor de que en algún momento, una de las partes desee rescindir el contrato.

¿Qué pasaría si la mujer contratada cambia de opinión y desea quedarse con el bebé? Una probable solución fue la que se comentó en el capítulo segundo, dentro del epígrafe de la Legislación Extrajera, respecto del caso *Baby M* en New Jersey E.U.A., donde al final, tuvo mayor peso el contrato que la voluntad de la mujer que dio a luz, pudiendo algunos llamarla “La madre”¹⁰⁹. No obstante la custodia se le dio a los señores contratantes.

¿Cómo se puede pensar que se actuó con justicia dando el hijo a quién supuestamente le corresponde, cuando se le arrebató a la que es su madre? y si fuera de manera contraria, ¿Qué seguridad y qué certeza jurídica estaría brindando el Estado?

La importancia de definir quién es la madre radica sobretodo en el tema ético, en saber que sucede, éticamente hablando, al utilizar a una mujer y valerse de su capacidad para ser madre para lograr obtener un bebé y entregárselo a quién lo hubo solicitado

¹⁰⁸ Al decir “más sencillo” no quiere decir que sea una situación obvia y que la mujer que tendría todos los derechos de madre sería la gestante, ya que probablemente al momento de nacer sí se consideraría la madre biológica, pero al momento de analizar la voluntad de ambas mujeres y darnos cuenta que la mujer que no llevó en el vientre al bebé, es la mujer cuya voluntad se requirió para comenzar con el embarazo y es la mujer que se compromete a cuidarlo, criarlo, alimentarlo, educarlo y amarlo por todo el tiempo que le sea posible y no solamente nueve meses, entonces podemos pensar en la complejidad de la situación.

¹⁰⁹ MERINO, Faith, *Adoption and Surrogate Pregnancy*, Op. Cit ., pp. 36, 37.

previamente, independientemente de la contraprestación económica que pudiera haber. Se concluye con lo que se dijo en líneas arriba: sería sumamente injusto utilizar a una mujer como un objeto de trabajo que produce personas, arrebatándole su cualidad de «madre», restándole importancia a ese principio y primer lazo que se crea entre la madre y el hijo en el vientre, para intercambiársela por «empleada o contratada» por lo que se entenderá por madre a la mujer que engendra y da a luz a un ser humano. Tan es así que en los Estados donde se regula, se requiere la «renuncia» de la patria potestad por parte de la mujer contratada, o sea que se le da el trato de madre progenitora.

B. Naturaleza Jurídica o Denominación

Ignorando las cuestiones humanistas, éticas y filosóficas, en el caso hipotético de que la maternidad subrogada fuera un procedimiento moral y dignificante para el hombre, en lo que respecta a la naturaleza jurídica, la maternidad subrogada se encontraría ante otra serie de problemas de índole jurídico, entre otros la cuestión de encuadrarla bajo determinado esquema jurídico.

Existen distintas figuras contractuales bajo las cuales se podría pensar delimitar la maternidad subrogada. Sin embargo todas y cada una de éstas se ven imposibilitadas por distintas cuestiones jurídicas. A continuación se analizarán algunas de estas.

a. Arrendamiento

Como pudo verse en el capítulo de los Antecedentes Históricos, antes de que se inventara la maternidad subrogada, uno de los primeros procedimientos que se crearon para conseguir embarazos que de otra forma eran imposible de concebir fue la práctica de la inseminación artificial¹¹⁰. Posteriormente, cuando comenzó a darse esta situación donde una persona o pareja podía tener un hijo a través del vientre de otra mujer y además, que

¹¹⁰ RAÚL MERCHANTE, Fermín, *La adopción*, Ed. Depalma, Argentina, 1993, p. 143.

posiblemente éste tuviera su misma carga genética, se le denominó comúnmente maternidad subrogada o Alquiler de Vientre.

Una de las figuras jurídicas con la que como consecuencia del nombre de «alquiler de vientre», bajo el cual se le conoce a la maternidad subrogada, podría pensarse que se homologa es el arrendamiento.

Podría resultar bastante sencillo suponer que se habla de un arrendamiento cuando se plantea de manera «sencilla», sin entrar en detalles, centrando la atención principalmente en el hecho de que una pareja o una persona, arrienda el vientre de una mujer para que desarrolle en él la gestación de algún o algunos gametos fecundados. Sin embargo, con la finalidad de aclarar cualquier duda respecto acerca de sí la maternidad subrogada encuadra en dicha figura, a continuación se estudiará con mayor detenimiento.

Antes de comenzar a hablar del arrendamiento, se hablará de su género, el contrato. Un contrato representa una relación de índole patrimonial¹¹¹ y las partes tienen el poder y la libertad para decidir las características del objeto de dicho acuerdo de voluntades. Sin embargo, no es posible hacer de tal razonamiento una regla sin límites o excepciones, pues se terminaría aceptando la posibilidad de que la vida humana en formación, esté a disposición de los contratantes y que sea objeto de un contrato.

Un contrato es una declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica, es un: “acuerdo de voluntades que crea, modifica, transmite, conserva o extingue Relaciones Jurídicas Obligatorias de carácter patrimonial”¹¹². Sin embargo, de dicha definición surge la interrogante acerca de la maternidad subrogada, independientemente del aspecto ético, podría celebrarse bajo la figura de un contrato.

A continuación se desglosará la definición del «contrato» y se intentará encuadrar la figura de la maternidad subrogada en cada una de estas partes:

¹¹¹ ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría general de las obligaciones*, Ed. Oxford University Press, México, 2011, p. 137.

¹¹² *Idem*.

i. Acuerdo de voluntades: Definitivamente para que se dé la maternidad subrogada se necesita que exista una parte que lo solicite y otra que acepte; luego entonces se podría pensar en dar comienzo a todo el procedimiento. Inclusive existen autores que hablan de un neoformalismo, donde la primer formalidad es el consensualismo en la adopción de la forma. El CCF vigente habla de la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el contenido del contrato y al cocontratante¹¹³.

Sin embargo, como se verá más adelante, las partes aún siendo libres en su voluntad para crear acuerdos, éstos se topan con una realidad en la cual no existe la utopía de conseguir todo lo que se desea, ignorando y faltando al orden público, la moral, el derecho, las buenas costumbres y el respeto hacia las demás personas. La libre voluntad de contratar se verá siempre frenada por la ley positiva, específicamente cuando el objeto no sea posible jurídica o físicamente y como resultado se obtenga la frustración del contrato¹¹⁴. Por otro lado, inclusive cuando el objeto es imposible pero se cree que el acuerdo de voluntades existe, se debe de analizar si la voluntad de ambas partes es sincera y no fue viciada.

ii. Crea, modifica, transmite, conserva o extingue relaciones jurídicas obligatorias: “El primer efecto que produce el contrato consiste en su carácter obligatorio, o sea que el acuerdo de voluntades de los contratantes tiene fuerza de ley, aunque dicha expresión no debe entenderse literalmente”¹¹⁵. De acuerdo a ese primer efecto que produce un contrato, se debe tener en cuenta que el carácter obligatorio será entre las partes y de acuerdo a lo previamente pactado. En el caso de la maternidad subrogada resulta obvio que la misma crea obligaciones recíprocas. Por una parte, una mujer tiene la obligación de llevar todos los cuidados necesarios para que se dé un embarazo exitoso y al final entregar al niño. Renunciando de esta

¹¹³ SPOTA, Alberto G., *Intituciones de Derecho Civil, Contratos, Volumen III*, Ed. Depalma, Argentina 1993, p. 103.

¹¹⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Ed. Porrúa, México, 1999, p. 123.

¹¹⁵ *Ibidem.*, p. 83.

manera a todos sus derechos que tiene en relación con la patria potestad. En los lugares donde se permite la maternidad subrogada la mujer que pare al hijo, previamente firma un contrato por medio del cual cede todos los derechos de la patria potestad del menor y se obliga a entregarlo una vez nacido.

No obstante lo anterior, la otra persona o pareja que hubo contratado a la mujer para gestar y parir al bebé, se comprometerá a pagar cierta cantidad económica, para distribuirla entre los cuidados del embarazo, parto, posibles medicamentos y en algunos casos, una remuneración a la mujer que lleve a cabo la gestación de su futuro hijo. Sin embargo, la obligatoriedad de dichas relaciones jurídicas, que pueden parecer ser válidas, deben analizarse en su conjunto con el contrato para resolver si las mismas son legales y capaces de existir en el mundo jurídico. Un contrato que posea un objeto ilícito no puede obligar a las partes.

iii. De carácter patrimonial: Aquí se puede percibir una disyuntiva. En algunos casos, según el país o Estado donde se practique, se piensa que la maternidad subrogada necesariamente contiene como uno de sus elementos, una contraprestación económica. En otros países en cambio, el mismo supuesto sería calificado como una conducta ilícita. De cualquier forma, si pensamos que existe dicha contraprestación y creemos que se cumplen los otros dos requisitos, podemos pensar en la posibilidad de encuadrarlo como un contrato; pero aún siendo un contrato, deberemos analizar si el mismo es válido en relación a los demás elementos que éste deberá contener.

Los elementos de validez de un contrato según el numeral 1264 del CCJ, son dos: consentimiento y objeto posible. El consentimiento será mucho más sencillo de encontrarse en un supuesto contrato de subrogación de vientre, ya que a menos que éste se encuentre viciado, por lo regular es el primer impulso. Sin embargo el elemento de que su objeto sea

posible no se consigue. Al analizar el Contrato de Arrendamiento en específico, se dejará en claro lo referente al mismo.

¿Será lógico pensar que una pareja legalmente puede solicitar por tiempo determinado el vientre de una mujer como si fuera un tipo de «incubadora» para su hijo? Entendiendo entonces que el vientre sería un objeto que puede arrendarse como un auto o una casa, o cualquier cosa que se encuentre dentro del comercio, y a manera de compensación se le entrega a dicha mujer que arrienda su vientre una cantidad cierta de dinero.

El CCF define en su numeral 2398 el arrendamiento de la siguiente manera:

“Artículo 2398.- Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto. [...]”

En un contrato de arrendamiento, como lo señala el CCF vigente, intervienen dos partes:

1. El arrendador, concebida esta parte como la persona que da en arrendamiento una cosa a cambio de un precio estipulado. En el caso particular de estudio viene a ser la mujer que en razón del acuerdo de voluntades, gesta al menor en su vientre.
2. El arrendatario, que es la persona que toma en arrendamiento una cosa y por la cual paga un precio determinado. Para el caso concreto el arrendatario sería la pareja o la persona que contrata a la mujer para gestar y parir a «su hijo».

Dentro del contrato de arrendamiento existe necesariamente un objeto o bien arrendado. En este caso sería el vientre dentro del cual se llevaría a cabo la gestación del bebé.

Por principio el objeto de un contrato es una cuestión básica para la existencia del mismo, ya que éste puede ser invalidado a razón de la ilicitud en el objeto. El CCF lo ordena de la siguiente manera:

Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado:

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

Artículo 1825.- La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.

Artículo 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

¿El vientre de una mujer se encuentra dentro del comercio? Eso se resolverá un poco más adelante, antes se hablará de la contrariedad que representa la maternidad subrogada ante la moral y el orden público. Si se comprueba que cierto contrato es contrario al orden público o a las buenas costumbres, se obtendría como resultado su nulidad en razón del repudio por parte de la sociedad¹¹⁶. Lo anterior de acuerdo a lo señalado por el CCF vigente:

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

Y dentro del CCJ:

¹¹⁶ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; *Derecho Familiar Peruano*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima-Perú, p. 33.

“Artículo 1304.- Se considerará ilícito, como materia de obligaciones, todo aquello que afecte la personalidad de los contratantes, sus derechos esenciales e inalienables, su estado civil y cuanto sea contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”

De acuerdo al autor Ramón Sánchez Medal, las normas de orden público son las relativas a la organización política, judicial, al régimen de bienes inmuebles, a la capacidad y al estado civil de las personas, en general a las normas de Derecho Público o Privado que tengan carácter de imperativas o prohibitivas. En cuanto al concepto de buenas costumbres, generalmente la doctrina rehúye fijar este concepto fijo por ser muy variable y habla de que el mismo, en la civilización occidental, se aproxima al aspecto exterior de los principios de la moralidad cristiana¹¹⁷.

A continuación se transcribe una tesis aislada por medio de la cual la autoridad juzgadora declara la facultad que posee para calificar la moralidad de los hechos en razón de la ausencia de una definición perenne sobre dichos conceptos.

MORAL PÚBLICA Y BUENAS COSTUMBRES, ULTRAJES A LAS.

La facultad de declarar que un hecho es o no delito e imponer las penas consiguientes, es propio y exclusivo de la autoridad judicial, conforme al artículo 21 constitucional... la calificación de que una revista sea obscena, cae bajo la apreciación del Juez de los autos, sin que sea necesario que haya una prueba especial y directa, encaminada a establecer ese extremo; pues, siendo obsceno lo contrario al pudor, al recato o al decoro, el Juez está capacitado para determinar si ese es el carácter de la revista distribuida y hecha circular por el acusado, por presumirse, fundadamente, que posee el sentimiento medio de moralidad que impera en un momento dado en la sociedad, y tal apreciación no puede violar garantías, a menos que esté en contraposición con los datos procesales. Dado el carácter variable de la noción de buenas costumbres y de moral pública, según sea el ambiente o grado de cultura de una comunidad determinada, es necesario dejar a los Jueces el cuidado de determinar cuáles actos pueden ser considerados como impúdicos, obscenos o contrarios al pudor público. A falta de un concepto exacto y de reglas fijas en materia de moralidad pública, tiene el Juez la obligación de interpretar lo que el común de las gentes entienden por obsceno u ofensivo al pudor, sin recurrir a procedimientos de comprobación, que sólo son propios para resolver cuestiones puramente técnicas. Es el concepto medio moral el que debe servir de norma y guía al Juez, en la decisión de estos problemas jurídicos y no existe en tan delicada cuestión, un medio técnico preciso que lleve a resolver, sin posibilidad de error, lo que legalmente debe conceptuarse como obsceno. Por tanto, no es la opinión de unos peritos, que no los puede haber en esta materia, la que debe servir de sostén a un fallo judicial, ni es la simple

¹¹⁷ SÁNCHEZ MEDAL, *Op. Cit.*, p. 40.

interpretación lexicológica, el único medio de que se puede disponer para llegar a una conclusión; debe acudir, a la vez, a la interpretación jurídica de las expresiones usadas por el legislador y a la doctrina, como auxiliares en el ejercicio del arbitrio judicial que la ley otorga a los Jueces y tribunales.... Esto no significa que se atribuya a los Jueces una facultad omnímoda y arbitraria, como toda función judicial, la de aplicar las penas debe sujetarse a determinadas reglas y el juzgador no debe perder de vista que sus decisiones se han de pronunciar de acuerdo con el principio ya enunciado, de la moralidad media que impera en un momento dado en la sociedad y en relación con las constancias de autos¹¹⁸.

La moral y las buenas costumbres serán determinadas en un momento y lugar previamente definido. No obstante lo anterior no debe crear confusión pensando y tratando de justificar el que la maternidad subrogada para algunos representa una agresión a las buenas costumbres y para otros no, pues independientemente de ello siempre existirá la razón, la ley natural y la ética que indiquen cuándo algo es correcto y acorde al fin del hombre y cuándo no.

Regresando al tema de la posibilidad jurídica y física del objeto, necesariamente deberá entrarse en el cuestionamiento de si el vientre de una mujer, siendo éste una parte de la integridad de una persona humana, puede ser o no objeto de un contrato. De acuerdo con lo mencionado por el autor Carlos Sepúlveda Sandoval, para que se pueda dar un contrato de arrendamiento, se requiere de la posibilidad física y jurídica del objeto. Para que sea jurídicamente posible, el bien debe existir en el comercio y ser determinado o determinable. La ley además señala la prohibición expresa para arrendar derechos personalísimos y los demás que se prohíban en otras disposiciones legales¹¹⁹.

Por su parte los autores Nuñez, Noutel, Pereira, Tanzi, Lombardi, López Cabana, Loyarte y Rotonda, en las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros celebradas en 1992, opinaron al respecto, confirmando lo que se ha venido estableciendo en líneas precedentes acerca de la ineficacia de este contrato en razón de su excedencia a los límites de la ley en cuanto al objeto ilícito¹²⁰.

¹¹⁸ Tesis Aislada (Penal), Registro No. 310389, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, t. LVI, abril 1938, p. 133.

¹¹⁹ SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, *Contratos Civiles*, Ed. Lazcano Garza, México, 2004, p.554

¹²⁰ Consultoría de maternidad subrogada, disponible en internet en:<<http://www.vientredealquiler.com>> [Fecha de consulta: 05 de mayo de 2011].

Finalmente el CCF confirma lo anterior al señalar que el objeto debe de estar en el comercio, como bien se transcribió en páginas anteriores el numeral 1830, y no debe ser contrario a las leyes de orden público:

“Artículo 1825.- La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio.”

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

Bajo ese mismo orden de ideas, se debe investigar si existe alguna disposición legal que prohíba el arrendamiento donde se tenga por objeto alguna parte del cuerpo humano. En efecto la ley prohíbe celebrar un Contrato de Arrendamiento donde el objeto se encuentre fuera del comercio.

El Código de Comercio señala en su artículo 75:

“Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio:

I.- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados (...)

Hasta este punto y pensando únicamente en cuanto a la posibilidad de encuadrar la maternidad subrogada en la figura de un Contrato de Arrendamiento, podríamos afirmar que los actos de comercios reputados por la ley en el artículo anteriormente transcrito, se adecúan a un contrato de maternidad subrogada donde el arrendador, o madre contratada, recibe a cambio cierta contraprestación adicional al pago por los gastos que se requieran en el transcurso del embarazo.

Sin embargo, continuando con el mismo razonamiento, la Ley General de Salud, en sus numerales 327, 416, 417, 421 bis, 423 y 462, contempla como delito y sanciona los actos de comercio que involucren órganos, tejidos y células ¹²¹:

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

Artículo 416.- Las violaciones a los preceptos de esta Ley, sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de ella, serán sancionadas administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas que correspondan cuando sean constitutivas de delitos.

Artículo 417.- Las sanciones administrativas podrán ser:

- I.** Amonestación con apercibimiento;
- II.** Multa;
- III.** Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y
- IV.** Arresto hasta por treinta y seis horas.

Artículo 421 bis. Se sancionará con multa equivalente de doce mil hasta dieciséis mil veces el salario mínimo general diario vigente en la zona económica de que se trate, la violación de las disposiciones contenidas en los artículos 100, 122, 126, 146, 166 Bis 19, 166 Bis 20, 205, 235, 254, 264, 281, 289, 293, 298, 325, 327 y 333 de esta Ley.

Artículo 423.- En caso de reincidencia se duplicará el monto de la multa que corresponda (...)

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:

- I.-** Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, y
- II.** Al que comercie o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos, y (...)

Puede deducirse de los artículos precedentes, que si bien cabía la posibilidad de encuadrar la maternidad subrogada en la figura de un contrato de arrendamiento, siempre y cuando existiera una contraprestación pecuniaria, el mismo supuesto se verá impedido legalmente porque no puede comerciarse con órganos, tejidos, o células.

¹²¹ Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984. Disponible para su consulta en internet: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142.pdf>> [Fecha de consulta: 30 de julio de 2011].

Por otro lado, el autor Rojina Villegas define el arrendamiento como “un contrato por virtud del cual, una persona llamada arrendador concede a otra, llamada arrendatario, el uso o goce temporal de una cosa, mediante el pago de un precio cierto”¹²².

El elemento de la anterior definición que se analizará, es el de la concesión del uso o «goce temporal de un bien y la restitución del mismo», pues es temporal, y de lo contrario estaríamos hablando de una compraventa donde de igual forma se paga un precio cierto pero el comprador no tiene ninguna obligación de restituir los bienes pues éstos pasan a ser parte de su propiedad y patrimonio. Sin embargo en el caso que se estudia, la persona o pareja que contrata a una mujer para gestar a su «futuro hijo», en ningún momento gozará personalmente de la cosa, refiriéndonos claramente al vientre de la mujer contratada, y de igual forma al nunca poseerlo, nunca lo restituirá.

Dentro de un contrato de arrendamiento únicamente existe la transferencia de la posesión y no de la propiedad, sin embargo dentro de la maternidad subrogada existe un sentido de transferencia de propiedad innegable. Lo que se transfiere son los derechos y las obligaciones de quien en principio tendría la patria potestad sobre el niño, junto con la posesión del menor, además de todos los elementos con los que necesariamente la mujer contratada, alimentará al menor durante el proceso de gestación.

Además de lo anteriormente expuesto en relación a que los tejidos, órganos y células de cuerpo humano se encuentran fuera del comercio, si bien el útero es un componente no regenerable del cuerpo humano el cual se encuentra fuera del comercio, aunado a ello resulta indisponible e irrenunciable el derecho a la patria potestad dada anticipadamente por la gestante. Otra razón por la cual no podría pensarse en la figura de un Contrato de Arrendamiento sería porque la arrendataria, siendo esta la mujer que paga cierta cantidad de dinero¹²³ a cambio del arrendamiento del vientre de otra mujer para que desarrolle dentro del mismo un ser humano y dé a luz, en ningún momento adquiere una

¹²² ROJINA, VILLEGAS Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 548.

¹²³ Independientemente sí se trata de una contraprestación *per se*, siempre deberá de pagar al laboratorio, al hospital donde nazca el bebé, medicamentos, consultas, etcétera.

posición pasiva en la relación jurídica material, como sí sucede en el arrendamiento convencional.

Antes de concluir con el tema del contrato del arrendamiento, se hablará del contrato de comodato, teniendo esta figura contractual la similitud con el contrato de arrendamiento de que el objeto de éste consiste en entregar temporalmente el goce de un bien no fungible.

El CCF define el Contrato de Comodato de la siguiente manera:

“Artículo 2497.- El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible, y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente.”

Aún cuando se esté hablando de un contrato donde no existiría una contraprestación pecuniaria que pudiera afectar en varios aspectos la relación, no podría pensarse que esta figura es posible para encuadrarse la maternidad subrogada.

Analizando la definición que nos brinda el multicitado CCF, una de sus principales características que puede notarse es la obligación que tendrá el comodatario de «restituir individualmente» el bien al comodatario, y entonces habrá que preguntarse ¿exactamente de qué bien estamos hablando? ¿Acaso se pretende restituir al recién nacido? o, ¿Se podría buscar la restitución del endometrio y vientre de una madre?

Como puede verse resulta imposible celebrar un contrato de comodato donde no se restituya el bien y por esa simple razón no es posible considerarlo como figura bajo la cual se celebre la maternidad subrogada.

b. Donación

Algunas personas son de la idea de que la maternidad subrogada no tiene nada de malo siempre y cuando no se pague a cambio cierta cantidad de dinero o algún bien material a la mujer contratada y por ello para estas personas la maternidad subrogada no se trata de un arrendamiento del vientre de una mujer, ni de un servicio, sino que simplemente una mujer sin ánimo de lucro, decide libremente llevar a cabo el embarazo, como una especie de donación de un recién nacido, o algo similar.

Según el autor Edgar Page, un contrato de maternidad subrogada es un “movimiento legal, diferente de la mera transferencia geográfica, por medio del cual uno explícitamente cede sus derechos y traspasa sus obligaciones sobre un producto humano a otra persona”¹²⁴. Por lo tanto, dentro de esta misma lógica, si hablamos de un contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada, entenderíamos que la madre contratada únicamente ofrece su vientre como incubadora. Sin embargo en ningún momento cede sus derechos ni traspasa sus obligaciones sobre ciertos órganos de su cuerpo como sucede en el caso de la donación. Por otro lado, si el objeto del contrato de subrogación de vientre fuera el bebé, además de la prohibición que representa *per se*, por el hecho de que un bebé es un ser humano, el mismo al momento de la celebración del contrato es un bien futuro y su existencia no puede asegurarse.

El CCF define en sus artículos lo que es la donación y los objetos que puede comprender:

“Artículo 2332.- Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.

Artículo 2333.- La donación no puede comprender los bienes futuros.”

¹²⁴ E. Page, “Donation, Surrogacy and Adoption” en *Applied Philosophy. Morals and Methaphysics in Contemporary Debate*. editado por Brenda Almond y Donald Hill London/New York: Routledge, 1991, pp. 272-83.

No obstante, si se pudiera pensar en la posibilidad de aceptar la definición anteriormente transcrita, del autor Edgar Page, y querer equiparar un contrato de donación con la maternidad subrogada, se concluiría que ello resulta imposible a la luz del Derecho Positivo, ya que el numeral 2333 del CCF es bastante claro al ordenar que la donación no puede comprender los bienes futuros. Una persona no es un bien y además su existencia en el mundo jurídico depende de una serie de eventos como lo es un parto exitoso por parte de la mujer que lo está gestando.

El autor Rafael Rojina Villegas define la donación de la siguiente manera: “La donación es un contrato por el cual una persona, llamada donante, transmite gratuitamente una parte o la totalidad de sus bienes presentes (reservándose sólo los bienes necesarios para subsistir), a otra llamada donatario”¹²⁵. En el mismo capítulo Rojina Villegas, habla de que el donante y en el presente supuesto la mujer contratada, tiene las obligaciones de transmitir el dominio de la cosa donada y de entregarla al donatario¹²⁶.

Sin embargo si se pensara en aplicar el concepto de donación a la maternidad subrogada resultaría no aplicable pues ¿acaso se pretende que la mujer contratada se desprenda, literalmente, de su vientre para entregarlo en donación? O ¿lo que realmente se busca es que la mujer contratada transmita el dominio de la cosa, siendo ésta el nacido? Siendo el segundo razonamiento el único que podría darse físicamente en la realidad, de igual manera se arriba a un absurdo en donde es inconcebible permitir la donación de personas humanas.

Si bien es cierto en México se permite y se regula la donación de órganos, sin embargo, no podría decirse que al igual que existe la disposición de donar órganos del cuerpo, se puede donar órganos reproductivos de una mujer y mucho menos se puede pensar en donar todo el conjunto de órganos y tejidos que forman una persona.

¹²⁵ ROJINA, Villegas Rafael, *Op. Cit.*, p. 421.

¹²⁶ *Ibidem.*, p. 429.

El caso de la maternidad subrogada no se puede equiparar con una donación de órganos pues en el segundo supuesto se tiene por finalidad recuperar o mantener la salud física de una persona, mientras que en la segunda únicamente se busca satisfacer el deseo de una persona o pareja por ser, no simplemente los padres legales de un nacido, pues la maternidad subrogada no cura ni repara ninguna enfermedad que impida la procreación. Además dentro de la donación se transfiere la propiedad y posesión del bien y en el caso de la maternidad subrogada los órganos de la mujer nunca pasarán a propiedad o posesión de la persona o pareja, ni si quiera temporalmente.

Por otra parte, si se pensara que lo que se está donando es un menor y se tratará de equiparar con una donación de órganos, resultaría inaceptable, ya que una persona es un «todo», mientras que un órgano es solo una parte de ese «todo», por lo que se trata de dos situaciones completamente distintas, ello sin dejar de considerar el argumento que diferencia el objeto de un contrato de donación de órganos, siendo éste el recuperar la salud de un tercero y el objeto de una supuesta donación de una persona para satisfacer los deseos de « procreación» de terceros.

c. Prestación de Servicios

La maternidad subrogada, según lo expuesto anteriormente, no podría celebrarse bajo la regulación de figuras como la del arrendamiento, comodato o la donación. Otra opción que algunos podrían considerar sería la de un contrato de prestación de servicios, en donde la mujer contratada presta el servicio de gestar y dar a luz a un bebé a cambio de una contraprestación económica. Sin embargo nuevamente se encuentran varias razones por las cuales sería imposible encuadrarla en dicha figura.

Para empezar el CCF, aun cuando no ofrece una definición, habla de servicios profesionales, o sea personas con una profesión específica para el desempeñar el servicio que prestan, inclusive menciona a los profesionistas sindicalizados:

“Artículo 2606.- El que presta y el que recibe los servicios profesionales; pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos. Cuando se trate de profesionistas que estuvieren sindicalizados, se observarán las disposiciones relativas establecidas en el respectivo contrato colectivo de trabajo.”

El desarrollar un embarazo y dar a luz a un bebé, aún siendo una actividad que al hombre, hasta el día de hoy le resulta imposible realizar a través de la tecnología sin partir y sin ayuda de la naturaleza del cuerpo del hombre y la mujer, definitivamente tampoco requiere de una preparación técnica o profesional ya que el desarrollo de un embarazo en el cuerpo de una mujer se da de manera natural e involuntaria. Aunado a lo anterior el hecho de que se fije un precio a cambio de engendrar un hijo sería inadmisibles porque como parte del objeto de dicho contrato, al llegar el plazo previamente pactado, se estaría entregando una persona humana de la misma forma en que un profesionista entrega cierto trabajo. En el caso de la maternidad subrogada, como ya se ha venido reiterando, tanto las personas como sus órganos se encuentran fuera del comercio.

Por otro lado el CCJ dentro de su Título Décimo ofrece una definición para el contrato de prestación de servicios: De los contratos de prestación de servicios, incluye los siguientes capítulos:

- I. De contrato de prestación de servicios técnicos y profesionales*
- II. Del contrato de obras a precio alzado*
- III. Del contrato de transporte*
- IV. Del contrato de hospedaje*

Al leer los títulos de los capítulos que incluye el Título Décimo del Código en comento, puede dilucidarse que el mismo es inaplicable para el caso concreto pues hablar de una preparación técnica y profesional por parte del prestador del servicio según el CCJ:

“Artículo 2254.- El contrato de prestación de servicios técnicos o profesionales es aquél por medio del cual el prestador se obliga a proporcionar en beneficio del cliente o prestatario determinados servicios que requieren de una preparación técnica o profesional.”

Por lo tanto al igual que en las dos ocasiones anteriores, jurídicamente y de acuerdo con la legislación vigente en México, no podría estipularse bajo la regulación de un contrato de prestación de servicios.

d. Adopción

Como última opción que se presentará para tratar para encuadrar la relación que nace de la subrogación de vientre es la adopción.

Para el autor Joaquín Escriche, la adopción es “el acto de prohijar o recibir como hijo con autoridad judicial al que verdadera y naturalmente es de otro y se halla en la potestad de su padre: *“por fijamiento de home que ha padre carnal et es so poder del padre”*¹²⁷.

El CCF no contempla una definición expresa de lo que es la adopción, sin embargo la que brinda el CCJ se adapta a la regulación que al respecto ofrece el CCF:

Artículo. 520.- La adopción es 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.

Podrán ser adoptados:

I. Los menores:

- a) Huérfanos de padre y madre;
- b) Hijos de filiación desconocidos;
- c) Los declarados judicialmente abandonados;
- d) Aquellos a cuyos padres se les haya sentenciado a la pérdida de la patria potestad; y
- e) Aquellos cuyos padres o tutor o quienes ejerzan la patria potestad otorguen su consentimiento; y

II. Los mayores de edad cuando sean incapaces.

III. Los mayores de edad, si antes de serlo hubieren estado bajo el cuidado personal de los presuntos adoptantes y existiera entre ellos lazos afectivos de carácter filial.

¹²⁷ ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Ed. Imprenta de Eduardo Cuesta, España, 1874, p. 94.

Existen ciertas características esenciales en la adopción las cuales se contemplan en la ley vigente. Para empezar se habla de que la adopción es un 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. Hasta ese momento de la definición parece ser completamente acoplable a la situación de la maternidad subrogada; pues precisamente se busca que la mujer contratada renuncie a sus derechos y deberes inherentes a la relación paterno-filial para que a su vez éstos se transmitan a una pareja o a una persona soltera. Sin embargo existe un impedimento, ya que sí se continúa la lectura del numeral 520 del CCJ y el correlativo 390 del CCF, podrá verse que existen dos fracciones que señalan los sujetos que pueden ser objeto de adopción: los menores de edad y los mayores cuando sean incapaces o cuando hayan vivido bajo el cuidado personal de los presuntos adoptantes. En este caso se estará refiriendo a la primera fracción, los menores.

La mayoría de edad comienza al cumplir los dieciocho años y por lo tanto la minoría de edad concluye en dicho momento. Pero lo que debe tomarse en cuenta es el momento a partir del cual se considera a una persona menor de edad. Para tales efectos el CCJ señala al respecto lo siguiente:

“Artículo 48.- La menor edad comienza con el nacimiento y concluye al cumplir dieciocho años.”

Lo más lógico y seguro para ambas partes sería firmar el contrato antes de cumplir con las obligaciones, sin embargo una adopción no puede pactarse antes del nacimiento del menor. Inclusive como requisito de la adopción la Ley solicita el acta de nacimiento del menor, no puede darse en adopción un no nacido.

La única alternativa en la que podría pensarse sería en firmar el contrato posteriormente al nacimiento arriesgándose la madre adoptiva, a que la madre biológica no acceda a firmar el contrato después de haber gozado de todos los servicios ofrecidos por parte de la anterior o de la pareja con quién se esté tratando o que la parte contratante se arrepienta y la mujer tenga que encargarse del bebé.

En relación a lo anterior, es importante conocer que resulta un requisito en la adopción el que la transferencia de niños deba siempre realizarse bajo la vigilancia del Estado, ya que de no ser así se podría deformar dicha institución, convirtiéndose en un mercado de personas bajo las peores condiciones, pudiendo inclusive dicha práctica llegar a convertirse en la comisión de un delito penal cuando por ejemplo la mujer contratada se niegue a cumplir con su parte del contrato y quiera retener al menor y la parte contratante se lo quite de manera forzosa, algo similar a los siguientes artículos que se contemplan en el Código Penal Federal:

Artículo 179. Se impondrá de dos a seis años de prisión al que substraiga a un menor de doce años, sin causa justificada o sin orden de autoridad competente, de la custodia o guarda de quien legítimamente la tenga, o bien que lo retenga sin voluntad de éste. Cuando el delito lo efectúen los padres, abuelos o bisabuelos que no ejerzan la patria potestad, o terceros, por encargo de alguno de éstos, la sanción será de seis meses a dos años de prisión (...) El robo de infante lo comete el que se apodere de un menor de quince años de edad de cualquier sexo, sin derecho y sin consentimiento de sus padres o de quienes legítimamente lo tengan en su poder con el fin de segregarlo del medio familiar que le es propio (...)

Artículo 179 Bis. Al ascendiente que ejerza la patria potestad o al que tenga a su cargo la custodia de un menor de catorce años, aunque ésta no haya sido declarada, que ilegítimamente lo entregue a otro para su custodia a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de prisión de dos a ocho años y multa por el importe de veinte a cien días de salario. La misma pena a que se refiere el párrafo anterior, se le impondrá a quien reciba al menor y también al tercero que lleve a cabo la entrega de éste a cambio de un beneficio económico (...) Si la entrega del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena que se aplicará a los responsables, será de uno a tres años de prisión (...)¹²⁸.

De acuerdo a lo anterior, cabría cuestionarse, ¿cómo el Estado aprobaría una adopción donde existan de por medio intereses económicos? Aún en el caso de que el contrato fuera de carácter gratuito, podría resultar bastante complicado descubrir si las partes hubieron pactado cierta cantidad como contraprestación de manera oculta, aprovechándose de la permisividad que en dicha hipótesis el Estado les otorgue.

La adopción es entonces una figura paralela a la maternidad subrogada y nunca el género de la misma o una variante de ella. La adopción es una opción para aquellas parejas

¹²⁸ Código Penal del Estado Libre y Soberano de Jalisco, Periódico Oficial del Estado de Jalisco, publicado el 25 de febrero de 1995.

o personas que por una u otra razón no desean o pueden tener hijos biológicos, pero como bien dice el autor Fermín Raúl Marchante, la familia si bien constituye la célula básica de la organización social, las comunidades humanas no se constituyen solamente sobre los cimientos biológicos sino que además se forman de vínculos afectivos, anímicos, espirituales; y estos elementos se consideran de igual manera fundamentales para la definición de una persona humana¹²⁹, a diferencia de la maternidad subrogada donde se le da más importancia a ese vínculo genético.

Habiendo concluido con que ninguna de las figuras jurídicas resulta apropiada para encuadrar la maternidad subrogada, podría pensarse que gracias a la autonomía de voluntad que el derecho positivo le reconoce a las partes contratantes, puede concretarse la posibilidad de celebrar contratos estructurados por las mismas partes, aún cuando estos no se encuentren en la legislación positiva¹³⁰. Los contratos atípicos “son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación, respecto a la relación de derecho privado entre los particulares que contratan”¹³¹, sin embargo tanto la teoría general de las obligaciones, así como la misma ley vigente, incluyendo el CCF y el Código de Comercio, nos lo impedirían en razón de que el objeto se encuentra fuera del comercio y es contrario a la moral, el orden público y las buenas costumbres.

C. Problemas actuales y probables problemas futuros

Como bien se trató en el subtema anterior, resulta un problema legal el conocer la naturaleza jurídica de la maternidad subrogada. Sin embargo no resulta ser ésta la única problemática dentro del tema, existen también una serie de impedimentos de carácter ético-moral que impiden la aprobación y no restricción de la maternidad subrogada, así como también una problemática de carácter social.

¹²⁹ RAÚL MERCHANTÉ, Fermín, *La adopción*, Ed. Depalma, Argentina 1993, p.11.

¹³⁰ Los únicos dos requisitos que nos mencionan tanto el CCF, como el estatal, son el objeto posible física y jurídicamente y el consentimiento otorgado libre de vicios. No se requiere ninguna forma o estructura preestablecida en la misma ley, se nos reconoce la libertad para celebrar cualquier tipo de contrato siempre y cuando su objeto sea lícito y las partes estén de acuerdo.

¹³¹ GODDARD, Jorge, *Derecho Privado, Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 149.

En este último apartado se nombrarán algunos supuestos que independientemente del tema de la ética, moral, filosofía, o regulación legislativa, se encuentran latentes en el supuesto de que se legislara y se permitiera la maternidad subrogada. Es importante mencionarlos porque son una posible consecuencia inmediata al permitir que legalmente se lleve a cabo la maternidad subrogada.

El primer problema latente que se expondrá, es en relación al bebé que fuera concebido bajo este procedimiento. Según lo visto en el epígrafe anterior, aun no puede conocerse con certeza la naturaleza jurídica de la figura en que en un supuesto, donde la ética y la dignidad del hombre no se consideraran, se trataría la maternidad subrogada. ¿Qué trato se le daría al concebido?, o mejor dicho ¿qué papel ocuparía el mismo en la relación jurídica? ¿Sería considerado como una parte, un tercero o el objeto materia del acuerdo que hasta ahora parece incorrecto?

Si se dijera que al igual que en una adopción el concebido es parte, tendría que considerarse también que el mismo, en el momento en que se firma el contrato, aún no ha nacido y por lo tanto requeriría de un tutor, en este caso la madre y ello nuevamente aclararía que la madre es la mujer que gestó y dio a luz al menor. Por otro lado, no obstante el menor tiene capacidad de goce, para el mundo jurídico no puede ser considerado sujeto de derecho¹³². Finalmente, en el remoto caso que el menor se obligara, ¿a que se estaría obligando?, ¿A existir y entregarse en un futuro?, pues la firma del contrato se deberá firmar antes de que la mujer contratada esté embarazada y por lo tanto no sería posible tutelar a alguien que aun no ha sido concebido. No puede ser parte porque al momento de celebración del contrato no existe.

Si se viera al embrión como un tercero el cual sencillamente recibirá una serie de derechos en todo lo que no afecte a su persona y sin solicitar su consentimiento; como una persona que no es parte¹³³, por ese lado cabría comenzar cuestionándose si el supuesto

¹³² Según el CCF, la capacidad jurídica de un persona, se adquiere con el nacimiento: **Artículo 22.-** *La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.*

¹³³ DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2005, p. 471.

derecho que se le está dando como beneficio, o sea la propia vida, se pensaría entonces que ¿la vida no es un derecho inherente al hombre sino que es recibido en razón de otro que lo otorga?

La manifestación de la vida en el transcurso de la historia no ha dependido de ninguna autorización u otorgamiento de dicho privilegio, ni siquiera cuando se manifestó la vida racional humana. Ha habido vida antes y probablemente seguiría manifestándose aún en una hipotética extinción de la raza humana. Este pensamiento lleva a concluir que antes de hablar de derecho a la vida, como la defensa de un orden de las cosas, hay que hablar de un derecho natural, que es aquel orden y disposición existentes en la realidad de las cosas. No significa que no exista derecho a la vida sino que éste existe y es un derecho natural, inherente al hombre desde el momento en que «es».

Es muy distinto pensar que el hombre nace porque otra persona le da el derecho de hacerlo, a que se afirme que nace como consecuencia de una acción natural, sin que ninguna persona tenga la atribución de dar el derecho a vivir a las personas, aunque en ambas opciones el resultado sea la vida misma que frente a los demás merece que se le dé su justo valor.

Se concluye lo anterior afirmando que la vida del hombre debe ser respetada¹³⁴, se le debe respeto a su persona y a su vida, se tiene derecho a vivir, pero ese derecho nos pertenece desde el momento en que somos personas y no se otorga por ningún otro ser humano, es inherente al hombre por el hecho de serlo.

Dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no existe un artículo el cual explícitamente hable del derecho a la vida. Sin embargo, el mismo lo podemos encontrar de manera implícita interpretando adecuadamente los artículos 1, 14 y 22 de la Carta Suprema.

¹³⁴ Tanto los Códigos penales de cada Estado de la República, como el Federal, prohíben el homicidio. Así mismo nuestra Carta Magna prohíbe la pena de muerte. El Estado busca proteger la vida pero no es el mismo quién otorga el derecho de poseerla, éste es *per se* un derecho intrínseco a todo ser humano.

Artículo 10. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece...

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho...¹³⁵

Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales...¹³⁶.

El artículo primero constitucional concede el gozo de todas garantías que otorga la misma Constitución. Sin embargo, posteriormente los artículos 14 y 22 no hablan explícitamente de la vida y del derecho a ésta. En lo particular, el numeral 14 habla del respeto que deberá existir frente a los derechos de cualquier persona, incluyéndose por su puesto el derecho a la vida. Por otro lado el artículo 22 prohíbe la pena de muerte, por lo que interpretándolo a *contrario sensu* el mismo protege la vida. Por lo tanto aun cuando no diga de manera explícita que debe respetarse la vida humana, ello no quiere decir en ningún momento que de hecho no se le proteja. Para mayor claridad cabría consultar el proyecto de resolución con motivo de las reformas constitucionales del año 2005, en el mismo se retomaron las consideraciones por las cuales se afirma que la Carta Magna sí protege el derecho a la vida.

El Constituyente Permanente¹³⁷ tuvo oportunidad de referirse a tal derecho, para señalar precisamente que "...Ningún ser humano puede tener el derecho de disponer de la

¹³⁵ Nótese que el artículo 14 constitucional en ninguna parte menciona la palabra vida en su texto, sin embargo antes de la reforma del 2005 el mismo artículo rezaba de la siguiente forma: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. **Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos...**"

¹³⁶ CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ed. Porrúa, México, 2007, pp. 1-25.

¹³⁷ "El constituyente permanente es el órgano encargado de modificar el texto constitucional, es un órgano constituido, dotado de una competencia por definición limitada y sujeto a límites formales y materiales en el ejercicio e sus atribuciones." COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Teoría Constitucional*, Ed. El Pliego, México, 2002, p.241. La página de internet oficial del Sistema de Información Legislativa, define al Constituyente Permanente de la siguiente manera: "Aunque la constitución mexicana no alude explícitamente a dicho concepto, la doctrina constitucional mexicana llama poder constituyente permanente al poder revisor de la constitución, que es un poder creado por ella; se trata de un órgano cuya competencia es reformar total o parcialmente la constitución sancionada anteriormente. La CPEUM se refiere implícitamente al poder constituyente permanente al señalar: "La presente Constitución puede ser adicionada o reformada (...) se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de los estados (...)" <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=55> [Fecha de consulta: 11 de agosto de 2011].

vida de un semejante...”¹³⁸ bajo este mismo orden de ideas, puede pensarse que el Constituyente Permanente habla del derecho a la vida no únicamente para referirse a una garantía individual, sino como una condición necesaria para que exista una sociedad y que en la misma se respeten los unos a los otros: “es el derecho humano por excelencia”¹³⁹.

La vida es un derecho inherente a todo ser existente, de eso no queda duda alguna, e independientemente del derecho natural que lo protege, la Constitución Política y diversas normas a nivel estatal y federal, de igual manera lo hacen. No obstante lo anterior, en ninguna parte encontramos que ese derecho sea otorgado por alguien, por lo que concluimos que es inherente a la persona humana. La vida es una constante, un devenir¹⁴⁰.

Sería absurdo pensar que la vida es un derecho que se da en razón de un contrato, dado que el mismo es el derecho que resulta condición *sine qua non* para acceder a los demás títulos jurídicos y por tanto reviste una naturaleza meta jurídica, meta patrimonial, lo que no extrae de la posibilidad de ser objeto de contrato. Además tendría que razonarse lógicamente y pensar qué pasaría si por alguna razón el contrato se rescindiera seis meses después de su celebración, quedaría en suspenso el derecho a la vida que se pensaba darle al no nacido, y ¿qué sucedería con el mismo al momento de nacer?

Retomando el tema del trato que se le daría al no nacido, la última opción sería darle el trato de un objeto. Esta última opción, para muchos, sólo de pensarse, puede parecer indignante o denigrante. Jurídicamente se ha visto en este mismo subcapítulo que de acuerdo al numeral 1299 del CCJ, y 1794, 1795 y 1825 del CCF, el bien objeto de un contrato deberá estar dentro del comercio, las personas no se encuentran dentro de éste. Además, el Código Penal Federal en su numeral 206 y 206 Bis fracción I, sanciona con prisión de dos a nueve años al que cometa el delito de lenocinio o trata de personas¹⁴¹.

¹³⁸ Véase el Proyecto de Resolución, en la p. 277, donde se hace referencia a la Exposición de Motivos de la iniciativa presentada por Diputados del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, de la reforma constitucional de los artículos 14 y 22.

¹³⁹ MONTOYA, RIVERO, Víctor Manuel, en la Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, <http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/263_278.pdf> [Fecha de consulta: 01 de agosto de 2011].

¹⁴⁰ Véase la definición hecha por el Tribunal Constitucional español en la sentencia de recurso de inconstitucionalidad de la Ley del aborto número 53/1985 en el Boletín Oficial del Estado, disponible en internet en: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053>> [Fecha de consulta: 12 de julio de 2012].

¹⁴¹ El Código Penal Federal en su Artículo 206 BIS señala que comete el delito de lenocinio: I.- Toda persona que explote el cuerpo de otra por medio del comercio carnal, se mantenga de este comercio u obtenga de él un lucro cualquiera... Código Penal Federal, Periódico

Aun cuando en realidad la finalidad de todo este proceso fuera el obtener un hijo o hija para satisfacer no únicamente el deseo de ser padres, pues si éste fuera el panorama bastaría con tramitar una adopción y darle todo el amor y ayuda a un niño de los miles que lo necesitan, sin embargo va más allá, sino que además se trata de un deseo que pudiendo ser puro, se ve contaminado con aspectos secundarios como el hecho de que el niño tenga parte de la genética de una persona o de la pareja en su conjunto y entonces cabría preguntarse, ¿se busca un hijo por el deseo de brindarle lo mejor de nosotros y de explorar la maternidad o paternidad que tanto desean? O ¿se busca un hijo con parte de su genética o de la de su pareja para sentir que es más suyo, como si se tratara de poseer algo, y realizarse personalmente de mayor o mejor manera? Se sabe que la primera opción es completamente válida y la segunda, por el contrario, a todas luces pareciera resultar banal.

Continuando con los posibles problemas ante los cuales se enfrentaría el hombre si decidiera permitir la maternidad subrogada, se encuentra el tema de la nacionalidad. Hace un par de años en España se dio el caso de un niño apátrida, resultado de maternidad subrogada. Una pareja española, Juan Antonio González y Elsa Saint Girons, tomó la decisión de tener un hijo por medio de un procedimiento de subrogación de vientre. Siendo España un país que prohíbe la maternidad subrogada, optaron por viajar a India y tener su hijo ahí. Una mujer de nacionalidad Argentina, país donde también se prohibía la maternidad subrogada, fue quien les ofreció su vientre y meses más tarde dio a luz a una niña. Como ya se hubo comentado, tal práctica era ilegal en España y Argentina, razón por la cual para estos países el bebé no podía gozar de nacionalidad española o argentina respectivamente. El bebé nació en la India y el hospital donde la mujer contratada dio a luz, estableció como padres a los señores Juan Antonio González y Elsa Saint Girons. Ante todo este problema, la Embajada española en la India alega que el acta de nacimiento o partida de la niña es «inválida» porque no menciona que la persona que dio a luz es la mujer contratada de nacionalidad argentina, sino la señora Elsa Saint Girons. El problema no

Oficial de la Federación, publicado el 14 de agosto de 1931. Aun cuando pareciera muy alejado de la realidad, podría suceder que al igual que existe el delito de trata de personas para ciertos fines, se utilicen a las personas para comerciar con ellas, específicamente para utilizarlas como «incubadoras».

terminó ahí, ya que el mismo hospital se negó a cambiar la partida de nacimiento para añadir a la mujer contratada, además según los asesores de la pareja, cualquier modificación jurídica al documento podría dilatarse un mínimo de tres años. La niña no puede viajar pues no tiene papeles, es apátrida y ahora los «padres» no saben qué hacer con ella¹⁴².

Otro problema es la incertidumbre de no conocer una solución justa ante la negativa por alguna de las partes para cumplir con sus obligaciones previamente acordadas, ¿Qué sucedería ante la rescisión de un contrato de maternidad subrogada? ¿Qué sucedería en el caso de que alguna de las partes deseara dar por terminado el contrato? Sería una situación que aunque eventualmente se resolviera, la solución sería injusta. ¿Qué se haría con el recién nacido? O la situación que comúnmente se plantea, ¿qué pasaría si al final la mujer que dio a luz se niega a entregar al bebé? A final de cuentas si se decide que el bebé debe permanecer con la mujer que dio a luz, ¿Dónde quedaría nuestra tan buscada y reconocida, certeza jurídica? Y que no ¿los contratos son para cumplirse y la ley para obligar su cumplimiento? Y por otro lado, si el bebé se entrega a la mujer que firmó el contrato y no engendró al nacido, ¿Dónde queda la justicia hacia la madre que dio a luz? ¿Dónde queda el Derecho natural? Todas estas son preguntas que a la fecha aún algunos países o estados que regulan la maternidad subrogada no prevén, arriesgándose a resolver caso por caso, como se hubo expuesto en el capítulo anterior con el juicio *Baby M*.

Continuando el análisis de la problemática con un enfoque en el concebido, surge otra interrogante, ¿Qué sucede con el derecho del hijo a exigir la certeza de su filiación? Como bien señala la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁴³ en el siguiente artículo, todo niño tiene derecho a conocer su origen:

142 BARBERO Igor G, *Cayetana, una bebé hija de españoles, pero apátrida en la India*, del periódico Heraldo, fecha de publicación 30 de junio de 2012, disponible en internet:

<http://www.heraldo.es/noticias/sociedad/2012/06/30/cayetana_una_bebe_hija_espanoles_pero_apatrida_india_193867_310.html>

[fecha de consulta: 12 de agosto de 2012].

¹⁴³ La Convención sobre los Derechos del Niño fue ratificada por el Estado Mexicano y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

“Artículo 7 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos...¹⁴⁴”

Por su parte la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en sus numerales 3 y 22, señala lo siguiente:

Artículo 3. La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad. Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

- A. El del interés superior de la infancia.
- B. El de la no-discriminación por ninguna razón, ni circunstancia.
- C. El de igualdad sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.
- D. El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo.
- E. El de tener una vida libre de violencia.
- F. El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad.
- G. El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales.

Artículo 22. El derecho a la identidad está compuesto por:

- A. Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el Registro Civil.
- B. Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.
- C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban.
- D. Pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus integrantes costumbres, religión, idioma o lengua, sin que esto pueda ser entendido como razón para contrariar ninguno de sus derechos. A fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente el derecho a su identidad, las normas de cada Entidad Federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento¹⁴⁵.

De la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, una ley de orden público e interés social, se desprende el principio de que el menor tiene derecho a gozar de la certeza acerca de quién es su progenitor. Éste es un principio de la misma naturaleza que la ley de la que se desprende, de orden público. Además, el mismo

¹⁴⁴ Convención sobre los derechos del niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Disponible en internet en: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>> [Fecha de consulta: 13 de agosto de 2011].

¹⁴⁵ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000.

forma parte del derecho a la personalidad jurídica, mismo que representa gran importancia para solicitar y recibir información sobre su origen, la identidad de sus padres y su origen genético. De lo anterior puede derivarse el derecho de dicha persona a tener una nacionalidad y, por otra, el derecho a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo pleno e integral¹⁴⁶.

La identidad de un menor depende del reconocimiento verdadero que se le haga a la madre que lo parió y al padre que aportó el espermatozoides. Se sabe que la paternidad es un hecho que aun cuando en el pasado representaba mayor complejidad para probarse, el día de hoy basta con una simple prueba de ADN para conocer si existe una relación filial entre el hombre y el supuesto hijo.

El CCJ, en su artículo 512, habla de todos los supuestos en los cuales un hijo puede ejercer su derecho de investigar su filiación en relación a su padre:

Artículo 512.- La investigación de la paternidad de los hijos procreados fuera de matrimonio, sólo está permitida:

- I. En los casos de raptos, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
- II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;
- III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba escrita, contra el pretendido padre; y
- V. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba escrita o científica contra el pretendido padre, siempre que ésta se encuentre administrada con otros medios de prueba.

El CCF a si mismo señala:

“Artículo 388.- Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.”

¹⁴⁶ Tesis Aislada (Civil), Registro No. 172050, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. CXLII, 2007, p. 260.

El último de estos cinco supuestos parece englobar todos los anteriores supuestos, ya que habla de un principio de prueba que puede ser cualquiera de los que se mencionan en los primeros cuatro incisos y que de no existir, no habría razón alguna para llevar a cabo la investigación. Independientemente de ello, el hecho es que nuestra legislación contempla el derecho del hijo para conocer quién es su padre.

Por otro lado la maternidad, hasta hace algunos años, suponía ser una situación que no requería de mayor investigación. Como ya se ha dicho anteriormente, la maternidad era comprobable con el simple hecho de leer el acta donde se manifestará que la mujer que parió al bebé era la madre, sin embargo con el «mercado negro de maternidad subrogada», podría correrse el riesgo de que quien se viera registrada como la mujer que dio a luz al menor fuera la mujer contratante.

El CCJ y el CCF contemplan la posibilidad de investigar la maternidad de hijos nacidos fuera del matrimonio con la sola condición de que no tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, a menos que la maternidad se deduzca de una sentencia civil o penal. Así mismo existe la presunción de que los hijos nacidos dentro del matrimonio son de dicha pareja:

CCJ.- Artículo 515.- Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada¹⁴⁷.

Artículo 516.- No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o penal, para demandar su reconocimiento.

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

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

Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

¹⁴⁷ Si la mujer contratada es casada, no se podría investigar la maternidad y no se estaría cumpliendo ni respetando el derecho de identidad del menor.

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio¹⁴⁸;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Sin embargo qué sucedería si los exámenes de un laboratorio arrojan que la madre genéticamente es la que hubo contratado en razón de que la misma aportó la carga genética, entonces, ¿Será que se vería de nuevo ante el penoso supuesto donde el dar a luz a una persona carece de importancia en relación con la maternidad?

Todos los anteriores supuestos muestran cómo de la regulación de la maternidad subrogada pueden surgir varios inconvenientes que perjudican a las partes directamente involucradas y a la sociedad en general. Lo anterior sin tomar en cuenta el hecho de que existen muchos otros problemas y situaciones que seguramente no se han siquiera imaginado. No debe regularse ninguna materia cuando por un lado se tienen aspectos contrarios a la misma naturaleza humana que le destruirían y por el otro no se tiene respuesta ni solución a muchos de los problemas que el mismo desencadenaría.

2. Problemática ética filosófica

Como bien se dijo en la introducción del presente capítulo, la maternidad subrogada es un tema que afecta varias esferas de la vida del hombre y no únicamente la biológica o la jurídica. El hombre es el conjunto de su cuerpo y su espíritu o alma, por lo que en el presente epígrafe se tratará la problemática que va más allá del cuerpo. El ser humano siempre ha gozado de una naturaleza inmutable, y aun cuando pudiera parecer absurdo, los problemas en muchas ocasiones tienen el mismo fondo pero con circunstancias que los diferencian. La maternidad subrogada no es una excepción a ello, como se vio en el capítulo de los antecedentes, hace miles de años es obvio que no se podía siquiera imaginar la fecundación in vitro, sin embargo, bajo distintas condiciones se llevó a cabo una especie

¹⁴⁸ Si la mujer contratada es casada, al dar a luz al bebé por el cual se le contrató, éste, según el numeral 324 del CCF, será considerado hijo de ella y de su esposo.

de maternidad subrogada desde épocas antiguas donde Abraham y Sara le piden a una esclava que dé a luz el hijo que la pareja no pudo concebir por cuestiones físicas.

Dentro de este apartado se analizarán los problemas inherentes a la ética y filosofía, es importante recordar que tanto la exposición de problemas de índole jurídico, social, como los de índole ético, servirán como fundamento para arribar a la propuesta con la cual se concluye este trabajo.

Si bien existen leyes de carácter legal, también existe la ley natural. La natural o como algunos otros la denominan, ley moral es “aquella que encamina la actividad libre del hombre hacia su fin”¹⁴⁹ y como se verá más adelante, esa es exactamente la misma finalidad de la ética. La ley natural o moral, va completamente de acuerdo con la naturaleza humana, por lo mismo respeta su libertad, permitiendo inclusive que el hombre yendo en contra de sí mismo, actúe oponiéndose a su finalidad y por ende a dicha ley. Como bien dijo el autor Kant “La ley moral es la condición bajo la cual nosotros podemos adquirir conciencia de la libertad... pues la libertad es la *ratio essendi* de la ley moral, y ésta la *ratio cognoscendi* de aquella”¹⁵⁰. La ley moral depende de la libertad y viceversa. La libertad es deducida de la moralidad, de ese razonamiento que todo hombre tiene impregnado por la ley moral.

A diferencia de cualquier otra ley, la ley moral, cuenta con las siguientes características:

1. Universal, lo que quiere decir que la misma abarca todos los hombres de todas las épocas. Indicando el camino que debe seguirse según en cada una de las circunstancias de la vida.
2. Inmutable, ya que los preceptos de la moral no pueden variar. Aun cuando las costumbres se modifiquen.

¹⁴⁹ VARGAS MONTOYA, Samuel, *Ética o filosofía moral*, Ed. Porrúa, México, 1990, p. 107.

¹⁵⁰ KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, trad. Pedro Ribas, Ed. Alfaguara, Madrid, 1993, p. 12.

3. Absoluta, su cumplimiento debe ser estricto siempre. Por ejemplo, la ley que rige actualmente el estado de Florida, en Estados Unidos de América, ciertamente no vincula de manera obligatoria en lo absoluto a los mexicanos. Sin embargo los preceptos dentro de la ley moral, en todos los tiempos y lugares, nos han obligado moralmente a todos los hombres y hemos tenido esas mismas nociones fundamentales acerca de la justicia, respeto, honestidad, y en general en la distinción entre lo bueno y lo malo. En toda época el hombre, en ejercicio de sus facultades de raciocinio y voluntad, ha podido actuar respetando tal ley, aunque está por demás aclarar lo que en líneas anteriores se dijo, el hombre cuenta con la libertad de actuación y puede incumplir tanto la ley natural o moral, como la positiva.
4. Evidente, ya que se puede distinguir fácilmente que debe hacerse el bien y evitar el mal. Cualquier persona en pleno goce de sus facultades sabe que matar, sin que ninguna excusa como lo podría ser la legítima defensa, es malo, y que ser honrado es bueno¹⁵¹.

Partiendo entonces de tal ley, dándose a conocer como parámetro indicador de lo bueno y lo malo se continuará con definir lo que es la ética: “La ética es la ciencia filosófica que estudia los actos humanos en cuanto fin último del hombre”¹⁵². La ética es una ciencia que se ha venido estudiando desde hace varios siglos. Autores antiguos hablaban de que la Filosofía se dividía en tres partes: Lógica, Física y Ética, concluyendo que con ese triple objeto la filosofía se dirigía a todo el universo¹⁵³.

La ciencia es *per se* un saber, un conocimiento que desde tiempos antiguos se ha venido estudiando. El diccionario de la Real Academia Española define la palabra ciencia como “Sabiduría de las cosas por principios ciertos”¹⁵⁴.

¹⁵¹ VARGAS MONTOYA, Samuel, *Op. Cit.*, p. 109.

¹⁵² GARCÍA ALONSO, Luz, *Ética o Filosofía Moral*, Ed. Trillas, México, 2006, p. 21.

¹⁵³ CASADO, María, *Bioética derecho y sociedad*, Ed. Trotta, México, 1998, p. 15.

¹⁵⁴ Real Academia Española, *Op. Cit.* p. 162.

Al hablar de que la ciencia es un conocimiento, del cual se deducen leyes generales, debemos aclarar que el mismo debe entonces versar sobre causas necesarias. Sería imposible pensar que un hecho científico, del cual se desprenden leyes universales, depende de una causa innecesaria. Por poner un ejemplo muy simple, en las matemáticas, siendo éstas una ciencia particular, de la causa necesaria que resulta sumar los números tres más dos siempre se obtendrá el mismo efecto o resultado, cinco; es necesario «sumar» tres más dos para obtener tal resultado, sería imposible hablar de dividir tres entre dos y obtener cinco. Ésta última afirmación, al no ser un razonamiento de causas necesarias no podría considerarse ciencia. Si se conoce algo pero no por sus causas, sino cuando se trata de un vulgar conocimiento o por causas contingentes, se hablaría entonces de un conocimiento empírico o de un arte ó técnica¹⁵⁵.

La ética siendo una ciencia, es un saber que al igual que cualquier otra ciencia, versa sobre causas necesarias y que irreparablemente existe bajo una lógica y un razonamiento estructurado. En la definición se dice también que no es una simple ciencia, sino una ciencia filosófica, la cual a diferencia de una ciencia particular, se conoce de lo necesario por causas últimas y no próximas.

Hasta este punto se ha dicho que la ética es un conocimiento que se aprende de lo necesario por sus últimas causas y por lo tanto no será jamás un saber que se fundamente en simples opiniones. La suma de tres más cinco no es de suyo nada controvertible, sin embargo para quien ignore del todo las matemáticas le puede resultar debatible. Siendo la ciencia un campo no opinable, aquel que discute sobre la ética y piensa que tal ponencia tiene la misma o más fuerza que la propia ética o ley moral, lo único que hace es manifestar su ignorancia respecto de dicha ciencia¹⁵⁶.

La autora María Casado comenta al respecto: “la categoría fundamental de la Ética o Moral en general es el deber”¹⁵⁷. Dentro de la misma idea, la autora explica que la ética

¹⁵⁵ GARCÍA ALONSO, Luz, *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 25.

¹⁵⁷ CASADO, María, *Op. Cit.*, p. 17.

estudia la obligación o deber que recae sobre el actuar humano, distinguiendo claramente la misma entre el deber ético, jurídico¹⁵⁸ y moral¹⁵⁹. El deber ético, según comenta María Casado, es el primero que la Filosofía toma en cuenta, y se refiere a las acciones humanas, ya sea prohibiéndolas (por ejemplo, el incesto) o mandándolas (por ejemplo, honrar a los padres). Este deber se aprecia desde los primeros pueblos en los cuales el obedecer tales deberes los hacía ver como personas dignas y aquel que no lo hacía se le discriminada como a alguien indigno¹⁶⁰.

Partiendo de esta breve definición de lo que es la ética, se logra entender que los problemas que puedan analizarse en el presente capítulo, deberán ser vistos con la objetividad y veracidad que merece una ciencia filosófica, y no podrán, por el contrario, ser tratados a manera de opiniones o críticas de índole moralista¹⁶¹.

Los actos humanos pueden ser siempre calificados como buenos o malos. Este calificativo les será otorgado en orden a un fin último. Es aquí donde la ética se ve involucrada y realiza un análisis para considerar los actos humanos en cuanto estos sean buenos o malos¹⁶². Por poner un ejemplo simple, el acto humano que realiza un jefe al despedir a un trabajador no es bueno ni malo en sí mismo, pero si se analiza el fin, el objeto y las circunstancias en conjunto¹⁶³, se podrá calificar dicho acto. Si se piensa que el fin del último es evitar que dicho empleado se jubile y que aumenten sus prestaciones que por ley, pues las circunstancias presentan que el señor lleva trabajando muchos años y es en razón de su antigüedad dentro de la empresa que se le quiere correr, el acto será malo. Si por el

¹⁵⁸ El deber jurídico, se refiere a la obligación que nace de una ley escrita. Pudiendo ser ésta ética o no. El deber moral, se instala en una dimensión estrictamente personal e íntima con los individuos, lo que también quiere decir que no grava únicamente las acciones humanas, como el deber ético, sino que también las intenciones y propósitos, por ejemplo, desear la mujer de tu prójimo. Lo anterior se puede ver en: *Ibidem*, p. 19.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 18.

¹⁶¹ Como bien comienza su libro el Dr. Aquilino Polaino-Lorente, afirmando que “la moral es la ciencia de los principios que ordena la actividad humana hacia el bien integral del hombre; establece las reglas y los preceptos con los cuales debe conformar su conducta para alcanzar su fin último”. Unión Internacional de Estudios Sociales de Malinas, *Código de Moral Internacional*, Ed. Difusión, Chile, 1942, p.1.

¹⁶² RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *Ética*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1991, p. 17.

¹⁶³ Para abundar en el tema referirse a ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro primero, Capítulo primero.

contrario, el fin último consistía simplemente en despedir a una persona porque la misma es deshonesto y se busca contratar a otra que no lo sea, entonces el acto es bueno¹⁶⁴.

Viéndose la ética como el indicador de lo que es bueno o malo, puede deducirse que actuando de acuerdo a la misma, se terminaría llegando a la utopía de un mundo bueno donde el hombre sería capaz de llegar al bien común absoluto y a la justicia absoluta en todos los ámbitos posibles.

La ética marca la pauta para construir un marco legal bueno y al mismo tiempo crear una costumbre social de acuerdo al bien común. Aun cuando no necesariamente toda norma legal sea ética, el hecho de que si lo fuera representa un ideal que nos llevaría al tan anhelado bien común. Es de capital importancia el hecho de considerar a la ética al momento de legislar sobre cualquier tema y en especial en uno de tal magnitud y relación con la persona humana, como lo es la forma en que la misma se fecunda y su, o sus, relaciones maternas y paternas.

Dentro del tema de la maternidad subrogada existen demasiadas situaciones que dada su complejidad, se prestan a la emisión de distintas opiniones, obteniendo como resultando controversia, crítica, inconformidad, etcétera. Aun cuando no existe una ley, reglamento o libro de instrucciones que lleve de la mano a la persona y le muestre los pasos necesarios para encontrar la solución éticamente correcta en un par de minutos, debe saberse que para resolver los problemas de carácter ético que se presentan, la misma no será cuestión de opinión, sino que nos dará respuestas que aun cuando no sean de nuestro agrado

¹⁶⁴ El ejemplo recién mencionado no quiere decir que para emitir un juicio conforme a la ética, uno deba basarse exclusivamente en la finalidad del hecho, pues entonces caeríamos en el craso error de pensar que el fin justifica los medios. Para saber si un acto es bueno o malo se requiere de la aplicación de la teoría del bien mayor o del doble efecto. *Hay una gran distinción entre el mal querido voluntariamente y el mal que resulta como un efecto colateral, pues el primero será siempre inmoral, y el segundo puede ser permitido moralmente; esto se complica al momento de aplicarlo a la casuística, pues queda muy claro en casos de legítima defensa, o esterilización por causa de enfermedad, etcétera, sin embargo hay otros casos que están en otras escala de grises en los que no están muy claras las dos premisas a cubrirse para aplicar la doctrina del doble efecto, sin embargo partimos de una base inamovible, el fin no justifica los medios. Poniendo en una balanza el mal que se causa colateralmente a miles de embriones al manipular embriones para implantarlos en las mujeres que no serán sus madres y el bien que se causa directamente al proveerle a una persona o pareja la satisfacción de cumplir un deseo o capricho es claro que la misma se inclina a favor de la vida de los miles de embriones.* POLAINO – LORENTE A., Manual de Bioética General, Ed. RIALP, Madrid, 2000, pp. 52- 56.

o no comulguemos con las mismas, son las que corresponden a esta ciencia filosófica y por ende al fin último del hombre.

La aplicación de la ética dentro del Derecho será discrecional para unos cuantos. *Sabemos cuáles son los problemas pero ignoramos como afrontarlos*¹⁶⁵, y entonces para algunos después de conocer el problema no utilizarán la ética como medio para encontrar una solución, otros sí la utilizarán pero según les convenga y otros sí lo harán de frente a la verdad, apoyándose en esta ciencia que busca justicia y verdad de acuerdo al fin último del hombre.

A. Nihilismo

Hace poco más de un siglo hubo un gran filósofo, que aunque controvertido, aportó teorías y pensamientos que nos obligan a reflexionar, Nietzsche.

Siendo Nietzsche un gran pensador del siglo antepasado, habló de varios temas que eran importantes en aquellos años pero que hoy siguen siendo tema de debate. Entre ellos, estudió un movimiento filosófico por así llamarlo, denominado «nihilismo». Éste se refiere a esa certeza que puede tener el hombre de que la realidad es vacía, incoherente, sin valor. Habla de que vivimos en un *universo sin sentido, las ciencias mismas deben cultivarse sin tomar en cuenta el sentido de la naturaleza; que cada quien hace su propia verdad, sus propios valores*¹⁶⁶.

¿Será que aquello que advirtió Nietzsche muchos años atrás se vive hoy en día? ¿Los valores que se consideraron supremos ahora carecen de valor? O simplemente ¿será que los valores son subjetivos? La respuesta a esa última interrogante es completamente negativa cuando se piensa en que si bien los tiempos cambian y las personas se ven

¹⁶⁵ D'AGOSTINO, Francesco.- *Bioética. Estudios de filosofía del Derecho*.- Ed. Internacionales Universitarias Madrid.- España, 2003. p.16.

¹⁶⁶ SANABRIA, Jose Rubén.- *Manual de Doctrina Social Cristiana*.- Instituto Mexicano de la Doctrina Social Cristiana.- México, 1991. p.86.

afectadas según sus circunstancias; sin embargo la verdad de su naturaleza humana es la misma al igual que su capacidad para conocerla.

Varios autores, entre ellos Eusebio Fernández García, hablan de la dignidad como el valor máximo del hombre¹⁶⁷. El concepto de «valor» tiene origen en la reacción que los seres humanos le damos a lo valioso. Como consecuencia lógica de dicho juicio nace en nosotros un deseo por aquello en lo cual descubramos un valor¹⁶⁸. Al hablar de la dignidad del hombre Kant decía que la dignidad era aquello que está por encima de cualquier precio y que no admite equivalente alguno, pues no tiene un valor relativo sino absoluto¹⁶⁹.

Por otra parte Lledo Yague¹⁷⁰, y un sector de la doctrina hispana, le dan tal valor a la persona humana que consideran que la maternidad subrogada contraviene la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio su indisponibilidad.

Nietzsche habla también del inmoralismo, tema que en su momento, el mismo autor consideraba como la ética del superhombre. El inmoralismo trata de exaltar el espíritu de lucha por encima del sufrimiento, sin embargo si pensáramos que esa lucha de la que se habla, se realiza al servicio de un valor supremo, se podría justificar, como bien opina el filósofo francés René Le Senne¹⁷¹. Nietzsche no pensaba que la lucha debía ponerse al servicio de un valor más noble que la misma lucha, por lo que a final de cuentas el derecho y la justicia estarían siempre del lado de los poderosos y lo único que les queda a los débiles sería el sacrificio. Tal como se vio en el holocausto¹⁷². En aquel momento histórico, ignorando los autores del mismo a la ciencia de la ética se permitieron los actos más viles. En el decreto de Nuremberg inclusive se decía lo siguiente: “Hay más diferencia entre las formas más inferiores llamadas humanas y nuestras razas superiores que entre el más

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*, ed. Dykinson, España, 2007, p. 20.

¹⁶⁸ VARGAS MONTOYA, Samuel, *Op. Cit.*, p. 35.

¹⁶⁹ DE KONINCK, Thomas, *De la dignité humaine*, traducción de VENEGAS GRAU, María, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2007, p. 11.

¹⁷⁰ LLEDÓ Yagüe, *Breve discurso sobre bioética y derecho, La revolución biogenética versus sistema familia*, Estudios de Deusto, Universidad de Deusto, vol. 34, núm. 2, pp. 47, 341-367.

¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 54.

¹⁷² *Idem.*

inferior de los hombres y los monos de orden más elevado”¹⁷³. Según la ideología nazi, los judíos eran no-hombres y los esclavos eran sub-hombres.

Jean Luc Nancy, filósofo francés el cual se considera uno de los pensadores más influyentes de la Francia contemporánea, describe Auschwitz como el “horror absoluto de una humanidad que se pretende sobrehumana, que ejecuta de modo ejemplar a otra parte de la humanidad, misma que es declarada infra-humana, para definirse a sí misma como el *exemplum* de la humanidad”¹⁷⁴.

Sin embargo el problema con todas esas violaciones a la dignidad del hombre sufridas en el holocausto, así como en demás acontecimientos catastróficos donde se pasaba por encima de la persona humana y su dignidad, no deben ser atribuidas a la época en que se vivía, ni a una generación en específico, o a un ámbito cultural; la condena debe ir dirigida al mismo hombre¹⁷⁵.

El hombre cambia su modo de pensar día a día, y lo que en un tiempo y lugar fue bien visto, al día de hoy podría parecer una aberración y viceversa. Es por ello que se debe distinguir lo que es un comportamiento acorde a las costumbres de un comportamiento ético. Son dos situaciones completamente distintas. Costumbre es “una norma de conducta creada en forma espontánea por una colectividad o grupo social y aceptada voluntariamente por los individuos que la constituyen como rectora de determinadas relaciones”¹⁷⁶. Mientras que la ética, como se vio anteriormente, es una constante objetiva, exacta e invariable en razón de su naturaleza de ciencia filosófica.

Otro aspecto importante al cual hace referencia en el nihilismo, es en relación al embrión. Según se ve en la obra de la autora María Cristina Hidalgo Ordás, en el siglo XIX el embrión podía ser visto bajo tres distintas ópticas:

¹⁷³ MORTIMER J, Adler, *The difference of Man and the Difference it Makes*, Ed. New York, Holt, Rinehart & Winston, E.U.A., 1967, p. 264.

¹⁷⁴ NANCY, Jean Luc, *L'expérience de la liberté*, Ed. Galilée, Paris, 1988, p.21.

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ, Aurelio, *Introducción a la ética*, Ed. Dossat, S.A., España, 1986, p. 7.

¹⁷⁶ DE PINA VARA, Rafael, *Op. Cit.*, p. 198.

1. Visión nihilista, donde se pensaba que el embrión no era objeto de derechos en ningún supuesto o plano que pudiera llegar a pensarse.
2. Visión utilitaria, en la cual se afirmaba que el embrión era un ser vivo y por lo tanto digno como cualquier otro hombre o mujer. Por lo mismo debía ser protegido.
3. Visión metafísica, la cual dota de un rango superior al de la simple protección, analizado desde una visión ontológica¹⁷⁷.

Un embrión es una persona humana en sus primeras etapas de desarrollo, que hasta hace pocos años, cerca del año 1985 se podía afirmar abiertamente que poseía todas las cualidades que hacen a un ser vivo ser persona humana. En aquellos años existía una clara tendencia ideológica a favor de los derechos de la vida intrauterina, la madre que lo portaba en su vientre tampoco tenía ningún derecho sobre el mismo y por ello en varios países se prohibía el aborto. Tales derechos del no nacido no representan una nueva tendencia ya que los mismos se han defendido y se han reconocido inclusive desde el antiguo Derecho Visigodo¹⁷⁸.

El hecho de que se reconozca que un embrión tiene derechos que todas las personas, incluyendo a la madre, deben respetar y distinguirlos de su propia vida, es muy importante en relación con el presente tema, ya que el respeto por los derechos del embrión guarda una estrecha relación con la maternidad subrogada. No tiene sentido que una ley pueda ser elaborada en una realidad vacía, bajo los valores subjetivos de unos cuantos, como por ejemplo lo haría un fiel seguidor del nihilismo. Una ley debe elaborarse pensando en que la misma será un instrumento que dirija a la sociedad al bien común en razón de su trasfondo ético.

Aun cuando un embrión sea «manejable», en el sentido de que no es capaz de defenderse y por lo mismo es bastante sencillo físicamente que se le congele o abortarlo, no es éticamente correcto que se le trate al igual que a otro objeto el cual puede también manejarse por cumplir la voluntad de otra persona, pasando por encima de los derechos

¹⁷⁷ HIDALGO ORDÁS, María Cristina, *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente*, Ed. Bosch, España, 2002, p. 18.

¹⁷⁸ *Idem*.

naturales del embrión. “Lo que pueda hacerse, será hecho. No todo lo técnicamente posible es éticamente aceptable”¹⁷⁹.

B. La Persona Humana

El hombre, como bien dijo el filósofo Boecio, es un *ser individual de naturaleza racional*. Es gracias a esa capacidad de raciocino que la persona humana puede conocer la realidad y regular a los demás hombres para vivir de frente a dicha verdad, o sea de frente al bien.

Para Kant “los seres racionales llámense personas, porque su naturaleza los distingue ya como fines de sí mismos, esto es, como algo que no se puede usar meramente como medio”¹⁸⁰. Sus palabras son claras al decir *son fines de sí mismos... no se puede usar meramente como medio*. Cuando una persona arrienda, o simplemente al pactar con una determinada mujer, que esta segunda proporcione sus órganos previamente elegidos de entre varios, como si se tratase de la elección de cualquier producto que alguien puede comprar, con el único objetivo de cumplir el deseo de tener un hijo, se está yendo en contra de la propia naturaleza humana. Las personas no son instrumentos o medios con las que otras personas pueden negociar, alquilar o vender¹⁸¹. Por lo mismo se encuentran fuera del comercio, como se vio en el anterior subcapítulo.

Otra definición de la persona bastante adecuada es la del autor de José Rubén Sanabria: “*La persona es el viviente que tiene la capacidad de autoconocimiento, autoposesión, comunicación y autotrascendencia*”¹⁸². El adjetivo de autoconocimiento que utiliza Sanabria al momento de definir a la persona humana tiene una razón de ser. Conocer, según la Teoría del conocimiento de Aristóteles, es un proceso que inicia con los sentidos, continúa con la imaginación y el procedimiento de memorización, y finaliza con

¹⁷⁹ HURTADO OLIVER, Xavier, *Op. Cit.*, p.5.

¹⁸⁰ KANT, Immanuel.- Fundamentación de la metafísica de las costumbres.- Ed. G. Morente.- Madrid, 1921, p.78.

¹⁸¹ De acuerdo a lo que reza el artículo 327 de la Ley General de Salud, no se debe comerciar con órganos o células de personas. Artículo 327.- Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

¹⁸² SANABRIA, Jose Rubén, *Op. Cit.*, p.94.

el concepto en mente de la persona que está conociendo. Al final del día conocer es simplemente enfrentar la realidad externa a mí. Cuando hablamos entonces de autoconocimiento se indica la acción de enfrentar nuestra realidad, saber quiénes somos, nuestras características, nuestro fin primordial, nuestros deseos, nuestras limitantes, etcétera. Si el hombre no conoce su esencia, ¿cómo espera conocer la de la persona frente a él?, y peor aún, ¿cómo espera conocer la realidad y saber cómo comportarse acorde con ésta?

Como bien pensaban los antiguos griegos cuando en el frontispicio del Templo de Delfos, los 7 sabios inscribieron “Conócete a ti mismo”; o bien, el sabio consejo agustiniano que dice: “no vayas fuera, vuelve a ti porque en el interior del hombre está la verdad”¹⁸³.

Si se quiere justicia, se necesita conocer la verdad, y si se desea conocer la verdad, es necesario conocer, finalmente si se busca conocer, debe el hombre conocerse, solo así podrá legislar siendo coherente con su naturaleza humana, conociendo su valor, su dignidad, su valor absoluto¹⁸⁴.

Los médicos y científicos, desde épocas de Aristóteles, conocían el valor de la dignidad humana. Por muchos años se llegó al extremo de prohibir la disección anatómica del hombre para estudiar los órganos del mismo; y aunque aquello sea considerado una radicalización, es también clara prueba del conocimiento que se ha tenido acerca del valor del hombre. Con la evolución en el conocimiento del mismo hombre, se sabe que el principal valor del hombre es el alma y no el cuerpo¹⁸⁵, por lo que una vez muerta la persona, se puede prestar a una disección anatómica, autopsia, o incinerar el cuerpo del difunto. La medicina es inherente a los humanos con vida y no con cadáveres, humanos con alma, “el enfermo no es un mero objeto de arte del médico, sino el sujeto de una relación terapéutica”¹⁸⁶.

¹⁸³ San Agustín, *De vera religione*, c. 39, n. 72.

¹⁸⁴ DE KONINCK, Thomas, *Op. Cit.*, p. 11.

¹⁸⁵ “Esa es la verdad del hombre: sólo existe gracias a su alma” – A. de Saint-Exupéry., en FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁸⁶ D’AGOSTINO, *Op. Cit.*, p.29.

El hecho de que se diga que lo principal en el ser humano es su alma no significa que el cuerpo no sea importante, es tan importante que inclusive no pueden separarse entre sí y seguir siendo hombre. El hombre goza de una naturaleza humana que le es inherente desde el momento en que «es», y únicamente en la línea de esa verdadera naturaleza puede realizarse como una totalidad unificada. Esta naturaleza que dignifica al hombre, es al mismo tiempo corporal y espiritual, no pueden diseccionarse.¹⁸⁷ En virtud de su unión substancial con un alma espiritual, el cuerpo no puede ser reducido a un complejo de tejidos, órganos y funciones, ni puede ser valorado con la misma medida que el cuerpo de los animales, tampoco puede menospreciarse por el hecho de encontrarse en malas condiciones, como el de un hombre herido o en estado de coma¹⁸⁸.

C. La ética en relación con la maternidad subrogada

El bien y el mal son los adjetivos que utiliza el hombre para encuadrar, conforme a la moral, su mismo actuar. “Hacer el bien es un acto éticamente bueno, mientras que la acción mala merece reprobación desde el punto de vista moral”¹⁸⁹. Como bien se habló en el principio de este subcapítulo, la ética es una ciencia filosófica estructurada e invariable con el paso del tiempo¹⁹⁰. Por otra parte la costumbre, a diferencia, es aquella que se adapta al tiempo y espacio, mientras que la ética no lo hace. Es incorrecto entonces hablar de que el bien y el mal son relativos, además tal afirmación terminaría por negar la existencia de la ética.

Uno de los problemas al que el hombre actualmente se enfrenta es el de la relativización de la verdad y los valores éticos. Una sociedad que no se rija por los valores éticos y la moral, no será una sociedad amoral, sino una sociedad inmoral¹⁹¹. Y ¿cómo se

¹⁸⁷ No será hombre un cadáver que yace sin vida, sin alma. De igual forma no será hombre un alma fuera de un cuerpo humano. Se requiere de alma y cuerpo, y aun el más ancianos de los hombres, o aquel a quién se le hubo amputado ambas piernas o brazos, o aquel que aun no nace pero ya es, todos ellos poseen cuerpo y alma y por lo tanto son humanos con el mismo valor que cualquier otro, sin importar que el cuerpo no se encuentre en condiciones óptimas.

¹⁸⁸ BASSO O.P., Domingo M, *Nacer y Morir con Dignida*, Ed. Depalma, Argentina, 1993. p. 233

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 59.

¹⁹⁰ VARGAS MONTOYA, Samuel, *Op. Cit.*, p. 109.

¹⁹¹ Por moral, según Kant, se entiende como aquella ley que encamina la actividad libre del hombre hacia su fin, formando esta parte del imperio de la razón y no de una naturaleza religiosa.

espera vivir en una sociedad inmoral donde no se busca ayudar al hombre a llegar a su fin último? En una sociedad así la vida para el hombre no sería posible, ya que lo inmoral va en contra de la naturaleza humana. La pérdida de los valores éticos representa un peligro para el hombre¹⁹².

El problema muchas veces con la pérdida de la importancia que debiera dársele a la ética como margen que debe respetarse al actuar, es que existe un cierto relativismo en las acciones humanas, en cuanto a que es difícil que todas las personas de todos los tiempos y lugares, con mentalidades completamente distintas, tengan el mismo grado de coherencia entre lo que les dicta su conciencia y su actuar a partir de la apreciación de un bien o un mal. Debe reiterarse que ello no significa que el bien y el mal no sean en sí mismos y dependan de la apreciación de cualquier hombre para ser. Los mismos adjetivos de bien y mal, se encuentran sobre todas aquellas circunstancias terrenales que pudieran apreciarlos de manera deforme¹⁹³.

Continuando con el tema de la ética, otra definición que aporta el autor José Rubén Sanabria con tintes más humanistas es la siguiente: “la ética es la fidelidad a la vocación humana de amar”¹⁹⁴. De acuerdo a la anterior definición, la problemática ética dentro del tema de la maternidad subrogada, se centraría en la siguiente pregunta: ¿Cómo se puede decir que alguien es fiel en su actuar de acuerdo a su vocación de amar al prójimo, si después de conocer la realidad de la integridad de la persona humana, se atreve a utilizarla como un vil medio, como un objeto dentro de un contrato o negocio legal, con la única finalidad de satisfacer un deseo personal? ¿En qué parte del anterior cuestionamiento se puede permitir alguna justificación por su falta de ética? Aun cuando se razonara de acuerdo a la ética, pero desde el enfoque que nos brinda la primera definición que presenté, “ciencia filosófica que estudia los actos humanos en cuanto fin último del hombre”¹⁹⁵ tampoco se entendería que se está actuando de acuerdo con dicho fin.

¹⁹² FERNANDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 60.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 61.

¹⁹⁴ SANABRIA, José Rubén, *Op. Cit.*, p.102.

¹⁹⁵ GARCÍA ALONSO, *Op. Cit.*, p. 21.

Según palabras del autor Samuel Vargas Montoya, la filosofía establece que el fin de todo ser racional no puede encontrarse sino en la satisfacción de aquellas facultades que lo especifican dentro del conjunto de los demás seres. Estas facultades son el entendimiento y la voluntad. El fin último del hombre es la felicidad, y para llegar a ésta debe actuar dentro de particulares normas y principios naturales que lo rigen. Del estudio de aquello que debe ser la conducta del hombre para el cumplimiento de su fin, hace su objeto la rama filosófica de la ética¹⁹⁶. Si existe una ciencia que nos da los principios para llegar a nuestro fin, entonces si se quiere llegar al mismo, esos principios deberían ser los más importantes en nuestra vida.

Si el hombre actúa utilizando su entendimiento y voluntad, respetando las normas y principios que le brinda la ética, el mismo alcanzará la felicidad. Como bien dijo Santo Tomás, “sólo el hombre conoce el fin que le está señalado, y dispone de manera consciente de los medios que hacia él lo guían”¹⁹⁷.

Por su parte el filósofo Boecio, crea una relación entre ética y felicidad al definir la felicidad como “el estado perfecto de posesión de todos los bienes”¹⁹⁸. Cuando Boecio menciona la posesión de todos los bienes, no hace distinción de los bienes corpóreos e incorpóreos, por lo que puede comprenderse que la felicidad incluye a ambos.

El acto humano de elegir entre varios vientres el más sano, o el que provenga de la mujer con mejor apariencia física, para posteriormente injertar un óvulo fecundado, y finalmente pagar por todos los gastos que del embarazo se causen, más una posible «remuneración» a la mujer que prestó su tiempo, cuerpo y cuidados para engendrar y dar a luz el hijo que aunque biológicamente, afectivamente, socialmente, etimológicamente, o de acuerdo a las costumbres, es suyo, pero que sin embargo debe entregar a la persona o pareja que lo solicitó. Lo anterior ¿se podría justificar éticamente? ¿Se estaría actuando de acuerdo al fin último del hombre, respetando ese valor que tiene cualquier ser humano, su dignidad?

¹⁹⁶ VARGAS MONTOYA, *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁹⁷ *Ibidem.*, p. 98.

¹⁹⁸ *Apud, Ibidem.*, p. 102.

Todo parece indicar que desde el punto de vista ético, la maternidad subrogada es completamente reprobable por no ir de acuerdo con la realidad objetiva del hombre, con su dignidad, y con su vocación humana de amar. El acto de querer tener un hijo para amarlo, pero con la condición de que tenga mis genes, herede rasgos físicos míos o de mi pareja, tenerlo desde sus primeros meses de vida, eso no es amor. El amor es incondicional, y aún siendo un término universal en todas las lenguas, el significado del mismo se ha ido deformando hasta llegar al punto en que una situación en la que el sentimiento que se vive recibe el nombre de obsesión, se le denomine amor¹⁹⁹.

Tanto la maternidad subrogada como la adopción, pueden buscar encontrar una salida al problema de fertilidad en el hombre o la mujer para poder ser padres. Pero la diferencia es que la adopción tiene como fin primordial proteger a los niños que por determinadas circunstancias se encuentran desamparados de una familia que les puedan dar la protección, seguridad y cariño, que un niño requiere para su sano desarrollo. Por otro lado la maternidad subrogada, no tiene por objeto proteger a un niño desamparado, sino que ésta busca satisfacer los deseos de maternidad y/o paternidad de las personas. México es un país donde se busca proteger al niño y sus derechos. En la Ley para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes se menciona expresamente en su numeral 24 el derecho que tiene todo niño mexicano a una familia:

Artículo 23. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir en familia. La falta de recursos no podrá considerarse motivo suficiente para separarlos de sus padres o de los familiares con los que convivan, ni causa de la pérdida de la patria potestad. El Estado velará porque sólo sean separados de sus padres y de sus madres mediante sentencia u orden preventiva judicial que declare legalmente la separación y de conformidad con causas previamente dispuestas en las leyes, así como de procedimientos en los que se garantice el derecho de audiencia de todas las partes involucradas incluidas niñas, niños y adolescentes... Se establecerán programas de apoyo a las familias para que esa falta de recursos no sea causa de separación.

Artículo 24. Las autoridades establecerán las normas y los mecanismos necesarios a fin de que, siempre que una niña, un niño, una o un adolescente se vean privados de su familia de origen, se procure su reencuentro con ella...

Artículo 25. Cuando una niña, un niño, un o una adolescente se vean privados de su familia, tendrán derecho a recibir la protección del Estado, quien se encargará de procurarles una familia sustituta y mientras se encuentre bajo la tutela de éste, se les brinden los cuidados especiales que requieran por su situación de desamparo familiar.

¹⁹⁹ FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 167.

Las normas establecerán las disposiciones necesarias para que se logre que quienes lo requieran, ejerzan plenamente el derecho a que se refiere este capítulo, mediante:

- A. La adopción, preferentemente la adopción plena.
- B. La participación de familias sustitutas y
- C. A falta de las anteriores, se recurrirá a las Instituciones de asistencia pública o privada o se crearán centros asistenciales para este fin²⁰⁰.

Puede comprobarse como es un hecho que en México los legisladores buscan proteger a la familia pero sobretodo el derecho que los menores tienen a ella. La legislación protege a los hijos en relación a los padres y no de forma inversa. En la época del imperio romano, la autoridad paterna tenía un derecho de vida y muerte sobre sus descendientes. Sin embargo nuestra sociedad ha venido sufriendo un cambio de tal perspectiva y hoy se tiene como algo primordial el interés del menor sobre el de los padres. La jurisprudencia en México considera de gran importancia el bienestar del menor, inclusive lo califica como un asunto de orden público e interés social²⁰¹. Aunado a ello, la legislación internacional protege la dignidad de toda persona, independientemente si se trata de un menor o de un adulto. De hecho cuando se habla de derechos de los menores en relación a la dignidad humana, se habla necesariamente de derechos a una identidad genética, a la propiedad del patrimonio genético, a la determinación de la paternidad y maternidad, a no ser discriminado por el nacimiento o por alguna enfermedad y a la integridad personal, a nacer en el propio tiempo en el que fue gestado, entre otros que menciona la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. La maternidad subrogada cae en la incongruencia de pensar que no importa ofender tal dignidad del niño, siempre y cuando se logre obtener el resultado buscado, y al mismo tiempo sin importar los «embriones sobrantes», los que se

²⁰⁰ Ley para la Protección de Los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000. Disponible en internet en: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/185.pdf>> [Fecha de consulta: 24 de agosto de 2011].

²⁰¹ Jurisprudencia (Civil), Registro No. 162562, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo 2011, p. 2188. *INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO. Por interés superior del menor se entiende el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como a generar las condiciones materiales que permitan a los menores vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar personal, familiar y social posible, cuya protección debe promover y garantizar el Estado en el ejercicio de sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por tratarse de un asunto de orden público e interés social. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL.* Jurisprudencia (Civil), Registro No. 162602, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo 2011, p. 2179. *DERECHOS PREFERENTES DEL MENOR. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal, en el Código Civil para el Distrito Federal, y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el interés del menor es calificado como superior. Por ello, son derechos preferentes de éste: a) recibir una atención especial en todas las instancias judiciales, administrativas o de bienestar social; y b) dar su opinión y que sea tomada en cuenta en todos los asuntos que le afecten, con inclusión de los de carácter judicial y administrativo. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL.*

principalmente se desechan a la basura, se utilizan para experimentos o se quedan congelados por varios años.

A continuación se abordará tanto el tema del respeto a la vida humana, como el de la comprensión de la sexualidad, la responsabilidad ética médica y el aspecto del lucro o carga onerosa en todo lo relacionado con la maternidad subrogada, por ser aspectos fundamentales para la correcta ponderación de esta realidad cara a su regulación jurídica.

a. El respeto a la vida humana

Para muchas personas que se encuentran a favor de la maternidad subrogada, ésta representa más que cualquier otra cosa, una actitud de apertura a la vida por medio de la tecnología, argumento que presume de tratarse de una búsqueda de nuevas oportunidades para lograr traer al mundo nuevas vidas. Sin embargo, ¿qué no en la técnica habitualmente empleada para la fecundación *in vitro* se da la pérdida (en realidad, la muerte) de bastantes embriones? Entonces, aún cuando estas muertes no son llevadas a cabo como propósito principal de la maternidad subrogada, sí son voluntariamente aceptadas y toleradas y por tanto, moralmente imputables. Si quienes apoyan la maternidad subrogada fueran congruentes y como dicen, estar abiertos y en busca de vidas, respetarían las demás vidas humanas, no se arriesgarían en lo más mínimo a un procedimiento que condujera la muerte de miles de embriones humanos.

Podría resultar sencillo para alguna pareja infértil argumentar que la maternidad subrogada es un proceso completamente válido, lleno de amor por parte de quienes solicitan al bebé y de bondad por parte de la mujer que subroga su vientre, pero la bondad y el amor del motivo no implica que todo lo que se haga a partir de tales virtudes quede moralmente justificado, como la ya mencionada muerte de miles de embriones o también la disociación de la maternidad y la contratación sobre el cuerpo humano, aun cuando esta contratación sea gratuita. El fin no justifica los medios, deben observarse también las circunstancias y el objeto, como se vio en páginas anteriores. En el caso de la responsabilidad por la muerte de los miles de embriones humanos, la misma no será

únicamente del equipo médico, sus ayudantes, o la misma pareja que se somete a estas técnicas, sino que serán moralmente responsables de esas muertes todo aquel que haya colaborado a prestar todo el proceso, incluso los legisladores que permitieran y regularan dichas prácticas²⁰².

En relación con la muerte de los «embriones sobrantes», aún cuando al día de hoy para muchos continúa siendo tema de debate afirmar cuál es el momento justo en que se «es» persona, ya sea inmediatamente al momento en que es un embrión humano o si es después de quince días de tal hecho o hasta tres meses después. Para aquellos que afirman que no es persona en el momento en que una célula sexual femenina se une con una masculina, creen que se le podría tratar como una cosa, hasta que pase cierta cantidad de días, a partir de ese periodo habría que comenzar a respetarle. Sin embargo aun cuando se dudara el momento en que se es persona, ¿no sería lo correcto inclinarse a pensar que ya se es persona desde la fecundación que arriesgarse y matar miles de personas en sus primeras etapas? De hecho hasta hace aproximadamente 20 años, varios libros de embriología estaban de acuerdo en afirmar que la vida humana comienza con la «nueva identidad biológica», es decir, en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide²⁰³.

A todas luces pareciera que aquel argumento en el que algunos opinan que no hay nada de malo en congelar o destruir embriones, pues los mismos son un conjunto de células pero nunca humanos, únicamente busca retrasar el carácter de humanidad del embrión, para así anular toda responsabilidad moral por la pérdida o la manipulación peligrosa a que se somete a esos seres humanos en estado embrionario, sin embargo, como ya se hubo dicho, inclusive ante una hipotética duda entre ambos razonamientos, lo más prudente sería detener el maltrato y asesinato de embriones hasta el momento en que se tenga la completa certeza y no únicamente opiniones o teorías de algunos científicos, siempre apoyándose en

²⁰² Sagrada Congregación para la doctrina de la fe. *Instrucción "Donum Vitae" sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, apartado II, introducción. También Royal Commission on New Reproductive Technologies of Canada. Final Report, Media summary, Ethical framework and guiding principles: "Respeto por la vida y la dignidad humanas: Toda forma de vida y de tejidos humanos debe ser tratada con delicadeza y respeto. Aunque la ley no considere a los embriones como personas, éstos están unidos a la comunidad por sus orígenes y sus potencialidades" p. 6.

²⁰³ Cf. *Instrucción "Donum Vitae"*, apartado I, 1.

el principio pro persona²⁰⁴. Sin embargo, desgraciadamente, no todas las personas les interesa aplicar el principio pro persona²⁰⁵ y sólo se preocupan por los resultados²⁰⁶. Existen quienes justifican su actuar inmoral bajo la premisa de que el fin justifica los medios. No resulta nada ético pensar únicamente en la producción de una serie de seres humanos para conseguir que uno llegue a desarrollarse, aun cuando corran peligro de muerte muchos otros. Las personas que apoyan, permiten, promueven, o llevan a cabo la maternidad subrogada, definitivamente no guardan proporción entre el bien que se desea obtener y el mal que se estará tolerando por tal motivo²⁰⁷.

Toda persona, por el hecho de poseer una condición humana tiene dignidad y merece respeto por parte de sus semejantes. El bebé que se logra por medio de técnicas científicas, que es manipulado para ser el objeto de un contrato, resulta una agresión a su condición humana pues no se estaría respetando la misma, preestableciéndolo como objeto, decidiendo si nace 10 años después, en el caso de congelamiento de embriones o peor aún decidiendo si nunca deben nacer, y destruir el exceso de embriones²⁰⁸. Es fácil pensar que tal situación influirá en el niño a nivel psicológico y claramente también en su derecho a conocer la propia identidad. La naturalidad con la que nace un niño se vería atacada desde

²⁰⁴ El principio *pro homine* o pro persona consiste en que toda normativa debe de partir de la base de que deben interpretarse de manera extensiva los alcances del derecho humano, y de manera restrictiva sus limitaciones. Como lo ha dicho la Corte Interamericana: "...un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los Derechos Humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los Derechos Humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre." De ALZATE RÍOS Luis Carlos, *Temas de Derecho Procesal Administrativo Contemporáneo*, Ed. Universidad La Gran Colombia, Colombia 2011, pp. 236-237.

²⁰⁵ Jurisprudencia (Constitucional), Registro No. **2002000**, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, PRIMERA SALA, octubre 2012, p. 799. **PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.**

De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

²⁰⁶ Cf. Juan Pablo II. *Encíclica Veritatis Splendor*, n. 79.

²⁰⁷ Cf. *Instrucción "Donum Vitae"*, apartado I, 3.

²⁰⁸ Arriba del 80% de embriones obtenidos en los centros más importantes en los Estados Unidos, son «sacrificados». HURTADO, OLIVER, *Op. Cit.*, p. 37.

el comienzo de la vida del mismo mediante la utilización de técnicas que propone gente basándose supuestamente en sus intenciones amorosas y bondadosas, permitiendo que el niño termine con el probable daño psicológico por la falta de identidad.

Desde el punto de vista del respeto a la vida humana desde el momento en que una persona es un embrión, la maternidad subrogada no respeta la vida de él o ella y es por tanto, éticamente reprochable.

Finalmente, en relación con la mujer contratada, ¿se le estará respetando su dignidad humana en relación con su condición de mujer capaz de ser madre? ¿Se podría negar que se le trata como medio y no como un fin en sí misma?

La mujer contratada es una de las partes principales dentro de una relación de maternidad subrogada. A ella se le requiere porque es quien utilizará su cuerpo para engendrar un hijo que posteriormente entregará a la otra parte, cumpliendo de tal modo con una obligación contractual a la que previamente se hubo comprometido. Es por lo anterior que no debe dejar de analizarse si el hecho de que una mujer se comprometa y pacte en un contrato tales obligaciones, no atente en contra su dignidad humana.

b. La sexualidad humana

El ser humano, al ser poseedor de cualidades superiores a las de los animales, le da un sentido distinto a las mismas actividades que pudiera realizar cualquier otro animal por lo mismo la sexualidad del hombre y la mujer no es la misma que la de los animales. La sexualidad humana puede tener como fin la reproducción o simplemente ser una muestra de amor y unión. “Los gestos sexuales humanos sólo tienen sentido dentro de esa entrega amorosa mutua propiamente humana”²⁰⁹.

²⁰⁹ Cf. *Op. Cit.*, apartado II, 4.

Los hijos son uno de los fines de la unión entre un hombre y una mujer, y una de las razones por las que se acude a la maternidad subrogada es para que aquel hijo tenga la genética de uno o ambos padres. Cabe recalcar que necesariamente para uno de los involucrados, en el caso de la maternidad subrogada donde los genes son únicamente de una de las partes, el bebé no tendrá relación genética alguna, será como si lo hubiera adoptado o como el hijo de su pareja, no obstante ello, para esas parejas vale la pena todo el sacrificio con tal de que uno cumpla su deseo, pues para ellos éste tiene mayor relevancia.

El ejercicio de la sexualidad en el hombre puede seguirse de la llegada de los hijos. Este hecho no es una simple consecuencia biológica natural, sino que tiene también un componente propiamente humano que explica el deseo natural de tener descendencia y de experimentar la maternidad y paternidad respectivamente. La frustración que las parejas experimentan cuando los hijos no llegan es una de otras razones por las que se recurre a este procedimiento. La maternidad subrogada «remueve» esta frustración de los padres generando hijos *in vitro* o a través del vientre de otra mujer que no es la pareja, esposa o inclusive madre del hijo, se olvidan que ese niño se produjo mediante manipulación técnica. Aunque ese deseo de tener hijos no es en lo absoluto recriminable, es incorrecto tratar de satisfacerlo a como dé lugar, a costa de utilizar a la sexualidad como un medio y no como un fin así como también a la mujer que engendrará al bebé. Esta opinión de la instrumentalización de la sexualidad no es de índole religiosa, es criticada también desde puntos de vista no cristianos, por ejemplo las feministas se quejan de que las técnicas de Fecundación *in vitro*, y sobre todo, la maternidad de alquiler, instrumentalizan a la mujer para producir los hijos, y llevan toda la razón.

El hombre, por su simple naturaleza humana posee libertad y ésta le permite actuar con plena autonomía, en cuyo ámbito es soberano. Siguiendo tal razonamiento, el derecho a la reproducción es una expresión de la libertad, el hombre es libre de reproducirse, si así lo desea, tal derecho no puede ser limitado arbitrariamente por nadie. No obstante lo anterior, el derecho a la libre reproducción no es absoluto, es un derecho con límites, los límites que nos marca el respeto a los derechos de los demás.

¿Hasta dónde el derecho a la reproducción es un derecho autónomo y en dónde se ve limitado por el respeto a los derechos de los demás²¹⁰? Se ha visto que en la maternidad subrogada, intervienen varios sujetos cuyos derechos deben ser plenamente respetados, entre ellos los derechos del bebé. ¿Será entonces que el derecho de reproducción puede ir por encima de los derechos que tiene una persona a ser tratado como humano con su dignidad inherente a dicha condición y a no ser considerado mera mercancía, al igual que su derecho a una identidad? En este orden de ideas, si se desea vivir acorde con el Derecho Natural, con la justicia, la ética, y el mismo Derecho Positivo que busca un Estado de Derecho, debe limitarse el derecho a la reproducción y respetarse siempre la vida de todos los embriones humanos, los derechos del bebé a su identidad, la dignidad humana, y la no disociación de la maternidad entre ésta y la contratación onerosa o gratuita sobre el cuerpo de una mujer, estos entre otros.

En relación con los derechos de los niños existe un tipo de fecundación que de igual forma transgrede sus derechos, esta es la fecundación *post-mortem*. En tal situación la mujer (cónyuge superviviente) utiliza el espermatozoides de su difunto esposo que en su momento se hubo congelado, para después engendrarlo en su vientre o en el de otra mujer mediante la subrogación de vientres. El autor Fernando Pantaleón²¹¹, opina que en esos casos la persona que es engendrada con el espermatozoides de un difunto es considerado como un objeto de gratificación personal, como un *souvenir*, para la viuda que extraña a su marido, sin importarle que sus razones para traer una persona al mundo no justifican su actuar de ninguna manera.

Independientemente las razones que tenga una pareja o una persona para recurrir a la maternidad subrogada, por más nobles que fueran sus razones, éstas no podrán «amortizar» el daño causado. El hombre siempre ha sufrido de enfermedades,

²¹⁰ En relación al derecho de reproducción absoluto que muchos creen que existe, resulta necesario pensar en algunas de las posibles consecuencias futuras, por ejemplo, lo que sucedió en Ontario, cuando la corte de mayor grado dictó en el año 2007 una sentencia donde afirmaba que un niño podía tener tres padres legales, dos madres (lesbianas) y un padre (donador de espermatozoides). Noticia publicada por *CBC News* el día 3 de enero de 2007. Disponible en internet: <<http://www.cbc.ca/news/canada/toronto/story/2007/01/03/twomom-court.html>> [Fecha de consulta: 08 de agosto de 2012].

²¹¹ PANTALEÓN, Fernando, *Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, Revista de Jueces para la Democracia, España, 1988, pp. 19-36.

malformaciones, incapacidades, etcétera, y la ciencia siempre ha estado presente a su servicio. Cuando una persona es infértil, se entiende que ésta busque apoyarse en la medicina para curarse y lograr ser madre o padre. Sin embargo en el caso de la maternidad subrogada no se puede decir que se respetan los valores de la sexualidad humana²¹². Como bien se dijo en páginas anteriores, la maternidad subrogada no cura la infertilidad lo único que hace es satisfacer los deseos de esas parejas que quieren ser padres y por una u otra razón no lo consiguen.

c. La ética médica

La ética médica es un tema de gran importancia cuando se habla de la maternidad subrogada. Un médico es aquella persona que se dedica a sanar el cuerpo humano, cuando un médico ejerce su profesión de manera ética y leal debe hacerlo movido por la compasión hacia el hombre que sufre. Un buen médico ante el sufrimiento de su semejante, intenta curarlo si se puede, aliviar y consolar. “Ante el enfermo, su vocación le exige una particular dedicación, de bondad y beneficencia”²¹³. El médico, en razón de su profesión, debe ante todo respetar la vida humana, de lo contrario estaría traicionando a su vocación y a la ética médica en general.

La maternidad subrogada y en específico la fecundación *in vitro* no deben confundirse con ser una exigencia médica. Hasta el día de hoy, someter embriones a un riesgo de muerte²¹⁴, para darles a los padres un hijo, no es obligatorio para ningún médico. En realidad su papel debería de ser el opuesto, frenar las pretensiones desmedidas de sus pacientes siempre que éstas atenten contra la vida de otras personas.

Otra razón por la cual un médico no se encuentra obligado a realizar el trabajo requerido para la maternidad subrogada, sería que la fecundación *in vitro* es un trabajo de laboratorio donde en ningún momento se está curando la infertilidad de alguna persona.

²¹² Cf. *Op. Cit.*, apartado II, 7.

²¹³ Cf. *Código de Ética y Deontología Médica*, artículo 4.1, y el correspondiente comentario en HERRANZ, Gonzalo, *Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica*, Pamplona, Ed. Eunsa, 1992, p. 260.

²¹⁴ Cf. *Op. Cit.*, artículo 25.

Aunque en algunos casos, la pareja que recurre a una clínica donde se prestan tales servicios al final obtenga un hijo, los mismos continuarán siendo tan infértiles como antes de que se realizara la subrogación de vientre.

Desde el punto de vista médico, la maternidad subrogada ofrece una salida «fácil» al problema de la infertilidad, que aunque al final no ofrece sanación, otorga la satisfacción personal a un consumidor que se aferra a la idea de tener un hijo por esos medios específicamente. Es limitar en tal acto la medicina a producir un hijo, función que definitivamente no le corresponde.

La fecundación *in vitro* es un procedimiento donde no existe curación, pone en riesgo y elimina a varios embriones ya sea desechándolos después de un tiempo de haber estado congelados o desde un principio para «utilizar» uno solo, además el precio de todo esto no es accesible para cualquiera, pues no es económico. La maternidad subrogada estaría utilizando recursos económicos, humanos y técnicos hacia la mera fabricación de hijos, restándoselos a la verdadera vocación que el *ethos* médico solicita para una situación de infertilidad, investigación de tratamientos para curar la misma. Mientras algunos están ocupados en la fabricación de niños, con control de calidad, porque claramente los futuros padres querrán para sus hijos el vientre de una mujer sana físicamente, les interesará más una con útero grande que pequeño, se prestaría a una situación muy poco dignificante para el hombre, donde se vería a su cuerpo como una mercancía; mientras eso suceda, la investigación de temas importantes para la infertilidad como lo son cuestiones de fisiología reproductiva y de los mecanismos de la esterilidad de origen indeterminado perderán preponderancia.

Por las razones anteriormente expuestas, la ética tiene una crítica especial para los médicos que se dedican a practicar estas técnicas, pues lamentablemente muchas veces lo hacen por el mero interés económico, ya que independientemente de que la maternidad subrogada se realice de manera gratuita u onerosa, habrá enriquecimiento para varias personas que son factores necesarios en el desarrollo de la práctica como pueden ser los

dueños de laboratorios científicos, los mismos científicos, los productores de el material necesario para llevar a cabo el procedimiento, y entre otros varios, los médicos.

d. Aspecto oneroso

Muchas veces la ambición por el dinero es lo que puede impulsar al hombre a realizar actos que son contrarios a sus intereses personales, al bien común, o a la ética y al fin natural del hombre. La maternidad subrogada en varios países se considera moralmente inaceptable por la fuerte carga utilitarista que implica, por el ánimo de lucro que puede motivarla y porque sería como un “camuflaje” a la compra-venta de bebés o a su tráfico comercial, lo cual es inadmisibile. Inclusive si se pensara en el supuesto de que la maternidad subrogada fuera un contrato que gozara necesariamente de gratuidad, como ya se ha venido diciendo, sería inevitable e incontrolable que interviniera la remuneración económica, el interés lucrativo y comercial por parte de las clínicas, laboratorios, empresas dedicadas a los productos que se requieran para llevar a cabo todo el proceso y las personas que se ofrecen a ello, que suelen pedir dinero como una contraprestación. No es lo mismo que todas aquellas partes que se enriquecen a costa de prácticas como la que se encuentra a discusión, reciban una remuneración económica por un trabajo ético, que participando en un procedimiento donde no se toma en cuenta la dignidad de las personas, ni a las personas mismas.

Existen casos como el de la británica Carole Horlock, de 41 años, ella por ejemplo es conocida como una de las mujeres contratadas para la maternidad subrogada que ha dado a luz a más bebés. Su profesión como «subrogadora de vientre» inició hace dieciséis años, en 1995. Durante este tiempo la señora ha dado a luz un total de 12 hijos, ocho niñas y cuatro niños. Entre cada uno de los doce embarazos ella no se tomaba descansos superiores a seis meses. Sin embargo como la ley le prohibía cobrar por realizar tal acto, Carole Harlock únicamente podía recibir un máximo de 10,000.00 libras, como equivalente de los gastos que requiere un embarazo. Cuando le preguntan por qué lo hace, la mujer responde:

“Simplemente me gusta estar embarazada”²¹⁵. En este momento me gustaría agregar al presente trabajo una encuesta donde se mostraran cifras de las mujeres que disfrutaran el embarazo, o del porcentaje de mujeres que se embarazan solo por el gusto de estarlo; aún cuando por obvias razones no pueda hacerse, resulta lógico y normal imaginarse que no sería una respuesta común la de la señora Carole. Aunque Carole no ha podido cobrar una sola libra extra de las 10,000.00 que la ley les permite para que se le otorguen, ella sí ha ganado suficiente dinero para comprar una granja en Bordeaux, Francia²¹⁶.

No resultaría extraño que la maternidad subrogada se convirtiera en un acto con el cual se lucre y se termine dándole un giro empresarial capitalista, o peor aún que valiéndose de las hipotéticas permisiones que el Estado mexicano le diere, disfrazara un monstruoso mercado negro. El ejemplo de Carole Horlock, que con 41 años ha sido madre “subrogada” de 12 niños avalaría la teoría del giro empresarial capitalista, o como la señora Jill Hawkins, inglesa y soltera de 43 años, que tuvo ocho embarazos como madre contratada²¹⁷, ello sin tomar en cuenta el sin fin de personas que se ven beneficiadas en lo económico cuando interfieren en el proceso.

En los Estados Unidos toda la industria de la infertilidad tiene un valor de 3 billones de dólares²¹⁸. ¿Se podrá entonces afirmar que la maternidad subrogada carece, ya sea de manera directa o indirecta, de un carácter oneroso?

3. Problemática social

El último aspecto o área problemática que se tratará es la social. El hombre no vive aislado sino que vive en sociedad, no es un ente aparte de un todo, sino que forma parte de

²¹⁵ BCC News, publicación de fecha 27 de enero de 2009. Disponible en internet en: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/7851838.stm>> [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2011].

²¹⁶ Noticia y entrevista del periódico Crónica, suplemento de el periódico español El Mundo. Ejemplar del día 15 de diciembre de 2002, número 274. Para leer la entrevista y noticia completa, favor de ir al enlace de internet que a continuación cito: <<http://www.elmundo.es/cronica/2002/274/1040028232.html>> [Fecha de consulta: 12 de marzo de 2012].

²¹⁷ Noticia en la página web de noticias inglesa *Mail Online*, de fecha 4 de octubre de 2010. Para consultar en internet ir al siguiente enlace: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-1317401/Britains-prolific-surrogate-mother-gives-birth-eighth-child-19-years.html>> [Fecha de consulta: 8 de febrero de 2012].

²¹⁸ SINGH Lea, *A creation myth for the 21st century*, Mercator Net, 9 de enero de 2009, disponible en internet en: <http://www.mercatornet.com/articles/view/a_creation_myth_for_the_21st_century/> [Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2012].

ese todo. Es por ello que debe actuar cuidando las repercusiones que pudiera causar en la sociedad.

Se ha tratado en páginas precedentes la problemática ética, misma que da un enfoque humanista donde como ya se explicó, se busca lo bueno, el bien, como fin último del hombre. Siendo éste, un valor cuya vigencia obliga siempre al hombre²¹⁹. En este apartado se busca continuar tratando las distintas situaciones que se desprenden de la maternidad subrogada y que traen aparejado un daño para el hombre, pero desde una perspectiva donde se busque ante todo el bien común.

Volviendo a la naturaleza social del hombre, a continuación se enuncian las cinco razones que el autor Aurelio Fernández aporta para demostrar que el hombre es un ente social:

- a) El hombre se encuentra en una *necesidad radical* por los demás. Un animal puede subsistir en un ambiente hostil en la medida en que lo vence, sin embargo el hombre psicológicamente tiene además la necesidad de comunicarse y establecer lazos con los demás.
- b) La *comunicación*, el hombre se comunica y se interrelaciona con los demás de manera espontánea. Tiene la necesidad intrínseca de exteriorizar su interior.
- c) La *expresión corporal* del hombre es otra manifestación de su sociabilidad. Pensemos en el contraste que se da entre un animal y un hombre en este aspecto. Un hombre es capaz de comunicarse y darse a entender diferenciando varios tipos de sonrisas, con el llanto, el estrés reflejado en sus movimientos, el caminar de la gente, la danza, etcétera. Si el hombre no tuviera una necesidad de socializar, se comportaría como el resto de los animales, sin ningún tipo de expresión corporal y simplemente comunicarse dentro del límite necesario para subsistir.
- d) Tanto la comunicación verbal como la corporal, tienen su origen en una *espontaneidad de asociación*. La palabra y la expresión corporal es simplemente un medio para que el hombre exprese sus ideas. El hombre busca perfeccionarse

²¹⁹ GUARDINI, Romano, *Op. Cit.*, p. 31.

y sentirse parte de un todo donde otros lo complementan y viceversa. En su camino el mismo ha ido creando usos y costumbres, instituciones, obligaciones y derechos que comprometen su misma existencia.

- e) Finalmente, podemos estudiar la gran cantidad de *valores morales* que el hombre ha sabido desarrollar a lo largo de su historia, mismos que dejan bajo manifiesto su condición social. Algunos de estos valores serían el compañerismo, la solidaridad y subsidiariedad, la honradez, etcétera²²⁰.

El término de sociedad tiene su origen en el latín *socius* mismo que significa compañero. Una sociedad entonces, estará formada por personas entre las cuales existe compañerismo. “Una sociedad es un conjunto de personas reunidas de manera estable y duradera, en virtud de la realización de un fin común”²²¹. Desglosando la anterior definición, puede concluirse que para que haya una sociedad, deberán de existir los siguientes elementos:

1. Reunión de personas humanas.
2. Congregados de manera voluntaria.
3. Un fin determinado.

El autor Samuel Vargas Montoya comenta en su libro “Ética o Filosofía Moral”, cómo el capitalismo se puede calificar como reprobable cuando es antisocial e inhumano. Cuando busca únicamente su beneficio, sin importarle la dignidad, salud, o la misma vida del trabajador²²². ¿Qué pasará en una sociedad dentro de cien años donde hoy en día la maternidad subrogada es aceptada? Probablemente la misma seguirá creciendo, y en caso de ser considerada un negocio, lo hará como cualquier otro negocio víctima del capitalismo. ¿Qué trato se les dará a los empleados? Una mujer contratada, ¿será una empleada más y su dignidad se le estará respetando en tales circunstancias? Aún en el caso de no considerarse negocio por el simple hecho de que una ley prohíba la remuneración económica, ¿qué nos hace pensar que los hospitales, laboratorios, doctores, empresarios

²²⁰ FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 141.

²²¹ VARGAS MONTOYA, Samuel, *Op. Cit.*, p. 205.

²²² *Ibidem.*, p. 290.

que fabrican todos los productos necesarios para que se lleven a cabo, no están lucrando a expensas de tal acto? ¿Y qué decir de la «pantalla» que se le estaría facilitando al mercado negro?

El hombre tiene la obligación moral de vivir una vida ética de acuerdo a su naturaleza humana. En el caso de que decidiera no hacerlo, no podría decirse que actuó de tal forma por encontrarse facultado gracias a su libre voluntad, pues como se vio en el primer subtema de este capítulo, la ley moral rige sobre su actuar y la verdadera libertad está sujeta al razonamiento ético. Aunado a lo anterior, el hombre tiene la obligación de procurar una ética comunitaria y no únicamente personal, ya que el mismo goza de un carácter social. Resulta entonces evidente su compromiso para alcanzar las condiciones sociales éticamente justas²²³.

Si el hombre quiere una vida digna para sí mismo y las personas por las cuales siente algún afecto, entonces deberá procurar una sociedad en la cual se dé un compromiso global por medio del cual se viva de acuerdo a la ley moral; todo ello con la única finalidad de que en la sociedad imperen las condiciones que hagan factible la vida justa y digna que tanto anhela cualquier persona. El hombre no vive en una simple comunidad donde imperan únicamente sentimientos de apego a la misma, sino que como bien distingue el autor alemán Ferdinand Tönnies en su libro *Comunidad y Sociedad*, la sociedad busca conseguir un fin determinado y no se encuentra unida en razones de tipo afectivas o en razón de algún simple interés común²²⁴.

Otro punto importante a tratar es el de las razones que tienen aquellas personas que intentan conseguir un hijo por medio de la maternidad subrogada. La cultura en la que se vive actualmente promueve y anima agresivamente a todo lo que permita a las personas darse y cumplirse por completo sus caprichos y fantasías. Es impactante lo opuesto que estos deseos pueden tener, pues mientras innumerables mujeres recurren al aborto, otras tantas utilizan las técnicas invasivas de reproducción asistida y otras

²²³ FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 150.

²²⁴ TÖNNIES Ferdinand en FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 159.

esperan a que su útero salga elegido para transportar el precioso embrión de otros, o a que les estimulen los ovarios para que puedan vender sus óvulos.

¿Qué hacer en una sociedad donde la idiosincrasia se ve fuertemente influenciada por el consumismo y hedonismo? ¿Se deben aceptar y legislar entorno a tales vicios, o deberá el legislador luchar por proteger la naturaleza humana a través de la creación de un marco jurídico vele por la misma?

A. De la maternidad y la paternidad

Desde un punto de vista meramente social, resulta una situación complicada y problemática el respetar el derecho de identidad del bebé, el cual constituye un derecho inherente a toda persona, en referencia a la realidad biológica. Es decir, responde a un interés familiar el derecho de toda persona a conocer su origen biológico.

La mayor incertidumbre resulta del hecho de que una mujer engendra al hijo pero es otra la que lo solicita, o una mujer lo engendra pero no aporta su carga genética, cualquiera de las dos anteriores situaciones, podría causar como consecuencia, una violación al derecho de identidad del menor.

La proximidad física tiene relación de cierta forma con la intimidad, y qué relación será más íntima que la de una mujer con la persona humana que se está desarrollando dentro de su cuerpo. Sin embargo aquellos que apoyan la maternidad subrogada esperan que la mujer que mantuvo ese lazo físico y emocional tan estrecho con el menor, entregue al bebé. ¿Será que aceptar la maternidad subrogada equivale a negar que existe un vínculo entre una mujer y el bebé que ha llevado en su vientre, alimentándose de su sangre o aceptar que existe pero devaluar su valor? El útero de la mujer, así como ningún otro órgano, no es un recipiente útil y mucho menos un «bien de servicio público»²²⁵.

²²⁵ GREER Germaine, *La mujer completa*, Ed. Kairós, España, 2001, p.70

En los países donde se regula la maternidad subrogada y se permite una remuneración económica a cambio de la subrogación, específicamente en el caso de la subrogación homóloga, la mujer contratada no tiene derecho a solicitar el reconocimiento de filiación hacia con el menor, ni mucho menos la patria potestad, debido a la remuneración convenida como presupuesto de renuncia expresa a todo derecho sobre el menor. Entonces si se habla de una renuncia expresa a todo derecho sobre el menor, siendo obvio que nadie puede renunciar a aquello que no posee, ¿quiere decir que la mujer contratada sí tiene derechos sobre el mismo y que en razón de la paga renuncia?

De cualquier manera siendo una subrogación de vientre homóloga o heteróloga, y aún cuando la prestación del vientre sea por un supuesto fin altruista, la mujer contratada se verá obligada a ratificar su consentimiento después de dar a luz, sobre si desea ceder todos sus derechos²²⁶ a la persona con la que hubo pactado la subrogación del vientre.

Acerca de este tema, la doctrina italiana expresa que, en virtud de los principios instituidos en su Código Civil, la maternidad exige el presupuesto del parto y, por ello, madre será quien ha llevado a cabo la gestación. Empero, algunos autores se inclinan por considerar tal a aquella mujer que ha deseado tener al hijo (maternidad psicológica) en franca oposición con quienes remarcan con la mayor de las trascendencias la relación que se establece entre madre e hijo durante la gestación, siendo esta circunstancia la que debe primar en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica²²⁷.

Por otro lado la paternidad es un tema mucho más claro. El concebido es hijo del hombre que hubiera aportado su esperma. En caso de ser el esposo de la pareja contratante al mismo se le reconocería como único padre del neonato. Por el hecho de

²²⁶ Podría resultar contradictorio hablar de que una mujer renuncia a sus derechos (entendidos principalmente los de custodia y patria potestad del menor) como madre, cuando al mismo tiempo no se puede definir si realmente esa mujer que está haciendo una renuncia expresa es legítima poseedora de los mismos. No se puede renunciar a lo que no se tiene. En el pasado se hablaba de que la madre sería la que da a luz, pero si en el presente no se tiene claro, es incorrecto legislar hipócritamente hablando de la renuncia de ciertos derechos y al mismo tiempo diciendo que los verdaderos padres o madre del menor es la otra parte.

²²⁷ GARCÍA RUBIO, Mari Paz. *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español* Rev. Tapia, año VII, N 36. Octubre 1987, p. 73

que exista una relación filial paterna, el padre tendrá la obligación de asumir su paternidad y otorgar los alimentos que fija la Ley, así como también en caso de muerte, heredarlo y demás obligaciones que nuestra legislación ordena²²⁸. Sin embargo qué sucedería si la pareja contratante se divorcia, ¿Cuál de los dos se quedaría con el niño? ¿Su padre verdadero o la mujer que es su madre «de deseo», por así llamarla? O peor aún, en el caso de que a la mitad del embarazo la pareja, por cualquier razón, no quiera más al niño, entonces cuando nazca, ¿el padre deberá encargarse aún en contra de su voluntad?

Volviendo al tema del derecho a la identidad, como parte de nuestra dignidad, un niño que nazca por estos métodos y que su padre hubiera sido un donador de esperma pero a la fecha hubiera muerto, o que se utilizara esperma previamente congelado y del cual el donador después de cierto tiempo hubiera fallecido, o que el donador quisiera mantenerse anónimo, ¿cómo se manifestaría el respeto a tal derecho si la legislación mexicana únicamente permite investigar la paternidad en vida de los padres? El artículo 388 del CCF ordena:

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

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

B. El Embrión

Se ha visto en la introducción del presente subcapítulo, cómo la sociedad es necesaria para el hombre. Se habló también de que el origen de la misma es la familia. Lo

²²⁸ CCF, en su Artículo 389.- El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:

I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;

II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la Ley.

que ahora se tratará será el origen de la persona que forma parte de la familia, que a su vez es la base de la sociedad.

Existe un amplio debate respecto del momento en que se considera que aquel conjunto de células es un ser humano. Hay quienes hablan del momento de la concepción y otros que lo consideran mucho después. Por no ser tal debate tema de la presente Tesis, pero sí relevante para la misma, se le dedicarán unas cuantas líneas a continuación y se tratará con mayor profundidad y de manera más técnica en el anexo II.

Dentro del informe Warnock, el Doctor León R. Kass, integrante del *Ethics Advisory Board*, habla de que un blastocito está vivo, pues el mismo metaboliza, respira y responde a cambios en el ambiente, crece y se divide. Queda claro que aunque el mismo no se encuentre organizado en diferentes partes y órganos como una persona de veinte o treinta años, es un todo orgánico, se desarrolla por sí mismo, genéticamente es un ser único y distinto del óvulo y el espermatozoide.

Biológicamente a la unión de un espermatozoide con un óvulo, se le conoce como embrión y éste posee una carga genética determinada, misma que hace al hombre un ser único y distinto de cualquier otro, pese a que su independencia y autonomía la adquirirá gradualmente en un periodo posterior. De esa manera, aún cuando una persona no puede poner en práctica su independencia y libertad en razón de su edad y la falta de madurez, es que se conoce como libre e independiente, sin importar que no se esté consciente de ello. Al igual que un niño de cuatro años de edad tiene dignidad y capacidades jurídicas, el hombre cuenta con todas sus cualidades de humano desde el momento en que es, sin importar que no pueda externarlas.

Hubo un caso en el año de 1981 donde una pareja, Mario y Elsa Ríos, residentes de Los Ángeles, participaron en un programa de fecundación *in vitro*, pero antes de que los embriones fueran implantados, la pareja falleció. El procurador general de Australia, lugar donde se encontraban los embriones, determinó que no podía considerárseles propiedad de los señores Ríos y por lo tanto no podían integrarse a la

masa hereditaria, pues no eran susceptibles de ser heredados como todos los demás bienes de la pareja. Un embrión no es una cosa y precisamente por esa condición humana que le reviste no se les consideró como objeto para ser heredado²²⁹.

Como se hubo argumentado, un embrión es un ser humano en una de sus primeras etapas. Aun en el caso de que ello se dudara, cuando se está en juego un valor de suma importancia, en este caso la vida humana, deberá bastar esa sola probabilidad para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar dicho valor. En el caso de la maternidad subrogada necesariamente se causa algún daño a los embriones. En el congreso dedicado a la Federación Mundial de Médicos, se aprobó la siguiente conclusión: “La fecundación extracorpórea implica inevitablemente una experimentación y una selección deliberada de embriones humanos y esto es inaceptable”²³⁰.

Como argumento jurídico de todo lo anterior, en México, el jurista Rafael Rojina Villegas establece que el embrión tiene personalidad antes de nacer, la misma ley lo reconoce como ser humano aunque sin capacidad de ejercicio. La ley le reconoce capacidad para por ejemplo heredar o para recibir legados y donaciones²³¹. Para ser heredero, legatario o donatario se requiere tener personalidad jurídica ya que por tales calidades se adquieren derechos patrimoniales. El no nacido está representado por sus

²²⁹ SMITH, George II. *Australian frozen orphan embryos: a medical, legal, and ethical dilemma*, Journal of Family Law, vol. 24, 1985-1996.

²³⁰ KUTHY PORTER José, y otros, *Introducción a la Bioética*, Ed. Méndez Editores, México, 2005, p. 185.

²³¹ El artículo 1313 del CCF señala lo siguiente:

Artículo 1313.- Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes:

I. Falta de personalidad;

II. Delito;

III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento;

IV. Falta de reciprocidad internacional;

V. Utilidad pública;

VI. Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

Como puede verse, el CCF contempla el que cualquier persona pueda ser heredero y en su inciso I señala como posible causa para perder dicha capacidad la falta de personalidad, sin embargo aún cuando un embrión no tiene capacidad de ejercicio el artículo 23 del mismo código brinda una respuesta:

Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

El anterior numeral nos da una solución al problema de la falta de capacidad de ejercicio, dando la posibilidad a que ejerza sus derechos por medio de representantes, en este caso quien o quienes tienen la patria potestad del embrión.

padres pero esta representación descansa en la existencia del menor. Se admite que el embrión humano es persona y que tiene una capacidad mínima para considerarlo sujeto de derechos²³².

Por otra parte, a nivel internacional, existen los Artículos de San José. Estos fueron publicados el 25 de marzo de 2011 en San José, Costa Rica a manera de recomendaciones y buscan brindar un testimonio por parte de expertos²³³ en relación al por qué la vida debe protegerse desde antes de su nacimiento, a partir del momento de la concepción. Otro propósito es que los gobiernos comiencen a protegerlo sirviéndose del derecho internacional. Ayuda para invocar las disposiciones de derechos humanos que garantizan el derecho a la vida.

A continuación se transcriben algunos de sus artículos de mayor relevancia para el tema que se estudia, cada uno se irá comentando al margen:

“Artículo 1.- Como hecho científico, una nueva vida humana comienza al momento de la concepción.”

El término de «concepción» en muchas ocasiones sigue siendo utilizado como sinónimo de «fecundación», y ésta consiste en la unión que se da entre un ovulo y un espermatozoide, específicamente la fusión de las membranas de estas células, dando cabida a un nuevo y distinto organismo humano. Hace algunos años, el Congreso Americano de Obstetricias y Ginecólogos, modificó los conceptos de concepción y fecundación, antes,

²³² ROJINA VILLEGAS Rafael, *Op. Cit.*, pp. 434-437.

²³³ Entre los especialistas que crearon los Artículos de San José, se encuentran los siguientes: Lord David Alton de la Cámara de los Lores, Gran Bretaña, Carl Anderson, Caballero Supremo. Caballeros de Colón, Guisepe Benagiano, Profesor de Ginecología, Perinatología y Cuidados a la Niñez – Universidad “La Sapienza”, Roma, antiguo Secretario General de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), Profesor William Binchy, Profesor de Derecho, Trinity College Dublin, Miembro de la Comisión de Derechos Humanos de Irlanda, Honorable Javier Borrego, ex juez, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Christine Boutin, ex ministra de Gabinete de Gobierno de Francia, Presidente del Partido Demócrata Cristiano, Hon. Tom Coburn M.D., Miembro del Senado de los Estados Unidos, Ján Figel, Viceprimer Ministro de Eslovaquia, Presidente del partido eslovaco KDH, ex Observador del Parlamento de la UE, Profesor Robert George, Profesor de Jurisprudencia McCormick, Universidad de Princeton, ex Miembro del Consejo Presidencial sobre Bioética, Leonard Leo, ex delegado a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Hon. Elizabeth Montfort, ex Miembro del Parlamento Europeo, Senador Rónán Mullen, Miembro del Senado de Irlanda, Alojz Peterle, Miembro del Parlamento Europeo, Eslovenia, ex Primer Ministro de Eslovenia, Bernd Posselt, Miembro del Parlamento Europeo, Alemania, Embajador Grover Joseph Rees, ex Embajador de EEUU en Timor-Leste, ex Representante Especial de EEUU para las Naciones Unidas sobre asuntos sociales, Profesor Carter Snead, Miembro, Comité Internacional de Bioética, UNESCO y ex Observador Permanente al Consejo Directivo de Europa sobre Bioética, Escuela Derecho de la Universidad de Notre Dame, Douglas Sylva, Delegado a la Asamblea General de las Naciones Unidas, Honorable Francisco Tatad, ex Líder de la Mayoría del Senado de Filipinas, Anna Zaborska, Miembro del Parlamento Europeo, antigua miembro de Junta del Comité de la Mujer del Parlamento Europeo.

como ya se dijo, eran sinónimos, ahora concepción se define como la implantación del blastocito en las pared del útero, lo cual ocurre días después de la fecundación. El por qué de esta diferenciación, según el médico Richard Sosnowski, presidente en el año de 1984 del Congreso Americano de Obstetricias y Ginecólogos, fue el siguiente: “la única razón para modificar dicho concepto es el dilema producido por la posibilidad de que el dispositivo anticonceptivo intrauterino podría funcionar como un abortivo”²³⁴, ello se traduce en intereses personales y a final del día económicos.

Artículo 2.- Cada vida humana es un flujo continuo que se inicia en la concepción y avanza por fases etapas hasta la muerte. La ciencia otorga diferentes nombres a estas fases etapas, incluyendo cigoto, blastocito, embrión, feto, bebé, niño, adolescente y adulto. Esto no cambia el consenso científico acerca de que en todo momento del desarrollo todo individuo es un miembro viviente de la especie humana.

Uno de los argumentos de mayor peso para entender que un ser humano comienza a «ser» a partir del momento de la fecundación, es que realmente no hay momento más importante en todo el proceso de creación y gestación para el nacimiento de una vida humana que cuando a partir de la unión de dos células sexuales, se crea un nuevo y único ser humano que antes no existía. Resulta a todas luces menos importante la creación de un par de manos o de casi cualquier otra parte de su cuerpo, que su vida misma y por ello es más importante ese instante en que se define la existencia de un nuevo ser, que todo el desarrollo del mismo, ya que sin ese instante nunca se lograría un ser humano, y por el contrario, aun sin varias partes de ese desarrollo existen posibilidades de que nazca.

Al momento de la fecundación existe un nuevo ser humano con un género sexual definido y se encuentra completamente programado para crecer, desarrollarse y cambiar hasta el momento de su muerte. Lo único que necesita, al igual que cualquier otro ser humano, es alimento y un lugar ambientado adecuadamente para crecer.

Artículo 3.- Desde la concepción, cada niño, aun no nacido, es por naturaleza un ser humano.

Artículo 4.- Todo ser humano, como miembro de la familia humana, tiene el derecho de ser reconocido por su dignidad inherente y a la protección de sus derechos humanos

²³⁴ SOSNOWSKI J. Richard, M.D., "The Pursuit of Excellence: Have We Apprehended and Comprehended It?," American Journal of Obstetrics and Gynecology (15 de septiembre de 1984).

inalienables. Esto es reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos internacionales.

Un embrión humano existe cuando los gametos dejan de existir²³⁵. “La unión de un óvulo y un espermatozoide durante la fertilización marca el principio de la vida de un nuevo ser humano”²³⁶. Un embrión es ya un ser humano y por ello no podría denominarse «persona en potencia», ello resultaría impreciso, ya que los seres humanos son o no son. Pues llegaría a decirse que una persona de 30 años de edad es más ser humano que uno de 5 años. Los seres humanos lo somos desde que existimos hasta nuestra muerte y en todo momento, a todo ser humano, se le debe reconocer y respetar su dignidad humana.

Otra de las razones por las que puede afirmarse la vida humana comienza a partir de la fecundación, y no al momento de la implantación en el útero, es que si se estuviera frente a un ser humano hasta el momento de la implantación, todos los embriones extrauterinos de hasta más de cinco semanas de fecundados o que pudieran llegar a implantarse abdominalmente no serían seres humanos y entonces en el momento es que se están desarrollando en las trompas de Falopio, ¿qué son?

Según el científico especialista en genética y descubridor de las bases cromosómicas del Síndrome de Down, Jerome Lejeune, cada ser humano tiene su comienzo al momento de la concepción (entendida como fecundación), afirma que al momento en que se unen el espermatozoide y el óvulo se cuenta con toda la información y características necesarias de un ser humano, en ese momento se define al mismo como nunca se hizo antes ni se podrá repetir. Un cigoto no es un simple conjunto de células sino un individuo en específico distinto a todos los seres humanos existentes o por existir. “Aceptar el hecho de que a partir de la fecundación existe un nuevo ser humano, no es opinable, es algo evidenciable²³⁷”.

La negación de que la vida de un ser humano comienza desde el momento de la fecundación, pareciera a todas luces que la misma surge a raíz de intereses personales,

²³⁵ SADLER, T.W. *Langman's Medical Embryology*, Ed. Williams & Wilkins, Estados Unidos de América, 1995, p. 3.

²³⁶ MOORE, Keith L. and Persaud, T.V.N. *The Developing Human: Clinically Oriented Embryology*, Philadelphia: Saunders 2003, p. 2.

²³⁷ LEJEUNE, Jérôme, en su artículo titulado “En las fronteras de la genética”, aparecido en la revista *Dolentium Hominum*, en su N° 25, año 1994. El Dr. Jerome Lejeune es considerado padre de la genética moderna.

económicos, o inclusive políticos. La aceptación del aborto como un acto lícito o el uso de la «pastilla del día siguiente», podrían ser algunas de las principales causas por las cuales «convendría» negar la existencia y principio de la vida humana a partir de la fecundación.

Como ya se comentó en el Capítulo de la Legislación Internacional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por respeto a la dignidad humana, prohibió patentar en Europa las células madres obtenidas a partir de embriones humanos. El hombre se permite a sí mismo avanzar científicamente valiéndose, de entre otros instrumentos, de los experimentos. Sin embargo, uno de sus límites éticos es el respeto al ser humano, es por ello que se permite experimentar con muchos otros seres, pero nunca dañando a un ser humano. La prohibición de patentar las células madres obtenidas a partir de embriones humanos, representa la pérdida de una fuerte razón que existe para que ciertas personas aboguen por la permisión y regulación de la maternidad subrogada, ya que a los mismos les convenía pues podían hacer uso de los miles de «embriones sobrantes».

La sentencia en comento da la razón a la verdad y a todos aquellos que afirman que la vida humana comienza desde la fecundación del óvulo. Negando que se esté frente a un simple conjunto de células y no frente a un ser humano²³⁸.

C. Riesgos Físicos

El Estado tiene la obligación de velar por la seguridad y salud de sus ciudadanos. La maternidad subrogada, como ya se ha venido repitiendo dentro del presente trabajo, es una técnica de reproducción que no sana la infertilidad, no es un tratamiento, por lo que nos queda claro que físicamente no aporta ningún beneficio a alguna de las partes. No cura la esterilidad ni infertilidad, el bebé no tendrá ninguna ventaja, y la mujer contratada no mejorará su salud a raíz del embarazo. Sin embargo,

²³⁸ PRATS Jaime, “Las células madre obtenidas de embriones humanos no se pueden patentar en Europa”, Diario El País, España, 18 de octubre de 2011.

pensando en el aspecto negativo, la maternidad subrogada sí aporta varios riesgos y complicaciones. Algunos de los principales son los siguientes²³⁹:

a) Aquellas derivadas de la hiperestimulación ovárica. La hiperestimulación ovárica consiste provocar artificialmente en una mujer la producción de una cantidad de óvulos mayor a la normal en el cuerpo promedio de una mujer. Las consecuencias nocivas de ello serían para la mujer que aporte el óvulo, ya sea la mujer contratada que desarrollará el embarazo o la misma madre contratante para que posteriormente se le implante a la madre contratada su óvulo fecundado. Entre los principales daños que pueden darse se encuentran los siguientes: degeneración quística benigna de los ovarios, mismo que en otras palabras quiere decir la posible aparición de tumores no benignos, embarazos múltiples no deseados (frente a los cuales no se sabe qué hacer con los hijos que no fueron solicitados), en algunos casos inclusive se dan malformaciones en el embrión (defectos en el tubo neural y por lo mismo a veces los padres que en un principio querían al niño, terminan por no quererlo por considerarlo inferior a sus expectativas).

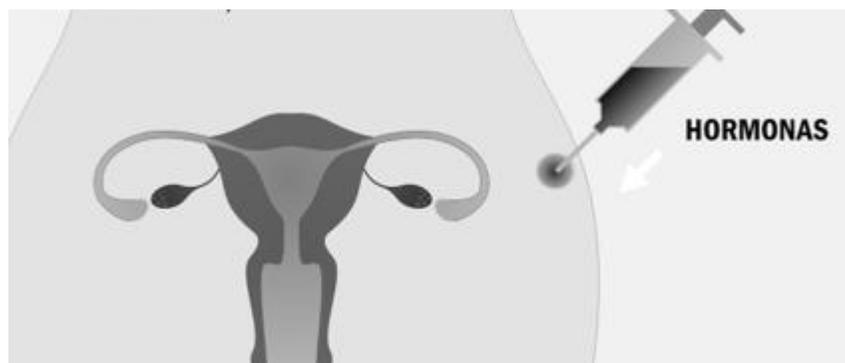


Figura n.1 Punción hormonal.

b) Riesgos de posibles embarazos ectópicos. Un embarazo ectópico es aquel embarazo anormal que se da fuera del útero de la madre, generalmente en las trompas

²³⁹ MESINA DE ESTRELLA Gutiérrez, Graciela N., *Bioderecho*, Facultad de Derecho, Ed. Universidad Nacional del Mar del Plata y Abeledo -Perrot, Buenos Aires Argentina, 1998, pp. 74-75.

del Falopio, lo que suele terminar en un aborto instantáneo. Esto ocurre cuando a la mujer contratada se le inyecta con demasiada presión el embrión por lo que llega directamente a nivel del ostium tubárico o también puede ocurrir si el catéter con el cual se inyecta a la mujer es dirigido hacia el ostium tubárico.

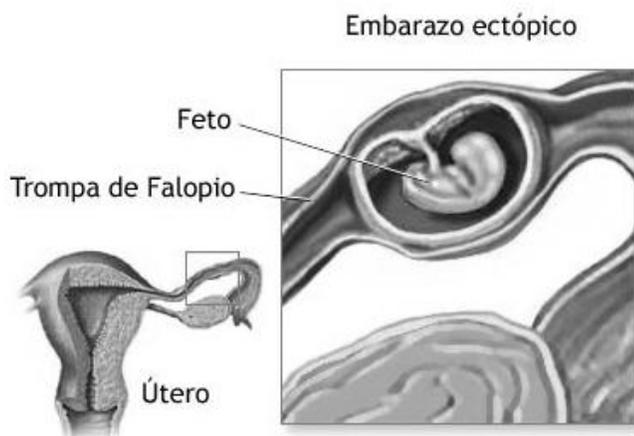


Figura n.2 Embarazo Ectópico.

c) Complicaciones infecciosas. La mujer contratada puede sufrir alguna infección pélvica posterior a la punción transvaginal o a la transferencia embrionaria.

d) Riesgo de malformaciones en el recién nacido. La maternidad subrogada aumenta el riesgo de malformaciones congénitas y anomalías cromosómicas, entendidas como defectos estructurales presentes en el recién nacido. Ello se debe a que los gametos y embriones utilizados para la subrogación de vientres son expuestos a distintos factores que pueden influir en la fertilización, embriogénesis, o subsecuente desarrollo del feto y del niño. A continuación anexo una tabla con las principales anomalías cromosómicas:

ANOMALÍAS CROMOSÓMICAS

Numéricas	Aneuploidias (juego de cromosomas incompleto: (2n+1) (2n-1), etc)	Monosomías	Síndrome de Turner
		Trisomías	Síndrome de Down Síndrome de Edwards Síndrome de Patau Síndrome de Klinefelter Síndrome del doble X Síndrome del doble Y
	Euploidias Juego de cromosomas completo (3n, 4n. etc)	Polidiploidias	
Estructurales	Deleciones		Síndrome del maullido de gato
	Anillos		
	Isocromosomas		
	Inversiones		
	Translocaciones recíprocas		Leucemia promielocítica
	Translocaciones robertsonianas		Síndrome de Down
	Inestabilidad cromosómica		Ataxia-teleangiectasia
Fragilidad		Síndrome de X frágil	

240

e) Otras complicaciones. Aun cuando no sean las más probables, la maternidad subrogada puede llegar a realizarse falta de control de posible infección de virus de la hepatitis o de la inmunodeficiencia humana, en especial cuando ha habido donación de gametos, sustitución o mezcla de gametos, o error en su atribución a una determinada pareja, transferencia de un número de embriones superior a 3 o 4 sin consentimiento declarado del paciente.

f) Complicaciones psicológicas. Aún cuando para algunos las complicaciones psicológicas no signifiquen mucho, la realidad es que sí existe un riesgo inminente de dañar al niño psicológicamente como consecuencia de tal práctica. La psicoanalista francesa, Delaisi de Parseval analiza factores de riesgo en niños concebidos por tales prácticas "...los problemas de filiación atípicos cuando interviene una tercera persona en la procreación (donante-madre portadora) pueden llevar consigo secretos de familia, la actitud de los padres ante la verdad genealógica será decisiva para el desarrollo de la inteligencia y la

²⁴⁰ Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.- Disponible en internet en: <<http://www.biotech.bioetica.org/ap48.htm>> [Fecha de consulta: 30 de diciembre de 2011].

personalidad del niño (...); entre otras las derivadas del alquiler de úteros especialmente por romper el vínculo madre-hijo que se inicia en la vida del útero y se prolonga después del parto, originando trastornos psicoafectivos, neuróticos, psicosis, etcétera²⁴¹». ¿No se causará un daño psicológico al menor cuando se le diga que su padre biológico es un donador de espermatozoides desconocido?

D. Buenas Costumbres

El término “buenas costumbres” se ha venido definiendo desde hace varios años, sin embargo para muchos es un término bastante complejo. Se puede tener como idea general que las buenas costumbres son el conjunto de todas aquellas conductas que una sociedad puede anhelar para vivir en sociedad, sin embargo tanto la doctrina como la legislación no han logrado llegar a una definición absoluta.

En la Suprema Corte se ha discutido el concepto de «buenas costumbres», una de las tesis que destacan es la siguiente²⁴²:

BUENAS COSTUMBRES.

Las buenas costumbres constituyen un concepto del cual los autores han buscado la precisión y se ha llegado a esta conclusión: **todo lo que hiera la moralidad es contrario a las buenas costumbres**, y la jurisprudencia poco a poco ha considerado que hay un criterio de moralidad en la sociedad y que es el ambiente social la fuente de aquéllas. De manera que no es necesario precisar con toda exactitud en qué consisten las buenas costumbres porque ningún legislador lo precisa, sino que se deja a la apreciación de los tribunales.

La definición anteriormente transcrita, en relación con la maternidad subrogada, puede concluir en el siguiente cuestionamiento, ¿la maternidad subrogada hiere la moralidad? Y en caso de responder en sentido afirmativo, cabría preguntarse ¿la moralidad de cuántas personas deberá verse herida para que pueda considerarse contrario a las buenas costumbres? Ese es un tema que lamentablemente en algunas

²⁴¹ DOLTO Françoise, *Lo Femenino, artículos y conferencias*, Ed. Gallimard, España, 2000, pp. 235-255.

²⁴² Tesis Aislada (Común), Registro No. 340485, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, t. CXXII, octubre 1954, p. 581.

ocasiones aqueja a ese número significativo de personas afectadas, que se sepan violentadas y que lo manifiesten.

Al hablar de afectaciones a las buenas costumbres o los daños a la moralidad, de ninguna manera se está hablando de un tema poco relevante. De hecho fue un tema de debate como por ejemplo dentro de la IV Jornada Sanjuanina de Derecho Civil en el año de 1989²⁴³, donde se manifestó que la disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro, es contraria a la moral y al orden público.

Otra cuestión de especial importancia, es la que se plantea en el ámbito socio-político dentro del cual la maternidad subrogada se desarrolla. Si se observa el contexto histórico de esta práctica, podrá comprobarse que la misma no siempre se lleva a cabo solo por una motivación altruista, sino que por el contrario en muchos casos, la mujer que cede su útero recibe una contraprestación en dinero, además de los cuidados y gastos de manutención durante el embarazo²⁴⁴. Por ejemplo la situación de varias jóvenes procedentes del Este Europeo que, en Italia, son reclutadas por organizaciones mafiosas albanesas para que alquilen sus úteros por la suma de tres mil dólares²⁴⁵. ¿Cómo un juez podrá afirmar que ello va de acuerdo con la moral y las buenas costumbres?

Ante un fenómeno como la inseminación artificial, el jurista debe tomar en cuenta, como expresa el autor Francisco Lledó Yagüe que: "la ingeniería genética no puede ser enjuiciada desde una dirección puramente legalista, la cual resultaría insuficiente sino que tiene que apoyarse en datos aportados por otras ciencias"²⁴⁶. Un legislador debe de tomar en cuenta únicamente los argumentos jurídicos que la maternidad subrogada contiene, sino que debe contemplar todo el panorama, incluyendo el ámbito social y las afectaciones a la moralidad de éste.

²⁴³ VITOLO, Daniel R., *Contratos Comerciales*, Ed. Ad- hoc, Argentina, 1994, p. 193

²⁴⁴ RABINOVICH BERKMAN, Ricardo. "Ventre se Alquila." *Diario La Prensa*, fecha de publicación 10 de junio de 1992.

²⁴⁵ SAMBRIZZI, Eduardo. *La Procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, ed. Abeledo Perrot, Argentina, 2001. p 114.

²⁴⁶ LLEDÓ YAGÜE Francisco, "Breve discurso sobre bioética y derecho, La revolución biogenética versus sistema familiar", *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, vol. 34, núm. 2, p. 341.

El autor Javier Hurtado Oliver²⁴⁷ menciona un reporte, publicado por el *American Journal of Psychological View of Artificial Insemination*, que una de cada cinco familias que optaron por la inseminación artificial sufrieron trastornos psicológicos, entre ellos, el desarrollo de sentimientos de culpa de la esposa por haber dado a luz a un hijo extraño a la pareja. ¿El marido o la pareja que consintió en la inseminación artificial de su pareja o esposa se sentirá verdaderamente vinculado al «hijo» o lo vivirá como una prueba de su incapacidad para engendrar, que propicie un rechazo hacia el hijo y un resentimiento frente a la esposa? Estos trastornos psicológicos afectan a la sociedad en su conjunto y no únicamente a quien los padece. El donante que entregó su esperma y desapareció ¿no se inquietará con el tiempo por tener noticias del o de los hijos que pudo haber engendrado? ¿En ningún momento percibirá que donó no sólo un flujo corporal sino su carga genética?

En cuanto al menor, el desconocimiento de sus orígenes le puede crear problemas psicológicos en su sentimiento de identidad y el hecho de haber sido concebido como resultado de un contrato donde su madre se prestó como instrumento para llevar a fin su gestación. ¿Le inquietará saber quién fue su padre biológico y dónde está? y si no puede obtener estos datos ¿qué sentirá de tener un progenitor anónimo? Y ¿qué trastornos podría sufrir en un futuro a causa de semejante incertidumbre? Sólo un dato en el banco de semen y, en el caso de la madre soltera, sin un padre legal ni afectivo, sumado al posible rechazo de su madre o de su «padre» por decisión.

Estas preguntas posiblemente generen inestabilidad y trastornos psicológicos en estas personas y ello a su vez podría generar inestabilidad en distintos ámbitos de sus vidas, repercutiendo todo ello en la sociedad.

Es en interés del menor que éste nazca y crezca en el seno de una familia estable. Recientes investigaciones concuerdan en que quizá ésta sea una de las condiciones más

²⁴⁷ HURTADO OLIVER, *Op. Cit.*, pp. 47-81.

importantes para la buena socialización del menor²⁴⁸. La separación del menor de sus padres sólo se justifica en casos de necesidad o cuando la convivencia causara un perjuicio al menor, pero si ello no ocurre, no se debe privar al menor del ejercicio de su derecho.

E. Interés de la sociedad

A la sociedad le interesa determinar el estado de las personas y sus relaciones de parentesco para determinar los nexos jurídicos y los deberes y derechos recíprocos entre los sujetos que son considerados parientes. Pero, además, la preocupación de la sociedad recae sobre las circunstancias en que los menores nacen y se desarrollan, pues esos menores forman parte y son responsabilidad de esa sociedad, por ello, podemos hacer referencia de un interés público en el bienestar del menor.

Es importante entonces pensar en la posible relación que puede existir entre el hecho de que estas técnicas se aplican principalmente para gente adinerada que puede pagar el precio y que quiere tener un hijo con su ADN o el de su pareja, pero sin perder la figura o sin someterse a tratamientos de fertilidad, o simplemente sin querer esperar o considerar la adopción como una opción para vivir su maternidad o paternidad. De esta manera se terminaría hablando de la simple prestación de un servicio para cumplir un deseo, degradando al ser humano.

²⁴⁸ El Proyecto de Informe sobre Fecundación Artificial en Vivo e in Vitro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de los Derechos de los Ciudadanos del 6 de diciembre de 1988 del Parlamento Europeo, reconoce que la familia integrada constituye la mayor garantía para el crecimiento armónico del menor.

PROPUESTA

Habiendo ya desarrollado el origen, lo que es la maternidad subrogada y su problemática desde una óptica tripartita, todo parece indicar que como bien comenta la Dra. María Cristina Hidalgo Ordás, el tema de la maternidad subrogada, así como cualquier otro debate que gire en torno al ser humano, no debe de absorberse únicamente por los científicos, médicos, economistas o políticos; el mismo no es patrimonio exclusivo de los anteriores como de ningún otro²⁴⁹. Le incumbe a toda la sociedad, es a todas y cada una de sus partes, padres de familia, empleados, hijos, ancianos, madres solteras, a todos en general les competen estos temas tan controvertidos²⁵⁰. Es por ello que la presente propuesta tiene la intención de afectar a una sociedad en general y no únicamente a las partes que se involucren directamente en un proceso de subrogación de vientre.

Cuando se habla de maternidad subrogada, algunas personas tienden a compararla con la adopción, en el sentido de que ambas pretenden dar un hijo a quien por alguna razón no puede tenerlo o simplemente quieren tenerlo por ese medio. Sin embargo, en el caso de la adopción, debe considerarse que quienes se ven beneficiados por ella no son solamente el adoptante y el adoptado, el primero por obtener los derechos y obligaciones inherentes a cualesquier padre y madre de familia común, así como la alegría del hecho *per se* de ser padre o madre, y el adoptado, por lograr integrarse a un hogar donde pueda tener un sentimiento de pertenencia y la seguridad que una familia puede aportar más allá del ámbito económico, además de las obvias condiciones y calidad de vida que tendrán los menores, existe un tercer beneficiario, la sociedad. La sociedad le constriñe a todos, y más allá de satisfacciones morales, son beneficios palpables, es el hecho de que a través de la adopción “se logra sustraer una parte de esos menores que sufren diariamente los riesgosos caminos de las fallas en la conducta y de caer en actos antisociales o conductas delictivas, además se disminuye la carga que significa el mantenimiento de los asilos donde se albergan los menores que fueron abandonados”²⁵¹, todo ello beneficia a la sociedad.

²⁴⁹ HIDALGO, ORDÁS, María Cristina, *Op. Cit.*, p. 15.

²⁵⁰ S.A.M. MCLAN, *The right to reproduce, Human rights: From Rethoric to Reality*, Campell et al. (eds), Basil Blackwell, Oxford, 2986. Citado en *Idem*.

²⁵¹ MERCHANTE, Fermín Raúl, *La adopción*, ed. Depalma, Argentina 1993, p.13.

Al igual que el tema de la adopción, el tema de la subrogación de vientre busca dar un hijo a alguien a través de ciertos procedimientos, pero ese sería prácticamente el único punto en común entre ambos temas, ya que la permisión y regulación de la misma, no nos ofrece ninguno de los beneficios que a diferencia, la adopción consigue. Ello sin tomar en cuenta las afectaciones sociales y a la dignidad humana que provoca la subrogación de vientres como ya se vio a través del presente trabajo, principalmente en el capítulo tercero.

No obstante lo anterior, luego de haberse estudiado toda la problemática que deriva de la maternidad subrogada, se concluye que la misma requiere ser considerada por el Estado y tomar una postura al respecto, ya que el silencio y las lagunas legales dan pie a la realización de varias injusticias y atropellos a la dignidad humana.

Para lograr una sociedad armónica, donde se respeten los derechos como ciudadanos y más aún, como personas humanas, se debe estar consciente del tipo de legislación que se requiere. Independientemente del sistema procesal judicial en México y de los defectos que el mismo padece, las leyes con las que hoy contamos y sus respectivas condenas pueden llegar a ser ineficaces si las mismas no logran dar fin a que “el hombre se utilice como verdugo del mismo hombre”²⁵².

¿Qué tipo de sociedad puede esperarse cuando la misma no es educada en los valores éticos? Como bien se dijo en el tercer capítulo del presente trabajo, la ética “es la ciencia filosófica que estudia los actos humanos en cuanto fin último del hombre”²⁵³. Si se estructuran leyes que vayan en contra de la ética, las mismas serán contrarias al fin último del hombre. ¿Qué parte de ello podría ser coherente? Y como bien señala el autor Aurelio Fernández, “solamente una sociedad que se educa en los valores éticos, puede ser una sociedad en donde se defiendan y trasciendan los derechos fundamentales de la persona”²⁵⁴, ¿que acaso hay algo más importante que la misma persona dentro de una sociedad?

²⁵² FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 7.

²⁵³ GARCÍA ALONSO, Luz, *Op. Cit.*, p. 21.

²⁵⁴ FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 7.

Si se piensa en cualquier momento de la humanidad donde se han dado las peores atrocidades, donde se pasa por encima del hombre como si el mismo fuera un objeto, un estorbo que debe eliminarse, por ejemplo en los gladiadores sacrificados periódicamente en los circos romanos, las cruzadas, la dictadura de Stalin con sus genocidios, etcétera, la lista podría alargarse demasiado, pero el objetivo es simplemente pensar por unos instantes en cualquiera de esas masacres, ¿cómo hubiera sido todo si hubiese existido un marco legal que se basara principalmente en los valores éticos y que este mismo se respetara?

Una sociedad basada en valores éticos jamás sería capaz de ejecutar y permitir tales desórdenes, pues “al hombre no debemos aceptarlo como *es*, sino como *debe ser*”²⁵⁵ entonces, conociendo cuál es su finalidad y sabiendo lo que puede y debe llegar a ser es que se debe partir al momento de legislar. “El hombre, cuando llega a su perfeccionamiento, es el mejor de los animales, así también es el peor de todos cuando está divorciado de la ley y de la justicia... por eso es el hombre sin virtud el más impío y salvaje de los animales...”²⁵⁶.

Si no se quiere deshumanizar al hombre y terminar considerándolo menos que un animal, una máquina, un objeto, o un simple instrumento o medio para conseguir algún bien, es necesario y urgente fundamentar la sociedad mexicana sobre bases sólidas, legislar en base a principios éticos y por consiguiente en un humanismo puro que considere al hombre como fin y no como medio de nada ni nadie. Como bien dice el preámbulo de la Declaración Universal de los Derecho Humanos, “debemos de considerar la justicia, la dignidad, la libertad, y demás valores y derechos inherentes al hombre, debemos respetarlos y legislar entorno a éstos”²⁵⁷.

²⁵⁵ *Idem.*

²⁵⁶ ARISTOTELES, *Política*, I, 1.

²⁵⁷ “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;... Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...” <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>> [Fecha de consulta: 10 de agosto de 2011].

Es lógico pensar que al hombre le será más fácil comportarse de acuerdo a su verdad y naturaleza cuando su conciencia se vea identificada con la ley positiva, ésta le servirá como un punto de orientación para guiarse moralmente en acciones concretas²⁵⁸.

El hombre por naturaleza, posee una conciencia que le ayuda a diferenciar el mal del bien. Es su libre elección obrar de acuerdo a uno o al otro, lo importante es que antes de actuar él puede diferenciar, y siempre buscará lo que es el bien para sí mismo. Otra condición que le constriñe a todo ser humano es la naturaleza sociable. Sin embargo, en relación a esta última condición humana, en ocasiones resulta negativo que el hombre, al no vivir aislado, puede llegar a verse afectado por opiniones, experiencias o normativas contrarias a lo que dicta una recta conciencia humana, deformándola y entonces le será más difícil distinguir entre ambos conceptos. Las normas sociales, la costumbre y las leyes jurídicas, le dan orientación al hombre de lo que debe hacer y lo que no, y aunque su actuar es libre y él decide qué, cómo y cuándo actuar, tales normas en algún punto pueden engañar a la conciencia.

El hecho de que el hombre tenga tantos elementos que lo influyen, no lo libera de la responsabilidad que tiene hacia su naturaleza consiente y racional. Por ejemplo, Ortega y Gasset habla de que el hombre es él y su circunstancia, entendiéndose entonces que parte de lo que el hombre «es» depende de sus circunstancias; sin embargo el autor Aurelio Fernández hace la observación de que Ortega y Gasset se auto corrige al especificar que “era el ser humano, el Yo, el que existía en medio de unas circunstancias... pero sobrevalorar las circunstancias sobre el Yo, era acabar con la persona en lo que tiene de entidad en sí misma”²⁵⁹.

Independientemente de las leyes que rigen al hombre, las costumbres, y las experiencias de cada persona, todo ello no debe sobrevalorarse y pensar que vale más que el mismo «yo», dando oportunidad a que tales circunstancias gobiernen al hombre. El hombre no debe estar a merced de las circunstancias.

²⁵⁸ FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 84.

²⁵⁹ *Ibidem.*, p. 90.

No es correcto dejarnos llevar por las circunstancias para cambiar nuestro juicio y raciocinio, como tampoco es correcto profesar el pasotismo mientras unos cuantos continúan dañando irreparablemente la sociedad. “La solución de los males presentes no es la pasividad estoica, sino el compromiso serio de reforma; de lo contrario se corre el riesgo de dejar «pasar» todo”²⁶⁰, ello resultaría sumamente peligroso para el mismo hombre.

Se sabe como la maternidad subrogada afecta a una sociedad, cuáles son los riesgos éticos y las limitaciones jurídicas. No se debe dejar de lado e ignorar que el objetivo final principal que se da en la maternidad subrogada es la entrega de un bebé, objeto por demás ilícito, motivo suficiente para decretar la nulidad de esta hipotética figura contractual. Como bien se dijo en el Capítulo de la Problemática Jurídica, estos contratos contravienen la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad²⁶¹.

Al igual que el anterior argumento, se expusieron otros y entre todos estos se busca llegar a la misma conclusión, existe una solución y la misma se conoce. El hombre en ocasiones cierra sus ojos a la verdad, como bien mencionó Pitágoras: “¡Qué pocos son los que conocen los verdaderos remedios de sus males!”²⁶². Sin embargo en muchas otras ocasiones conoce la respuesta y será una cuestión de voluntad e intereses personales el que sea coherente con su condición humana.

No obstante lo anterior, resulta evidente la complejidad frente a la cual se puede topar un jurista al momento de desempeñar sus labores. Las personas encargadas de legislar suelen tropezarse con los cambios dentro de lo que se considera costumbre, así como con los avances científicos y tecnológicos que se dan en el día a día y además, en ocasiones intereses personales o políticos de unos cuantos.

²⁶⁰ El pasotismo hace referencia a una actitud pasota, lo que quiere decir que una persona es indiferente ante las cuestiones que importan o se debaten en la vida social. Para consultar en internet la definición ir a: <http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=pasotismo> [23 mayo 2011].

²⁶¹ En el año de 1991 en Francia, la Corte de Casación anuló una sentencia de la Corte de Paris, misma que había autorizado una adopción derivada de un contrato de maternidad subrogada. Los fundamentos por los cuales en el fallo se anuló dicha sentencia fueron los siguientes: La convención por la cual una mujer se compromete a gestar y dar a luz un niño y abandonarlo a su nacimiento es contrario al orden público en razón de la indisponibilidad del cuerpo humano como el de la indisponibilidad del estado de las personas. Siendo la adopción la última fase de aquel contrato de maternidad subrogada que por atentar contra el orden público resulta ser nulo, en tal caso la adopción no puede realizarse. *Cour de Cassation Ass. Plen 31 mai 1991, JCP 1991-II-21752.*

²⁶² PITÁGORAS en el libro de FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 31.

Sin embargo, debe de quedar muy claro que un jurista no se dedica a legislar según lo que su muy personal razonamiento lógico-jurídico le indica, sino que él mismo deberá apelar y conseguir un conocimiento lo más acertado y fiel a la realidad, debe tener un firme compromiso para discriminar correctamente la falacia, y la relatividad que cada día se vive más en cuanto al calificativo que se les da a las conductas humanas²⁶³.

Para comprobar si una norma es o no moral, debe someterse al siguiente cuestionamiento: ¿es universal e incondicionada?, ¿Se refiere a las personas como fines y nunca como medios? ¿Tiene en cuenta a cada individuo y al mismo tiempo al conjunto de éstos²⁶⁴? En definitiva la maternidad subrogada, por lo ya expuesto en el presente trabajo, no puede responder de manera afirmativa a todas estas preguntas. El tema de la universalidad podría debatirse, pero en cuanto a ver a las personas como fines, es difícil de creerse si se piensa en que la mujer contratada se utiliza como un medio para que la pareja o persona que la contrata pueda tener un hijo a través de sus «labores», la última pregunta resulta sencilla de responder, la maternidad subrogada no toma en cuenta al conjunto de individuos ya que ignora por completo a todos los embriones humanos que se sacrifican, a la mujer contratada que se le da el trato de un objeto de reproducción, ni a la sociedad al ir en contra de las buenas costumbres y el orden público.

Por otro lado, además del conflicto que representa el legislar buscando el bien del hombre, en las últimas décadas el mismo ha estado viviendo en constante cambio y evolución en relación a la tecnología, ciencia, medicina, etcétera. Lo que ayer parecía imposible hoy lo es y tiene un precio cierto. Es deber del legislador estar actualizado y realizar juicios de valor al respecto. El hombre ha sido testigo del énfasis puesto al control de la reproducción humana, aborto, pastillas anticonceptivas, pastilla del día siguiente, dispositivos, operaciones, etcétera, el hombre de cierta forma busca controlar la reproducción humana. En un principio su intención fue principalmente represiva. Ahora, no solamente se busca reprimir la misma, sino que busca también imitarla dándole el valor que

²⁶³ HIDALGO, ORDÁS, María Cristina, *Op. Cit.*, p. 16.

²⁶⁴ GRACIA, Diego, *Fundamentos de Bioética*, Ed. EUDEMA, España, 1989, p.369.

tienen los objetos a las personas, así como se ha entrometido en el control y muerte de la vida humana, también ha querido intervenir en su creación. En pocas palabras, ha venido a “emular al Creador”²⁶⁵, o para aquellos no creyentes, se puede decir que ha venido a emular a un especie de ser todo poderoso que inclusive es superior a todos los demás hombres, ya que solo ellos podrían dar vida de una nueva forma a cambio de cierto precio.

No puede afirmarse que el hombre puede crear un ser humano sin necesidad de las células germinales. La maternidad subrogada tiene la novedad, partiendo de la inseminación artificial, de haber disociado todo el proceso procreativo, el acto sexual que anteriormente era totalmente necesario entre una pareja para tener un hijo con la genética de ambos o de uno sólo de ellos. Pensando a futuro, se dice que el siguiente paso será la *ectógenesis*, proceso en el cual se podrá prescindir por completo del vientre materno para a su vez suplirlo por artefactos diseñados, los cuales desarrollarían la misma labor que ha venido haciendo el vientre de una mujer²⁶⁶. Se debe de pensar en donde se quiere estar mañana para poder actuar coherentemente hoy.

Algunos puntos a considerar antes de determinar cuál sería la mejor solución a todo éste tema tan controversial y así concluir, son los siguientes:

1. De acuerdo a la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, en Artículo 4 se dice que los principios rectores para el acceso de todas las mujeres a una vida libre de violencia que deberán ser observados en la elaboración y ejecución de las políticas públicas federales y locales son entre otros: [...] II. El respeto a la dignidad humana de las mujeres. ¿La aceptación de la maternidad respeta la dignidad que tiene una mujer al utilizarla como un medio de fecundación²⁶⁷?

²⁶⁵ HURTADO, OLIVER, Xavier, *Op. Cit.*, p.5.

²⁶⁶ *Idem.*

²⁶⁷ Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, última reforma publicada en el Periódico Oficial el día 14 de junio de 2012.

2. Independientemente de los lugares donde hoy se regula la maternidad subrogada, se deben de observar los efectos que ésta ha traído y no quedarse con la imagen de una «familia feliz» a costa de todo lo que ello implica.
3. Está por demás hacer la observación de que legalmente el objeto es ilícito por lo que una contratación de ese tipo resultaría nulo.
¿Será suficiente razón el deseo de tener un hijo a costa de todo lo que se hubo planteado en el presente trabajo? ¿Qué tan puro puede ser ese deseo y qué prioridad debe dársele?
4. La disección entre el embarazo y la maternidad, plasmada en un contrato con previa premeditación, ¿será dignificante? O por el contrario ¿malluga la dignidad de las mujeres al vérselas como objeto de reproducción?
5. El desechamiento y el trato inhumano al crioconservar miles de embriones humanos nunca podrá justificarse.

Es un hecho que la sociedad mexicana no debe ignorar lo que sucede todos los días y por ello debe regular tal situación. Siendo un tema que a toda luz debe rechazarse, la propuesta a la que se llega en el presente trabajo se concentra en la prohibición de la maternidad subrogada y la nulidad absoluta de los contratos que la pudiesen prever.

La propuesta consiste en legislar el tema tratado, prohibiendo la maternidad subrogada a nivel federal en México. Se habla de un nivel Federal y no Estatal porque se trata principalmente de un asunto de salud general y para su regulación se requieren facultades que le corresponden al Congreso de la Unión, pues aunque la materia de salud es concurrente entre la Federación y las Entidades Federativas, se trata de un asunto de salud general, pues sus efectos tienen repercusión en todo el país. Por otro lado, siendo que México cuenta con una ordenación a nivel Federal que regula la procreación asistida, mediante la Ley General de Salud y sus reglamentos, se traduce en que por tratarse de una facultad concurrente, las Entidades Federativas carecerían de facultades para actuar de manera autónoma.

Por otra parte, la justificación del por qué la regulación sería a nivel federal y de orden público y no privado, es porque que la maternidad subrogada afecta a toda la sociedad y no únicamente a las partes.

Algunas de las principales afectaciones a la sociedad son las siguientes:

1. Aumenta el número de niños para adoptarse por los casos en que de último momento por alguna deficiencia que padezca el menor o por alguna otra razón, ninguna de las partes quiere al bebé y se entrega al Estado. Paralelamente disminuye el número de adopciones porque se toma como opción la maternidad subrogada sin considerar a estos niños en espera de ser adoptados.
2. Abre las puertas a nuevas regulaciones no éticas, afectando las buenas costumbres del lugar y el orden público.
3. Interesa al Estado pues éste debe procurar seguridad y la maternidad subrogada, por el contrario, promueve el comercio de personas. Aun cuando se legislara y se creara una ley donde se especificara la gratuidad del contrato, varios de los involucrados estarían lucrando. Lo anterior sin tomar en cuenta que habría quienes una vez permitida la maternidad subrogada pacten de manera discreta un pago a cambio y lo único que haría la legislación permisiva sería facilitarles el trabajo de hacerlo todo mucho más evidente además de hacerles pensar que no tiene nada de incorrecto pues si se permite es porque no daña al hombre, cuando en realidad no es así.
4. Denigra los valores de la sociedad.
5. Denigra el valor del ser humano al ver al embrión como un objeto, y de la mujer al verla como un medio y no un fin en sí misma.

La regulación prohibitiva que se propone debería formar parte de una legislación de orden público, ya que el interés en juego es el de la colectividad y no el de las partes que intervienen en el proceso, como en una de las siguientes teorías lo explica la autora Sara Montero Duhalt. Existen varias teorías acerca de la diferenciación de lo que es derecho

público y derecho privado. A continuación se muestran tres criterios que, a juicio de la autora Montero Duhalt, son los más usuales:

1. Teorías basadas en la tradicional distinción romana del interés en juego. La cual consiste en que si el interés en juego es de una colectividad entonces se habla de derecho público y si por el contrario se trata de cierto interés particular, entonces estaremos ante una rama del derecho privado.
2. En relación al contenido de la norma. Serán de derecho público las que van de acuerdo a funciones del Estado y en cambio, serán de derecho privado las que regulan relaciones entre particulares, dentro de las cuales el Estado no interviene ni forma parte de su estructura.
3. En cuanto a la situación de los sujetos que intervienen en dicha relación jurídica. Cuando interviene el Estado con carácter de soberano, se está hablando de derecho público y por otro lado cuando se habla de una relación de plena igualdad o en la que el Estado no interviene, será entonces derecho privado²⁶⁸.

Podrán existir quienes sean de la opinión de que los actos de comercio se refutan de ser privados, sin embargo la maternidad subrogada no es un acto de comercio, como ya se hubo visto en el Subcapítulo de la Problemática Jurídica, es inexistente en razón del objeto. Por lo tanto no encuadra dentro del Derecho Privado.

Siendo entonces la maternidad subrogada un tema que debe regularse como parte del Derecho Público, la propuesta que aquí se presenta es incluir un artículo prohibitivo de la misma en la Ley General de Salud. Sería en dicha Ley porque la maternidad subrogada involucra principalmente al desarrollo de la familia, su organización y planificación.

En el articulado que se propone deberá incluirse que en caso de que se incumpla con dicha prohibición y que además se haga de manera lucrativa se está cometiendo un delito tipificado y como consecuencia deberá de imponerse una pena. Es importante señalar que el artículo prohibitivo deberá de calificar como nulo aquel contrato que lo prevea, además

²⁶⁸ MONTERO DUHALT, Sara, *Op. Cit.*, p.25.

deberá de contemplar el supuesto del hecho consumado. Finalmente deberá otorgar al nacido toda la protección necesaria, protegiendo su derecho a la identidad y el interés superior del menor, pero al mismo tiempo, cuidando que ello no signifique convalidar tácitamente esta práctica.

De esta manera el Estado estaría protegido de todas las consecuencias negativas que actualmente se observan derivadas de la maternidad subrogada, además de que sería una previsión para desde ahora cerrar las puertas a ciertos avances científicos que lejos de acercar al hombre a su fin natural, lo alejan. Finalmente se estaría cumpliendo de manera coherente con su labor de Estado procurador del bien común de sus ciudadanos en una actitud paternalista.

CONCLUSIONES

La maternidad subrogada es un tema que por tratarse de la vida humana y su creación, no debe concluirse con comentarios o argumentos tibios, ya que ningún aspecto que implique la dignidad del hombre puede quedar al desamparo y la suerte de unas cuantas opiniones subjetivas o de quienes detentan el poder político, económico o legislativo en un determinado momento en México.

El actuar del hombre en los distintos ámbitos de su vida deberá ir siempre de acuerdo a su naturaleza, respetándola en todo momento. Un científico por ejemplo, desde esta perspectiva, deberá además de desarrollar descubrimientos que enaltezcan la calidad de vida, velar y tomar las precauciones necesarias para que los mismos no se conviertan en caminos que alejen al hombre de su fin último, o en herramientas de vulneración de lo más sagrado: la vida como objeto inseparable de la persona humana. Por su parte un legislador deberá crear o modificar el Derecho Positivo encaminándolo a que éste sea un Derecho que se distinga por respetar lo más importante en el mundo, el ser humano.

I. De los antecedentes

a) Las décadas pasadas se caracterizaron por los grandes avances que la ciencia, tecnología y medicina, han tenido en relación con las técnicas de reproducción humana. El hombre ya no se encuentra sujeto a la única opción que nos brinda la naturaleza para reproducirse. Sin embargo no puede afirmarse que en todos los casos ello signifique un adelanto benéfico para el ser humano.

b) Dentro de los avances científicos más importantes que se han visto en las últimas décadas se encuentran aquellos que gracias a los conocimientos en relación con el ácido desoxirribonucleico (ADN), el material genético que se encuentra en todo organismo vivo, se han venido desarrollando. Sin embargo al igual que la energía nuclear que llevó a invenciones tales como la bomba atómica al momento de crearse significaba un avance, pero después el poder desatado de esos

átomos dieron como resultado una serie de catástrofes como se vivieron en Hiroshima o Chernóbil, el conocimiento que tiene el hombre acerca de la genética, permite que el mismo lleve a cabo una serie de manipulaciones. El hombre no es capaz de controlar lo que puede depararle el futuro con los avances de hoy, tal y como sucedió con la bomba atómica.

c) Desde que el hombre es hombre hasta hace algunos años, era inimaginable no poder tener la certeza de que la mujer que paría a un bebé podría no ser su madre, como bien decían los romanos *madre sempre certa est*. Sin embargo hoy existe gente que afirma que a partir de casos de fecundación in vitro y maternidad subrogada, madre será aquella que paga o contrata o aquella que aporta el primer lazo que se da en el vientre de una madre y es innegable e imprescindible, es este el que da la condición de madre a una mujer. La realidad ontológica del hombre debe terminar imponiéndose siempre.

d) A través de una exposición de las etapas por las que ha transitado el fenómeno que nos ocupa, puede apreciarse que una vez que el hombre tiene un objetivo en la mira y da el primer paso, puede lograr en poco tiempo transformar la imagen que tenemos de la realidad. La realidad sigue siendo una, sin embargo cuando se colocan varios lentes es difícil reconocerla. El fin último del hombre fue, es y será siempre, ser feliz respetando continuamente al prójimo mediante el cumplimiento congruente de sus funciones y capacidades y perpetuamente siendo un fin en sí mismo y nunca un medio.

e) La historia es importante pues la misma va trazando un destino y es ese camino el que debe conocerse para saber hacia dónde se está yendo.

f) México es un país sin problemas significantes de fertilidad, por lo que se puede afirmar que no tiene una necesidad urgente de métodos para concebir y en caso de tenerlos o querer priorizar los casos de infertilidad en México debería pelearse por invertir en medicinas e investigación contra la infertilidad y no apostar

a faltas salidas. Sin embargo, lo que nos muestra la historia es que la maternidad subrogada siempre representará un impacto en la economía. La onerosidad de por medio entre una persona que quiere tener un hijo y paga por el mismo es claramente incorrecta. No existe una necesidad de recurrir a la maternidad subrogada y por otro lado sí existen antecedentes que nos dejan ver cómo ello podría representar un riesgo para la sociedad.

II. Marco Legislativo

- a) Al día de hoy, el marco jurídico en México carece de herramientas que respondan ante el fenómeno de la maternidad subrogada. Ello como consecuencia provoca inseguridad al no saber si es o no correcto jurídicamente hablando, ni las consecuencias jurídicas que ello conlleva.
- b) Un contrato de maternidad subrogada sería nulo en México por razón de su objeto imposible por encontrarse fuera del comercio y su contrariedad a la moral, al orden público y las buenas costumbres.
- c) El carácter oneroso será siempre una característica en la maternidad subrogada, independientemente de la falta de cobro adicional al pago de las medicinas y servicios médicos que la mujer contratada requiriera.

III. Del análisis de los tres principales aspectos problemáticos: Ética, Justicia y Derecho y la Sociedad.

- a) La falta de legalidad en un contrato de maternidad subrogada es evidente. Por un lado su objeto es ilícito, ya que las personas y los órganos se encuentran fuera del comercio. Por otro lado aún cuando el contrato no fuera de carácter oneroso, atenta contra el orden público y las buenas costumbres, pues va en contra de la dignidad humana.

- b) Son admisibles las técnicas que ayudan a curar o mejorar la fecundidad de una persona o pareja. El acto médico debe ser respetuoso de la dignidad de las personas y siempre debe procurar su bien, en el caso de la fecundidad, ya sea para facilitar su realización, o para que el acto normalmente realizado consiga su fin. Toda técnica que promueva ir en contra de la dignidad de la persona para conseguir un hijo es ilícita.
- c) La maternidad subrogada no se prevé como una figura jurídica actual del Derecho Positivo mexicano.
- d) Representa la posibilidad de facilitar para la realización de conductas delictivas como el tráfico de menores, simulación de embarazo o parto, alteración de la filiación, entre otros.
- e) Los derechos del menor deben ser respetados en todo momento. Comenzando por el derecho a la identidad²⁶⁹. Aun cuando exista derecho por parte del padre o madre biológica a resguardar su intimidad, el derecho del menor prevalece²⁷⁰. Consecuencia de que el niño conozca su origen genético traerá aparejado más situaciones problemáticas como por ejemplo la cuestión sobre si el menor podría reclamar algún tipo de derecho como consecuencia de la filiación al padre o madre donador de material genético.
- f) La maternidad subrogada no encuadra en las figuras jurídicas, que contempla nuestro CCF ni Estatal. Las que se vieron en el presente estudio fueron: arrendamiento, donación, prestación de servicios o adopción. Sin embargo tampoco podría encuadrarsele como un contrato atípico en razón de su objeto imposible.
- g) Jurídicamente hablando, el parentesco es la “relación jurídica general y permanente que se establece entre los miembros de una familia por virtud del matrimonio, del

²⁶⁹ Jurisprudencia (Civil), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro No. 172993, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, marzo 2007, p. 111

²⁷⁰ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F., *Filiación y Patria Potestad*. Ed. Gaceta Jurídica, Perú, 2003, p. 7.

concubinato, de la filiación y de la adopción, constituyendo el estado civil o familiar de las personas”²⁷¹. Aún cuando las consecuencias que existen entre el civil y el consanguíneo serán exactamente las mismas, derecho o deber de alimentos, sucesión legítima, tutela legítima, diversas prohibiciones²⁷². Los principales problemas de la maternidad subrogada no se limitan a definir a quién le obliga dar los alimentos, va mucho más allá, como por ejemplo quien merece la custodia del menor.

- h) La ética es una ciencia y por lo tanto no es opinable y aun cuando opera de manera razonada y con discernimiento ante cada caso goza de una fuerza objetiva. La ética estudia la obligación o deber que recae sobre el actuar humano, distinguiendo claramente la misma entre el deber ético, jurídico²⁷³ y moral²⁷⁴. La ética nos da la pauta para construir un marco legal bueno y al mismo tiempo crear una costumbre social de acuerdo al bien común.
- i) Las personas *son fines de sí mismos... no se puede usar meramente como medio*. Cuando una persona contrata a una mujer para que lleve a cabo la gestación de un bebé que será su hijo legalmente, proporcionando ésta sus órganos previamente elegidos, como si se tratase de la elección de las piezas de un auto, para mi deseo de tener un hijo, se está yendo en contra de la naturaleza humana que cada persona posee. Las personas no son instrumentos o medios con las que otras personas pueden negociar, alquilar, vender, o conseguir cierto fin²⁷⁵.
- j) La disociación de la maternidad y la contratación sobre el cuerpo humano, aun cuando esta contratación sea gratuita no es éticamente correcta.

²⁷¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO Báez, Rosalía, *Op. Cit.*, p. 19.

²⁷² MONTERO DUHALT, Sara, *Op. Cit.*, p.45.

²⁷³ El deber jurídico, se refiere a la obligación que nace de una ley escrita. Pudiendo ser ésta ética o no. El deber moral, se instala en una dimensión estrictamente personal e íntima con los individuos, lo que también quiere decir que no grava únicamente las acciones humanas, como el deber ético, sino que también las intenciones y propósitos, por ejemplo, desear la mujer de tu prójimo. Lo anterior se puede ver en: CASADO, María, *Op.Cit.*, p. 19.

²⁷⁴ *Ibidem.*, p. 17.

²⁷⁵ De acuerdo a lo que reza el artículo 327 de la Ley General de Salud, no se debe comerciar con órganos o células de personas. Artículo 327.- Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

- k) El hombre es un ser social por naturaleza, y por ende debe respetar a la misma sociedad. Al darle un trato de acuerdo a la dignidad humana que todo hombre posee, se estará respetando a sí mismo, a su naturaleza.
- l) El desechar embriones como si se tratara de basura representa un riesgo gravísimo tanto a nivel ético, como social o jurídico pues tal acto es una clara violación al derecho humano por excelencia, la vida. Aun cuando algunos aleguen el supuesto de que no se tiene certeza acerca del momento en que comienza la vida, ante tan delicada duda es definitivamente incorrecto correr cualquier riesgo. Una violación de derechos humanos es una conducta contraria a la justicia y por lo tanto dotada de antijuridicidad.
- m) Existen riesgos contra la salud física y psicológica de la madre que gesta al niño, así como también contra el menor.
- n) El reconocimiento de la dignidad de la persona humana y el respeto a la misma, está por encima de la importancia que tiene o pueda tener la investigación científica o cualquier contrato jurídico y como tal debe respetársele.

Varios problemas. Una propuesta, una solución.

- a) Después de analizar la situación en su conjunto, se logra aterrizar en una solución común, legislar de manera prohibitiva. Se propone crear un artículo y encuadrarlo en la Ley General de Salud. Independientemente de que al tratar la maternidad subrogada algunos opinen que se habla de un derecho público, privado, o social, lo que es innegable es que el derecho de salud y de familia son ramas que protegen y regulan la base por excelencia de toda sociedad, la familia y por ende la persona²⁷⁶.

²⁷⁶ Existen varias teorías acerca de la diferenciación de lo que es derecho público y derecho privado. A continuación muestro los tres criterios que, a juicio de la autora Sara Montero Duhalt, son los más usuales:

1. Teorías basadas en la tradicional distinción romana del interés en juego. La cual consiste en que si el interés en juego es de una colectividad entonces se habla de derecho público y si por el contrario se trata de cierto interés particular, entonces estaremos ante una rama del derecho privado.

- b) La legislación que se propone, irá enfocada específicamente a la prohibición de la maternidad subrogada en México.
- c) El ordenamiento jurídico no deberá reducir su cometido al mero rechazo de la maternidad subrogada, sino que además, habrá de tomar en cuenta la situación en un supuesto de que la misma ya se hubiere dado. En efecto, el nacido tendrá que ser emplazado en un status jurídico familiar y el legislador deberá cumplir con su trabajo pensado constantemente en el fin de no menoscabar el derecho a la identidad y el interés superior del menor, pero al mismo tiempo, evitando caer en la hipocresía de convalidar tácitamente esta práctica si la madre portadora renuncia al niño y este es otorgado en adopción al matrimonio contratante.

¿Cuales podrán ser las razones que motivan la maternidad subrogada?

- a. Resolver la esterilidad de las parejas, la maternidad subrogada representaría un fracaso para tales efectos, ya que la misma no sana la infertilidad ni es un tratamiento médico, lo único que hace es satisfacer el deseo de una pareja infértil.
- b. Satisfacer el deseo, contrario a la ética y por lo tanto contrario a la naturaleza del mismo hombre, de tener un hijo. Pero como ya se ha venido viendo en el presente trabajo los hijos no son un derecho de los padres, no es obligación del Estado preocuparse de que todo aquel que quiera un hijo pueda tener acceso a la «producción» de uno, por el contrario debe velar por la integridad de las personas para que a éstas no se les trate como un objeto o un derecho, sino como personas humanas.

2. En relación al contenido de la norma. Serán de derecho público las que van de acuerdo a funciones del Estado y en cambio, serán de derecho privado las que regulan relaciones entre particulares, dentro de las cuales el Estado no interviene ni forma parte de su estructura.

En cuanto a la situación de los sujetos que intervienen en dicha relación jurídica. Cuando interviene el Estado con carácter de soberano, estamos hablando de derecho público y por otro lado cuando se habla de una relación de plena igualdad o en la que el Estado no interviene, será entonces derecho privado. MONTERO DUHALT, Sara, *Op. Cit.* ,p.25.

Debe concluirse afirmando que la maternidad subrogada representa por un lado un riesgo a la sociedad, por otro lado un acto ilícito jurídicamente hablando en razón de que su objeto es imposible por que las personas y sus órganos se encuentran fuera del comercio y finalmente, una falta a la dignidad de la persona por nacer ya que va en contra del orden natural dado como lo son las relaciones sexuales y el presupuesto hereditario, entre otros, así como también es una falta a la dignidad de la mujer que gesta al niño al ser utilizada como un medio. Va en contra del derecho del bebé a tener su propia identidad (origen genético), su derecho a ser traído al mundo por su madre biológica y no ser separado de quien lo gestó. La cultura que promueve la maternidad subrogada es una cultura indulgente hacia todos y cada uno de los caprichos que el hombre pueda tener, por ello se debe controlar el objeto de la ciencia impidiendo que utilice vidas humanas como simples objetos de experimentación y fabricación, sin consideraciones que contemplen su estructura psico-emocional, espiritual y volitiva; terminando por tratar al bebé como un simple resultado de la ciencia o satisfacción de un deseo ajeno.

GLOSARIO

Amor: Sentimiento afectivo por el cual se tiende a poseer y gozar lo que es bueno. Esta definición de amor se completa con la siguiente: Es el sentimiento altruista que procura la felicidad de otra persona.

Blastómeros: Son células embrionarias que resultan de la segmentación en divisiones mitóticas repetidas del cigoto.

Buenas costumbres: No son las que se apegan a las normas científicas y técnicas necesariamente, sino las normas que forman la moral general y social de una colectividad humana en unos lugares y tiempo determinados.

Célula diploide: Son las células que contienen el doble de cromosomas como resultado de la interfase, es decir, poseen dos series de cromosomas.

Célula haploide: Son aquellas células que tienen la mitad de cromosomas que una célula diploide como resultado de la segunda parte de la meiosis ó conocida también como meiosis II.

Cigoto: Célula resultante de la unión de dos gametos (célula sexual masculina y célula sexual femenina) a partir de la cual se desarrolla el embrión de un ser vivo.

Corona radiada: Es una capa celular que tiene una matriz intercelular formada por proteínas y una alta concentración de carbohidratos, en especial ácido hialurónico. Cuando los espermatozoides se encuentran por primera vez con el óvulo en la ampolla de la trompa uterina, se enfrentan a la corona radiada y posiblemente a algunos restos del montículo ovárico (*cúmulus oophorus*), que representa la capa más externa del complejo ovular.

Crioconservación: Es el almacenamiento, en este caso de embriones, en cierta cantidad de nitrógeno a una temperatura de -196°C .

Deberes: Obligaciones que incumben a las personas en razón de su estado, condición social o imperativos de conciencia.

Derechos: Facultades de las cuales gozan las personas para hacer obtener alguna cosa, conforme a las normas morales o en virtud de las leyes positivas.

Embarazo: Es la gestación o proceso de crecimiento y desarrollo de un nuevo individuo en el seno materno. Abarca desde el momento de la concepción hasta el nacimiento pasando por la etapa de embrión y feto. En el ser humano la duración media es de 269 días (cerca de 10 meses lunares o 9 meses-calendario).

Esterilidad: Es la incapacidad total para concebir un hijo.

Ética: Pascal la define como el arte de vivir bien y ser dichoso. El objeto de la ética es la moralidad del acto humano, o sea la correspondencia de este último con una norma o regla ideal, emanada de la misma naturaleza del ser racional.

Fase Pre organogénesis: En el desarrollo embrionario se pueden distinguir las siguientes fases: la segmentación, la gastrulación y la organogénesis. Es el proceso por el que el cigoto sufre una serie de divisiones mitóticas. Las células que se forman por esas divisiones se denominan blastómeros y son todas de igual tamaño. El proceso tiene lugar durante la primera semana de vida. Por la gastrulación, la blástula se transforma en gástrula. En la fase de gástrula se distinguen dentro del embrión tres capas u *hojas embrionarias*: ectodermo, mesodermo y endodermo. Además se forman varios órganos que intervienen en la protección y nutrición del embrión, que son los *anejos embrionarios*: corion, saco vitelino, amnios, mesénquima extraembrionario y alantoides. La gastrulación tiene lugar durante la segunda y la tercera semana de vida. Durante la organogénesis se forman diversos órganos del cuerpo a partir de las tres hojas embrionarias (ectodermo, mesodermo y endodermo). Se produce un crecimiento del feto, una diferenciación de tejidos y la formación de los distintos órganos. En las primeras fases de la organogénesis, el amnios aumenta de tamaño: el individuo queda flotando en el líquido amniótico y sólo se comunica con la madre por el cordón umbilical.

Fecundación in Vitro: Técnica conocida desde tiempo atrás en Veterinaria. Se introdujo en Medicina para tratar la esterilidad debida a la obstrucción de las trompas de Falopio, por la que no pueden entrar en contacto el óvulo y los espermatozoides. La solución que se planteó fue esquivar el obstáculo (el conducto obstruido), tomando el óvulo directamente del ovario, a un lado de la obstrucción, fecundándolo artificialmente en el laboratorio, y depositando el embrión recién formado al otro lado. De este modo se podría proporcionar un hijo a las mujeres con obliteración tubárica. Posteriormente, las indicaciones de esta técnica se han extendido al tratamiento de esterilidades de causa desconocida...Se suele emplear el procedimiento siguiente: En primer lugar, tras una selección de las parejas que desean someterse a la técnica, y tras rechazar las que tienen muy pocas probabilidades de éxito, se procede a la estimulación hormonal de los ovarios de la mujer; ésta, en lugar de producir un óvulo maduro ese mes, produce varios. Normalmente, se obtienen entre 4 y 10 óvulos, que se extraen de la mujer por medio de una punción controlada por ecografía, siempre molesta y no absolutamente libre de peligros. A continuación, se consigue semen del marido, y se trata para que adquiera capacidad fecundante. Se fecundan después todos los óvulos obtenidos pues, mientras que éstos son difíciles de conservar, los embriones jóvenes se pueden congelar y conservar a muy baja temperatura. Luego, estos embriones se observan al microscopio; los que muestran un aspecto anormal (divisiones irregulares o inexistentes, blastómeros dañados, etc.) son destruidos. De los de mejor apariencia se toman tres, que se transfieren al útero de la mujer mediante una cánula especial, con la esperanza de que se implanten en la cavidad uterina y suceda así el deseado embarazo. Los demás (los llamados “embriones sobrantes”) se guardan congelados en espera de empleo ulterior. Se transfieren tres embriones porque las posibilidades de embarazo aumentan con el número de embriones transferidos. Sin embargo, no se transfieren más de tres para evitar los riesgos de un embarazo de alta gemelaridad, con el riesgo de un parto prematuro, y el peligro de que la técnica no consiga su objetivo: un hijo vivo para la pareja. Actualmente existe un consenso general de no transferir más de tres embriones²⁷⁷.

Gameto: Célula reproductora, masculina o femenina, cuyo núcleo solamente contiene un cromosoma de cada par, y que puede unirse a otro gameto de sexo opuesto, en la fecundación, pero no multiplicarse por sí sola. La unión de gametos da origen al cigoto.

Individuo: Hombre o mujer tomados como unidad de la especie humana.

²⁷⁷ PARDO, Antonio, publicado en la revista Mundo Cristiano, III-96. Información disponible en la página web de la Universidad de Navarra desde el día 25 de febrero de 2002, en: <<http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html>> [Consultado el día: 24 de agosto de 2011].

Infertilidad: Es la incapacidad de la pareja de lograr una gestación que lleve al nacimiento de un hijo. La infertilidad es un problema de pareja o persona y no es una enfermedad, sino consecuencia de una o varias enfermedades. Lo que más sorprende de la infertilidad es que en la mayoría de parejas aquejadas de infertilidad, todos los exámenes convencionales que les han practicado han resultado normales. Y que de 20 causas de infertilidad usualmente no se tratan más de una o dos, minimizando cualquier probabilidad de éxito, pues usualmente coexisten varias causas de infertilidad.

Inseminación Artificial: Proceso que consiste en depositar los espermatozoides en el aparato genital femenino sin que exista ninguna relación sexual. En este caso, para la realización de una inseminación artificial conyugal se utiliza semen de la pareja o del marido.

Inseminación Homóloga: “La que se practica utilizando semen de la pareja de la mujer inseminada cuando por razones físicas o de otra índole el varón está imposibilitado para depositar naturalmente sus células germinales en el tracto reproductivo de su mujer”²⁷⁸.

Inseminación Heteróloga: “La que se hace utilizando gametos de un extraño a la pareja, cuando los producidos por el marido o el concubino no son aptos para la fecundación, o bien siéndolo sean transmisores de enfermedades genéticas”²⁷⁹.

Ley Natural: Es la participación de la ley eterna en la naturaleza racional. Es para la naturaleza física, la ley física; para los animales, el instinto; y para el hombre, la ley moral²⁸⁰.

Madre biológica: la madre es el ser vivo que ha tenido descendencia, que ha parido a otro ser vivo luego de un tiempo apropiado de gestación que varía de acuerdo al tipo de ser vivo al que hagamos referencia.

Maternidad gestacional: Relación que se establece por la actividad referida a quien ha llevado a cabo la gestación.

²⁷⁸ HURTADO, OLIVER, Xavier, *Op. Cit.*, p. 17.

²⁷⁹ *Idem.*

²⁸⁰ FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 65

Meiosis: Es una forma de reproducción celular. Este tipo especial de división celular se da al momento de la fertilización cuando una célula diploide experimenta dos divisiones sucesivas, resultando de tales divisiones cuatro células haploides. Algunos les dan el nombre de meiosis I y meiosis II a tales divisiones.

Membranas Plasmáticas: Es la estructura que envuelve a una célula. Una de sus principales características es su permeabilidad selectiva, la cual permite seleccionar que moléculas pueden entrar o salir de la célula.

Moral: Según Foulquié es el sistema de reglas de conducta que debe seguir el hombre para vivir de acuerdo con su naturaleza²⁸¹.

Mórula: Nombre que recibe el cigoto cuando después de aproximadamente 80 horas postfecundación, ha logrado dividirse por medio de la meiosis, alcanzado 16 células.

Mujer gestante sustituta: Aquella mujer que porta el embrión durante todo el tiempo que dura la gestación, generando en ella sentimientos (emociones y afectos) hacia el ser que crece, se desarrolla en su vientre, y que luego nacerá. Marcial Rubio la denomina madre biológica.

Ovocito: Nombre que recibe una célula germinal femenina antes de llegar a su punto ideal de maduración y convertirse en un óvulo.

Parentesco: Biológicamente es la relación que se establece entre los sujetos que descienden unos de otros o de un tronco común²⁸². La palabra parentesco proviene del latín popular *parentatus*, de *parens*, pariente. Pariente es toda persona que forma parte de una relación jurídica entre más sujetos ligados por la consanguinidad, la afinidad o la adopción²⁸³.

Parto: Es el conjunto de fenómenos activos y pasivos que desencadenados al final de la gestación, que tienen por objeto la expulsión del producto mismo de la gestación, la placenta y sus anexos a través de la vía natural (o canal del parto en la mujer).

²⁸¹ VARGAS MONTOYA, Samuel, *Op. Cit.*, p. 23.

²⁸² MONTERO DUHALT, Sara, *Op. Cit.*, p.46.

²⁸³ *Idem.*

Patria potestad: Institución de asistencia y representación de los menores de edad ejercida por los progenitores o abuelos²⁸⁴.

Persona: Es la criatura racional, dotada de espíritu y, en consecuencia, inteligente y libre, dueña de sus actos, con capacidad de decisión y autodeterminarse²⁸⁵.

Pronúcleo: Es el núcleo de un gameto.

Sociedad: Agrupación natural de personas, de familias, de naciones o pueblos. Los hombres se asocian con frecuencia por medio de pactos con el fin de alcanzar conjuntamente algún fin.

Tutela: Institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores no sujetos a patria potestad.

Verdad: Es la conformidad de la razón con la realidad²⁸⁶.

²⁸⁴ MONTERO DUHALT, Sara, *Op. Cit.*, p.339.

²⁸⁵ FERNÁNDEZ, Aurelio, *Op. Cit.*, p. 147.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 173.

Anexo 1¹

Legislación en los Estados Unidos en relación con la maternidad subrogada en el año 2005

	Prohibición de contratos	Prohibición de contraprestación	Prohibición de contraprestación pero permite la maternidad subrogada	Nulifica contratos de maternidad subrogada donde se establezca una contraprestación	Nulifica los contratos de maternidad subrogada aún cuando no tengan contraprestación	Los padres contratantes son los padres legales	Los padres contratantes son los padres legales pero pueden cambiar de opinión	Madre subrogada y el esposo de la pareja contratante con padres legales	Regula la maternidad subrogada su contraprestación	Regula la maternidad subrogada con contraprestación
Arizona	x			x	x			x***		
Arkansas						x				
District of Columbia	x									
Florida *			x*	x*		x*				
Florida **			x**	x**			x**			
Illinois *						x*				
Indiana				x	x					
Kentucky		x		x						
Louisiana				x**						
Michigan		x		x	x					
Nebraska				x						
Nevada			x			x				
New Hampshire			x				x		x	
New York			x	x	x					
North Dakota				x	x			x		
Texas *						x*				
Utah		x		x	x			x***		
Virginia				x			x		x	
Washington				x						

*Leyes que aplican específicamente a maternidad subrogada donde la madre subrogada no aporta su material genético.

**Leyes que aplican a la maternidad subrogada donde la madre subrogada si aporta su material genético.

***Leyes declaradas inconstitucionales ante la corte.

¹ MERINO Faith, *Adoption and Surrogate Pregnancy*, Ed. Facts On File, Inc, E.U.A., 2010, p. 214.

Anexo II

Aspecto Técnico de la Maternidad Subrogada

Con la finalidad de comprender el funcionamiento técnico de la maternidad subrogada y a su vez el proceso natural por medio del cual se da vida a una persona, en el presente trabajo se dedica el presente anexo, para entender el “cómo” o aspecto técnico de ésta.

La maternidad subrogada, es importante considerar que la misma se conforma de un fenómeno biológico y científico y entonces resulta necesario considerar o en su caso conocer el aspecto técnico del mismo. Sería un tanto incompleto hablar de la problemática que representa el ámbito ético ó jurídico de la maternidad subrogada, sin siquiera tener una noción de lo que física y químicamente sucede en dicho proceso, ya que además de ello devienen algunas de las principales problemáticas.

En pocas palabras, la maternidad subrogada es la inseminación artificial dentro del vientre de una mujer contratada utilizando sus óvulos o los de otra mujer pudiendo ésta ser la madre que celebra el contrato y con el espermatozoide del padre que celebra el contrato ó el donador de espermatozoide²⁸⁷, pero ¿qué es la inseminación artificial?, ¿En qué consiste la fecundación?

La primera célula que da origen a la vida de cualquier persona resulta de la fecundación de dos células: espermatozoide y óvulo, mismas que al unirse forman un cigoto²⁸⁸. Cuando el cigoto se reproduce a través de la mitosis genera todos los órganos y tejidos de una persona. Esa primera célula de la que se habla cuenta con 23 pares de cromosomas, 22

²⁸⁷ MERINO, Faith, *Op. Cit.*, p. 17.

²⁸⁸ De acuerdo con el libro de los autores Gary P. Stewart, D. Min., William R. Cutrer, M.D., Timothy J. Demy, Th. D., Dónal P.P' Mathúna, Ph.D., Paige C. Cunningham, J.D., John F. Kilner, Ph. D., Linda K. Bevington, M.A., titulado “Preguntas básicas sobre Sexualidad y tecnología reproductiva”, de la editorial Portavoz; un cigoto es la célula formada por la unión de los gametos (espermatozoide y óvulo). La etapa cigótica es la primera fase del desarrollo humano desde la fertilización hasta la primera semana de gestación. Del cigoto provienen todas las células que conforman una persona y todas las estructuras de apoyo durante el embarazo (placenta, cordón umbilical, membranas amnióticas, etcétera).

pares son normales, pero el par número 23 es el par de cromosomas sexuales ó gameto²⁸⁹. La célula original se le conoce como célula diploide²⁹⁰.

Tanto el hombre como la mujer, se encuentran formados de células las cuales se reproducen constantemente a través de un proceso conocido como mitosis. Al igual que la mitosis donde las células somáticas, encargadas de formar los tejidos y órganos del cuerpo, se reproducen, existe un proceso conocido con el nombre de meiosis por medio del cual las células sexuales se reproducen.

La importancia de la meiosis²⁹¹ es que a partir de ésta el cuerpo del hombre produce espermatozoides y el de la mujer óvulos. La meiosis se divide en dos etapas, meiosis uno o primera etapa y meiosis dos o segunda etapa. Ambas etapas a su vez se dividen en las mismas fases que la mitosis: profase, metafase, anafase y telofase²⁹². En la primera etapa de la meiosis se separan los dos cromosomas homólogos. Los cromosomas son filamentos formados por ADN y proteínas, antes que dé inicio la división celular, el ADN se condensa y forma fibras cortas y gruesas que dan origen a los cromosomas²⁹³. Cada organismo tiene un número determinado de cromosomas, en el caso del hombre, lo normal es que tenga 46 cromosomas en cada una de sus células somáticas.

Volviendo a la primera etapa de la meiosis, al comienzo se hace una primera división donde de una célula madre o diploide²⁹⁴, se producen dos células hijas distintas genéticamente entre sí porque cada cromosoma lleva distinta información genética, uno

²⁸⁹ Un gameto es una célula distinta a las somáticas y diploides, es específico son aquellas células que dan origen a los espermatozoides y a los óvulos. Estas células están presentes en los órganos reproductivos. Los gametos no contienen 23 pares de cromosomas, sino únicamente 23 cromosomas, los cuales posteriormente se unen con los otros 23 cromosomas del otro gameto, ya sea del hombre o de la mujer para que estos, complementándose, formen los 46 cromosomas del cigoto. A los gametos se les conoce como células haploides y se les simboliza como "N" = 23 cromosomas, la explicación de ello se da en la siguiente nota al pie.

²⁹⁰ La diploidía se esquematiza como 2ⁿN", donde 2 es igual a doble y "N" es igual a los 23 cromosomas que contiene y al ser dos, se completan los 46 cromosomas que normalmente posee todo ser humano.

²⁹¹ Para mayor claridad, en otras palabras, meiosis es el proceso por el cual una célula diploide es capaz de generar gametos o células haploides. Ver figuras 2 y 3 para complementar la idea.

²⁹² ALBERTS, BRAY, HOPKIN, JOHNSON, LEWIS, RAFF, ROBERTS, WALTER, *Introducción a la Biología Celular*, Ed. Medica Panamericana, España, 2004, p. 640.

²⁹³ CAMPOS-BEDOLLA, SANMARTÍ, TORRES, MINGO, FERNÁNDEZ, BOIXADERAS, DE LA RUBIA, RODRÍGUEZ, PINTÓ, GULLÓN, *Biología*, Limusa Noriega Editores, México, 2003, p. 196. Para ver en imágenes de un cromosoma, consultar la figura 1 al final del presente anexo.

²⁹⁴ Una célula diploide es aquella que tiene una doble ploidía, ello se refiere al número de juegos de cromosomas de una célula biológica. Cada célula biológica se conforma de 23 pares de cromosomas, o sea que de cada cromosoma se tiene una copia, resultando 46 unidades. Por eso tiene una doble ploidía y cada uno de esos cromosomas fue heredado del padre o madre. De esos 23 pares de cromosomas 22 son clásicos o normales y un par de cromosomas es el cromosoma sexual, que son los cromosomas que definen el sexo de las personas.

lleva el cromosoma de origen materno y el otro paterno. Dicha división ocurre con cada uno de los 23 pares de cromosomas, o sea que cada célula hija va a tener 23 cromosomas. A estas células se les conoce como haploides. Igualmente cada una de las células haploides tiene el doble de información genética ya que los cromosomas normalmente tienen una sola cromátida²⁹⁵ pero al duplicarse terminan con dos.

La meiosis dos consiste en la segunda división que sufren las células haploides para formar dos nuevas células hijas, y cada una de las cromátidas se separa para dar como resultado cuatro células haploides con cantidad de ADN igual a «N», estas células al madurar crean los gametos, que su vez se convertirán en óvulos o espermatozoides.

Es a partir de la meiosis que el hombre y la mujer se encuentran ante la posibilidad de dar vida a un nuevo ser, a partir de la meiosis es posible la fecundación. La fecundación es “el proceso por el que se unen los gametos masculino y femenino para dar lugar al cigoto, de cuyo desarrollo procede el nuevo ser”²⁹⁶. Una célula sexual por sí misma nunca llegará a ser una persona, inevitablemente se requiere de la unión de dos células sexuales, una masculina y otra femenina. Sin embargo una vez unidas las mismas, si las condiciones son apropiadas, a partir de la concepción del cigoto nacerá una persona. Antes de continuar con el desarrollo de esta idea, a continuación se describirá de manera sucinta, en cuatro puntos, lo que es la fecundación²⁹⁷:

1. Se da el paso del espermatozoide a través de la corona radiada. La corona radiada es la última de las capas de un óvulo.
2. El esperma penetra la zona pelucida. En cuanto se penetra, ocurre una reacción zonal, porque ésta se vuelve impenetrable a otros espermatozoides. La zona pelucida es la siguiente capa después de la corona radiada.
3. En este punto del proceso, se da la finalización de la segunda división meiótica del ovocito y formación del pronúcleo femenino.

²⁹⁵ Los cromátidas, dicho de manera simple, son una parte o mitad de un cromosoma. Para mayor claridad ver la figura 4.

²⁹⁶ BOTELLA LLUSÍA, José, LANCHARES, Juan Luis, MORA Teruel, Francisco, *Las primeras dos semanas de la vida*, Ed. Universidad de Salamanca, España, 2000.

²⁹⁷ Para mayor claridad ver Figura 5 al final del presente Anexo II.

4. Se crea el pronúcleo masculino y cuando se fusionan se crea el cigoto.

Una vez que existe el cigoto, las células de éste continúan dividiéndose mientras que atraviesan la trompa de Falopio y entran al útero. Al cigoto en este punto se le llama embrión, y el mismo puede llegar al útero con 32 células o inclusive como bástula. En los humanos un embrión se implanta por lo general tres días después de que entró al útero. Para que un embrión se implante, con anterioridad una célula denominada trofoblástica, se debe haber desarrollado. Se llama concepción cuando el embrión se implanta en el endometrio lo cual no sucede siempre, el porcentaje de cigotos que se implantan de manera exitosa es de 33%²⁹⁸, lo que significa que de cada 3 embriones fecundados, uno sólo es concebido y de continuar con un desarrollo normal, nacerá una persona, por ello en ese momento ya es una persona, pues bajo circunstancias normales, nacerá igual que un feto de siete u ocho meses al cuál universalmente se le reconoce el carácter de ser humano.

Hasta este momento del proceso de reproducción, el hombre no es capaz de producir a través de la ciencia y la tecnología, un óvulo o un espermatozoide, sin embargo lo que sí ha logrado es llevar a cabo es la fertilización de los mismos en un laboratorio sin depender de los órganos de la madre.

Como bien se comentó y se mencionó tanto en los antecedentes históricos, como en el capítulo II donde se habla de la legislación actual, en el año de 1979 nació Louise Brown por medio de la técnica conocida como fecundación *in vitro*. La fecundación *in vitro* es precisamente la concepción de un ser humano fuera del vientre de la madre, todo ello entonces bajo el control de aparatos tecnológicos, ciencia y medicina²⁹⁹. Fue ese caso donde por primera vez en la historia se puede afirmar que la sexualidad y la fecundación pueden³⁰⁰ separarse. Las investigaciones y los experimentos que dieron como resultado la

²⁹⁸ WILCOX, Alen J., M.D., PH.D., R., Clarice, Weinberg, PH.D., BAIRD, Ana Donna D., PH. D. *New England Journal of Medicine*, "Timing of Sexual Intercourse in Relation to Ovulation — Effects on the Probability of Conception, Survival of the Pregnancy, and Sex of the Baby", publicado por Massachusetts Medical Society, Volumen 333, Número 23, 7 de diciembre de 2003.

²⁹⁹ EDWARDS, R., En la revista del programa de televisión "Muy personal", realizado por Pilar Trenas, Madrid, 14 de diciembre de 1986.

³⁰⁰ Aquí se habla de la posibilidad de separar el acto sexual de la fecundación, física, fáctica, objetiva, o como se le quiera calificar. Sin embargo ello de ninguna manera significa que sea posible dentro de los límites que marca una conciencia recta, la ética o la ley natural. Ello sin tomar en cuenta la gravísima posibilidad de experimentación y destrucción de embriones humanos y el desarrollo de una ingeniería genética humana.

técnica de fecundación *in vitro*, en un comienzo fueron respuesta al problema de la esterilidad tubárica que resulta ser la principal causa de esterilidad en las mujeres. Sin embargo una vez creada esta técnica, la cual era considerada como un método para superar problemas de esterilidad³⁰¹ o prevenir enfermedades de origen genético-hereditario, hoy en día se ve también como un método alternativo de reproducción³⁰².

Para la fecundación *in vitro*, primero se estimula a la mujer para tener varios ovocitos maduros y aumentar las posibilidades de fecundación. Después el médico recupera algunos con una pipeta de aspiración y los que están maduros y sanos son transferidos a un recipiente estéril. Después de haber recogido una muestra de semen dos horas antes de los ovocitos de la mujer, éstos son procesados para seleccionar a los más sanos y activos y luego colocarse juntos en una placa de petri³⁰³ para la fecundación, luego de que haya comenzado a suceder la meiosis estudiada en párrafos anteriores, se transfieren al útero de la mujer donde éste se implanta³⁰⁴.

La maternidad subrogada es la fecundación *in vitro* con la característica de que la mujer a quien se le implanta no criará al bebé. Técnicamente ésta puede darse de dos maneras:

- a) Completa: Se fecunda artificialmente, *in vitro*, el semen y el óvulo, posteriormente el embrión se coloca en el útero de otra mujer que será la madre subrogada.
- b) Parcial: Se fecunda artificialmente, *in vitro*, el semen y el óvulo, posteriormente el embrión se coloca en el útero de esa misma mujer resultando entonces la madre subrogada genéticamente relacionado con el bebé.

³⁰¹ Aun cuando técnicamente no resuelve un problema de esterilidad, como ya se ha repetido en varias ocasiones, podría decirse que es una alternativa para sobrellevar el problema, porque de fondo no extermina el problema.

³⁰² GOMEZ DE LA TORRE, VARGAS, Maricruz, *La Fecundación in vitro y la Filiación*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993, p. 26.

³⁰³ Para mayor claridad de una placa de petri, ver Figura 6 al final del presente anexo.

³⁰⁴ GILBERT, Scott F., *Biología del desarrollo*, Ed. Médica Panamericana, Argentina, 2005, p. 730. Ver Figura 7 al final del presente anexo.

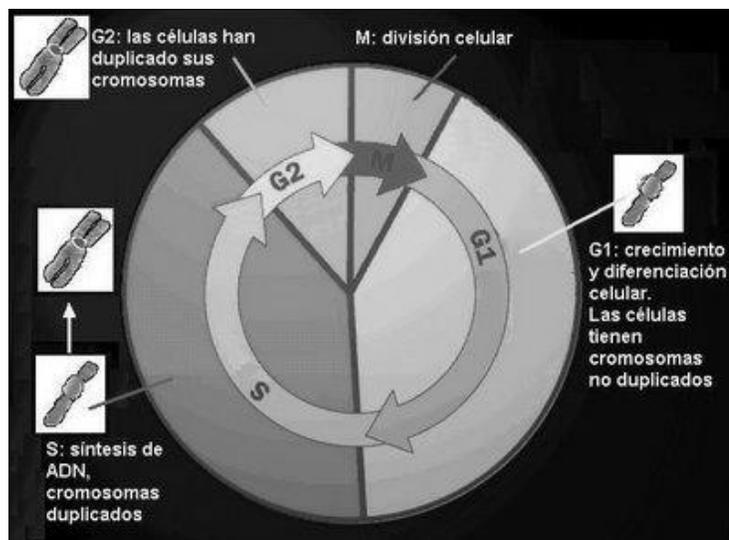
Las razones por las que se da la maternidad subrogada, según la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas³⁰⁵, pueden ser los siguientes casos:

1. Cuando la mujer de la pareja carece de ovarios y útero.
2. Cuando la mujer de la pareja es estéril, por anomalías del útero pero tiene ovarios normales.
3. Cuando la pareja es estéril por anomalías o cargas genéticas.
4. Cuando la mujer ha muerto y antes de morir ha dejado un embrión congelado, producto de una fecundación *in vitro* de un óvulo de ella y espermatozoides de su pareja.
5. Cuando una pareja de hombres homosexuales o un hombre solo insemina artificialmente a una madre subrogada con espermatozoides de un hombre de la pareja o del hombre solo.

Otra causa que no menciona la autora pero que también existe es cuando la mujer no quiere padecer el embarazo y recurre a una madre subrogada para que ella lo lleve a cabo³⁰⁶.

Figuras ilustrativas

Figura 1. Los cromosomas se duplican antes de la mitosis.



³⁰⁵ GOMEZ DE LA TORRE, *Op. Cit.*, p. 198.

³⁰⁶ LA CRUZ BERDEJO, J.L., *Hijos artificiales y madres de alquiler*, Diario ABC, Madrid, 6 de mayo de 1987, p. 32.

Figura 2, 3 y 3.1 Proceso de meiosis o de formación de gametos.

Figura 2.

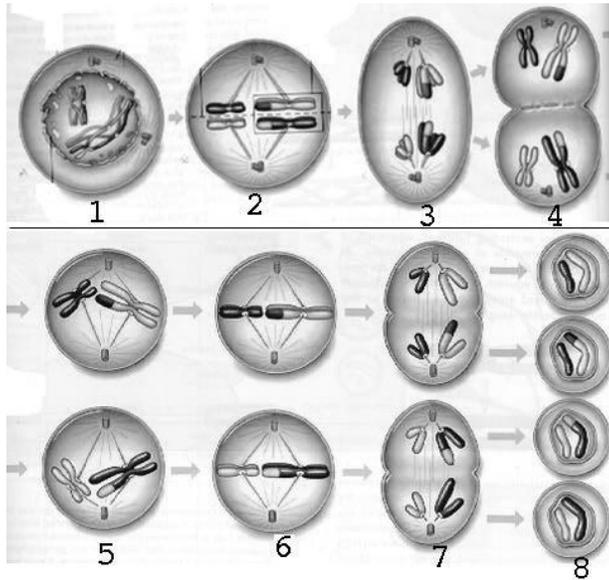


Figura 3.

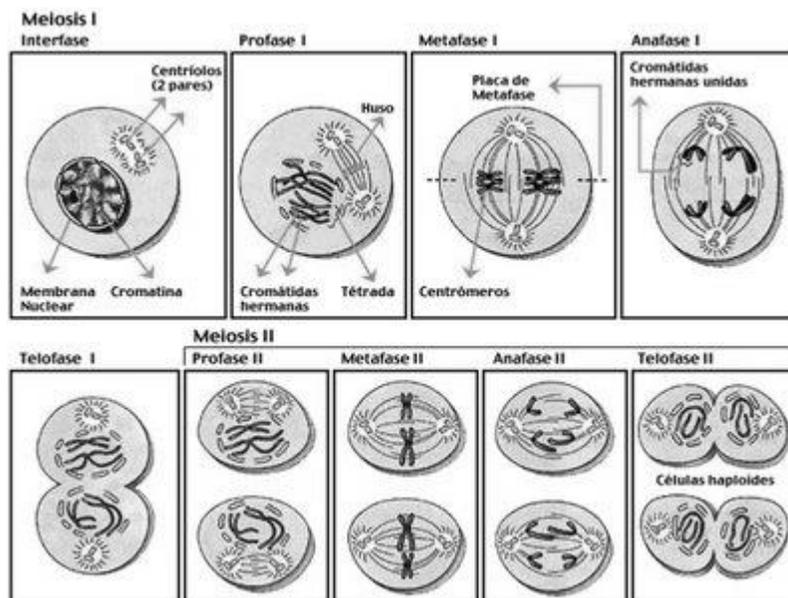


Figura 3.1.

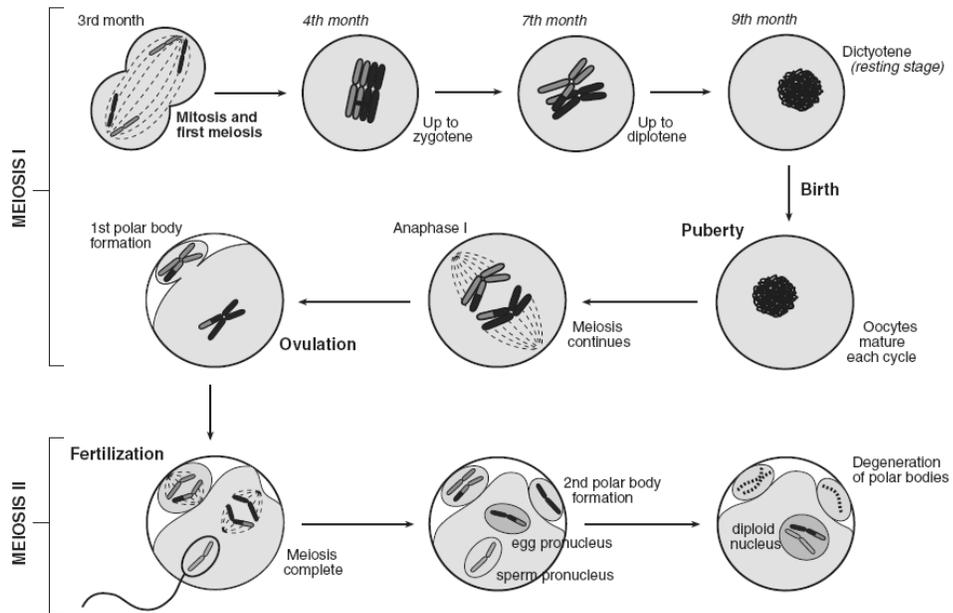


Figura 4. Cromosoma, donde: 1) Cromátidas, 2) Centrómero, 3) Brazo corto, 4) Brazo largo.

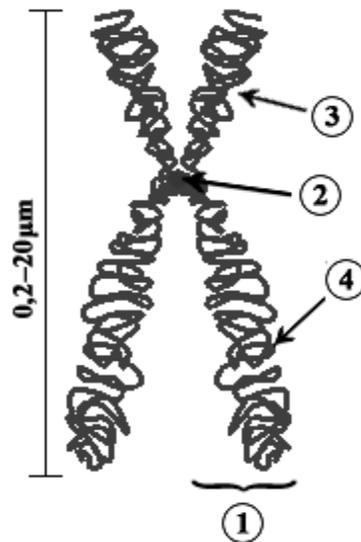


Figura 5. Etapas de la fecundación.

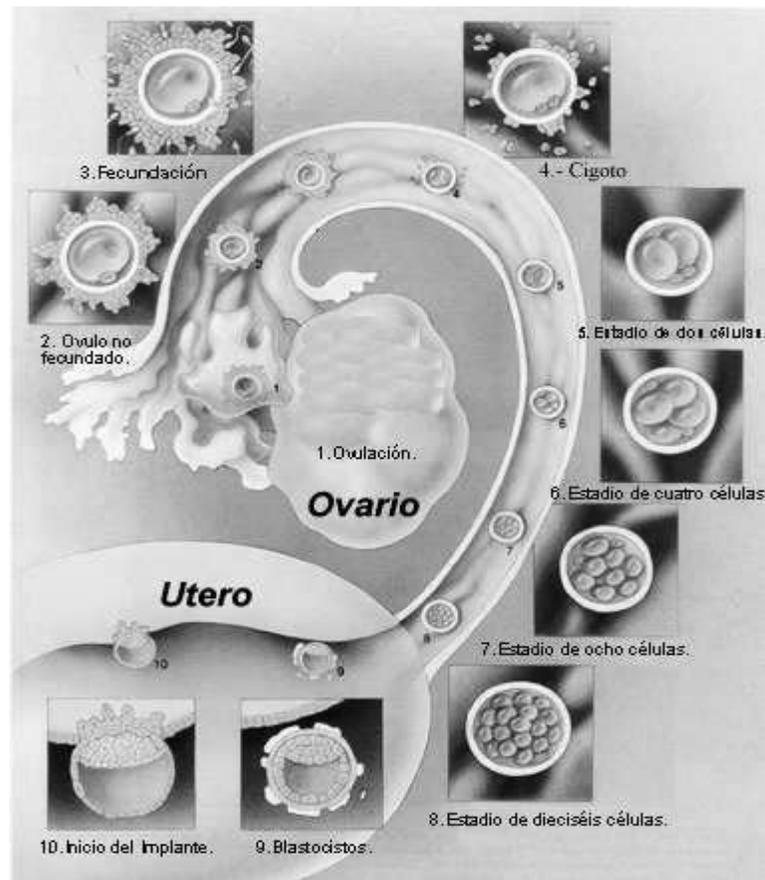
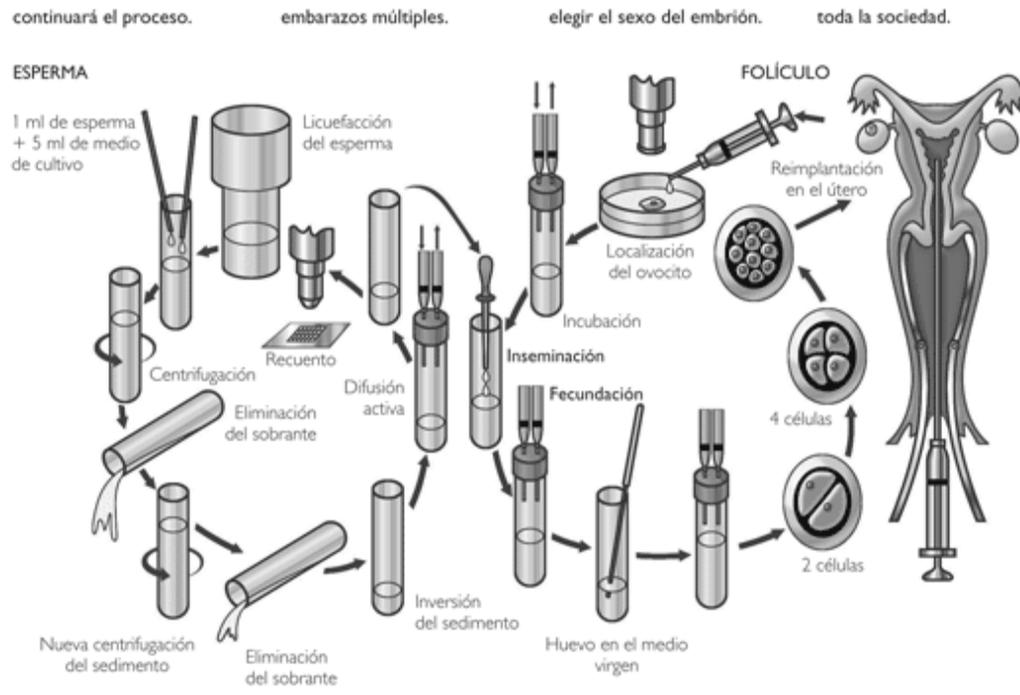


Figura 6. Placa de petri con espermatozoides y óvulos.



Figura 7. Fecundación *in vitro*.



BIBLIOGRAFÍA

AIRD John S., *Slaughter of the Innocents: Coercive Birth Control in China (La matanza de los inocentes: Control de natalidad coercitivo en China)*. Washington, D.C.: American Enterprise Institute, 1990.

ALBERTS, BRAY, HOPKIN, JOHNSON, LEWIS, RAFF, ROBERTS, WALTER, *Introducción a la Biología Celular*, Ed. Medica Panamericana, España, 2004.

ALZATE RÍOS, Luis Carlos, *Temas de Derecho Procesal Administrativo Contemporáneo*, Ed. Universidad La Gran Colombia, Colombia, 2011.

ARISTÓTELES, Traductor Gallach Palés, Francisco, *Ética a Nicómaco*, Ed. L. Rubio, España.

BAQUEIRO ROJAS Edgar y BUENROSTRO BÁEZ Rosalía, *Derecho de familia*, Ed. Oxford, México, 2005.

BASSO O.P., Domingo M, *Nacer y Morir con Dignidad*, Ed. Depalma, Argentina, 1993.

BOTELLA LLUSÍA, José, LANCHARES, Juan Luis, MORA Teruel, Francisco, *Las primeras dos semanas de la vida*, Ed. Universidad de Salamanca, España, 2000.

CAMPOS-BEDOLLA, SANMARTÍ, TORRES, MINGO, FERNÁNDEZ, BOIXADERAS, DE LA RUBIA, RODRÍGUEZ, PINTÓ, GULLÓN, *Biología*, Ed. Limusa Noriega Editores, México, 2003.

CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ed. Porrúa, México, 2007, p. 1-25.

CASADO, María, *Bioética derecho y sociedad*, Ed. Trotta, México, 1998.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; *Derecho Familiar Peruano*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima-Perú.

COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Teoría Constitucional*, Ed. El Pliego, México, 2002.

CRUZ BARNEY, Oscar, *Historia del Derecho en México*, Ed. Oxford, México, 2008.

D'AGOSTINO, Francesco, *Bioética. Estudios de filosofía del Derecho*, Ed. Internacionales Universitarias Madrid, España, 2003.

DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2005.

DE KONINCK, Thomas, *De la dignité humaine*, traducción de VENEGAS GRAU, María, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2007.

DESCARTES, René, *Discurso del Método*, Ed. Colihue Clásica, Argentina, 2009.

DOLTO Françoise, *Lo Femenino, artículos y conferencias*, Ed. Gallimard, España, 2000.

EDWARDS, R., En la revista del programa de televisión “Muy personal”, realizado por Pilar Trenas, Madrid, 14 de diciembre de 1986.

ELIAS AZAR, Edgar. *Frases y Expresiones Latinas*. 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 2002.

ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Ed. Imprenta de Eduardo Cuesta, España, 1874.

FEDERICO, Gabriel, *El Embarazo Musical*, Ed. Kier S.A., Buenos Aires, Argentina, 2005.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Dignidad humana y Ciudadanía Cosmopolita*, Ed. Dykinson, España, 2007.

FERNÁNDEZ, Aurelio, *Introducción a la ética*, Ed. Dossat, S.A., España, 1986.

GARCÍA ALONSO, Luz, *Ética o Filosofía Moral*, Ed. Trillas, México, 2006.

GARCÍA RUBIO, Mari Paz. *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español* Rev. Tapia, año VII, N 36. Octubre 1987.

GILBERT, Scott F., *Biología del desarrollo*, Ed. Médica Panamericana, Argentina, 2005.

GODDARD, Jorge, *Derecho Privado, Memorias del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

GÓMEZ DE LA TORRE, VARGAS, Maricruz, *La Fecundación in vitro y la Filiación*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993.

GRACIA, Diego, *Fundamentos de Bioética*, Ed. EUDEMA, España, 1989.

GREER, Germaine, *La mujer completa*, Ed. Kairós, España, 2001.

GUARDINI, Romano, *Ética*, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, España, 1999.

HERRANZ, Gonzalo, *Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica*, Pamplona, Ed. Eunsa, 1992.

HIDALGO ORDÁS, María Cristina, *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente*, Ed. Bosch, España, 2002.

HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida ¿Y a la muerte?*, Ed. Porrúa, México, 1999.

HUXLEY, Aldous, *Un mundo feliz*, Ed. Leyenda, México, 2008.

JUAN PABLO II, *Instrucción "Donum Vitae" sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, apartado II.

JUAN PABLO II, *Encíclica Veritatis Splendor*, n. 79.

KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, traductor Pedro Ribas, Ed. Alfaguara, Madrid, 1993.

KINDREGAN JR, Charles P., MC BRIEN, Maureen, *Assisted Reproductive Technology*, Ed. Section of Family Law, Estados Unidos de America, 2006.

KUTHY PORTER José, y otros, *Introducción a la Bioética*, Ed. Méndez Editores, México, 2005.

L. MOORE, Keith, *Embriología Clínica*, Ed. Elsevier Saunders, España, 2008.

LA ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua Castellana*, Ed. Imprenta Nacional, España 1837.

LA CRUZ BERDEJO, J.L., *Hijos artificiales y madres de alquiler*, Diario ABC, Madrid, 6 de mayo de 1987.

La Sagrada Biblia.- Génesis 21-8-14.

LEJEUNE, Jérôme, en su artículo titulado *En las fronteras de la genética*, aparecido en la revista *Dolentium Hominum*, en su N° 25, año 1994. El Dr. Jerome Lejeune es considerado padre de la genética moderna.

LLEDÓ, Yagüe, *Breve discurso sobre bioética y derecho, La revolución biogenética versus sistema familia*", Estudios de Deusto, Universidad de Deusto, vol. 34, núm. 2.

LÓPEZ FAUGIER, Irene. *La prueba científica de la Filiación*, Ed. Porrúa, México, 2005.

LOYARTE, Dolores y ROTONADA E., Adriana, *Procreación humana artificial: Un desafío bioético*, Ed. Depalma Buenos Aires, Argentina, 1995.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. Massigoge Benegiu, J.M. *La Maternidad portadora, subrogada o por encargo en el Derecho Español*, Ed. Dykinson, Madrid. 1994.

McCARTY, Wendy Anne, *La conciencia del bebé antes de nacer*, Ed. Pax México, México, 2008.

MERCHANTE, Fermín Raúl, *La adopción*, Ed. Depalma, Argentina 1993.

MERINO, Faith, *Adoption and Surrogate Pregnancy*, Ed. Facts On File, Inc, E.U.A., 2010.

MESINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., *Bioderecho*, Facultad de Derecho, Ed. Universidad Nacional del Mar del Plata y Abeledo –Perrot, Buenos Aires Argentina, 1998.

MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, México, 1992.

MOORE, Keith L., *Embriología Clínica*, Ed. Elsevier Saunders, España, 2008.

MORO ALMARAZ, María de Jesús, *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro*.- Colección, Ed. Librería Bosch, España, 1988.

MORTIMER J, Adler, *The difference of Man and the Difference it Makes*, Ed. New York, Holt, Rinehart & Winston, E.U.A., 1967.

MOSHER Steven W., *A Mother's Ordeal (El calvario de una madre)*. *Reader's Digest*, Estados Unidos, febrero de 1987.

NANCY, Jean Luc, *L'expérience de la liberté*, Ed. Galilée, Paris, 1988.

NIJHUIS, Jan G., *Fetal Development*, Ed. Lawrence Erlbaum Associates, Inc., Estados Unidos de América, 1995.

NULAND, Sherwin B., *Doctors. The Biography of Medicine*, Ed. Knopf, Estados Unidos de América, 1988.

OGARRIO SAUCEDO, Guillermo A, *Derecho Familiar*, Ed. Grupo Ágata, México, 2004.

PAGE, Edgar, *Applied Philosophy. Morals and Methaphysics in Contemporary Debate*, editado por Brenda Almond y Donald Hill London/New York: Routledge, 1991.

PANTALEÓN, Fernando, *Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, Revista de Jueces para la Democracia, España, 1988.

PERINAT, Adolfo, *Psicología del desarrollo. Un enfoque sistémico*, Ed. UOC, España, 2007.

PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F., *Filiación y Patria Potestad*. Ed. Gaceta Jurídica, Perú, 2003.

POLAINO LORENTE A., *Manual de Bioética General*, Ed. RIALP, Madrid, 2000.

PRATS Jaime, *Las células madre obtenidas de embriones humanos no se pueden patentar en Europa*, Diario El País, España, 18 de octubre de 2011.

RABINOVICH BERKMAN, Ricardo. *Ventre se Alquila*. Diario La Prensa, fecha de publicación 10 de junio de 1992.

RAÚL MERCHANTTE, Fermín, *La adopción*, Ed. Depalma, Argentina 1993.

ROBLES FARÍAS, Diego, *Teoría general de las obligaciones*, Ed. Oxford University Press, México 2011.

RODRÍGUEZ ARAGONÉZ, Socorro, *Salud mental del niño de 0 a 12 años*, Ed. Universidad Estatal a distancia, Costa Rica, 2002.

RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel, *Ética*, Ed. Universidad de Navarra, S.A., España, 1991.

ROJINA VILLEGAS Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1998.

SADLER, T.W. *Langman's Medical Embryology*, Ed. Williams & Wilkins, Estados Unidos de América, 1995.

SAMBRIZZI, Eduardo. *La Procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Ed. Abeledo Perrot, Argentina, 2001.

SAN AGUSTÍN, *De vera religione*, c. 39, n. 72.

SANABRIA, Jose Rubén, *Manual de Doctrina Social Cristiana*, Ed. Instituto Mexicano de la Doctrina Social Cristiana, México, 1991.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Ed. Porrúa, México, 1999.

SEPÚLVEDA SANDOVAL, Carlos, *Contratos Civiles*, Ed. Lazcano Garza, México, 2004.

SEYMOUR, Susan C, *Woman, Family and Childcare in India: A World in Transition*, Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SHEA, J. Michael, *Biodynamic. Craniosacral Therapy*, Ed. North Atlantic Books, Estados Unidos de América, 2010.

SIEGAL Michael y PETERSON Candida, *Children's Understanding of Biology and Health*, Ed. Cambridge, USA, 2005.

SMITH, George II. *Australian frozen orphan embryos: a medical, legal, and ethical dilemma*, Journal of Family Law, vol. 24, 1985-1996.

SOSNOWSKI J. Richard, M.D., "*The Pursuit of Excellence: Have We Apprehended and Comprehended It?*," American Journal of Obstetrics and Gynecology, 15 de septiembre de 1984.

SOTO ÁLVAREZ, Clemente, *Prontuario de introducción al estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil*, Ed. Limusa, México, 2005.

SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos, Volumen III*, Ed. Depalma, Argentina 1993.

VARGAS MONTOYA, Samuel, *Ética o filosofía moral*, Ed. Porrúa, México, 1990.

VERNY, Thomas y KELLY, Thomas, *La vida secreta del niño antes de nacer*, Ed. Urano, Argentina, 2007.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

VITOLLO, Daniel R., *Contratos Comerciales*, Ed. Ad- hoc, Argentina, 1994.

WILCOX, Alen J., M.D., PH.D., R., Clarice, Weinberg, PH.D., BAIRD, Ana Donna D., PH. D. *New England Journal of Medicine*, "Timing of Sexual Intercourse in Relation to Ovulation", publicado por Massachusetts Medical Society, Vol. 333. 7 de diciembre de 2003.

Fuentes consultadas en internet

AW CHENG, Wei, *The Chinese wombs for hire*, The Jakarta post, 13 de mayo de 2012. <<http://www.thejakartapost.com/news/2012/05/13/chinese-wombs-hire.html>>

BARBERO Igor G, *Cayetana, una bebé hija de españoles, pero apátrida en la India*, del periódico Heraldo, 30 de junio de 2012, <<http://www.heraldo.es/noticias/sociedad/2012/06/30/cayetana-una-bebe-hija-espanoles-pero-apatrida-india-193867-310.html>>

Bioética en la Red, *Alemania Ley de protección del embrión, n. 745/90 del 13/12/90*: <http://www.bioeticaweb.com/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=1014>

CBC News, 3 de enero de 2007. <<http://www.cbc.ca/news/canada/toronto/story/2007/01/03/twomom-court.html>>

Centro de Humanidades Biomédicas de la Universidad de Navarra, 25 de febrero de 2002.
<<http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html>>

Central Intelligence Agency, <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/docs/notesanddefs.html#2127>>

CIMAC noticias, 6 de octubre de 2008, <<http://www.cimacnoticias.com.mx/site/08100605-Por-aumento-de-abor.35107.0.html>>

CRÓNICA, suplemento del periódico español El Mundo, 15 de diciembre de 2002,
<<http://www.elmundo.es/cronica/2002/274/1040028232.html>>

Departamento de Salud y Servicios Humanos, Centro de Control y Prevención de enfermedades, de Estados Unidos de América. Disponible en internet:
<http://www.cdc.gov/nchs/nsfg/abc_list_i.htm#infertility>

El País, <http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Louise/Brown/primer/nina/probeta/da/luz/nino/concebido/forma/natural/elpepusoc/20070116elpepusoc_3/Tes>

Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Participants, Indian Council of Medical Research, 2006 <http://icmr.nic.in/ethical_guidelines.pdf>

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Disponible en internet en:
<<http://www.biotech.bioetica.org/ap48.htm>>

FATÁS, Prof. Dr. Guillermo., Departamento de Ciencias de la antigüedad de la Universidad de Zaragoza.- <<http://www.unizar.es/hant/POA/hammtemas.pdf>>

Forum Libertas, Diario Digital, *El Tribunal de la Unión Europea se pronuncia sobre los embriones: una sentencia que lo cambia todo*, 19 de octubre de 2011,
<http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=21122&id_sccion=4>

Indian Council Medical Research <http://icmr.nic.in/About_Us/About_ICMR.html>

INEGI, disponible en internet con última fecha de actualización el 3 de julio de 2012.
<<http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/Default.aspx?t=mdemo121&s=est&c=17546>>

Iniciativa con Proyecto de Decreto por que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, <<http://www.aldf.gob.mx/1er-periodo-ordinario-204-2.html>>

LA RAZÓN, Jiménez Robles, Karina, 15 de agosto de 2011.
<<http://www.razon.com.mx/spip.php?article88188>>

LUNDSTORM, Meg, *What to expect during IVF*, <<http://www.webmd.com/infertility-and-reproduction/features/what-to-expect-during-ivf>>

MAIL ONLINE, 4 de octubre de 2010. <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-1317401/Britains-prolific-surrogate-mother-gives-birth-eighth-child-19-years.html>>

Naciones Unidas, <<http://www.un.org/esa/population/publications/contraceptive2011/contraceptive2011.htm>>

Noticias BBC, <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/1916462.stm>>

PARDO, Antonio, publicado en la revista Mundo Cristiano, III-96. Información disponible en la página web de la Universidad de Navarra, 25 de febrero de 2002, <<http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html>>

Pravda. RU, 20 de enero de 2011, <http://english.pravda.ru/society/family/20-01-2011/116585-surrogate_motherhood-0/>

Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, MONTOYA RIVERO, Víctor Manuel, <http://www.iidpc.org/revistas/11/pdf/263_278.pdf>

SINGH Lea, *A creation myth for the 21st century*, Mercator Net, 9 de enero de 2009, <http://www.mercatornet.com/articles/view/a_creation_myth_for_the_21st_century/>

Sistema de Información Legislativa, <<http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=55>>

SUDHA RAMACHANDRAN. *India's New Outsourcing Business: Wombs*. Asia Times Online, junio 2006, <http://www.atimes.com/atimes/south_asia/hf16df03.html>

Surrogacy Arrangements Act 1985 <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>>

The Lancet, 16 de octubre de 2010, <[http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(10\)61903-4/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(10)61903-4/fulltext)>

The New York Times, 17 de febrero de 1987. <<http://www.nytimes.com/1987/02/17/nyregion/baby-m-case-etches-a-study-in-contrasts.html?src=pm>>

THURSTON, Anne F., *In a Chinese Orphanage*, de la revista Atlantic Monthly, abril 1996, <<http://www.theatlantic.com/issues/96apr/orphan/orphan.htm>>

TORRES VALLE María Iris, *Reglamentación de la maternidad subrogada ¿Solución a una realidad social?*, mayo de 2010, <http://www.legis.com.mx/BancoConocimiento/A/articulos_de_opinion_-_reglamentacion_de_la_maternidad_subrogada_-_solucion_a_una_realidad_social/articulos_de_opinion_-_reglamentacion_de_la_maternidad_subrogada_-_solucion_a_una_realidad_social.asp>

Universidad de Navarra, 25 de febrero de 2002, <<http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html>>

U.S. Department of Health & Human Services, <http://www.childwelfare.gov/pubs/s_adopted/s_adoptedf.cfm#astertwo>

VDA Fertility Consulting S.L.U., 19 de agosto de 2009. <<http://www.vientredealquiler.com/index.php/madres-de-alquiler-iel-fin-justifica-los-medios>>

Legislación

Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, última reforma publicada en el Periódico Oficial el día 25 de junio de 2012.

Código de Moral Internacional, Ed. Difusión, Chile, 1942, p.1.

Código Penal del Estado Libre y Soberano de Jalisco, Periódico Oficial del Estado de Jalisco, publicado el 25 de febrero de 1995.

Convención de los derechos del niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Convención sobre los derechos del niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Corte de Casación Francesa, 1991. *Cour de Cassation Ass. Plen 31 mai 1991*, JCP 1991-II-21752.

España, Ley 24/2006. Boletín Oficial del Estado núm. 126, de 27-05-2006, pp. 19947-19956.

Jurisprudencia (Civil), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro No. 172993, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, marzo 2007, p. 111.

Jurisprudencia (Civil), Registro No. 162562, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, marzo 2011, p. 2188.

La Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, última reforma publicada en el Periódico Oficial el día 14 de junio de 2012.

Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000.

Ley para la Protección de Los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

Tesis Aislada (Civil), Registro No. 172050, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. CXLII, 2007, p. 260

Tesis Aislada (Común), Registro No. 340485, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, t. CXXII, octubre 1954, p. 581.

Tesis Aislada (Constitucional), Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro No. 172650, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, abril 2007, p. 6.

Tesis Aislada (Penal), Registro No. 310389, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, t. LVI, abril 1938, p. 133.

Tribunal Constitucional Español, Jurisprudencia Constitucional, publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 18 de mayo de 1985.