

UNIVERSIDAD DE SONORA

DIVISION DE CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO



EL SABER DE MIS HIJOS
HARÁ MI GRANDEZA

"NECESIDAD DE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO DE SONORA"

T E S I S

GREYS STEPHANIE ARCE CORRALES

HERMOSILLO, SONORA, JUNIO DE 2012

Universidad de Sonora

Repositorio Institucional UNISON



**"El saber de mis hijos
hará mi grandeza"**



Excepto si se señala otra cosa, la licencia del ítem se describe como openAccess

**"NECESIDAD DE REGULAR LA
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO
DE SONORA"**

GREYS STEPHANIE ARCE CORRALES

**DIRECTOR DE TESIS: LIC. FERNANDO ALBERTO FREGOSO
OTERO**

**COMISION REVISORA:
SUPLENTE: LIC. ROSA CERVANTES PEREZ**

SECRETARIA: LIC. MARIA TERESA IBARRA CORONADO

VOCAL: LIC: RAFAEL REYNOSO OTHON

HERMOSILLO, SONORA, JUNIO DE 2012

**"NECESIDAD DE REGULAR LA
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO
DE SONORA"**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE PROFESION DE LICENCIADO
EN DERECHO**

P R E S E N T A

GREYS STEPHANIE ARCE CORRALES

HERMOSILLO, SONORA, JUNIO DE 2012

INDICE

PÁGINA

INTRODUCCION	1
CAPITULO 1.- Antecedentes Históricos.....	9
1.1 Nacimiento de la maternidad subrogada	
1.2 dimensión bioética	
1.3 dimensión biomédica	
1.4 dimensión moral	
CAPITULO 2.- Maternidad subrogada	
Generalidades.....	33
2.1 ¿Qué es la maternidad subrogada?	
2.2 Tipos que reviste el alquiler de vientre.	
2.3 Naturaleza Jurídica del contrato de alquiler de vientre o subrogación materna.	
2.4 Licitud del acuerdo de subrogación de vientre.	
2.5 Efectos Jurídicos del alquiler de vientre.	
2.6 Casos en que puede recurrirse a la maternidad subrogada.	
2.7 Características del contrato de subrogación.	
2.8 Elementos Constitutivos.	
2.9 Conflicto de interés en la relación jurídica material.	
2.10 Como podemos atribuir la paternidad y la maternidad.	
2.11 maternidad subrogada en Sonora.	
CAPITULO 3 FILIACION.....	75
3.1 Concepto.	
3.2. Breves nociones de filiación civil.	
3.3 Determinación de la filiación.	

- 3.4 Determinación de la paternidad y maternidad.
- 3.5 Acción de filiación.
- 3.6 Filiación y los nacidos bajo técnicas, de fecundación asistida.

CAPÍTULO 4.- ANÁLISIS COMPARATIVO EN LA LEGISLACION NACIONAL

..... 89

4.1 Marco federal.

4.2 Marco de legislaciones locales.

4.2.1 Códigos civiles de los estados que no contemplan la inseminación, reproducción, fecundación, fertilización o concepción asistida.

4.2.2 Análisis del código de Sonora.

4.2.3 Estudio comparativo de la norma en relación con la maternidad sustituta.

CONCLUSIONES..... 111

PROPUESTAS..... 116

BIBLIOGRAFIA..... 120

INTRODUCCION

En México, de acuerdo a los datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, una de cada seis parejas que desean tener un hijo tienen problemas para concebir, ya sea de manera temporal o permanente.

Los últimos cinco años han representado un enorme avance para México en materia de infertilidad. Con la llegada del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI), nuestro país ha tenido acceso a los procedimientos más avanzados aplicados a la medicina reproductiva. De más de 6,300 parejas que han sido tratadas en el IVI, un promedio del 90 por ciento puede llegar a conseguir el éxito utilizando las diferentes técnicas de Reproducción Asistida.

La infertilidad se define como padecimiento asintomático diagnosticado cuando no se ha podido tener un hijo vivo después de mantener relaciones sexuales sin protección, y de manera regular, por lo menos durante un año.

La Infertilidad está considerada como enfermedad por la Organización Mundial de la Salud, hecho que otorga a las personas con este problema el derecho a ser tratadas.

La fertilidad es máxima en la mujer entre los 24 y 26 años, misma que declina en forma gradual después de los 30 años, con caída más acentuada después de los 35 años. A los 35 años las probabilidades de lograr un embarazo son la mitad de las que se tienen a los 25 y después de los 40 años es mínima. La esterilidad afecta al 15-20% de las parejas de países desarrollados.

En el 85% de los casos de la infertilidad se debe a causas que pueden diagnosticarse, el otro 15% es por causas desconocidas.

Los orígenes de la infertilidad están divididos en 50% femeninos y 50% masculinos. Según datos del INEGI, había 34 millones de habitantes en edad

reproductiva. Así mismo, indica que en México hay 1.5 millones de parejas que padecen infertilidad.

La presente investigación tuvo como principal objetivo el análisis de la figura de la maternidad subrogada, determinando a través del desarrollo del presente trabajo la necesidad de su regulación jurídica y los efectos legales que de ella emanan, aborde el problema de la maternidad subrogada, tanto desde la perspectiva sociológica, como desde el punto de vista jurídico para saber si es un problema de carácter legal, ético y social.

Asimismo se analizó el tema de filiación jurídica en México, llegando a la conclusión de que en el estado de Sonora no se incluye la problemática de la maternidad subrogada. Concluyendo que la naturaleza de la figura en estudio es multidisciplinaria, por lo que produce efectos jurídicos, sociales y éticos. Para llegar a las citadas conclusiones se realizó un estudio comparativo de la norma en relación con la maternidad substituta entre Estados Unidos, Reino Unido de Gran Bretaña, Suecia, Australia, Alemania, Holanda, España y Brasil, siendo estos tomados en cuenta ya que existe mayor literalidad doctrinal a este respecto y norma escrita.

La maternidad subrogada en Sonora no se encuentra regulada por el Código de Familia para el Estado de Sonora, situación que sin duda provoca que los actos se den sin una debida forma, por tanto es necesaria su regulación a fin de prevenir, sancionar y a futuro erradicar el problema en estudio.

El derecho a la reproducción está consagrado en la Constitución, pero es necesario debatir la forma en que se deberá abordar jurídicamente la maternidad subrogada entendiendo esta como la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca.

Dada que la presente investigación es de carácter multidisciplinario, y se desarrollan temas de medicina, ética, derecho, se hace necesario precisar los siguientes términos, por lo que se desarrolló el presente marco teórico conceptual:

Contrato:

- Según el Código Civil para el Estado de Sonora en su Capítulo II en el artículo 1923.- “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”.
- Según la *Real Academia de la Lengua Española*: “acuerdo de dos o más voluntades dirigido a crear una obligación de dar o hacer”.
- Según *Eduardo J. Couture*: Declaración de voluntades entre dos o más partes destinadas a regular obligaciones patrimoniales.

Alquiler o Arrendamiento:

- Según el Código Civil para el Estado de Sonora en su Capítulo I en el artículo 2664.- 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.

El contrato de arrendamiento sólo otorga al arrendatario un derecho personal, en relación con el uso o goce de la cosa, estando en consecuencia facultado para exigir la prestación respectiva al arrendatario, sin poder ejercer un poder jurídico directo e inmediato sobre la cosa.

- Según la *Real Academia de la Lengua Española*;
Stricto sensu: Ceder o adquirir por precio el aprovechamiento temporal de un bien. Acción de alquilar. Precio en que se alquila alguna cosa, dar a otro una cosa para que use de ella con ciertas condiciones y por un precio convenido, tomar de otro una cosa para usarla de la misma manera; tomaren arriendo.
Lato sensu: Ponerse a servir a otro por cierto estipendio.

- *Según Eduardo J. Couture:* “contrato consensual, bilateral, conmutativo, mediante el cual una parte, el arrendador se obliga a asegurar el uso o goce de una cosa por un tiempo y la otra el arrendatario, a pagar un precio en dinero o en fruto de la misma cosa”.

Filiación:

- *Según Luis Díez Picazo:* En sentido biológico filiación es la relación de procedencia entre el generado y los generantes; en sentido jurídico filiación es el vínculo que une al progenitor con el hijo, reconocido por el Derecho.
- *Según Héctor Cornejo Chávez:* Es el vínculo nexa, la identidad que une al progenitor con su prole por el parentesco consanguíneo.
- *Según Eduardo J. Couture:* Procedencia, lazo de parentesco de los hijos con sus padres.
- *Según el Dr. Zannoni:* Es el conjunto de relaciones jurídicas, que determinadas por la paternidad y la maternidad vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.

Fecundación In Vitro:

- *Según Benjamín Fernández Ruiz:* Técnica de reproducción asistida en que se fecundan uno o varios óvulos fuera del organismo materno(fecundación extrauterina).
- *Según Gilbert Scot:* Método de procreación asistida, por cual se selecciona gametos sanos y para su fecundación artificial fuera del claustro materno, para posteriormente implantarlo en el vientre, en la etapa embrionaria para que complete su desarrollo pre-natal.

Maternidad:

- *La ciencia médica:* define a la maternidad como la “relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre”.
- *Según la Real Academia de la Lengua Española:* Estado o calidad de madre. Hembra que ha parido.
- *Derecho comparado:* algunas legislaciones señalan que “la maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”.

A este respecto tendríamos que establecer distintos tipos de maternidad o una pluralidad de categorías de madre:

- *Maternidad Genética.*- Viene a ser aquella que aporta el material genético, quien tiene lazos de identidad y correspondencia genética por el hecho de brindar el óvulo, y así proporcionar el 50% de la información genética del concebido.
- *Madre Gestante.*- Es aquella que porta al embrión durante todo el tiempo que dura la gestación, generando en ella sentimientos (emociones y afectos) hacia el ser que crece y se desarrolla en su vientre, quien atraviesa los trastornos del embarazo y da a luz al concebido.
- *Madre de deseo.*- Tercera interesada, que es totalmente ajena al menor, pero quien tiene el sentimiento, convicción y aspiración de ser madre, por medio de otra. Pero madre al fin, es un concepto subjetivo pero necesario para evaluar el hecho en su totalidad.

Vientre Materno:

Según la Real Academia de la Lengua Española; cavidad del cuerpo que contiene el estómago y los intestinos, región exterior del cuerpo correspondiente al vientre (cavidad) SIN. Abdomen.

Según Brian R. Ward; claustro uterino, en donde se produce la anidación del nuevo ser y se forma el tejido placentario en el cual se va a desarrollar el embarazo.

Según José Remohi; Órgano hueco, aplanado, con forma de pera, localizado en la pelvis de la mujer y de las hembras de la mayoría de los mamíferos. Es el órgano donde se implanta el óvulo fecundado para su desarrollo durante la gestación. Denominado Útero.

La investigación se abordó bajo el siguiente contexto metodológico, obteniendo los resultados pretendidos, para ello, se aplicaron los métodos y técnicas que a continuación se señalan:

MÉTODO DEDUCTIVO.- Se utilizó el método deductivo, mismo que sirvió para establecer su definición a través del estudio de los factores generales que provocan este problema social, y deduciendo que la ley existente mexicana, y en específico en la ley civil del Estado de Sonora no resuelve este problema.

MÉTODO ANALÍTICO-SINTÉTICO.- Se segmentó el objeto de investigación, en sus partes más elementales, procediendo luego a enlazar las partes separadas, para proponer un concepto genérico que sea inherente al objeto-sujeto del proceso de investigación. Por último se hicieron razonamientos y reflexiones, a fin de estructurar el trabajo mediante resúmenes sintéticos, incorporando ideas claras y precisas del tema. En relación a este método, se encuentra la técnica de análisis de contenido, para la interpretación de resultados.

Que origina este problema y la relación interdisciplinaria Método Jurídico-sociológico se realizó el estudio del impacto social que guarda con el campo jurídico.

MÉTODO EXEGÉTICO-JURÍDICO.- Se utilizó con el objeto de llevar a cabo una interpretación y explicación de la norma, tanto a nivel internacional como nacional a fin concluir que existe una necesidad legal de legislar respecto a esta problemática.

MÉTODO HISTÓRICO.- Sirve de base para establecer el precedente y la evolución que ha tenido en lo general este problema a través del estudio de casos propuesto.

MÉTODO DESCRIPTIVO.- A través del cual se hizo una descripción, respecto de los elementos y factores que intervienen en esta problemática, así como las distintas disposiciones legales que existen, y que tratan de resolverlo.

MÉTODO COMPARATIVO.- A través del cual, realicé el estudio comparativo de los sistemas normativos que existen en diferentes países analizando las semejanzas y diferencias que caracterizan el objeto de la problemática.

MÉTODO INDUCTIVO.- Se señalaron casos específicos, para llegar a la conclusión, de la existencia de esta problemática y el impacto social y jurídico que éste ocasiona.

TÉCNICAS

INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL.-Conciso en la consulta de información registrada en fuentes bibliográficas, hemerográficas, jurídicas etc. Respecto de los temas que integran esta investigación.

INFORMÁTICA.- Utilización de los medios informáticos como el Internet, para consultar domicilios y páginas Web, sobre temas, conferencias, foros, libros, etc., los cuales se vincularon de manera directa con el proyecto de investigación.

La presente investigación puede resultar de interés para instituciones como el registro civil del Estado de Sonora.

Lo anterior es así en virtud de que el registro es el encargado de expedir las actas de nacimiento por lo cual es de suma importancia ya que al realizarse las

adiciones o reformas que serán propuestas en esta investigación sin duda su labor se vería sumamente apoyada.

Ahora, por lo que se refiere al poder Judicial del Estado de Sonora, que como es sabido por todos es el encargado de aplicar las leyes del estado, sin duda de realizarse la adición de la maternidad subrogada, proyecto que se propondrá con esta investigación, su obligación de impartir justicia sería cumplida a cabalidad, tomando en cuenta que en la actualidad la impartición de justicia en lo que a maternidad subrogada se refiere, se encuentra en una laguna infinita al no encontrarse previsto el fenómeno por la legislación familiar estatal.

Igualmente la investigación a realizar es de utilidad para el Poder Legislativo del Estado, habida cuenta de que dicho poder, sería el encargado material y formal de adicionar y reformar la legislación civil estatal. Y por su parte para el Poder Legislativo es de utilidad toda vez que es dicho poder el encargado de presentar y proponer las iniciativas de adiciones o reformas a la legislación

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1. NACIMIENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

La historia de las madres sustitutas comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración.

Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social.¹

Uno de los casos más resonantes fue el denominado “Baby M” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whitehead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con él bebe, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de US\$ 10.000.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de

¹<http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> consultado 19-10-2009.

ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebe.

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad.²

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó merced a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el Tribunal de menores se expidiera. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.

²Guitrón Fuentecilla, J. *La genética y el Derecho familiar*. Rev. Tapia, Año VII, N 36, oct. 1987, pág. 73.

En Australia, en el Estado de Nueva Gales del Sur, acaeció un caso en el cual la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja comitente³. Para comprender en todos sus aspectos la problemática planteada y lograr un mínimo de introspección en las consecuencias experimentadas por quien actúa como madre portadora, transcribiremos las palabras expresadas por aquella al diario El País (España) el 6 de agosto de 1984: “Al principio es fácil ser idealista. Creo que empecé a lamentarme cuando noté sus primeros movimientos (...). A veces los hombres están desesperados por tener hijos, tienen grandes planes para su hijo y heredero (...). No quiero que mi hijo tenga que cumplir estas expectativas o se sienta presionado para cumplir los deseos y sueños de otro”.

A raíz de este caso, en el Estado de Victoria se ha aprobado una ley que veda a los donantes de espermatozoides u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad.⁴

En 1994, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se les había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido in vitro producto del óvulo de una donante y del espermatozoides del marido contratante. Cabe acotar que la legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y, por ello, el espermatozoides debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares.⁵

La experiencia en Italia nos presenta el singular caso de una mujer que dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad física (fundada en problemas de salud) de su madre para sobrellevar el embarazo y que deseaba tener un hijo de su nueva pareja.⁶ Acerca de este tema, la doctrina de ese país expresa que, en virtud de los principios instituidos en su código civil, la maternidad exige el presupuesto del parto y, por ello,

³Martínez Calcerrada, Luis. *La nueva inseminación artificial*. Editorial Civitas, Madrid. 1989 pág. 80

⁴Martínez Calcerrada, L. Op. Cit. pág. 81

⁵Matozzo de Romualdi, Liliانا. *Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?*. Ed. Lancaster. Tomo 182-1663.

⁶Martínez-Pereda Rodríguez. Op. Cit. pág. 37

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 biológica⁷.

Recientemente, el 17 de febrero de 2000 una jueza del tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler. En el caso, nos encontramos frente a una mujer que debido a una malformación en su aparato genital se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque sí podía producir ovocitos. Ello así, en 1995 la pareja mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un código deontológico que prohibió expresamente la “maternidad subrogada”. Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones sean implantados en la madre sustituta. El fallo hizo lugar a la petición aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacía cuatro años que estaban congelados. No obstante, según la ley italiana, el nacido será hijo de quien lo ha dado a luz, esta mujer procederá a no reconocerlo y de este modo los padres genéticos podrán adoptarlo.⁸

Mención aparte merece el tratamiento de la llamada “maternidad póstuma”. Me refiero al caso de Julie Garber, una joven estadounidense que en 1995 y, a raíz de la detección de un cáncer, decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con espermatozoides de un donante anónimo, a los efectos de preservar una futura maternidad que podría resultar

⁷García Rubio, Mari Paz. *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español* Rev. Tapia, año VII, N 36.España. Octubre 1987, pág. 73

⁸Diario El Mundo, España, 1 de abril de 2000.

dañada. Los embriones se congelaron; pero en 1996 Julie falleció dejando expresa autorización en su testamento, para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de alguna mujer; la elegida por los padres de la causante fue la Sra. Velloff.

La polémica judicial instaló su epicentro en la circunstancia de que, dos meses antes la Corte de Apelación del Estado de California había declarado que los embriones, así como el espermatozoides y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes; estableciendo, de este modo la indisponibilidad de los mismos por vía testamentaria.

Según la autora Eva Gilberto, con referencia a esta situación, la psicología moderna se cuestiona los efectos que podría producir en un niño el saberse hijo de una madre muerta antes de engendrarlo.⁹

1.2. DIMENSIÓN BIOÉTICA

Se nos presenta ahora que el abuso del alcohol, el tabaco y las drogas unidas al estrés de la vida moderna, los matrimonios tardíos, los antecedentes de abortos y enfermedades venéreas, además del uso de dispositivos intrauterinos han influido decisivamente en la esterilidad de nuestra especie.

Sabemos que la moral y la religión van regularmente de la mano, pues la mayor parte de personas basan sus valores e ideas de tipo moral en su religión.

La religión que predomina es la católica y dentro del clérigo y sus feligreses, existen tanto los que se oponen, como los que están a favor de la inseminación artificial, ya que han encontrado en sus técnicas una opción útil para subsanar el problema de no poder tener hijos.

⁹Giberti, Eva. *¿Adopción de embriones? En Los Hijos de la Fertilización Asistida*. Buenos Aires. 2001. Pág. 37

Según Carlos E. Colautti, en términos generales podemos decir, que los que se oponen consideran básicamente que el fin no justifica los medios; en donde al realizarse este tipo de prácticas lesiona la moral social y degrada la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña en su realización, ya por la masturbación inicial que supone el trámite de la fecundación *in Vitro*.¹⁰ Sobre todo se oponen a que los gametos provengan de un donante, lo cual es visto como algo incuestionable en cuanto a ir en contra de la moral, guardando por consiguiente este tipo de posturas como que, si en realidad se hiciera de la concepción un experimento de laboratorio, o que el hombre pasaría a ser alguien destinado a la manipulación quitándole sus características individuales que los distinguen, para formar objetos; series de humanos asemejados a máquinas; o simplemente aquellas ideas que se manifiestan en el sentido de que con este tipo de tratamientos el hombre iría poco a poco perdiendo los valores primordiales que se gestan dentro de un núcleo familiar, que decaerían a causa de quien los cultiva y proporciona. Estas ideas que se han opuesto han marcado en algunos momentos posturas firmes, para que en algunos países se busque la regulación de la inseminación artificial. En los códigos penales sería tratado desde luego como un delito; para que, de esta manera poder frenar y prohibir rotundamente estos nuevos caminos, sin embargo algunos proyectos y códigos fueron menos rígidos y solo limitaron este campo, pues como todo, no sólo implica perjuicios a la sociedad.

Las ideas a favor de las prácticas de inseminación artificial consideran que el procedimiento para obtener el semen que se utiliza en la inseminación artificial, no implica una masturbación, sino que es un comportamiento encaminado hacia la procreación, así que si la voluntad de una pareja o de una persona no implica un conflicto con otros valores éticos, más relevantes, entonces debe ser valorado como altamente positivo, señalándose la importancia que tiene la falta de hijos en algunas parejas en donde implica un gran obstáculo para su realización como personas y como matrimonio, pues el dar vida es la consecuencia del amor que se prolonga también hacia el nuevo ser. De esta manera se le da importancia a la voluntad de los cónyuges,

¹⁰ Carlos E. Colautti, Reflexiones acerca de la regulación legal de la reproducción asistida. La ley 1997 España, pág. 1452

sobre todo en una inseminación homóloga que visto desde este punto de vista, diferente al punto de vista médico consiste en que los gametos aportados son del cónyuge a diferencia de la inseminación heteróloga, la cual consiste en utilizar el semen de un donador (semen congelado de banco).

En este sentido bien podemos decir que DIOS, determina el mundo y que si esto es así, él está determinando que el hombre descubra nuevos avances científicos, que le permite utilizarlos como instrumentos para modificar algo no concebido en forma natural, o bien en este caso para manipular el proceso de procreación y así poder realizar la concepción, visto desde esta perspectiva por todos aquellos que basen su moral en DIOS, sólo habría que establecer ciertos límites, para hacer de esto un verdadero aporte y evitar que por su mala utilización se pierdan rubros más valiosos .

Tampoco hay que perder de vista que en algunas regiones tenemos un nivel altísimo de sobrepoblación, de desempleo que impide una educación y desarrollo adecuado de las familias y sobre todo que hay un recurso como la adopción, y estos puntos también revisten gran consideración, pues sería muy egoísta que por tener un hijo propio o supuestamente propio en el caso más extremo como en el de la fecundación in Vitro, se le niegue la oportunidad a un inocente de poder hacer de su vida algo valioso y útil.

1.3. DIMENSIÓN BIOMÉDICA

Denominase fertilidad a “la capacidad fisiológica del ser humano para reproducirse”,¹¹ habiendo sido definida la reproducción como “la propiedad que poseen los seres vivos de dar origen a otros seres de características semejantes a sí mismos, orientada a la conservación de la especie”, propiedad que -como se verá- adquiere en el ser humano “una dimensión que trasciende los límites de lo puramente biológico”.¹²

¹¹ Soto Lamadrid, Miguel A.: *Biogenética, filiación y delito*, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 3.

¹² Martínez, Antonio R.: “La infertilidad y sus tratamientos”, en *El derecho ante la procreación artificial*, varios autores, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 19.

Luego, puede decirse que la fertilidad hace a la reproducción, como que dicha capacidad fisiológica permite dar origen a nuevos seres, de las características y a los fines indicados. Y ya aquí comienzan los problemas terminológicos que abundan en la temática abordada, pues ni siquiera en el ámbito médico existe consenso acerca de algunas expresiones comunes.

En efecto, advirtiendo que “cada padre sólo aporta la mitad de la información (genética) que posee” y que en “el niño estas dos mitades se yuxtaponen sin mezclarse, para reconstruir un conjunto completo” que, “como colección de informaciones, es además enteramente nuevo, difiere tanto de un padre como de otro”, Jacquard ha dicho que “así pues no existe reproducción. Esta palabra implica la realización de una imagen lo más cercana posible al original. Tal es el caso de las bacterias capaces de desdoblarse fabricando una imagen de sí mismas, y, en general, de todos los seres no sexuados. Pero la invención de la sexualidad, es decir, de un mecanismo que necesita la colaboración de dos seres para fabricar un tercero, ha suprimido esta capacidad de reproducción. Un ser sexuado no puede reproducirse. El niño, al no ser la reproducción de nadie, es de hecho una creación definitivamente única”.¹³

Por lo tanto, tal vez la palabra más adecuada sea aquí procreación, si bien desprovista de toda referencia teológica.¹⁴ Pero como no es nuestro objetivo entrar en disquisiciones tales -sino así, advertir del cuidado que se requiere en la terminología que se utiliza en esta materia-, las emplearemos indistintamente, en el sentido antes apuntado: la generación de un nuevo ser humano -un individuo de la especie humana-, generación que, como se sabe, no siempre es posible de lograr por vías naturales,

¹³ Jacquard, A.: ob. cit., p. 21.

¹⁴ Según Ratzinger, Kardinal Joseph: “El hombre entre la reproducción y la creación. Cuestiones teológicas acerca del origen de la vida humana”, en *Bioética. Consideraciones filosófico-teológicas sobre un tema actual*, varios autores, Rialp, Madrid, 1992, p. 49, con la palabra procreación “se alude al creador, a quien todo hombre debe en última instancia su existencia”. Sobre lo mismo, señala Kottow, M. H.: *Introducción...*, cit., p. 102, que para las “doctrinas que aceptan el origen divino de la vida (...), los seres humanos no se reproducen sino que procrean, es decir, participan en el proceso divino de la creación de vida humana”, y así, al decir de Santos Ruiz, Ángel: *Instrumentación genética*, Palabra, libros MC, Madrid, 1987, p. 275, “tres personas intervienen en el surgir de un ser humano: el hombre, la mujer y Dios. Por eso, la generación humana se llama pro-creación: el Creador interviene directamente”.

entendiendo aquí por naturales las relaciones sexuales (fecundantes) entre un varón y una mujer fértiles, originantes de ese nuevo ser.

No siempre es ello posible de lograr así, decíamos, porque tanto el varón como la mujer pueden padecer determinadas afecciones que no les permitan procrear por esas vías naturales. Y aquí se habla de esterilidad.

Tradicionalmente, suele distinguirse entre la “esterilidad” y la “infertilidad” humana. En términos generales, esterilidad es, en el varón, la incapacidad para fecundar, y en la mujer, “la incapacidad para concebir”, llamándose infertilidad a “la incapacidad de desarrollar en el seno materno un feto viable”.¹⁵ Pero también se ha dicho que “esterilidad significa que nunca se puede concebir”, en tanto que “la infertilidad significa la incapacidad de concebir, pero este término es ciertamente elástico, ya que una pareja puede parecer no fértil durante un año o más, y luego concebir”,¹⁶ o bien, que “se denomina infertilidad a la incapacidad para concebir, si bien ésta puede ser una situación no definitiva”, en tanto que “la esterilidad, en cambio, es la incapacidad definitiva o irreversible para concebir, aunque en algunos casos esta imposibilidad natural puede corregirse por procedimientos médico-quirúrgicos”, acotándose que “cuando tales tratamientos de la esterilidad resultan ineficaces, puede recurrirse a la inseminación artificial o la fecundación «in vitro»”.¹⁷

Y aún se emplean ambos términos indistintamente, “para referirse a la incapacidad para reproducirse”, advirtiéndose que esto no es exacto y diciéndose -en forma conteste con los conceptos recién apuntados en primer lugar- que “desde el punto de vista médico cabe diferenciar el concepto de esterilidad, que indica imposibilidad de efectuarse la fecundación, e implica que esta alteración es irreversible, del de infertilidad, que expresa la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la

¹⁵Nicholson, Roberto (comp.): “Esterilidad en la mujer”, en *Soluciones médicas y psicológicas de los problemas del matrimonio*, Paidós, Buenos Aires, 1971, p. 195.

¹⁶Wood, Carl y Westmore, Ann: *Fecundación “in vitro”*, Fontanella, Barcelona, 1983, p. 23.

¹⁷Vidal, Marciano, Elizari, Javier y Rubio, Miguel: *El don de la vida. Ética de la procreación humana*, PS Editorial, Madrid, 1987, pp. 9/10.

fecundación y, por tanto, el desarrollo del embrión o feto (equivale a esterilidad relativa)".¹⁸

Sin embargo, aun así la problemática en cuestión no se encuentra completamente definida, pues existen casos clínicos que han sido denominados con la voz subfertilidad, en los cuales no existe una "esterilidad" ni una "infertilidad" en los términos arriba apuntados, sino que tal término se utiliza "para describir un reducido estado de fertilidad" -agregándose que, en tales casos, "algún factor o factores, como un reducido número de espermatozoides o el bloqueo de las trompas de Falopio limitan las posibilidades de que se produzca la fecundación"-, lo cual, obviamente, incide negativamente en el aspecto pro creacional del individuo afectado (y, con ello y de tenerla, de su pareja heterosexual).

Por otra parte, se ha distinguido entre las otras voces indicadas, brindando diferentes conceptos de ellas, explicando que "la esterilidad implica incapacidad para engendrar el varón o para concebir la mujer. La subfertilidad describe un estado reducido de fertilidad; algún factor -reducción del número de espermatozoides o bloqueo de trompas- limita las posibilidades para que se produzca la fecundación. La infertilidad se asocia con la incapacidad de concebir pero su aplicación tiene un carácter relativo ya que puede referirse a una pareja que durante cierto tiempo -un año- no pueda concebir luego de relaciones regulares, lo que logra después de dicho término", aclarándose que "la infertilidad puede deberse a factores tales como operación reciente, embarazo anterior, infección de pelvis, todos los cuales difieren en tiempo la posibilidad de gestación".¹⁹

¹⁸Loyarte, D. y Rotonda, A. España. ob. cit., p. 83

¹⁹Yungano, Arturo R.: *Manual teórico práctico de derecho de familia*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1989, pp. 316/7, donde agrega que "algunos autores señalan como presupuestos de infertilidad el uso de dispositivos, de píldoras anticonceptivas, la disponibilidad del aborto -legal o ilícito-, retardo del primer embarazo, etc. A estos podemos agregar el cansancio (reducción de la frecuencia sexual); el excesivo aumento de peso o su pérdida; ausencia de períodos; el tabaco (en predispuestos puede alterar la actividad del útero y adelantar la menopausia); el alcohol (afecta los conductos genitales, bloquea la actividad uterina, debilita el sistema nervioso, incapacidad de erección); las drogas (la marihuana impide la eyaculación); algunos medicamentos (ciertos antidepresivos ocasionan aumento de prolactina, la que tiende a suprimir la ovulación); el ejercicio físico excesivo, etc.". Por su parte, Barri, Pedro N.: "Aspectos médicos de las nuevas tecnologías en reproducción humana", en Lacadena, Juan J. y otros: *La fecundación artificial. Ciencia y ética*, PS Editorial, Madrid, 1985, pp. 25/6, dice que las razones del "incremento de la esterilidad son varias: stress, difusión de las enfermedades de transmisión sexual, efectos secundarios de

Pero también se ha dicho que “se define como infertilidad o esterilidad la incapacidad de lograr un embarazo luego de un año de vida sexual de la pareja sin protección anticonceptiva. Se llama infertilidad primaria cuando no hubo embarazos previos, y secundaria si existen antecedentes. Cuando el problema no radica en lograr el embarazo sino que, en forma repetida, estos no llegan a buen término, se habla de aborto habitual”.²⁰

Y así, diferenciando todos estos conceptos y con mayor claridad expositiva, se ha señalado que, en términos médicos aceptados, “la infertilidad supone una disminución o ausencia de fertilidad con carácter reversible” -caracterizándola como “aquella situación en la que tras un año de relaciones sexuales continuadas y sin ningún tipo de método anticonceptivo, no se produce el embarazo deseado” (Organización Mundial de la Salud.), plazo que “se amplía a dos años según el criterio de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia”-, “mientras que la esterilidad es una situación irreversible”, llamándose estéril “a la mujer que es incapaz de concebir, e infértil a la que tiene problemas para ello, aborta repetidamente o no llega a celebrar el nacimiento de un bebé vivo” (la O.M.S. “define el aborto habitual como aquella situación en que se producen tres pérdidas seguidas o bien cinco alternas”). “Las situaciones primarias no sólo hacen referencia a las parejas que tras año y medio de relaciones sexuales sin protección no logran concebir (esterilidad primaria), sino también a los casos en que la gestación no llega a término” (infertilidad primaria). “Las situaciones secundarias son términos aplicados a dos tipos de parejas diferentes: a las que, tras haber obtenido algún hijo, no consiguen algún nuevo embarazo en los dos años siguientes (esterilidad secundaria); y a aquellas que, después de un embarazo y parto normales, no consiguen de nuevo llevar a término una gestación con recién nacido normal” (infertilidad secundaria). “Por último, y aunque

determinados métodos anticonceptivos, complicaciones de interrupciones del embarazo efectuadas en malas condiciones y la tendencia actual a retrasar el primer embarazo”, todo lo cual “hace que la esterilidad sea un fenómeno en aumento, y ese aumento se ha visto acompañado de una disminución en el número de niños disponibles para adopción, probablemente debido a una mayor aceptación de la madre soltera, así como a una mayor difusión de sistemas anticonceptivos y del aborto”.

²⁰Martínez, A. R.: ob. cit., p. 20. En cuanto al “aborto habitual”, cfr. Kaufman, Sherwin A.: *Respuestas de un ginecólogo*, Grijalbo, Barcelona, 1978, p. 89, cuya causa “debe ser investigada antes de nuevos intentos para concebir”.

existen otras subdivisiones dependiendo del país y de criterios profesionales específicos, queda definir la subfertilidad como la disminución de la capacidad para concebir. Este vocablo, para algunos poco preciso y auténtico cajón de sastre, sirve para englobar a parejas con pocos años de relaciones sexuales sin protección y que, a falta de diagnóstico, deben ser denominadas de algún modo”.²¹

Por lo tanto, teniendo presente que merced a las técnicas de FMA (Fecundación Medica Asistida) la frontera entre la esterilidad y la infertilidad tiende a desplazarse²² y en aras de una adecuada precisión terminológica, a los efectos de esta Tesis -dado que se ha destacado que las técnicas de FMA “tienden básicamente a resolver los problemas de esterilidad o subfertilidad de las parejas”,²³ evitando el empleo del término esterilidad -el cual, sin perjuicio del sentido médico que se la atribuya, socialmente conlleva un cierto carácter discriminatorio, sino peyorativo-, nosotros llamaremos infertilidad a la incapacidad procreativa en general, distinguiéndola, cuando corresponda, de la subfertilidad, según su concepto arriba indicado (disminución de la capacidad para engendrar o concebir).

Ello así, no viene al caso desarrollar aquí las diversas causas de infertilidad, masculina²⁴ y femenina,²⁵ u originada por factores mixtos, o bien, sin causa aparente (infertilidad SCA) -suficientemente tratadas por otros autores, a los que nos remitimos,²⁶ sin perjuicio de lo cual a ellas nos referiremos en ocasión de exponer las indicaciones médicas propias de cada técnica de FMA, a fin de mantener metodológicamente un cierto orden temático plausible.

²¹ Álvarez, Mayda: *Combatir la infertilidad*, Aguilar, Madrid, 1996, pp. 24/5.

²² ²² Ídem, p. 24. Ejemplificando, señala aquí -con razón- esta autora que “mientras hace diez años una mujer sin ovarios (afectada por el síndrome de Turner) podía ser calificada sin más de estéril, ahora es perfectamente posible que su estado cambie al menos dramático de infértil, y que incluso pueda llegar a ser madre como cualquier otra mujer con un aparato reproductor normal”.

²³ Gafo, J.: *10 palabras...*, cit., p. 170.

²⁴ Lavieri, Juan C.: “Esterilidad en el hombre”, en *Soluciones médicas...*, cit., pp. 210 y ss.

²⁵ Nicholson, R.: “Esterilidad en la mujer”, cit., pp. 195 y ss.

²⁶ V.gr., ver Loyarte, D. y Rotonda, A. E.: ob. cit., pp. 85/9; y más específicamente, Vidal, M., Elizari, J. y Rubio, M.: ob. cit., pp. 9/14; Wood, C. y Westmore, A.: ob. cit., pp. 33/42.

Pero sí nos interesan y mucho los aspectos psicosociales de la infertilidad humana, como que cabe ver en ellos el principal motivo determinante del origen, auge y empleo de las técnicas de FMA. A ellos pasamos a referirnos.

Se ha dicho que la llamada medicina del deseo o medicina desiderativa “constituye el nuevo sesgo de la tecno ciencia médica, tradicionalmente restaurativa o fisiológica y cada vez más transformadora o remodeladora de la naturaleza humana (...), cuyo objetivo ya no se limita a recuperar el orden natural reparando el daño, sino que aspira a instaurar otro orden superando los condicionamientos biológicos”, señalándose que ella presenta hoy cinco formas o figuras principales: predictiva, psiconductiva, paliativa, permutativa y perfectiva,²⁷ de las cuales nos interesa aquí la penúltima, dado que “en la línea sustitutiva o de reemplazo de las diferentes funciones u órganos del cuerpo se inscriben las mayores innovaciones en el progreso de la medicina, como la bioingeniería, los trasplantes y la procreación artificial”, medicina que es revolucionaria -tecnológica y éticamente- y que plantea los mayores dilemas morales de la tecnociencia biomédica, encarnando particularmente la “revolución reproductiva” -junto con la trasplantológica- un “sentido antropoplástico de la técnica como transformación de la naturaleza humana e historia de un nuevo cuerpo”.²⁸

Ello así, es claro que tales conceptos importan una descripción de la “medicina desiderativa” y de esa especie suya que se ha dado en denominar permutativa, atendiendo también a la problemática ética que genera. Pero la cuestión se complica cuando la “medicina del deseo” es entendida de otra forma, esto es, como prestaciones médicas destinadas a satisfacer los “deseos” de la gente, cualesquiera que sean ellos: “Antes el médico preguntaba a su paciente: «¿dónde le duele?» y trataba de interpretar los síntomas. Hoy el médico pregunta más bien «¿qué desea usted?» Ya no se trata de curar, sino de responder a deseos. Y el público, al menos un sector del público, espera que el médico represente este nuevo papel: ser un técnico que responda a la demanda. De esta manera, los deseos tienden a ser percibidos como derechos. Y nos rebelamos contra la discriminación desde el momento en que se nos niega la

²⁷Mainetti, José A.: *Bioética ilustrada*, Quirón, La Plata, 1994, pp. 17/8. Cfr. Loyarte, D. y Rotonda, A. E.: ob. cit., pp. 25/6.

²⁸ Mainetti, J. A.: *Bioética ilustrada*, cit., pp. 24/6. Lo destacado es nuestro.

realización de nuestros deseos. El problema es que, en una lógica del deseo, no existen límites posibles”.²⁹

Como se advierte, la cuestión es entonces muy distinta, y su dimensión sociológica, referente a ese modo de ver (o entender) a la medicina y las consecuencias que de ello se siguen -buscar la satisfacción del deseo, aun entendiéndolo como “derecho”- suscita ciertas inquietudes, referidas precisamente a los “límites” -dados por la propia medicina, o bien, por los criterios éticos del galeno, sino por alguna disposición legal-, todo lo cual, de una forma u otra, resulta de esa “lectura” que se le da a la evolución de la medicina. Entiéndase bien: más que un deseo de los pacientes, se trata aquí de una demanda de ellos, destinada a satisfacer sus apetencias, las cuales no necesariamente se fincan en deseos en el sentido psicológico en el que antes los hemos descrito al referirnos al deseo de hijo, al cual, así entendida, la “medicina del deseo” -mejor aún, lo querido por quienes recurren al médico excede.

Ahora bien, extrañamente esa pregunta que formularía el médico (“¿qué desea usted?”) es también una oferta (“pídame lo que quiera”) que le retorna al paciente. “Se supone que el deseo viene del paciente: deseo ilimitado, incongruente, que la medicina tendría cada vez más dificultad en conjurar, en contener. Sin duda la fábula no resiste el examen, pero por medio de ella se introduce tanto la limitación «ética» como el llamado a los especialistas en deseo”: los psicoanalistas.³⁰ Lo segundo es una obviedad (si bien no siempre reconocida). Y lo primero -el establecimiento de límites éticos- nos parece clave, pues si bien “es cierto que nada libra a los médicos de enfrentar ciertos casos de conciencia que son su patrimonio diario”,³¹ en verdad, la cuestión es saber qué límites provienen de la deontología y cuándo corresponde estarse a ellos, todo lo cual requiere de un análisis bioético serio y, a la postre, de su determinación legal.

²⁹Durand, G.: ob. cit., pp. 95/6. Lo destacado es nuestro.

³⁰Tort, M.: ob. cit., pp. 19/20.

³¹Ídem, p. 236.

Recapitulando, esa visión trasnochada de la medicina desiderativa “invierte y desvía la realidad que expresa”, pues “le imputa a los sujetos un deseo allí donde, para colmo, sólo muestran demanda, reprimiendo por otra parte el hecho de que el destinatario de la demanda es el mismo que hace la oferta” (el médico).³² Clarificado esto, va de suyo que no es esta la descripción de la medicina del deseo antes recordada, sino una equívoca situación emergente de la oferta biomédica y de la demanda de cualquier prestación -también biomédica- formulada por las personas, en forma circular y descontextuada, y en este sentido es obvio que no hay ni puede haber medicina desiderativa -bien entendida- alguna, sino, como mucho, peticiones cuya moralidad, en ocasiones, puede ser más que discutible, y prestaciones médicas, también en ocasiones, contestes con las anteriores, todo lo cual requiere, a los fines de establecer límites claros a ambos polos -que se retroalimentan recíprocamente-, en definitiva -lo reiteramos- de la determinación legal. Porque no es lo mismo el respetable deseo psíquico de intentar lograr un hijo mediante alguna técnica -médicamente indicada- de FMA, que el pretender la fisión gemelar artificial de un embrión y la gestación por encargo de los embriones así obtenidos (una demanda éticamente “cuestionable”), así como tampoco lo es el acceder algún galeno a una u otra prestación. Obviamente, tampoco es lo mismo -vale aclarar-, desear un hijo como tal (y aquí el deseo es respetable) que desearlo para fines determinados (dónde el deseo es más que cuestionable), tal como lo pretendió judicialmente aquella mujer española, madre de cinco varones, que solicitó la selección de esperma en laboratorio para ser inseminada artificialmente con espermatozoides XX a los exclusivos fines de concebir una niña,³³ alegando que esta última “le serviría para curar su depresión por no tenerla, y también como compañía en su vejez”³⁴ (alegó depresión “por no poder alumbrar a

³²Ídem, p. 166.

³³Elena Postigo Solana Miércoles, 04 de Enero de 2006
Elena Postigo Solana M^aCruz Díaz de Terán Velasco I. INTRODUCCIÓN HISTÓRICO-CIENTÍFICA Tras la II Guerra Mundial hasta casi finales del siglo XX, las medidas eugenésicas tendentes a fomentar el nacimiento de individuos con caracteres genéticos favorables, se canalizaban a través de dos vías. Por un lado, -y con ... Elena Postigo Solana M^aCruz Díaz de Terán Velasco. Cabe recordar que la ley española 35/1988 admite la selección del sexo sólo con fines terapéuticos autorizados (se entiende por tales evitar la transmisión de enfermedades hereditarias ligadas al sexo).

³⁴Kletnicki, A.: ob. cit., p. 202. En términos psicológicos, se pregunta este autor si, en este caso, en el argumento de dicha mujer, “si el lugar al que destina a la niña, promueve la constitución de los simbólico, o se presenta como una modalidad de su aplastamiento: lo que resulta indudable es que se erige en marca subjetivante. Hay que agregar, sin embargo, que aun cuando lo aquí confesado devela algo que en otras ocasiones permanece oculto (por no

una niña, que la cuidara en su vejez, tal como ella había hecho con su progenitora”, y se sostuvo que “el padecimiento se agravó ante un diagnóstico prenatal erróneo, con el que nació el último hijo”). “El Auto (favorable) del Juzgado de Mataró fue revocado por la Audiencia Provincial de Barcelona (12 de noviembre de 1990), afirmándose que «la madre es para el hijo y no el hijo para la madre»”.³⁵

En este sentido, en materia de técnicas de FMA y sus posibles desviaciones, la demanda de que se trate y la “voluntad procreacional” -resultante del derecho a la procreación- se confunden a los fines de su regulación, y así, como ni esa voluntad ni tal derecho pueden ser reputados absolutos, de igual modo, los “deseos” (demandas) al efecto corren igual suerte. Luego, tales “deseos” (demandas) y las prestaciones médicas “desiderativa” que a ellos atiendan serán, única y exclusivamente, los que la ley admita. Lo cual obviamente requiere que se legisle, con prudencia y sin misoneísmo, actividad parlamentaria y extremos al parecer difíciles de lograr en esta materia en nuestro país.

sabido o por inconfesable), no puede ignorarse que el deseo no debe ser confundido con su enunciado, ya que la puesta en escena de lo inconsciente incluye un corte, una distancia entre lo que se demanda y lo que se desea. Por esta razón, y aunque parece quedar signado el lugar al que el sujeto es destinado por este deseo que habita en el Otro, las conclusiones no pueden cerrarse *a priori*: la plena determinación encuentra límite en lo imprevisible, en una respuesta del niño que no queda explicada acabadamente apelando al deseo inconsciente de los padres”. Por nuestra parte, sin pretender invadir incumbencias profesionales (Kletnicki es psicólogo psicoanalista), reconociendo que es cierto que no corresponde cerrar conclusiones *a priori* en supuestos tales, si tuviéramos que emitir opinión profesional en algún caso similar, optaríamos por desaconsejar la solicitud de selección espermática para la IA (selección de sexo del hijo a engendrar, en definitiva), pues, omitiendo expresamente aquí toda argumentación a tal efecto -nos llevaría varias páginas, y no es el objeto específico de esta Tesis analizar en detalle casos particulares como el aquí citado, máxime contando tan sólo con el dato transcrito-, diremos que, ante pretensiones que parecen ser “como agua para chocolate”, preferimos entender -tal vez *a priori*- que el “destino” de los hijos -en la especie, el lugar para ese hijo en el deseo explícito de esa mujer- no debe ser el que resulte de “deseos” tales, porque -como decía Gibrán, Khalil: “El profeta”, en *El profeta-La tempestad-El precursor-Lázaro y su amada*, Editores Mexicanos Unidos, México, 1992, p. 121-, “Vuestros hijos no son hijos vuestros. Son los hijos y las hijas de la Vida, deseosa de sí misma. Vienen a través vuestro, pero no vienen de vosotros. Y, aunque están con vosotros, no os pertenecen. Podéis darle vuestro amor, pero no vuestros pensamientos”, máxime si, como en este caso, tales “pensamientos” importan darle un lugar en el deseo del Otro, con lo cual tales hijos no serían “de la Vida”, sino de ese Otro, y así, en definitiva -al entender de Ribes, B.: ob. cit., p. 118-, como “no debería nunca concebirse un hijo sin que se respete esa condición fundamental de la vida humana que consiste en ser otro y ser libre”, reiteramos que creemos que acceder a este tipo de reclamos no se justifica.

³⁵Botteri, María L. y Laborde, Daniel M.: “Derecho penal y manipulación genética humana”, LL, ejemplar del 12/3/99, p. 4.

1.4. DIMENSIÓN MORAL

Modalidades

“Se trata de lograr la unión de los gametos masculinos (espermatozoides) y femenino (óvulo) mediante procedimientos técnicos. Esa unión puede darse dentro del cuerpo de la mujer (inseminación artificial o fecundación intracorpórea) o fuera (fecundación extracorpórea).

Comienzo de la existencia de la persona .

La existencia de la persona humana comienza desde su concepción, es decir, desde el instante en que el espermatozoide humano penetra al óvulo humano y lo fecunda, momento en que comienzan el conjunto de fenómenos biológicos que conducen a la singamia (unión de pronúcleos masculino y femenino) donde queda definitivamente organizado el genoma propio de cada ser humano, el que es inalterable. En la unión del óvulo con el espermatozoide queda establecida la naturaleza del nuevo ser y en ese mismo momento se establece también el sexo genético. (Dr. Rafael Pineda, comentarios sobre los proyectos consensuados de fertilización asistida.)

El PAPA Juan Pablo II dijo en su encíclica “ Evangelium Vital “ (n° 60)³⁶ :

“Desde el momento en que el óvulo es fecundado se inaugura una nueva vida que no es la del padre, ni la de la madre, sino la del nuevo ser humano que se desarrolla a si mismo ... Por lo demás está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola posibilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano ... el ser humano debe ser respetado y tratado como una persona desde el instante de su concepción y por eso, a partir de ese mismo momento se le

³⁶Evangelium Vital n° 60; cf. Discurso al XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de Trasplantes, 28-8-2000

deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida .”³⁷

Manipulación de embriones

Las técnicas que actúan sobre la reproducción humana implican una manipulación indebida de la vida humana inocente. La persona del hijo es tratada como un mero producto o resultado de una técnica, a ella se aplican términos como “sobrante”, “congelada”, “ transferida “ y se les somete a controles de calidad. Se toma a la persona como un objeto de producción o experimentación, un medio para alcanzar un objetivo, un objeto de manipulación meramente instrumental y no como un sujeto personal. La fecundación artificial no es un modo digno de nacer de la persona humana, ya que se subordina “la llegada al mundo de un niño a las condiciones de eficiencia técnica mensurables según parámetros de control y de dominio” (Instr. DonumVital,II,4, c.)

Fecundación heteróloga .

En algunos casos los gametos utilizados no son propios del matrimonio que accede a las técnicas, sino que “pertenece” a un tercero extraño a los cónyuges. En este supuesto se violenta, el derecho del niño a nacer de un padre y una madre conocidos de él y ligados entre si al matrimonio.

Se quebranta su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro. (Cfr.Catecismo de la Iglesia Católica, n° 2376.) Es moralmente injustificable además, la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador. (intr. “ Donum Vital “ 11.a.2)

³⁷ Soraya Nadia R. Hidalgo, Congelamiento y destrucción de embriones ¿Avance o retroceso? La ley 12 de octubre de 1993; Los derechos sucesorios del hijo póstumo en la inseminación post mortem. El derecho 14 de mayo de 1993.

Carácter abortivo de las técnicas

Admitir que la fecundación extracorpórea implica autorizar no solo que las personas concebidas por este procedimiento sean objetos de manipulación, sino que, en la mayoría de los casos se produzcan abortos, que aunque no fueran directamente queridos, son previsibles y por lo tanto moralmente ilícitos.

La técnica “eficaz” si logra un embarazo exitoso. Ahora bien planteado este objetivo la técnica está exigiendo para su “eficacia” que se conciban por ejemplo embriones (así lo sostiene diversos proyectos de la ley). En tanto nadie recurre a estas técnicas pensando tener un embarazo múltiple, es claro que se espera que dos de los embriones mueran antes del nacimiento. Estamos por tanto ante procedimientos que prevén que el 60% de las personas que traen a la vida, mueran en forma “espontánea” y sólo un 33% pueda llegar a nacer.

No se asimilan el aborto espontáneo. Estos abortos provocados por la FIVET (Fecundación In vitro Con Transferencia de Embrión) son injustificables, ya que no son, como se pretende equiparable ni el aborto que se produce naturalmente de modo indirecto, ni el aborto espontáneo. En el caso de los abortos producidos por la FIVET, éstos no son requeridos como fin, pero si como medio.

El medio empleado para alcanzar la implantación de un embrión es la utilización de un número mayor de embriones, sabiendo con certeza que algunos de ellos morirán.

Incluso si fuera implantado un solo embrión, estaríamos ante una técnica médica que presenta riesgos muy grandes, que son previsibles en términos estadísticos y que posiblemente lo induce a causa, al menos en parte, sin que exista para ello una necesidad proporcionada, dado que no se da el caso de una vida ya amenazada de muerte, sino de la satisfacción del deseo de paternidad y maternidad. Este deseo no puede justificar el peligro para la vida de interceso.

Problemas sin solución

También se debe tomar en cuenta que la fecundación extracorpórea, al generar una vida fuera de su lugar natural, acarrea el problema que se agrava hasta límites insospechados, en caso que la madre que recurrió a la técnica muera o se niegue a recibir a su hijo en su seno. Es este un problema sin solución ¿Por qué autorizar entonces la concepción extracorpórea de un ser humano?

La crio conservación de embriones

Con el fin de aumentar las posibilidades del embarazo, quienes aplican estas técnicas aumentaron la cantidad de óvulos que son fertilizados. De esta forma son concebidos, fuera del cuerpo de la madre numerosos embriones planteándose el siguiente dilema:

Si todos son “transferidos” en una misma oportunidad, se corre el riesgo de un embarazo múltiple, mientras que si se transfieren “algunos” de esos (seleccionados por el médico), surge el interrogante de qué hacer con los “sobrantes”. Estos embriones son hoy “congelados” para disponer así de un “lote de reserva” para proceder a nuevos intentos de transferencia si el primero fracasaba. ¿Por qué debe haber embriones “sobrantes”? ¿Se justifica que en la búsqueda de una “mayor eficacia” se fertilicen tantos óvulos, sabiendo que algunos de los embriones así concebidos deberán ser congelados?

Es un grave atentado contra la dignidad de una persona someterla a congelamiento o cualquier otro proceso que detenga su normal desarrollo. ¿Cuál sería la razón que impida que el día de mañana esta posibilidad de congelar a una persona prevista en algunos proyectos de ley no se extienda a los recién nacidos o a cualquier otra persona que “la reglamentación” determine?

Derecho al hijo

El matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino solamente el derecho a realizar los actos naturales que de su “yo” se ordenan a la procreación. “El hijo no es algo de propiedad: es más bien un don, el más grande y el más gratuito del matrimonio”.

Y es el testimonio de vida de la donación recíproca de sus padres. (Ins. Donum Vitae II B.8)

Las técnicas no solucionan la esterilidad

La fecundación artificial no es una técnica para el tratamiento de la esterilidad, la misma existe y subsiste. La preocupación asistida no puede enjuiciarse como un remedio terapéutico más, porque no cura, sino suplanta sustituye el acto que naturalmente da origen a la vida por un acto técnico, al final del proceso, el matrimonio seguirá siendo estéril. Sería entonces hacia el desarrollo de auténticos medios de curación de la esterilidad, como la cirugía reparadora etc.

Disociación del acto sexual del acto procreador

Estas técnicas (inseminación artificial, fecundación intra o extracorpórea) aun en el caso que se practiquen con gametos propios del matrimonio, privan a la procreación de su perfección propia, desde el punto de vista moral, en tanto no es querida como el fruto del acto conyugal, es decir, del gesto específico de la unión de los esposos (Congregación para la doctrina de la fe, “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación” “Donum Vital “ 11 B. 4 B) son por tanto, moralmente inaceptables desde el momento en que se separan la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal.³⁸ También se plantean reparos

³⁸ (Evangelium Vital , n° 14 , Catecismo de la iglesia Católica n° 2377 . La persona no puede ser querida ni concebida como el producto de una intervención de técnicas médicas y biológicas: esto equivaldría a ser objeto de una tecnología científica

morales cuando, para la obtención de los gametos, se recurre a actos intrínsecamente inmorales, como por ejemplo la masturbación.

Por la defensa de la vida y dignidad de la persona por nacer

La autoridad política tiene el deber de defender la vida desde la concepción, prohibiendo el empleo de las técnicas de procreación artificial, por ser atentatorias contra la dignidad de la persona por nacer y por poner en grave riesgo su vida.

El legislador debe tener en cuenta que, como sostiene el Papa Juan Pablo II, no es posible construir el bien común sin reconocer y tutelar el derecho a la vida, sobre el que se fundamentan y desarrollan todos los demás derechos inalienables del ser humano.

(Instr “Donum Vitae” II. B 4.c)

No puede haber verdadera democracia, si no se reconoce la dignidad de cada persona y no se respetan sus derechos (Evangelium Vital n, 101).

“Donde los derechos del hombre son profesados realmente y reconocidos y defendidos públicamente, la paz se convierte en la atmósfera alegre y operante para la jornada mundial de la paz, 1977.

La enseñanza del catecismo de la iglesia Católica sobre la reproducción artificial

Las investigaciones que intentan reducir la esterilidad humana deben alentarse, a condición de que se pongan “al servicio de la persona humana, de sus derechos inalienables, de su bien verdadero e integral, según el plan y la voluntad de Dios” (CDF, Instr. “Donum Vitae” intr. 2.)

Las técnicas que provocan una disociación de la paternidad por intervención de una persona extraña a los cónyuges (donación del esperma o del óvulo, préstamo del útero) son gravemente deshonestas, estas técnicas (Inseminación y fecundación artificiales heterólogas) lesionan el derecho del niño a nacer de un padre y una madre conocidos de él y ligados entre sí por el matrimonio. Quebrantan “su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro.”³⁹

Practicadas dentro de la pareja estas técnicas (inseminación fecundación artificiales homólogas) son quizá menos perjudiciales, pero no dejan de ser moralmente reprobables. Disocian el acto sexual del acto procreador. El acto fundador de la existencia del hijo ya no es un acto por el que dos personas se dan una a otra, sino “confía la vida y la identidad del embrión al poder de los médicos y de los biólogos e instaura un dominio de la técnica sobre el origen y el destino de la persona humana , una tal relación de dominio es en si contraria a la dignidad e igualdad que debe ser común a padres e hijos (Cf . CDF, Instr. “Donum vitae“ 2.5 “ La procreación queda privada de su perfección propia , desde el punto de vista moral , cuando no es querida como el fruto del acto conyugal, es decir , del gesto específico de la unión de los esposos ... solamente el respeto de la conexión existente entre los significados del acto conyugal y el respeto de la unidad del ser humano , consiente una procreación conforme con la dignidad de la persona” (CDF , Instr. “Donum vitae“ 2,4). “⁴⁰

De este capítulo podemos concluir que los que se oponen consideran básicamente que el fin no justifica los medios; en donde al realizarse este tipo de prácticas lesiona la moral social y degrada la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña en su realización, ya por la masturbación inicial que supone el trámite de la fecundación in Vitro. La visión médica que define a la esterilidad implica incapacidad para engendrar el varón o para concebir la mujer. La visión moral señala “Desde el momento en que el óvulo es fecundado se inaugura una nueva vida que no es la del padre, ni la de la madre, si no la del nuevo ser humano que se desarrolla a si

³⁹ (CDF. Instr. “Donum vitae. “ 2,1)

⁴⁰ Catecismo de la iglesia Católica # 2375,2376 y 2377, Publicado por Human Life Internacional – Vida Humana Internacional C. Vaticano 1998.

mismo ... Por lo demás está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola posibilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano... el ser humano debe ser respetado y tratado como una persona desde el instante de su concepción y por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida”, por lo tanto las visiones médicas, la moral como la católica, señalan desde sus muy particulares puntos de vista que la problemática existe y ya sea que nos neguemos a verla como lo señala la iglesia católica o a aplicarla como lo señala la ciencia médica, debemos sancionarla legalmente, el Código de Familia del Estado de Sonora debe en un principio denominar a la maternidad subrogada.

CAPITULO 2.- MATERNIDAD SUBROGADA

2.1. ¿Qué es la maternidad subrogada?

Comenzaré con examinar las diferentes acepciones a la maternidad subrogada para poder estudiar en los capítulos siguientes la problemática que se desprende de este tema.

Definición de Maternidad Subrogada.- Existen múltiples definiciones al respecto, así podemos citar:

- *Según Jesús Gonzáles Merlo*; “Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin cópula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”.⁴¹
- *Según el Informe Warnock*; “Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”. (Reino Unido)⁴²

Situación jurídica por la cual una mujer dota del material genético para la fecundación, y otra por intermedio de su vientre gesta y pare al nuevo ser. Con la intención de entregarlo.

⁴¹*Jesús Gonzáles Merlo* “Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”

⁴²*Según el Informe Warnock*; “Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.<http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-vientre-problemas/alquiler-vientre-problemas.shtml>

La gravidez subrogada, no hay duda, es un proceso atípico, no sólo por llevarse a cabo en un recinto ajeno, sino también por estar alimentado el nuevo ser con sangre distinta a la de su genitora. El examen genético del hijo gestado subrogadamente muestra, de manera incontrovertible, que sus padres biológicos fueron los que aportaron los gametos. Pero, ¿no será posible que esa sangre de la madre de útero llegue a "marcar" en alguna forma a ese hijo adoptado durante nueve meses? Me asiste esta duda al examinar la interpretación revisionista de la ontogénesis, esbozada por A. Bedate y expuesta por el bioeticista y sacerdote jesuita Francese Abel al desarrollar la tesis del componente feto materno y su importancia en el status moral y biológico que pueda asignársele al ser humano en sus etapas más tempranas. "La dotación genética del blastocisto dice y la del medio materno, son factores, ambos igualmente necesarios y cada uno de ellos por separado, insuficientes para la existencia del ser humano".⁴³

La gravidez subrogada puede también incluir el aporte, venta o cesión del óvulo, lo cual compromete genéticamente a la mujer substituta, dándole mayor complejidad social, ética y legal al asunto. En efecto, cuando no hay lazo genético es apenas un préstamo del medio ambiente y el hijo así nacido pertenece a los que aportan los genes, es decir, a los padres naturales.

Es uno de los temas más sensacionalistas. Periodísticamente se ha hablado de "madres de alquiler"; se trata de ciertas agencias, rozando la ilegalidad, que actúan como intermediarias en ciertas parejas en que la mujer por diferentes razones no puede o no quiere quedar embarazada y recurre a una mujer que presta su útero para gestar el embarazo, dando el niño a los que van a ser padres legales, mediante una recompensa económica. El caso más famoso es el de Baby M.⁴⁴

En su acepción vulgar el vocablo "subrogar" significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Podríamos hablar de una suerte de reemplazo de una

⁴³<http://www.iech.com.mx/diagnosis-understandingInfertility.aspx> consultado 25-03-2008

⁴⁴1º JORNADAS NACIONALES de BIOÉTICA y DERECHO, Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000 Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la universidad de Buenos Aires.

persona o un objeto que cumplen una función y que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros.

La ciencia médica define a la maternidad como la “relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre”. A su vez, distingue como “maternidad gestacional” a aquella otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación.⁴⁵

La maternidad subrogada, portadora o de alquiler ha sido definida por el informe Warnock (Reino Unido) como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.

Según criterio propio; la maternidad subrogada es la Práctica por la cual se sustituye a la madre genética, a efecto de que es otra mujer distinta quien gesta y pare al concebido.

2.2. Tipos que reviste el alquiler de vientre:

Al respecto en este tipo de relaciones jurídicas intervienen dos partes principales:

Por un lado, la pareja contratante; por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación;

1. La pareja comitente (contratante) aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con

⁴⁵ Conf. *Diccionario de Medicina*. Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra. España, Espasa Siglo XXI, 2000. Los facultativos de ese país aclaran que la m. Subrogada es incorrecta debido a la violencia que impone a la madre y a la cosificación del hijo, debido a que luego de la gestación y el establecimiento de vínculos de afecto, la madre debe entregar al hijo a la pareja contratante.

la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento (Fecundación homóloga).

2. La madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con esperma de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido (Fecundación heteróloga).
3. El material genético es aportado por individuos (parcial o totalmente) ajenos a las partes intervinientes en la relación sustantiva (Fecundación heteróloga).

Podemos señalar al respecto que en el primer supuesto hablamos de una maternidad subrogada propiamente dicha, puesto que se presenta los elementos de que el niño es totalmente ajeno genéticamente a la gestante siendo la pareja contratante con quienes se establece lazos de correspondencia genética. Así en relación al segundo tipo; se presenta una situación que varía la relación sustancialmente, ya que la madre portadora es también quien aporta el óvulo, ello significa que el nuevo ser posee 23 cromosomas que guardan identidad con el genotipo de la signataria, en resumen la gestante es la madre legítima del menor, quien por efecto del contrato suscrito se compromete a entregar al neonato a su correspondiente padre, hecho que sugiere ceder la custodia del hijo al esposo de la pareja contratante, ya sea que ésta renuncia a la tenencia y a ejercer la patria potestad del recién nacido, posibilitando al padre ejercer la patria potestad, en este supuesto no se liquida la relación entre la madre y el menor, ya que la ley le reconoce derechos de régimen de visita, y la obligación de prestar los alimentos a favor del hijo alimentista.

Es diferente el caso en que la madre genética y gestante por fuerza del acuerdo se compromete a dar en adopción al menor a la pareja contratante, extinguiendo de esta manera el vínculo materno-filial, y otorgándole la calidad de padres adoptiva a la pareja comitente. Por otra parte en referencia al tercer caso debemos decir, que es un típico proceso de inseminación artificial, en donde el material genético le es ajeno

(parcial o totalmente) a las partes en la relación jurídica sustantivo del alquiler de vientre, del cual se desprende puede revestir una serie de situaciones:

En el caso que le sea parcialmente ajeno, ya que puede ser producto del óvulo o espermatozoide de un familiar de la pareja pactante, en dicho caso se entiende que el material genético, dado por donación (óvulo, espermatozoide), se hace por libre voluntad y en tal sentido no existe cuestión controvertida al respecto de la titularidad de la información genética, ya que el donar un gameto, renuncian a todo derecho sobre él y las consecuencias de su uso.

Al mencionar que es relativamente ajena a las partes signarías en la relación, da pie a que se pueda suscitar que este vínculo proviene de la ofertante del vientre, dado que el marido de la gestante podría haber donado sus gametos, en cuyo supuesto la única forma de efectuarla entre el menor y la pareja comitente sería a través de una figura de la adopción.

En el supuesto de que el material genético le sea absolutamente ajeno, se aplicaría el axioma “Mater sempercertaest”, reputándosele a la gestante como la madre legal, en dicho caso por fuerza del acuerdo “pactasuntservanda” se ve compelida a entregar al menor mediante la vía de la adopción, pudiendo asumir una posición de contravenir lo acordado y asumir los deberes de madre, sin que la pareja u otro pueda alegar vínculo biológico alguno con el recién nacido.

Esta técnica que posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula, puede desarrollarse con las siguientes variantes:

1. La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento;

2. La madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con esperma de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido.
3. El material genético es aportado por individuos (ambos o solo uno de ellos) ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero.

En el supuesto planteado en el segundo acápite, no se trataría estrictamente de un alquiler de vientres, en razón de que la portadora es, además, autora del material genético.⁴⁶

Para arribar a este resultado se emplea la técnica de la fecundación in vitro de manera tal que, una vez realizada la fusión de los gametos, el embrión resultante es implantado en la mujer que, de este modo, prestará su cuerpo haciendo posible la gestación y el parto.

Una vez que el niño ha nacido, la mujer que lo dio a luz cede su custodia al esposo de la pareja contratante -cuando tal identidad coincide con quien ha aportado el esperma- y renuncia a sus derechos de madre, ofreciéndose, de esta manera, la posibilidad de que la cónyuge de este último pueda adoptar al niño.⁴⁷

Evidentemente, gracias a estas técnicas, las situaciones que se plantean en el ámbito jurídico, ético y sociológico se perfilan harto dificultosas y, en esa inteligencia, es que requieren ser tratadas con profundidad y suma prudencia, como así también interdisciplinariamente, con el propósito de discernir una respuesta que abarque la mayor gama de aspectos que involucran esta problemática.

⁴⁶Conf. Dr. Cáceres. Ponencia presentada en el Congreso hispanoamericano de Derecho de Familia de 1987 (España). Citado por Matozzo de Romualdi, Liliانا. *¿Madre subrogada o esposa subrogada?* ED T 181-1452.

⁴⁷Vidal Martínez, Jaime. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*. Madrid, Civitas, 1988, p 180.; Martínez, J.M. Pereda-Rodríguez. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*. Madrid, Dyckinson, 1994.

En principio, es claro que nos encontramos ante un desdoblamiento de la función materna: por un lado tendremos la "maternidad genética" a partir de la aportación de la mitad de la información cromosomática y por el otro, "la maternidad gestacional" de quien cede su vientre. Empero, cuando la identidad de la donante del óvulo no coincida con la de quien contrata, se verificará la presencia de una tercera interesada: la "madre de deseo". Ahora bien, ¿quién será considerada madre por la ley?; ¿qué repercusiones psíquicas aparecerá en el niño la circunstancia de ser separado de quien lo gestó? Estos y otros interrogantes nos convencen de la necesidad de desentrañar todos aquellos aspectos que involucran a los sujetos comprometidos, en especial, la persona por nacer.

El término "maternidad subrogada", fue acuñado en 1981 por Noel Keane, un abogado de Dearborn, Michigan, que fue el primero en reclutar "mujeres criadoras" para atender la solicitud de parejas infértiles. Es esta una modalidad más de reproducción asistida que permite un comentario ético particular. Subrogar es "sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra". Quiere entonces decir que "maternidad subrogada" es la substitución del estado o la calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer gestante. En mi concepto, madre significa mucho más que matriz y que parto. El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre). Por eso sería mejor hablar de "gravidez subrogada" que de "maternidad subrogada", pues de lo que se trata es de prestar el útero, sustituir la matriz, para implantar el embrión genético de otro, lo cual puede hacerse por altruismo o por comercio, y mediante súplica o por contrato. Se trata de una modalidad sui géneris de gestación que, como van las cosas, no será necesaria cuando los científicos se decidan a hacer realidad la ectogénesis integral.

La gravidez subrogada, no hay duda, es un proceso atípico, no sólo por llevarse a cabo en un recinto ajeno, sino también por estar alimentado el nuevo ser con sangre distinta a la de su genitora. El examen genético del hijo gestado subrogadamente muestra, de manera incontrovertible, que sus padres biológicos fueron los que

aportaron los gametos. Pero, ¿no será posible que esa sangre de la madre de útero llegue a "marcar" en alguna forma a ese feto durante nueve meses? Me asiste esta duda al examinar la interpretación revisionista de la ontogénesis, esbozada por A. Bedate y expuesta por el bioeticista y sacerdote jesuita Francese Abel al desarrollar la tesis del componente feto materno y su importancia en el status moral y biológico que pueda asignársele al ser humano en sus etapas más tempranas. "La dotación genética del blastocito dice y la del medio materno, son factores, ambos igualmente necesarios y cada uno de ellos por separado, insuficientes para la existencia del ser humano. Si bien es cierto que jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde el momento en que el óvulo es fecundado, también es cierto que jamás lo será si no se desarrolla precisamente en el útero y gracias a una estructura feto materno que es la placenta. Sin ella la palabra encarnación tiene muy poco sentido para el obstetra como tampoco tiene sentido que pueda hablarse de persona humana referido al cigoto como totalidad unificada. «Este ser en el útero» es condición <sine qua non> para que pueda existir un cuerpo animado"⁴⁸. Según sostiene Abel, es posible pensar que el cigoto no posee todas las informaciones necesarias para dirigir el desarrollo pre-embrionario y embrionario, ni aun en la forma potencial.

En el proceso de diferenciación se hace necesaria una interacción entre el sistema macromolecular de la madre y el del embrión, estableciéndose así una información recíproca. Si la información que recibe la madre del sistema macromolecular del embrión, no se encuentra diferente, se debe a que el sistema materno ya está diferenciado y la que recibe el embrión, en cambio, puede tener carácter transformante pues su sistema se encuentra en diferenciación. Esta atractiva teoría busca afianzar el concepto de que para la constitución del ser humano es imprescindible la información extracigótica, que proviene de la madre.

Luego de esta obligada digresión retomo el tema. La gravidez subrogada puede también incluir el aporte, venta o cesión del óvulo, lo cual compromete genéticamente a la mujer substituta, dándole mayor complejidad social, ética y legal al asunto. En efecto,

⁴⁸Annas G.J. . . 'Crazy making: embryos and gestational mothers". Hastings Center Report, January-February. p.35. 1991.

cuando no hay lazo genético es apenas un préstamo del medio ambiente y el hijo así nacido pertenece a los que aportan los genes, es decir, a los padres naturales. En cambio, cuando al alquiler del útero se añade la cesión del óvulo, el lazo genético queda establecido entre la gestante substituta, o madre natural, y el que aportó el semen, o padre natural, pasando entonces a ser la esposa una madre de adopción, y la familia, si nos atenemos al concepto que páginas atrás cité, estaría compuesta no por tres sino por cuatro personas. Es lo que Robert Snowden llama parentesco múltiple⁴⁹.

La gestación substituta con aporte de gametos en sociedades conyugales puede estar motivada por razones médicas y sociales. Entre las primeras se cuentan la ausencia de matriz de la mujer interesada o el padecimiento de una enfermedad que no haga recomendable su asociación con el embarazo (por ejemplo, una cardiopatía o una nefropatía); entre las segundas se han mencionado causales invocadas por atletas, bailarinas de ballet, modelos, ejecutivas, es decir, profesionales no estériles físicamente pero para quienes un embarazo significaría el fin de su carrera o, por lo menos, un contratiempo impertinente⁵⁰. Se trata, seguramente, de mujeres a quienes sus esposos, fértiles también, demandan un hijo y ellas están dispuestas a complacerlos pero sin someterse a la incapacitación del embarazo. En esta circunstancia, pienso que de ocurrencia poco frecuente, se intuye que el hijo que dé a luz la mujer substituta no irá a tener el afecto ni los cuidados necesarios por parte de su madre genética, pues su papel profesional es lo que de verdad le importa, lo que impedirá que pueda cumplir a cabalidad el papel de perfecta casada. Ya lo decía Fray Luis de León en el siglo XVI: "Es trabajo el parir y criar, pero entiendan (las mujeres casadas) que es un trabajo hermanado y que no tienen licencia para dividirlo. Si les duele el criar, no paran". En efecto, la llegada de un hijo apareja una inmensa responsabilidad. "Lo que sigue después del parto añade el catedrático de Salamanca es el puro oficio a la madre, y lo que puede hacer bueno al hijo y lo que de veras le obliga. Por lo cual téngase por dicho que esta perfecta casada que no lo será si no cría

⁴⁹Dawson K. y Singer P. "Should fertile people have access to in vitro fertilization?" Brit. Med. Journal 300:167, 1990.

⁵⁰Fray Luis de León. La perfecta casada. Editorial Tor. Buenos Aires.1980. p.167. s.f.

sus hijos, y que la obligación que tiene por oficio a hacerlos buenos, esa misma le pone necesidad a que los críe a sus pechos".

El alquiler o préstamo del útero ha dado lugar también a rechazo por parte de los movimientos feministas, pues se considera que las mujeres son manipuladas como si fueran ganado. Gena Corea, por ejemplo, dice en su fascinante libro *Themothermachine* que la madre subrogada ha sido tenida simplemente como un recipiente del semen del hombre, como una incubadora, es decir, como un objeto. Se les paga por desempeñar una función biológica, la de gestar, olvidándose que ésta apareja sentimientos y afectos que dejan huella en la mujer. Para compensar el riesgo físico y afectivo propio del estado gestacional se ofrece dinero, lo cual ha venido configurando "maternidad subrogada" como un oficio y hasta una profesión. En los Estados Unidos de Norteamérica se han creado agencias que contratan mujeres para esos menesteres, llegando al colmo de pensar en importarjóvenes de Oriente (Corea, Tailandia y Malasia), lo que significa internacionalizar el negocio. Las mujeres que se prestan para esa actividad suelen ser de clase media o baja, que se encuentran en dificultades económicas. Hace diez años se les remuneraba con honorarios que llegaban fácilmente a los diez mil dólares, suma no despreciable, sin duda. Como vemos, este componente de comercialización o mercantilismo le añade un ingrediente negativo más, desfavorable moralmente, a la gestación substituta. Razón asiste a Serrano D. Linares a., de la Organización Panamericana de la Salud, cuando afirman que "la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado, y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre".⁵¹

⁵¹Serrano, D; Linares A. Análisis de las nuevas técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva de género.

Puede darse también la circunstancia de que la subrogación carezca del componente lucrativo y sólo se haga por altruismo. Además de la donación de óvulos entre humanos, la prensa ha registrado el caso de una mujer de 48 años que gestaba tres embriones producto del óvulo de una hija suya y el esperma del esposo de ésta, es decir, que iba a ser madre de útero y a la vez abuela de los neonatos. En circunstancia tal, y descontando el riesgo a que se expone a la gestante y los conflictos familiares y legales que eventualmente pueda suscitar tan insólito hecho, el análisis ético no es tan desfavorable por la ausencia de comercialización; el afecto familiar es el único incentivo.

2.3. Naturaleza Jurídica del contrato de alquiler de vientre o subrogación materna:

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, entendemos que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos, es entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato, ya que ello representa una relación de índole patrimonial y naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades, si ello fuera así, convalidaríamos el hecho que la vida humana en formación, sea de disposición de los contratantes, y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público y los derechos humanos, consideramos que dicho contrato; no es netamente de carácter privatista, por el contrario priva en él, el interés público, puesto que lo que acá se discute es una vida humana, y la salud de la arrendante, bienes jurídicos protegidos por nuestro sistema jurídico, que son de tutela efectiva en el ordenamiento positivo, por lo que compete al interés público del Estado, regular la presente relación jurídica en observancia del principio tuitivo (guarda, ampara o defiende) y de respeto a la dignidad y los derechos humanos, siendo él quien prevenga, el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio, a través del órgano jurisdiccional con la intervención y derecho de contradicción por parte del Ministerio Público, es por ello que es necesario la autorización judicial para

contratar este tipo de servicios, hay algunos que consideran que este tipo de relaciones jurídicas es de interés social, así a decir del connotado *jurista español Jaime Vidal Martínez*⁵², *un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público*, por la cual se entiende que dicho acto jurídico como contraveniente a las buenas costumbres aceptadas, sería nulo, viciado de invalidez y de repudio moral por parte de la sociedad, si bien esta posición es respetada, este punto de vista, no conduce a la solución del problema sino por el contrario lo agrava, ya que es un fenómeno social que requiere solución por parte de la ciencia jurídica, es así que nosotros consideramos que dicha relación es de interés público pero de derecho privado, al igual que el derecho de familia que adopta una enfoque ecléctico.⁵³

Por otra parte es necesario advertir otra dificultad al respecto, se define al contrato estipulado en el Código Civil para el Estado de Sonora como “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos”, nótese que se refiere a una relación jurídica de orden patrimonial, lo que en la doctrina se denomina “Negocio Jurídico”, ahora cabría preguntarse sobre si en este tipo de relación jurídica por la cual se contrata los servicios de una madre subrogada, constituye una relación de índole patrimonial, económica y pecuniaria, es decir si la materia del consentimiento u objeto de contrato es un patrimonio de las partes, admitir ello, sería considerar que el vientre y la vida del concebido es un bien patrimonial de disposición por parte de los signatarios y ejercen derecho de propiedad sobre el mismo, dado que ellos es absurdo, es válido concluir que en el contrato de alquiler de vientre o maternidad subrogada interviene el interés público para regular los excesos de la voluntad de particulares.

⁵²VIDAL MARTÍNEZ .Jaime *Derechos reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida*, (Granada, 1998) . Pág. 191

⁵³CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; “*Derecho Familiar Peruano*, Editorial Gaceta Jurídica, Décima Edición”. Lima-Perú, 2004. Pág. 33.

Es así que en suma la naturaleza jurídica de la relación sustantiva constituida entre los padres genéticos y la madre subrogada viene a ser de derecho privado, pero de interés público.

Figuras jurídica de la relación consensual y denominación de las partes:

A raíz del surgimiento de este fenómeno, en el cual una mujer podía dar a luz al hijo de otra, se le va denominar alquiler de vientre, ello debido a que los primeros estudios enfocan la atención de los psicólogos y juristas en el acto por el cual la pareja contratante, arrendaba el vientre de la mujer ofertante para que llevará en él, la gestación de sus gametos fecundados, al respecto cabría preguntarse si dicha figura es un auténtico contrato de arrendamiento. Ya que entendemos que en un contrato de alquiler como lo señala nuestro Código Civil vigente en el artículo 2664. “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. El contrato de arrendamiento sólo otorga al arrendatario un derecho procesal, en relación con el uso o goce de la cosa estando en consecuencia facultado para exigir la prestación respectiva al arrendatario, sin poder ejercer un poder jurídico directo e inmediato sobre la cosa”.

Por lo anterior, en este contrato intervienen un arrendador concebida esta como la persona que da en arriendo una cosa a cambio de un precio estipulado, que para la relación jurídica en estudio viene a ser la mujer que alquila su vientre o finge de madre sustituta, por otro lado también intervienen un arrendatario, que es la persona que toma en arrendamiento una cosa por el cual paga un precio determinado, para el caso concreto el arrendatario viene a ser la pareja que contrata a la mujer como madre portadora, así también hay una cosa o bien materia de alquiler que viene a ser el vientre.

Esto, nos lleva a preguntarnos si el vientre de una mujer (claustró uterino) es de disposición de la titular del mismo, y si ejerce derecho de disposición sobre él; asumiendo posición flexible diríamos, que al igual que en la donación de órganos y

gametos, esta disposición procede, siempre y cuando no afecte o disminuya considerablemente la salud de la arrendante, a este respecto opinan *Medina y Erades*; que el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio.

No obstante lo cual, resaltan que la disposición del mismo es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible. Hasta este punto podríamos considerarlo un alquiler, sin embargo; cabe la crítica a esta tesis, ya que la arrendataria no adquiere una posición pasiva en la relación jurídica material, como sí sucede en el alquiler convencional, ya que ésta además de arrendar el vientre; asume una serie de obligaciones (cuidado y custodia) al respecto del concebido, durante todo el proceso de gestación, por lo cual debemos expresar que el contrato de arrendamiento no se ajusta al hecho y naturaleza de la relación, porque esta figura regula sólo el supuesto que esta prestación se dé a cambio de una retribución, situación no absoluta.

En consecuencia, se puede expresar que existen dos figuras del catálogo civil vigente, el cual puede amparar esta relación con el objeto de hallar protección legal del orden jurídico; así para nosotros la maternidad subrogada no es un alquiler, es más adecuado decir que dicho contrato, cuando reviste una contraprestación de dinero o retribución alguna, es una prestación de servicios en la modalidad de locación de servicios, como *“el acto por el cual el locador se obliga sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo y para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”*. Así los sujetos en esta figura varían de denominación, siendo el locador la madre sustituta que presta el servicio y los comitentes la pareja contratante que retribuye de manera pecuniaria la prestación.

Por otro lado, cuando de la intención de las partes, se deduzca que la naturaleza de ésta es gratuita, será aplicable la figura del comodato, conceptuada ésta en el Art. 2778 del Código Civil para el Estado de Sonora, que a la letra dice: “El comodato es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no consumible, y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente”,

nótese la diferenciación de la denominación de las partes ,donde el comodante viene a ser la mujer que dispone su vientre, de modo gratuito y altruista, a fin de que sea inseminado, mayormente ello se da cuando existe un vínculo de parentesco de la mujer comodante del vientre (hermana, prima, sobrina etc.) con la pareja comodataria.

La pareja comodataria; no tiene obligación de retribuir o remunerar la entrega en un sentido lato, pues es gratuita, tiene la obligación moral de procurar el bienestar y atención de la mujer gestante e incluso proveerle alimentos.

En resumen, la denominación de las partes varía según el hecho y forma que revista la relación jurídica material, pero debido a que el término alquiler de vientre está enraizado y familiarizado en nuestra sociedad y ser de común uso, vamos a considerar su utilización para referirnos a la Maternidad Subrogada, por una cuestión meramente práctica, a través del presente trabajo, sin contradecir nuestra posición al respecto.

No olvidemos que en derecho de familia; existe la convicción de que la teoría se enfrenta a la realidad, y es por ello que muchas veces la norma se flexibiliza para salvaguardar el bienestar de la institución familiar; así en esta perspectiva somos de la opinión de que el no tutelar las relaciones jurídicas del alquiler de vientre devendrá; en que los particulares de este tipo de acuerdo se coloquen al margen de la ley, desvirtuando la existencia del mismo, es por ello que creemos firmemente en que es necesario declarar la validez de este tipo de convenio estableciendo para ello ciertas condiciones para su tutela, ello es un camino encauzador y certero por el cual se enrumbe este tipo de relaciones por la vía de la legalidad controlada y con pleno respeto de los derechos humanos.

Los nuevos procedimientos científicos de manera natural abren la puerta para la gestación de nuevas situaciones conflictivas, situaciones para las cuales, no hay una legislación ya lista. Precisamente lo que estamos haciendo aquí es discutir ciertos problemas de manera que las razones que puedan ofrecerse y las conclusiones a las que lleguemos sirvan para orientar la elaboración de leyes apoyadas en el debate

racional. De ahí que lo que ahora haré será enumerar y describir las situaciones de las que habré de ocuparme. Tenemos, básicamente, las tres siguientes:

A) Una mujer se embaraza pero como no puede cargar el producto (digamos que so pena de abortarlo) se instala su óvulo ya fertilizado por el esperma de su marido en el útero de otra mujer. Llamaremos a esta última 'incubadora' y, si da a luz, 'madre subrogada'. En este caso, la mujer que transfirió el óvulo es la madre genética.

B) Una mujer gesta en su útero el producto de inseminación (artificial o no) con el semen de otra persona (que puede ser anónima o puede también ser el esposo de la mujer infértil que solicita sobre pedido un niño). En este caso la incubadora es al mismo tiempo la madre genética.

C) Una pareja hace el pedido de un niño a otra pareja que está dispuesta a entregárselo después de que la mujer dé a luz.

El supuesto básico de estas situaciones es que ambas partes firman un contrato. En general, la relación es enteramente comercial: una parte paga para que otra lleve su producto a buen término o le entregue el producto que se supone que especialmente para ella gestó.

Los contratos pueden ser tan detallados o minuciosos como se quiera. Se pagan los servicios médicos, las revisiones, los estudios, la alimentación, etc., de la madre incubadora. El único compromiso de ésta es entregar un recién nacido. Hasta aquí no hay problema. De hecho, pueden surgir varios pero el que más nos interesa discutir es el que se plantea cuando la incubadora, por las razones que sean, se niega a entregar el producto y decide conservarlo. Aquí hay de entrada un problema, puesto que se estaría violando un contrato, el cual no es sino la expresión, plasmada en el papel, de voluntades que en forma libre adquieren determinados compromisos una parte en relación con la otra.

Ahora bien, es muy importante entender la naturaleza del problema o, mejor dicho, de los problemas.

En el primer caso mencionado, el conflicto es entre dos partes que son necesarias para la vida del niño: sin óvulo fertilizado no hay posibilidad de niño y sin ser acomodado dentro de la matriz de una mujer que (por así decirlo) lo anida, tampoco el niño se materializaría. Así, el conflicto sería entre un factor necesario y otro factor necesario y ¿cómo decidir qué factor necesario es más necesario? Así planteado el dilema no parece tener una solución.

En realidad, la pregunta que aquí nos hacemos es (suponiendo que el niño nace normalmente): ¿cuál de las dos mujeres es su madre: la que proporcionó el óvulo o la que lo gestó y permitió que viviera y creciera? A primera vista, tiene tanto derecho una como la otra y es tan arbitraria una respuesta en favor de una como lo es una respuesta en favor de la otra.

En este punto no estará de más hacer una veloz aclaración. Contrariamente a como se plantea en muchos casos, el problema no tiene nada que ver con la verdad, es decir, no estamos tratando de descubrir nada.

Todos los hechos relevantes están a la vista. O sea que los desacuerdos no conciernen a los hechos, sino a cómo acomodarlos o jerarquizarlos. El asunto, por lo tanto, es más bien de racionalidad y de practicidad: lo que queremos alcanzar es lo que sería la mejor estipulación legal posible, es decir, la más congruente con el resto de nuestro sistema de valores y principios, tanto morales como legales. Y es perfectamente posible que el resultado al que lleguemos después de nuestra deliberación sea contrario o inclusive incompatible con lo que nos dicen nuestras “intuiciones morales” más básicas, el sentido común moral. Si en verdad esto es así, ello significaría, como ya se dijo, que para los nuevos conflictos morales (en un sentido amplio de la expresión) la moralidad heredada y el sentido común pueden resultar totalmente inservibles.

Es evidente que nuestra posición final dependerá en alguna medida de lo que sea nuestro enfoque inicial. Si pretendemos enfocar el asunto desde un punto de vista sentimental, por ejemplo, es claro que la balanza tenderá a inclinarse en favor de la madre subrogada, en tanto que si contemplamos el asunto básicamente como una operación mercantil, la balanza favorecerá a la madre genética. El problema es que, por prejuicios quizá, nos resistimos a ver en los productos vivos (y en especial en los humanos) meras mercancías, lo cual es comprensible, pero también es cierto que no podemos sensatamente apoyar la idea de contratos sujetos al capricho de cualquiera de las partes. Una cosa así no es un contrato. De ahí que un enunciado analítico legal sea *los contratos son para cumplirse*, y no podemos ir en contra de verdades *a priori* como esa. Así vista, la situación parece irremisiblemente insoluble: o bien somos legales pero crueles o bien actuamos de conformidad con nuestras intuiciones e instintos, pero ilegales. ¿Cómo salir del embrollo? Una sugerencia consiste en señalar que podría suceder que el carácter problemático de la situación brotara en alguna medida de su carácter confuso. En este caso, es obvio que necesitaríamos aclarar varias nociones y una que ciertamente exige ser examinada es la crucial noción de transferencia.

En el caso que nos ocupa se habla de transferencia en relación con diversas cosas, sólo que hay que observar que la palabra 'transferencia' es ambigua, es decir, quiere decir por lo menos dos cosas, esto es, tiene al menos dos significados. Está, por una parte, la transferencia física o, si se prefiere, geográfica: se traspasa un óvulo fertilizado de un lugar a otro (de un útero a otro). Pero, por otra parte, hay otro sentido de transferencia que también está involucrado en esta problemática y que no es seguro que esté lógicamente implicado por el primero. Me refiero al sentido legal de transferencia. En este sentido, lo que se transfiere son los derechos y las obligaciones de quien en principio tendría la patria potestad tanto sobre el producto como sobre el niño. Por lo tanto, la pregunta a la que habría que intentar responder es: ¿implica el traspaso geográfico el traspaso legal? O, desde el punto de vista de la incubadora, el

hecho de prestar o más bien alquilar su matriz ¿la convierte en propietaria del producto o del recién nacido?

En un sugerente artículo, Edgar Page ofrece un esbozo de solución que aunque insatisfactorio de todos modos es un intento serio por moverse en la dirección correcta. Page insiste en que, en el caso que nos ocupa, hay un acto jurídico crucial que sencillamente no ha tenido lugar, a saber, el acto de donación. La donación 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. Pero si esta distinción es válida, entonces está implicado que a menos de que la mujer que proporciona el óvulo formalmente renuncie a sus derechos sobre él seguirá siendo la propietaria legítima. O sea, de acuerdo con Page si ella no ha renunciado formalmente a sus derechos sobre el producto y el contrato explícitamente enuncia que todo lo que ella hizo fue alquilar los servicios de la incubadora, entonces parecería seguirse que a quien se debe considerar como la madre del recién nacido es a quien proporcionó el óvulo, esto es, a la madre genética. La propuesta de Page es, me parece, debatible, entre otras cosas porque tiene que ver con lo que creo que es una turbia conexión entre ciencia y comercio (no examinada ni mínimamente por Page). Sin embargo, ahora pasaré a considerar rápidamente los otros dos casos mencionados más arriba.⁵⁴

Supongamos, pues, que una mujer acepta ser embarazada (y asumamos que con el semen del marido de la mujer que no puede tener hijos) y que se compromete a entregar al niño al dar a luz. Recordemos, una vez más, que el conflicto que se discute es el que surge cuando la incubadora se rehúsa a entregar al recién nacido. Notemos, primero, que a diferencia del caso anterior en este caso no se produjo transferencia geográfica alguna aunque, por el contrato, sí se habría producido la cesión de derechos, es decir, sí habría habido en principio una donación legal por parte de la madre incubadora, que es en este caso al mismo tiempo la madre genética. Supongamos, pues, que siendo ese el caso la madre incubadora y genética incumple

⁵⁴E. Page, "Donation, Surrogacy and Adoption" en *Applied Philosophy. Morals and Metaphysics in Contemporary Debate*. Editado por Brenda Almond y Donald Hill (London/New York: Routledge, 1991, pp. 272-83).

con lo pactado, es decir, se rehúsa a entregar al niño. Aquí el caso parece menos complicado porque, aunque efectivamente hay un contrato firmado, cualquier legislación que permita que a una madre natural le quiten a su hijo será siempre contra-intuitiva y repugnante. Así como en el caso anterior el contrato tenía primacía frente a los sentimientos, en este caso los hechos naturales parecen tener prioridad *vis à vis* el contrato. ¿Qué es lo que tenemos que inferir de esto: que contratos así son *prima facie* ilegales o más bien que son permanentemente rescindibles, por lo menos por parte de la madre/incubadora? Pero si ese fuera el caso: ¿quién estaría dispuesta a firmar contratos así? Estamos aquí frente a una fuente potencial de estafas sin fin. Podría darse el caso de que multitud de mujeres en situaciones económicas desventajosas firmaran sendos contratos, aprovecharan las ventajas que éstos acarrearán (se les cuida, se le paga, etc.) y luego simplemente y apelando a los sentimientos, sentido común, etc., se quedarán con los niños. Quizá aquí se podría resolver el problema especificando que, en caso de que la incubadora incumpliera, ésta sería obligada a rembolsar a la otra parte y, asimismo (dada la frustración que causaría), a pagar una multa proporcional a lo que se hubiera invertido en ella. El asunto es desde luego espinoso y es poco plausible que se llegue a una solución realmente satisfactoria, pero ahora quisiera terminar mi examen general de los casos con una somera revisión del tercero de ellos.

No debería perderse de vista que a lo que nos enfrentamos aquí es simplemente al caso de un niño sobre pedido: una pareja paga para que otra procrea un niño y se lo ceda. Por sorprendente que resulta, Page declara que este es el caso más familiar de todos, pero en todo caso es evidente que estamos aquí frente a una aberración moral y legal, frente a una práctica que sencillamente no puede permitirse. La razón es evidente: se trata de un caso particular de venta de personas y eso se llama 'esclavitud'. En este caso el problema parecería estar resuelto de antemano: no puede haber dilema porque esa práctica es ilegal. Ni la pareja solicitante tiene derecho a exigir que se le entregue el niño ni la pareja procreadora tiene derecho a venderlo (ni a cederlo, aunque sea *de motu proprio*). Desafortunadamente, como veremos, la cuestión no es tan simple. Consideremos una dificultad que está en el centro de toda

esta problemática, *viz.*, la cuestión transferencia de niños ya formados. En la sociedad contemporánea, la transferencia legal de un niño es y tiene que ser un asunto mediado por instituciones públicas, en el sentido de estatales. Si no fuera así, se establecería de inmediato un comercio inmundo de niños. Éstos quedarían automáticamente desprotegidos. Estarían por completo a merced de los caprichos y la locura de los adultos.

Es, pues, natural y obvio que el estado regule la transferencia infantil y es perfectamente comprensible que, en el sentido de un acuerdo puramente privado, la transferencia de niños sencillamente no esté permitida. Ahora bien, la transferencia de óvulos, fertilizados o no, no está ni podría estar sometida a las mismas regulaciones, siempre y cuando se entienda que, como ya se dijo antes, no equivale, implica o acarrea una donación.

De hecho, en cualquier hospital privado se puede en todo momento efectuar dicha transferencia. Pero entonces aquí se nos plantea un problema de racionalidad, porque la situación ya no parece ser comprensible: si entre el óvulo fertilizado y el recién nacido no hay ningún corte, *i.e.*, si el proceso que lleva de uno a otro es continuo (o sea, no discreto) ¿cómo entonces puede hablarse de transferencia legítima en el primer caso y de intransferencia o de transferencia ilegal en el segundo? ¿Cómo y por qué en el primer caso la transferencia de derechos y obligaciones es libre y en el segundo no? Por lo menos a primera vista, parecería que tenemos que abandonar o el principio de la no transferencia de los niños o el de la transferencia libre de los óvulos y la verdad es que ninguna de las opciones parece aceptable.

2.4. Licitud del acuerdo de subrogación de vientre:

Este es pues uno de los principales problemas, para una reglamentación adecuada sobre una reproducción asistida con el concurso de un alquiler de vientre, ya que para algunas legislaciones es contraveniente e intolerable al orden público, y es por ello refutado de invalidez y punible dicha práctica en muchos Estados; pero como

hemos venido sosteniendo, lo que se trata es de soluciones legislativas y no de salidas penalizantes que sólo tienden a agravar aún más la problemática; así a opinión de los juristas señalan :

En este sentido, opinan *Medina y Erades*; el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público. Sin embargo, agregan que es indisponible e irrenunciable el derecho a la patria potestad dado anticipadamente por la gestante.⁵⁵

Para autores como *Lledo Yague*, y un sector de la doctrina hispana considera que 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 indisponibilidad.⁵⁶

En el ámbito de la doctrina regional, en las *IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil* (San Juan 1989) se manifestó que: “la disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro, es contraria a la moral y al orden público”. *Gustavo Bossert*, en cambio, admite la licitud de este pacto cuando el mismo es gratuito, desconociendo, sin embargo, acción a los contratantes para reclamar al niño; siendo la obligación de quien presta su vientre de tinte puramente natural y, en consecuencia, no exigible judicialmente.⁵⁷

En las *II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros* celebradas en 1992, los Ares. *Bueyes, Bossert, Gesualdi, Cifuentes y Kaller de Orchansky*, afirmaron que “la práctica de la maternidad subrogada no ha de considerarse ilícita en sí misma. No obstante, cabe declarar la ineficacia de los acuerdos de voluntad referidos a la filiación o al pago de un precio”. En sentido opuesto, los Dres. *Nuñez, Noutel, Pereira, Tanzi, Lombardi, López Cabana, Loyarte y Rotonda*, dejaron establecida su

⁵⁵MEDINA, Graciela y ERADES, G. “Maternidad por otro. Alquiler de úteros”. Pág. 8

⁵⁶LLEDO YAGUE. “La genética actual y el derecho de familia” *Rev. Tapia*, Oct. 1987, Pág. 47

⁵⁷PARELLADA, Carlos. “Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético”, *Argentina 1998*. Pág. 425.

opinión en el sentido de que “este contrato es ineficaz, puesto que excede los límites establecidos por la autonomía de la voluntad, y contiene un objeto una causa fin ilícitos”.

Sin embargo, debemos señalar algunas circunstancias que infunden invalidez, ilegalidad e incluso conducta delictiva a este acuerdo, así por ejemplo: el caso en que se simule el embarazo de la madre genética, ello se configura cuando el nombre de la esposa de la pareja comitente, figura en las consultas y ecografías de la mujer gestante e inclusive en el registro de la clínica al momento del alumbramiento, facilitando ello la inscripción del menor como hijo de la pareja comitente, en su mayoría dichas acciones se realizan con la complicidad del médico que atiende el embarazo, ello por lo general en clínicas privadas, que ofrece facilidades, faltando así a la ética profesional.

El problema que aquí enfrentamos es muy semejante al que se plantea en el caso del aborto: si no se tiene derecho a matar a un recién nacido y éste representa la última etapa en lo que es un proceso continuo ¿por qué sí se tendría derecho a eliminar al objeto en lo que sería la primera de ellas? En el caso de la transferencia, la solución de Page es ingeniosa. Lo que él propone es lo siguiente: “Quizá el único lugar racional y razonable prácticamente de trazar la línea sería antes de la concepción o la fertilización. Una regla clara y simple sería que los embriones sólo se pueden transferir o donar mediante acuerdos en los que se entró en algún momento claramente antes de la concepción. Dicha regla nos permitiría trazar una distinción potencialmente valiosa entre adopción y subrogación – una distinción que normalmente no se hace aunque es una distinción que cambiaría nuestras actitudes hacia la subrogación”.⁵⁸ La propuesta de Page es clara: se acepta que así como no hay transferencia de niños tampoco la habría de gametos. En la situación que Page imagina los gametos no serían transferidos o, si se prefiere, serían transferidos desde antes de ser concebidos y, por lo tanto, una vez constituidos su destino ya no sufriría vaivenes legales y el problema mencionado más arriba habría quedado resuelto.

⁵⁸ E. Page, *ibid.*, p. 280

En este caso, la donación se habría realizado *in útero*. La otra gran ventaja de esta propuesta es, de acuerdo con Page, que por fin se podría desligar la subrogación de la adopción. A lo que él nos invita es a no ver la maternidad subrogada como una especie de adopción. La adopción y la subrogación tienen objetivos diferentes. La primera está pensada para proteger al niño, en tanto que la segunda está ideada para ayudar a la mujer que no puede tener hijos.

El esquema de Page es, como dije, ingenioso, pero es dudoso que resuelva todos los casos y las clases de conflictos, además de que se pueden elevar objeciones más bien obvias a lo que propone. Por ejemplo, independientemente de que el contrato entre dos mujeres se haya hecho antes o después de la concepción, la posibilidad está siempre abierta de que la madre natural se desdiga y no quiera entregar el producto. ¿Por qué el momento del contrato sería en este caso relevante siquiera? El problema no surge en el momento de firmar un contrato, sino en el momento de cumplirlo. En este caso, me parece, la propuesta de Page es tan inefectiva como cualquier alternativa.

Es la técnica que más controversias causa en el campo ético jurídico. Este término viene de la traducción de la expresión inglesa *subrogated motherhood*, también se le conoce como maternidad de sustitución, maternidad de alquiler o alquiler de útero. Esta última denominación se considera inadecuada, porque la mujer gestante compromete todo su organismo durante el embarazo y no sólo el útero.

2.5. Efectos Jurídicos del alquiler de vientre:

- A) Por la sola celebración del acuerdo.- Una vez suscrito el instrumento privado surte sus efectos jurídicos para las partes en lo que compete:
- Queda establecida la calidad de partes.

- Se determina el ámbito espacial y temporal en donde se realizará la etapa de inseminación y la subsiguiente etapa de preñez.
- Por efecto del ámbito espacial se sujetan a la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se lleva a cabo el proceso de subrogación materna.
- El arrendador se obliga a la prestación del vientre para ser inseminado artificialmente.
- Los arrendatarios se comprometen a brindarle los cuidados necesarios durante la gestación y el pago de un estipendio al concluir el proceso.
- Cláusula Condicionante o Circunstancial: opera frente a determinadas situaciones, en algunos casos se estipula algunas condiciones eventuales o circunstanciales en cuyo caso una de las partes queda obligado a adoptar determinada conducta por la fuerza del acuerdo celebrado, es así:

a) Algunos arrendatarios señalan que en caso de que el embrión, tras la prueba de **amniocentesis** adolezca de una enfermedad congénita o genéticas, este deberá ser abortado por la gestante.

b) En caso que la gestante pierda al feto por culpa o negligencia, esta no tendrá derecho a reclamar el precio convenido por tal acuerdo.

Es importante señalar que en los casos en que opera este tipo de cláusulas, al respecto del primer ejemplo descrito, son en determinados ordenamientos en las cuales aborto es un hecho legal, claro que ello no puede ponerse en práctica en nuestra realidad jurídica ya que ello constituiría un acuerdo ilícito puesto que contraviene el ordenamiento jurídico público y en consecuencia sería nulo, por otra parte el aborto es un delito y ello significa que en caso de ejecutarse dicha cláusula los coautores cómplices y participes, serían pasibles a la sanción que corresponda.

Por efecto del parto o alumbramiento.- Una vez dado a luz la mujer se hacen efectivos una serie de efectos jurídicos (derechos y obligaciones):

a) La madre gestante se obliga a entregar al recién nacido a los padres biológicos-genéticos; este tipo de entrega de acuerdo al orden jurídico se puede realizar de dos modos:

Se entiende que el orden jurídico reconoce la calidad de padres quienes dan el material genético, por el cual los padres legítimos y legales son los arrendatarios de la relación jurídica siempre y cuando sean sus gametos fecundados quienes dan origen al neonato. Así se desecha la máxima del derecho romano que expresa “*Mater sempercertaest*”, quien consagra la maternidad por medio del parto que simboliza el hecho vinculante, y de identidad entre madre e hijo, es de entender que estos conceptos han sido removidos y cuestionados por los avances científicos para el cual una persona puede dar a luz a un individuo, que le sea completamente ajeno genéticamente (Genotipo, fenotipo). Cabe aclarar que el ejemplo acá citado se puede convalidar en un ordenamiento donde opere “*Mater sempercertaest*”, si dicha relación se constituye a partir de una autorización judicial.

En este segundo caso, se da en aquellas legislaciones en las cuales aún se consagra la determinación de la maternidad mediante “*Mater sempercertaest*”, es así que para efectos legales la madre es la gestante, quien dará en adopción al niño producto del proceso de fecundación *In Vitro*, a los padres genéticos por los cauces legales establecidos para este caso, pero en realidad lo que se está suscitando es el cumplimiento de la obligación contraída por medio del acuerdo.

b) La gestante recibirá el pago del justiprecio establecido, a manera de retribución por la prestación del vientre o subrogación de maternidad.

c) Queda disuelta la relación jurídica material por efecto de la entrega del menor a sus padres genéticos y la cancelación del estipendio a favor de la arrendante.

Es preciso señalar una serie de apreciaciones, al respecto; que el nuevo ser deja de ser objeto de derecho y pasa a reconocérsele como sujeto de derecho, adquiriendo

las prerrogativas de su condición, sea que este acápite es controvertido, es necesario interrogarnos al respecto de: ¿Qué viene a ser el concebido en dicha relación jurídica sustantiva? En ese sentido podemos esgrimir distintas hipótesis, sobre ¿en calidad de qué interviene, es acaso una parte, tercero u objeto materia del acuerdo?

Podemos señalar que es una parte; pero el problema resultaría en probarlo, ya que su conducta no es la de una parte interviniente en el acuerdo, puesto que no se nota consentimiento alguno al momento de la celebración del convenio, muy por el contrario él aún no existe y menos adquiere obligaciones ni derechos en calidad de parte, puesto que no puede otorgársele derechos a un individuo que no tiene existencia alguna, y menos obligaciones ya que no tiene capacidad para responder ante ellos.

Entonces afirmaríamos que es *un tercero*; un tercero del cual se dispone, sin requerir consentimiento para ello, podríamos decir que es un tercero a quien se le otorgan derechos, en todo lo que le favorezca, es entonces que cabría preguntarse qué clase de derechos, si consideramos que la vida, es un derecho inherente al individuo, y que no surge como consecuencia de convenio alguno, en este sentido podríamos fundarnos en que es un sujeto de derecho, puesto que tiene derecho a la vida, e incluso hereditario, ello no resulta tanto así, si entendemos, que bajo la existencia de la cláusula circunstancial su vida está condicionada a que éste nazca sano y no adolezca ninguna enfermedad, ergo sino es simplemente desechado como un bien inservible, en dicho supuesto queda descartado la posición de sujeto de derecho, ya que se dispone de su vida obedeciendo el interés privado de las partes, es como un bien que simplemente si no cubre sus expectativas lo desechan, en este aspecto no puede ser un tercero puesto que para las partes no tiene calidad de persona.

La última posición al respecto, es *de considerarlo como un objeto*, es una situación indignante considerar cosa u objeto a un ser humano, pero al parecer de las partes no viene a ser más que ello, lo dicho se deduce de que el objeto central del acuerdo es el proyecto de vida de un nuevo ser, del cual se dispone, por libre acuerdo de los signatarios, quienes condicionan la vida independiente del mismo, incluso a

hechos tan absurdos como expectativas del hijo, como la salud plena del menor. Es entonces a instancia de partes el concebido en la relación jurídico material no es más que un objeto de derecho que adquiere categoría de sujeto por medio del nacimiento, puesto que como vida humana independiente el ordenamiento jurídico lo ampara. Así al respecto *el español Jaime Vidal Martínez*⁵⁹ expresa; *la legislación que, en el código civil de España (art. 1271), consagra, establece que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando, por ello, la nulidad del mismo.*

Es necesario señalar que ello se da cuando prima el interés privado por encima del interés público, bajo el estricto cumplimiento del principio de la libertad consensual de los particulares, ello en un mercado de competencia perfecta en un modelo liberal puro en el cual, el principio “dejar hacer dejar pasar” es el fundamento de tales atrocidades que van en contra de la dignidad humana y los derechos humanos; lo cual no se suscita cuando el Estado intervine cautelando las actividades de los particulares, en busca del bienestar común y la defensa de los derechos fundamentales de la persona. Es por ello necesario un Estado cauteloso y vigilante en vez de un convidado de piedra que abandona su fin y se corrompe por el juego viciado del libre mercado, que consiente la desnaturalización del ser humano en un mero objeto.

2.6 Puede recurrirse a la maternidad subrogada en las siguientes situaciones:

- Cuando la mujer de la pareja carece de ovarios y útero.

Las causas de infertilidad de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud son:

- 40% por causas femeninas
- 40% por causas masculinas
- 20% por causa inexplicable

⁵⁹VIDAL MARTÍNEZ Jaime, Madrid. Pág. 191

Causas de infertilidad femenina

Entre un 75% – 80% de las causas de infertilidad en la mujer son causadas por: *Anovulación, Endometriosis y Factor Tubo-Peritoneal.*

Anovulación: Es causada por disfunción hormonal. Esta disfunción en muchas ocasiones es provocada por estrés, exceso de ejercicio y aumento o baja de peso con dietas muy estrictas.

Endometriosis: Presencia de células y glándulas fuera del útero, que normalmente se encuentran dentro. El 10% de las mujeres la pueden padecer, y esta endometriosis se encuentra en 40% de las mujeres con infertilidad. En ocasiones tiene una tendencia hereditaria.

Factor Tubo-Peritoneal: Se manifiesta principalmente por el daño en las trompas de Falopio debido a infecciones y enfermedad inflamatoria pélvica. Este daño impide que el óvulo, que es liberado por el ovario, logre entrar a la trompa y se una con los espermatozoides.

- Cuando es estéril por anomalías en el útero, pero tiene ovarios normales.
- Cuando la pareja es estéril por anomalías o fallas genéticas
- Cuando la mujer ha muerto y antes de morir dejó un embrión congelado, producido de una fecundación in Vitro de un óvulo de ella y espermatozoides de su marido.
- Cuando una pareja de hombre homosexuales o un hombre solo insemina artificialmente a una madre subrogada con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

Esta última hipótesis experimenta más rechazo, puesto que muchos países no permiten la adopción de niños por parte de parejas homosexuales y de lesbianas, ya que el hecho de que el niño crezca, durante el proceso de su formación con una pareja de esta índole implica que adquiera valores equivocados y no tanto por la educación que se le brinde, sino por el ejemplo que tiene constantemente en su vida.

Así vemos países que han dejado de lado sus prejuicios como Dinamarca, Alemania, Andorra, Australia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Reino Unido, República Checa, Suiza.

En Latinoamérica: Colombia, Uruguay y a nivel regional en la Ciudad de México, Coahuila, así como en el estado brasileño de Río Grande del Sur y Tasmania, Australia, además en seis jurisdicciones de Estados Unidos: Massachusetts, Connecticut, Iowa, Vermont, Nuevo Hampshire, Washington, D.C. donde aceptan el matrimonio entre homosexuales, pero de eso a dejar que adopten niños, no es algo que se les permita.

Encontramos dos posturas, una la que está a favor y otra la que está en contra:

LOS QUE LA ACEPTAN:

Las personas adultas son libres para decidir su reproducción, impedirles esta libertad a la maternidad o paternidad, desde un punto de vista médico, las mujeres estériles tienen derecho a que les solucionen su problema y como la labor de un médico es ayudar para corregir esta patología, debe permitirse la maternidad subrogada pues se posibilita que sean madres las mujeres imposibilitadas para ello.

LOS QUE LA RECHAZAN:

Se distorsiona la relación madre hijo, puesto que la mujer deliberadamente acepta quedar embarazada con el objetivo de entregar al hijo después del parto.

Si la mujer durante el proceso de gestación se mentaliza, que el embarazo es parte de un contrato, puede adoptar una actitud fría frente a la criatura.

Esto le hará más fácil la entrega del niño después del parto, pero el niño estará recibiendo un trato degradante, siendo asimilado a una mercancía.

Considero que esta técnica es justificable en algunos casos, como cuando el embrión utilizado, es producto de la pareja, pero debido a que no tiene un útero, y se le impide poder llevar a cabo a la mujer el embarazo se recurre a alquilar un vientre. Sin embargo en algunos otros casos en que los ovarios, el útero y el embarazo se dan o son producto de la madre sustituta, es un engaño psicológico, el querer pensar que la mujer que lo solicita, es la madre; pues a pesar de que la fertilización heteróloga, los gametos puedan ser un donante diverso al esposo todo el proceso de procreación es llevado a cabo por la cónyuge (mujer), a diferencia de la utilización extrema de esta técnica en donde la cónyuge no interviene en nada, Convirtiéndose, efectivamente el nacido en una mercancía, distorsionándose la idea de la procreación en un vil negocio lucrativo . Y en ese caso no es justificable, sin embargo en términos generales ésta, al igual que las demás técnicas antes señaladas, es una alternativa viable, justificable y sana, para la realización personal, y por qué no para la sociedad. Pero que claro, que como para todo; dichas técnicas deben de ser utilizadas con sus limitaciones, y por lo tanto si deben ser reguladas por la normatividad jurídica de cada país.

Podemos decir que la maternidad subrogada implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer, y la renuncia de los derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, en función del propio contrato de gestación, en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante.

2.7. Características del contrato de subrogación.

- Existencia de acuerdo, o contrato entre un matrimonio y una mujer fértil para que ésta procrea y dé luz a una criatura.
- Percepción de un beneficio pecuniario por parte de la madre sustituta.
- Obligación de la madre subrogada de inseminarse con el semen del marido de la mujer contratante o de aceptar la implantación de un embrión formado por Fecundación in Vitro, con gametos de la pareja o de un miembro de la pareja y donante o de tercero.

- Renuncia de la madre subrogada a todos los derechos filiales, respecto del niño que ha parido.
- Compromiso de custodia o de adopción del niño por parte del marido de la mujer contratante.

En este tipo de contrato, a su vez de señalar problemas especiales como:

1. Si pueden exigirle a la madre subrogada, que no fume, no ingiera alcohol, y prohibiciones como éstas, etc.

Estos supuestos considero que deben quedar regulados en el contrato, pero este también debe tener como respaldo la ley, donde debe regularse todos estos aspectos, para que en caso de olvido, o descuido, se pueda recurrir a ésta y solucionarse aspectos de posibles conflictos.

2.8. Elementos Constitutivos:

Viene a ser un conjunto de condiciones que entendemos imprescindibles su exigencia, para que dicha relación jurídica conformada entre arrendador y los arrendatarios del vientre, hallen tutela en el orden jurídico, ellos son a nuestro juicio:

I. Una pareja heterosexual bien constituida, con solvencia moral y económica así como estabilidad psicológica.

II. El estado de necesidad de la pareja para acudir a contratar dichos servicios

III. Autorización Judicial que compruebe el estado de necesidad y asienta la contratación de una madre subrogada, con intervención del Ministerio Público.

IV. En los casos que la madre sustituta sea un familiar ésta, deberá acceder por un fin únicamente altruista y totalmente gratuito, los arrendatarios se comprometerán a cubrir

los gastos que demande el embarazo y una pensión alimentaría hasta que ésta dé a luz.

V. El fin que persigue dicho acto jurídico debe ser lícito.

VI. Pleno consentimiento de las partes en la relación jurídica, en este sentido nadie puede ser obligado a prestar su vientre para la gestación, para el caso concreto, así como también nadie puede sin consentimiento disponer de gametos para este tipo de fecundación.

2.9. Conflicto de interés en la relación jurídica material:

En este tipo de acuerdos intervienen tres partes: por un lado, la pareja contratante; por el otra, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; y, en tercer lugar, el equipo profesional (médicos, biólogos, obstetras) encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora. Dado que la naturaleza del ser humano es conflictiva no podemos dejar de mencionar las principales controversias que se pueden suscitar dentro de la relación jurídica del alquiler de vientre, que van a dar origen a la reclamación de esas pretensiones en la vía judicial, así pues son algunos:

1. Por la existencia de una contraprestación pecuniaria, ante la prestación de locación de servicios; un conflicto puede producirse por la no cancelación de los comitentes al locador de la retribución convenida, en tal caso, dado que el pago debió producirse al finalizar la prestación, el locador podrá demandar la cancelación del mismo aduciendo responsabilidad contractual, siendo medio de prueba el documento suscrito por las partes, y sólo si dicho servicio fue contratado con previa autorización judicial.

2. Otro hecho que puede generar un conflicto entre las partes, es la omisión al deber de cuidado sobre el bienestar del concebido, que desencadena en la muerte de

éste o lesiones en perjuicio de su salud, en dicho caso, la pareja comitente, puede demandar la indemnización de daños y perjuicios, irresponsabilidad del locador, u optar por la vía penal al denunciar aborto preterintencional.

3. Un problema de filiación, puede producirse; por el fallecimiento de ambos comitentes, en dicho caso quien asumiría la paternidad del menor, la gestante podría hacerse cargo de la responsabilidad materno-filial, ello produciría una contradicción por parte de ascendientes o parientes de la pareja contratante, a este respecto sería válido que ellos reclamen la custodia y tutela del menor, no siendo parte en la relación jurídica material. Dado que son los causahabientes de la pareja es válida su intervención, pero no puede oponerse al vínculo natural de la madre gestante, por lo cual si ella conviene en hacerse cargo del menor, tendrá el respaldo legal, sumado a ello que por jurisprudencia internacional, se ha establecido que el embrión o el concebido no son asimilables por vía testamentaria.⁶⁰

4. Con referencia al acuerdo establecido con el equipo médico, y en tanto el alquiler de vientre se encontrará amparado legalmente, la obligación sería de medios y no de resultados y, por tanto, no correspondería responsabilizar a estos, cuando la anidación del embrión en el útero de la portadora no llegase a realizarse si el profesional puede demostrar que ha actuado con toda la diligencia y tecnología a su alcance⁶¹. Desde luego, los galenos habrían de ser susceptibles de responsabilidad por los daños a la salud o fallecimiento de la madre o del niño si la actividad desplegada ha estado signada por impericia o negligencia. Si, por el contrario, la ley hubiese prohibido estos contratos, la sanción en materia penal y administrativa se sumará a la civil inferida al nacido en caso de que éste hubiere resultado dañado.⁶²

5. El hecho más controvertido en materia de nuestra investigación, son los conflictos suscitados como consecuencia de la determinación de la filiación, en el

⁶⁰Giberti, Eva. *¿Adopción de embriones? En Los Hijos de la Fertilización Asistida*. Buenos Aires. 2001. Pág. 37

⁶¹MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ. Pág. 133

⁶²SAMBRIZZI, Pág. 239.

sentido de quién es la madre del menor, la que da los genes o quien gesta el producto de dicha fecundación, esto a raíz de la negativa de la madre subrogada de entregar al menor, en abierta resistencia a cumplir con el contrato, así la pareja comitente demandará la declaración de paternidad y la otra parte contestará reconviniendo la declaración de paternidad a su favor, así se genera una especie de debate en el *iter procesal* de mejor derecho sobre el menor.

6. Otra hipótesis se configura cuando la mujer comitente aporta su óvulo y el marido de la gestante su esperma. En este caso juega la presunción de maternidad por el hecho del parto a favor de la gestante y se presume padre al marido de ésta –quien, además es padre biológico-, ¿podrá la madre biológica impugnar la maternidad de la portadora?, nos inclinamos por la respuesta afirmativa en tanto aquella será tenida por tercera interesada.

Desde luego, el hijo podrá impugnar en todo tiempo la maternidad atribuida por el parto y reclamar la maternidad genética.⁶³

2.10. ¿COMO PODEMOS ATRIBUIR LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD?

Encarna Roca Trías, Catedrática de Derecho Civil Universidad de Barcelona en su artículo denominado filiación asistida y protección de los derechos fundamentales, hace un estudio en el cual abarca este tema que a la letra transcribo:

“Si las reglas que rigen el sistema de filiación asistida están pensadas para evitar las consecuencias de la esterilidad humana, tal como pone de relieve el art. 1.2 LTRA (Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), ello significa que se requiere un sistema de atribución de la maternidad/paternidad que facilite la inserción del nacido en la familia de los padres iniciales, teniendo siempre en cuenta que es posible que no coincida la paternidad/maternidad biológica con la jurídica”.

⁶³CANO, María E.; “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”. Madrid- España Pág. 14.

La cuestión tiene que ver con los medios de atribución de la maternidad y de la paternidad, como ya se ha puesto antes de relieve: los medios tradicionales o son inadecuados ante la realidad de la filiación asistida, o producen resultados inadecuados o perversos. Los Códigos atribuyen la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre, la prueba biológica de que alguien es padre genético o bien por medio de la forma más típica de la paternidad social, la adopción. Los problemas que surgen con la técnica de reproducción asistida no se ajustan a ninguna de estas situaciones. La regulación que se efectúa en la ley 35/1988 y en el Código de Familia de Cataluña demuestra la flexibilidad de la noción de paternidad como consecuencia de la ruptura de las conexiones entre dos relaciones que han constituido el núcleo de las normas reguladoras de la cuestión:

- 1) Paternidad y matrimonio.
- 2) Paternidad y relaciones sexuales.

En el primer caso se presume que es padre el marido de la madre; en el segundo, se va a atribuir la paternidad cuando se prueben las relaciones sexuales con la madre, si no están casados. En la filiación asistida, el principio es distinto, puesto que se desplaza de la biología a la voluntad. En efecto, la ley 35/1988 y de ella, el Código de familia de Cataluña, emplean los siguientes elementos para solucionar el problema que se plantea: se parte de un sistema análogo a la adopción en el sentido que el peso específico se otorga al consentimiento, desplazando de este modo el dato biológico. Este ya no sirve para atribuir la paternidad puesto que el donante nunca va a ser considerado padre, ni tan solo cuando se descubra su identidad (art. 8.3 LTRA). De aquí que la verdad biológica en general juegue un papel no exclusivo en la filiación, ya que tanto en este caso, como en el de la adopción, la voluntad de los que asumen el rol de padres tiene una intervención decisiva.

Hay que distinguir entre las reglas que atribuyen la paternidad y las que atribuyen la maternidad.

A) Atribución de la paternidad. El art. 7 LTRA se remite a las leyes vigentes para la atribución de la paternidad, es decir, el Código civil (Art. 115-126 C.c.), el Código de

Familia de Cataluña (arts. 89-97 CF) y la Compilación de Navarra (art. 70 FNN) .El mismo art. 7 LTRA establece que esta aplicación se efectúa "a salvo las especialidades contenidas en este capítulo", lo que significa dos cuestiones: i) que cuando la técnica utilizada haya sido la fecundación asistida, se aplicarán las reglas de la ley 35/1988 y, ii) que estas reglas se aplicarán siempre que ello sea posible, de modo que en Cataluña debe aplicarse lo dispuesto en el Código de Familia, que contiene también reglas para determinar la paternidad en estos supuestos.

Dicho lo anterior hay que distinguir los casos en que la fecundación asistida tiene lugar en una pareja casada y los que tienen lugar en una pareja no casada y dentro de cada supuesto hay que distinguir también los casos en que se haya efectuado con material del marido/compañero de la madre o con material de donante.

1° Pareja casada

a) Que se haya producido la inseminación de la esposa con semen del marido. En este caso no se produce ningún problema respecto a la atribución de la paternidad, puesto que coinciden el elemento biológico y la voluntad manifestada en el escrito indubitado a que se refiere el art. 8.2 LTRA. Por tanto el marido de la madre es el padre del hijo de ésta. Además, en este caso no sería posible una acción de impugnación de la paternidad, ya que la investigación sobre la base de pruebas biológicas daría como resultado la atribución por este sistema de la misma paternidad. El único problema se presentaría cuando el consentimiento se hubiese prestado por error, violencia o intimidación, aunque coincidiendo las características genéticas del marido con las del hijo, pienso que sólo podrían existir acciones de resarcimiento entre el marido y la esposa, sin que el vicio de la voluntad afectara a la filiación. La misma solución aparece en el art. 92.1 CF 8 (Código de Familia de Cataluña), que establece que "los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del marido formalizado en escritura pública, se consideran hijos matrimoniales del marido".

b) En el caso que la inseminación se haya producido con material genético de donante, hay que distinguir asimismo si se ha efectuado con consentimiento del marido o sin él. En el primer caso, la voluntad de asumir la paternidad aparece manifestada en

el escrito indubitado exigido en el art. 6.4 LTRA, o la escritura pública exigida en el art. 92.1 CF. Este debe reflejar claramente que se presta el consentimiento para "la fecundación con contribución de donante" y debe ser anterior al inicio del tratamiento. Cuando no hay consentimiento o éste ha sido prestado concurriendo alguno de los vicios de la voluntad que lo anulan, habrá que recurrir a las reglas generales que regulan las acciones de impugnación de la paternidad. Concretamente, el art. 136 C.c. (Código Civil de Cataluña) y el art. 106 CF (Código de Familia de Cataluña).

En ambos casos se exige que el reconocimiento conste en un documento indubitado que haya sido otorgado antes del inicio del tratamiento. En las regulaciones españolas hay discrepancia sobre la forma del documento: mientras para los lugares que se rigen por la ley 35/1988, el art 6.4 se remite a lo que establece el art. 8.2 LTRA, en el que "se considerará escrito indubitado el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por el varón [casado] con anterioridad a la utilización de estas técnicas", que deberá, además reunir los requisitos de libertad, consentimiento informado y formalidad (art. 6.4 LTRA in fine), el Código de Familia de Cataluña exige siempre escritura pública, cuando se trata de técnicas de reproducción asistida practicadas en mujeres casadas (art. 92.1 CF). Se aplica aquí, por tanto, el principio del consentimiento frente a la atribución de la paternidad por medio de datos biológicos y por ello, el art 8. 1 LTRA establece que ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación, con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la fecundación", lo que significa que se prohíbe, en beneficio del hijo, la impugnación de la paternidad sobre la única base de la discrepancia genética. Ello no impide, como ya se ha puesto de relieve antes, que en aquellos casos en que no haya concurrido el consentimiento o esté viciado, no se puedan ejercer las correspondientes acciones.

Evidentemente, si no existe el consentimiento del marido, no se le atribuirá la paternidad y caso que apareciera inscrito como hijo del marido de la madre en el

registro civil, se podrá ejercer la acción de impugnación de la filiación, de acuerdo con las reglas generales.

La determinación filial tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica. Es decir, responde a un interés familiar que debe reputarse prevaleciente: el derecho de toda persona a obtener el lugar en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde⁶⁴. Así trataremos de esgrimir una fórmula de determinación de maternidad en los casos de maternidad subrogada:

Cuando de la relación jurídica sustantivo, se desprenda que los donantes del material genético, es la pareja comitente (fertilización homóloga), y la prestación del vientre es remunerado, la madre subrogante, no tendrá derecho a pedir la declaratoria de filiación del menor en su favor, debido a que el infante tiene vínculo genético de identidad con la pareja comitente, y por otra parte se entiende a la remuneración convenida como presupuesto de renuncia expresa a todo derecho sobre el menor. Así el juez debe apreciar la seguridad y bienestar del infante y establecer a su criterio, si es conveniente autorizar un régimen de visitas, por parte de la madre sustituta.

Sin embargo en el supuesto, que la prestación del vientre es por un fin altruista y totalmente gratuito, sea la fertilización homóloga o heteróloga, la subrogante tendrá que ratificar su consentimiento después de dar a luz, sobre si desea ceder la custodia y la patria potestad del menor, en caso de notificarse, la gestante asumirá la maternidad y la patria potestad del recién nacido. Sin derecho a ser apelado dicha decisión por los comitentes. Sin embargo, el padre biológico podrá asumir dicha paternidad.

En el supuesto; de que la prestadora del vientre, también sea la donante del óvulo usado para la fecundación, el concebido no podrá ser objeto de cesión contractual, deberá optar ésta, en caso de no querer asumir su maternidad, por dar en adopción por las causas legales correspondientes al menor, a favor de los comitentes.

⁶⁴A. BIGLIARDI, Karina y ESTIVARIZ, María Soledad; "Determinación filial en las nuevas técnicas de reproducción asistida"

Si fuera el hecho de que el concebido, es hijo del esposo de la pareja contratante, por efecto de haber sido él quien dio su espermatozoides usado en el proceso de inseminación artificial (fecundación heteróloga), éste tiene la obligación de asumir su paternidad e inscribirlo conjuntamente con la madre, así como prestar los alimentos, si se suscitan las circunstancias en que la madre, no quisiera, es inadecuada o incapaz para asumir la patria potestad, éste será asumido por el padre, no siendo admisible en este caso dar en adopción al menor a los comitentes o a terceros.

Si se da el hecho, que los gametos son de terceros ajenos (parcial o totalmente) a la relación jurídica material, dependiendo el caso concreto; o cuando sea ajeno parcialmente, ya que uno de los comitentes hayan prestado sus gametos, este se reputará hijo de la pareja contratante, sin derecho a contradicción por parte de la gestante, si ésta se halla en calidad de remunerada por sus servicios; si fuera en razón de fin altruista y gratuito, operará la ratificación del consentimiento, para ceder en adopción al menor a la pareja signataria. O Si es ajeno absolutamente; y la gestante es remunerada, tendrán derecho a la paternidad los cónyuges comitentes, si se da el hecho de que la gestante actúa con espíritu altruista y sin percibir retribución alguna, operará la ratificación del consentimiento, después del alumbramiento.

En síntesis, este conjunto de fórmulas que aquí propugnamos, están orientados reconocer la categoría de padres genéticos, como una paternidad legítima, así también a modo de sanción, suprimir cualquier derecho sobre el menor, de aquella que hace de la gestación una actividad lucrativa, como reconocer y valorar los sentimientos de la gestante que actúa altruistamente sin percibir retribución alguna. Se cree que así se puede llegar a operar el principio de justicia en estos casos, buscando sobre todo el bienestar del menor, como expresión del principio tuitivo.

2.11. MATERNIDAD SUBROGADA EN SONORA.

En México existen 15 centros de reproducción asistida, 6 de ellos están en Guadalajara⁶⁵, 3 en el Estado de Sonora. Este es el servicio que el Hospital Cima de Hermosillo ofrece para que se realice la maternidad subrogada.

Clínica de Biología de la Reproducción Humana de

Hospital CIMA Hermosillo

Clínica de Biología de la Reproducción Humana de Hospital CIMA

Director: José María Mojarra Estrada
Dirección: Hospital CIMA Hermosillo,
Paseo del Río San Miguel 35 - 230,
Col. Proyecto Río Sonora, C.P. 83280. Ciudad: Hermosillo, Sonora. Teléfono: (662)
259-0964
www.torremedicacima.com jmojarra@rtn.uson.mx

La Clínica de Biología de la Reproducción Humana de Hospital CIMA Hermosillo, cuenta con la Licencia Sanitaria de la Dirección General de Trasplantes y se encuentra afiliada a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. **(Hospital CIMA logró el primer nacimiento en Sonora logrado por Fertilización in Vitro, 2000)**

CEFAM

Creando Familias Hacemos de tus Sueños una Realidad

Bld. Navarrete 369 Int. 2A.
Entre Blvd. Solidaridad y Paseo las Quintas
Colonia Santa Fe, Hermosillo Sonora
Tel: (01 662) 260-1120 y 260-1123

Somos el grupo médico con mayor presencia a nivel nacional no sólo por nuestras clínicas sino por el número de médicos en el interior de la República, que se apoyan de nosotros para ofrecer servicios de Reproducción Asistida.

⁶⁵<http://www.comsoc.udg.mx/gaceta/paginas/359/359-7.pdf>

CLINICA MERPER CREASIS

HERMOSILLO

HOSPITAL CIMA

PASEO RIO SAN MIGUEL No. 49 INT 116 Y 117

COL PROYECTO RIOS SONORA CP. 83280

HERMOSILLO, SONORA

TELS. (662) 25 99 306, (662) 25 90 958 Y (662) 25 99 306

Centro de Reproducción Asistida S.C. (CREASIS) se fundó bajo la dirección del Dr. Manuel Rolando García Martínez y el Dr. Carlos Félix Arce, al término de su entrenamiento en USA.

CAPITULO 3

FILIACION

3.1. CONCEPTO

El estudio de la filiación se ocupa de problemas derivados de la reproducción humana, concretamente de las relaciones existentes entre reproductores y reproducidos. Si bien la filiación se define como el lazo de parentesco que une al hijo con sus padres, la función que el derecho atribuye a la filiación pone de relieve que ésta no siempre se identifica con la generación natural. La filiación determina cuestiones que no tienen que ver con la naturaleza propiamente dicha sino con una organización social: alimentos, custodia, educación, sucesión, etc.

Tradicionalmente, el coito era la única vía que daba lugar a la fecundación de la mujer, al embarazo y finalmente al parto. A partir de este último, es que se produce la filiación natural y los respectivos efectos jurídicos. Nuestra legislación considera que la maternidad natural se produce con el parto, es madre por naturaleza la mujer que, como consecuencia del embarazo da a luz una vez transcurrido el tiempo necesario para la viabilidad del feto. Y es padre natural, el hombre que haya fecundado a la madre por medio del coito (verdad genética).

Si bien la determinación de la maternidad es fácil dilucidar, para determinar la paternidad se recurren a diferentes presunciones y al reconocimiento y posesión de estado como títulos principales para determinar la filiación.

Nuestro sistema de filiación, respecto de la paternidad natural, se basa en la verdad genética mientras que la maternidad se basa en la verdad biológica. El título de atribución de la paternidad corresponde al hombre que aportó el semen, mientras que el título de atribución de la maternidad corresponde a la mujer que dio a luz, no a la que aportó el óvulo, en caso de IAD (Inseminación artificial a partir de donante).

Las mencionadas técnicas de fecundación asistida han introducido cambios sustanciales que inciden directamente sobre la regulación de la filiación. Esta nueva realidad a la que venimos aludiendo, parte de un presupuesto inicial completamente diferente: ahora es posible la procreación sin la relación sexual. Esta situación se complica aún más con las numerosas variantes posibles, según que los gametos (femeninos o masculinos) o el útero en el que se desarrolle la gestación sean o no de uno de los miembros de la pareja; exista o no consentimiento del cónyuge.

¿Es padre del nacido por IAD el marido que la ha consentido, o quizá el anónimo donante del semen?, ¿Es madre la mujer que ha gestado un hijo que ella no quiso para sí pero lo dio a luz o bien aquella aportante del material genético?

Esta situación o relación nueva requiere innegablemente un tratamiento en congruencia con ello: o bien elaborar una nueva categoría jurídica con terminología idónea y un régimen jurídico apropiado, con soluciones también nuevas; o buscar adecuarlas a los viejos esquemas y dentro de estos definir por una parte, quienes son el padre y la madre nacidos por fecundación artificial y por el otro lado, determinar qué tipo de relación jurídica puede haber entre el ser nacido por este procedimiento y la persona que proporcionó el gameto femenino o masculino.⁶⁶

Partiendo de esta situación fáctica, debemos empezar por preguntarnos quién es el padre-madre formal y social del ser nacido por inseminación artificial o fecundación in vitro con intervención de donante y también qué papel desempeña este último en cuanto transmisor de la herencia genética. Otro problema fundamental es determinar si el nacido por medio de esas técnicas, puede ejercitar acciones de reclamación frente al varón o/y mujer cuyos gametos fueron elemento genético y causal de su vida y ser.

Como ya hemos reiterado a lo largo de este trabajo, el deseo de tener un hijo forma parte de la condición humana, deseo que a veces se ve frustrado por causas

⁶⁶ <http://www.ideal.es/waste/clonación>.

orgánicas. La medicina intentó permanentemente remediar esta dolencia surgiendo así los diferentes métodos de inseminación. Así, realizaron en el laboratorio aquello que no se lograba por los medios naturales. Es decir: procreación sin sexo.

Estas nuevas técnicas de reproducción desafían algunos principios básicos del derecho de familia, alterando el orden social vigente y comprometiendo de esta forma los pilares básicos de la sociedad argentina.

El legislador estructuró el ordenamiento principalmente sobre la filiación natural, es decir teniendo en cuenta el vínculo biológico. La prueba de esa filiación natural, está regulada por medidas que tienden a acreditar fehacientemente quién es el padre y quién es la madre.

3.2. BREVES NOCIONES DE FILIACIÓN CIVIL:⁶⁷

El derecho de familia ve, en todo momento, comprometida sus instituciones por el orden público. Las normas que rigen el derecho de familia tienen el carácter de imperativas, son de aplicación insoslayable y prevalecen sobre cualquier acuerdo de los particulares, Es decir, que encontramos en esta área del derecho, una verdadera restricción a la autonomía de la voluntad en miras a la tutela de un interés superior, el interés de la familia. El Estado regula las instituciones en miras a un interés rector, interés familiar y el interés social en protección de esa célula básica.

Cabe destacar que en el presente párrafo se hará una breve noción del tema en cuestión ya que extendernos más sobre el mismo, conllevaría a la redacción de otro trabajo.

La filiación, es el "vínculo jurídico determinado por la procreación entre los progenitores y sus hijos". Este vocablo deriva del latín, filius, (hijo) y comprende el

⁶⁷Rojina Villegas Rafael, Derecho civil Editorial Porrúa Segunda parte, Pág., 276.

conjunto de relaciones jurídicas que determinadas por la paternidad y la maternidad vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia. De allí que la procreación constituye el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial.

La vinculación jurídica establecida en la relación filial coincide, en la generalidad de los casos con la verdad biológica; sin embargo, en numerosas ocasiones ese nexo biológico entre progenitores y sus hijos no existe legalmente y a pesar de ello la ley, los vincula en una relación jurídica fundándola en el interés familiar (adopción). Pero también puede darse el caso inverso, una vinculación biológica sin que exista una relación jurídica entre progenitor y el hijo (abandono). Casos éstos en los cuales no se puede determinar la filiación por no poderse probar el nexo biológico aunque este exista.

Cabe concluir entonces, que "el vínculo paterno-filial constituye un estado civil, basado principalmente en el nexo de reproducción biológica, y excepcionalmente en el vínculo consensual de la adopción".

3.3. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN:

"La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial". Todas ellas surten los mismos efectos conforme a las disposiciones del Código Civil de la República de Argentina. La filiación por naturaleza presupone y reconoce el vínculo jurídico donde existe una relación biológica entre progenitores e hijos; si esa vinculación puede acreditarse, la maternidad o paternidad quedar determinadas jurídicamente.⁶⁸

⁶⁸[http /www.net.hispano.edu.mx/derecho](http://www.net.hispano.edu.mx/derecho). Pág. 27

La determinación de la filiación, significa, según Bossert y Zannonni, "La afirmación jurídica de una realidad biológica presunta". El sistema actual del Código Civil, establece afirmaciones sobre la filiación que están basadas en presunciones iuris tantum, por lo tanto es posible demostrar (mediante proceso judicial) que existe nexo físico entre alguno de los progenitores y el hijo, o que el nexo determinado no es real y que por lo tanto corresponde atribuir una filiación distinta.

La determinación de la filiación puede llevarse a cabo de diversas maneras como lo comente anteriormente:

a.- Voluntaria: mediante reconocimiento de progenitores;

b.- Judicial: por sentencia firme dictada en juicio;

c.- Legal: por medio de las presunciones establecidas en el Código.

Con relación a las acciones que se quieran entablar en un proceso judicial ateniendo a las diferentes pretensiones, se pueden clasificar en: acción de impugnación de la filiación o bien acción de reclamación de la filiación.

Cuando por el proceso judicial se tiende a lograr una filiación hasta el momento desconocida, es decir aquella que se intenta para probar el vínculo biológico entre alguno de los progenitores y el hijo, se entabla una acción que recibe el nombre de: acción de reclamación de la filiación.

En cambio, cuando la filiación está ya determinada, y lo que se busca es modificar o cambiar esa relación establecida, a la acción judicial se la denomina: impugnación de la filiación.

3.4 DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD.

Determinación de la maternidad:

Según el adagio popular, la madre es siempre cierta, (no así el padre) ya que el parto es un hecho real y concreto que garantiza el vínculo biológico que une al hijo con su madre.

Sin embargo esto ya no resulta ser en todos los casos cierto, pues no siempre será madre la que pare, ya que si recordamos existe el alquiler de vientres, o la madre subrogada, en donde la que pare no establecerá la relación, de filiación ni de la maternidad, sino aquella que contrató o solicitó los servicios de la mujer que prestó o alquiló su vientre; pero es cierto que la determinación de la maternidad se produce "por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido".

Determinación de la paternidad:

En principio se podría pensar que la relación padre-hijo es más compleja de determinar debido a que no existe certeza absoluta de quién es el padre del niño.

Para determinar la paternidad se debía tener en cuenta la naturaleza de la relación existente entre el padre y la madre. De lo que se traducía que los niños serían, en principio, matrimoniales o extramatrimoniales según que sus progenitores se encuentren legalmente casados o bien en una situación no reglada por el derecho. La importancia de esta categorización se manifiesta posteriormente en las formas que se utilizarán para determinar la paternidad, que difieren según nos encontremos dentro de una u otra situación. Sin embargo esta situación cambia, al meter de por medio alguna de las nuevas técnicas de procreación artificial, pues en el uso de las mismas, en algunos casos, es la posición con respecto a la madre, que se encuentra en dificultad

de determinar, quedando de esta forma en igualdad de circunstancias, el demostrar la paternidad o maternidad.

Determinación y prueba de la paternidad matrimonial:

Cuando el niño nace dentro del seno de una familia unida en matrimonio legalmente constituido, la filiación del hijo se presume matrimonial.

Una vez que se ha probado la maternidad, al marido de dicha madre se le atribuye legalmente la paternidad de ese hijo, ello sin perjuicio de que se impugne como falsa, dicha paternidad mediante un juicio posterior. Es decir, que la determinación de la paternidad matrimonial opera de manera automática sin necesidad de que el marido reconozca expresamente a ese hijo como propio.

Esta presunción comienza a jugar desde la celebración del matrimonio, es decir que los hijos nacidos después de dicho enlace aunque hayan sido concebidos antes del matrimonio se les presumen matrimoniales. El plazo máximo al cual se extiende esta presunción es de 300 días posteriores a la separación, divorcio o anulación del matrimonio.

“Se presumen hijos del marido, los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores de su disolución, anulación o separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los 300 días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario”.⁶⁹

Si mediante matrimonios sucesivos de la madre, se presume que el hijo nacido dentro de los 300 días de la disolución o anulación del primero y dentro de los 180 días de la celebración del segundo tiene por padre al primer marido; y que el nacido

⁶⁹ III Congreso Mundial Vasco "La filiación a finales del siglo XX "Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción Humana. Ed. Trivium, Madrid 1988

dentro de los 300 días de la disolución o anulación del primero y después de los 180 días de la celebración del segundo, tiene por padre al segundo marido. Las presunciones establecidas en este artículo admiten prueba en contrario".⁷⁰

Lo anterior es legislado por el Código de Familia para el Estado de Sonora en su artículo Artículo 214, el cual a la letra dice:

Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los nacidos después de la celebración del matrimonio; y

II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, sea por inexistencia o nulidad del vínculo, muerte de uno de los cónyuges o divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio, inexistencia o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges.

Contra esta presunción se admite cualquier prueba excluyente o determinante de la paternidad, particularmente las de carácter biológico.

Determinación de La paternidad extramatrimonial:

Para determinar el vínculo filial que une a un padre con un niño nacido de una relación extramatrimonial, se establecen ciertas pautas, a saber: Ej. Se presume padre al concubino de la madre si convivía con ésta al tiempo de la concepción del hijo; se presume así mismo, que la posesión de estado de hijo para con el progenitor, cuando este le dispensó trato de hijo, y se equipara al reconocimiento expreso.

Sin embargo, por si solas estas presunciones no bastan para atribuir inmediatamente la paternidad, aunque resultan de relevante importancia al ser ofrecidas como medios de prueba en un proceso judicial.

⁷⁰ Carlos José Mosso, Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial. El Derecho, 23 de abril de 1996 pág. 40

Por tales motivos La paternidad del hijo extramatrimonial puede quedar establecida:

- a.- Por una sentencia judicial Que declarará como cierto o existente el vínculo jurídico; y
- b.- Reconocimiento voluntario por parte del padre, en el acta de nacimiento, o ante juez competente.

3.5. ACCIÓN DE FILIACIÓN:

El Código de Familia para el Estado de Sonora establece tres principios rectores sobre esta acción:

- a.- Imprescriptibilidad de la acción de reclamación.
- b. Obligación de accionar previa o simultáneamente por la impugnación de una filiación ya establecida cuando se pretenda reclamar una filiación nueva.
- c. Admisión de toda clase de pruebas.

Las acciones de filiación se clasifican en dos grandes grupos. Por un lado encontramos las que pretenden lograr el vínculo jurídico probando la existencia de un nexo biológico o posesión de estado, y son la denominada acción de reclamación de estado y aquellas que tienen por objeto el desplazamiento de una filiación ya establecida reciben el nombre genérico de acciones de impugnación.

Impugnación de la maternidad:

- La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo, y seguidamente:
- Podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos,
- Por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo.
- La mujer podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del niño.

No podrán ejercer esta acción los progenitores que hubieren sabido de la sustitución y la hubieren aprovechado inscribiendo el hijo como propio. Tampoco tendrían legitimación para accionar aquellas personas que hubiesen tenido conocimiento de la simulación ya que nadie puede alegar su propia torpeza.

Impugnación de la paternidad matrimonial:

Como ya se ha mencionado anteriormente, el hijo de una mujer casada se presume iuristantum hijo del marido. Es por ello que éste puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio o bien dentro de los trescientos días luego de su disolución o anulación alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley, no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esta circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba pero no será suficiente la sola declaración de la madre.

La acción de impugnación de la paternidad del marido podrá ser ejercida por éste y por el hijo, este último tiene cuatro años para ejercer dicha acción, siempre y cuando tenga su mayoría de edad; sólo el marido (y sus herederos) y el hijo están legitimados para accionar por impugnación de la paternidad matrimonial. Parecería inadmisibles que un tercero aún a sabiendas de que es el verdadero padre del hijo

podría intervenir en la estabilidad de un matrimonio y afectar los vínculos jurídicos creando caos en las relaciones familiares. La ley ha querido amparar la estabilidad de la figura matrimonial e impedir que un tercero en su interés personal ventile una relación extramatrimonial o desconocida. Siguiendo este razonamiento, tampoco la madre podría impugnar esta paternidad ya que si fue ella la que ocultó el origen de su hijo debe atenerse a las consecuencias de su actitud no pudiendo alegar su propia torpeza para justificar su accionar.⁷¹

Impugnación de la paternidad extramatrimonial:

La determinación de la paternidad extramatrimonial puede resultar de una sentencia judicial que declare ese vínculo o bien mediante el reconocimiento del padre o madre.

Acción de reclamación de la filiación:

Cuando una persona no tiene determinada su maternidad o su paternidad, puede ejercer esta acción de reclamación de su filiación. La reclamación de filiación puede ser ejercida por el hijo contra quien presuma que es su progenitor, en cualquier momento ya que es imprescriptible.

La ley permite que si el hijo ha iniciado ya la causa judicial y muere antes de concluirla, tengan legitimación para proseguir el juicio sus herederos, incluso ésta puede ser entablada por los herederos del hijo si éste muere siendo menor o incapaz.

3.6. Filiación y los nacidos bajo técnicas, de fecundación asistida:

Capacidad para suceder:

⁷¹ Soto Lamadrid, Biogenética. filiación y delito. Ed Depalma 1990 Pág. 48

Las nuevas técnicas de fertilización asistida, han traído aparejado numerosos cuestionamientos tanto en el orden ético, religioso, científico, social, teniendo innumerables consecuencias en el ámbito del derecho.

En tanto se es persona desde el momento mismo de la concepción el embrión goza de los atributos propios de la personalidad entre los que se encuentra la capacidad, como la aptitud legal para ser titular de derechos y obligaciones.

Desde la óptica del derecho sucesorio tiene la capacidad para suceder toda persona viable o jurídica. En tal sentido ninguna duda cabe de que la persona concebida al tiempo de la muerte del autor de la sucesión goza de capacidad de derecho.

Haciendo una interpretación analógica, concluimos que la persona concebida por técnicas de inseminación artificial goza de la misma capacidad para suceder desde el momento mismo de la concepción y aún antes de su transferencia al interior del útero, al igual que cualquier otro niño nacido mediante fecundación natural.

Distintos supuestos en la procreación artificial:

Recordemos que la fecundación artificial puede ser clasificada según su naturaleza en: homóloga, *intraconyugal* o *extraconyugal* y *heteróloga*. Según la técnica empleada, *inseminación artificial* o *fecundación in Vitro*.

En la inseminación artificial homóloga, no existe diferencia alguna entre la fecundación intraconyugal y extraconyugal porque la vocación hereditaria del hijo no depende de su calificación de matrimonial o extramatrimonial. La única cuestión que puede traer emparejada algún conflicto, es la posibilidad de que la inseminación se llevará a cabo luego de fallecido el padre (llamada inseminación post mortem). De llevarse a cabo esta práctica cabría preguntarse si la persona concebida de tal modo tendría vocación hereditaria respecto del causante. Nuestra legislación parecería negar

esta posibilidad dado que exige como presupuesto para suceder que la concepción se haya producido al tiempo de la muerte del causante.

Lo anterior encuentra apoyo con una nota publicada en el periódico El Universal, de fecha siete de septiembre de dos mil once, en la cual se desprende, que la Secretaría de Salud rechaza la propuesta de reforma para la Reproducción Asistida, misma que a continuación se transcribe para conocimiento.

CIUDAD DE MÉXICO | miércoles 07 de septiembre de 2011 Ruth Rodríguez | El Universal16:30

José Ángel Córdova Villalobos, secretario de Salud, se pronunció en contra del congelamiento de embriones en la reproducción humana asistida y a favor de una legislación en la materia que no ponga en riesgo la salud y la vida de las madres gestantes, así como de los bebés por nacer. Anunció que este día enviará a la Cámara de Diputados su postura para que la propuesta de reforma sea más eficiente.

En la víspera de que la Comisión de Salud discuta la propuesta de reforma a la Ley General de Salud, impulsada por senadores y diputados del PRI, PRD y Partido Verde, el titular de la dependencia, se manifestó en contra de la manipulación y/o selección de embriones, pues no se puede permitir que se gesten más de los que van a hacer implantados, es decir, no más de tres.

En sentido, alertó que entre más tiempo pasa, los bebés que nacen de embriones congelados van a tener muchas más alteraciones, "incluso el riesgo a la muerte puede ser más alto", además de problemas de autismo, entre otros padecimientos.

En el caso de la madre, reconoció que el abuso en la hiperestimulación ovárica le puede provocar cambios metabólicos "gravísimos", e incluso la muerte, por lo que la legislación en la materia debe ser eficiente y respetar el derecho humano a la vida.

Explicó que desde hace 22 años se practica en México la reproducción humana asistida, a través de técnicas en la que se fecundan muchos embriones, lo que ha derivado en su congelamiento, pero sin saber con exactitud cuántos existen en este momento (algunos científicos e investigadores calculan en 150 mil ese número).

"Es preferible en este caso buscar la mayor eficiencia y el mayor, insisto, respeto a la vida del nuevo ser que se está gestando", argumentó enfático Córdova Villalobos, tras advertir que lo mejor es optar por la vitrificación de óvulos a la crio-preservación de embriones.

"No se justifica que se queden embriones residuales, embriones que tendrían que ser crio-preservados y menos ahora porque hay otras técnicas en las cuales si eventualmente no se logró generar un embarazo por ese embrión que fue introducido en el útero, pues se pueden vitrificar, por ejemplo, los óvulos, y después ponerlo en contacto con un espermatozoide y poder nuevamente hacer el intento de tener un embrión para un embarazo", destacó.

En entrevista, Córdova Villalobos sostuvo que hay varios aspectos técnicos que son importantes de analizar, por lo que la Secretaría de Salud enviará el posicionamiento de los expertos del Instituto Nacional de Perinatología sobre las técnicas más avanzadas que en este momento tienen mayor éxito, sobre todo que se usan en el mundo, para que sirvan de apoyo a la decisión de los legisladores.

Subrayó que los principios rectores de la legislación en materia de reproducción humana asistida deben de preservar o de ver siempre por el derecho humano del derecho a la vida, pues se trata de técnicas que evidentemente tienen sus riesgos, por lo que tienen que ser bien normatizadas para que no se

abuse, como ahora sucede, con la hiper estimulación ovárica en las mujeres, "lo que puede generarle cambios metabólicos gravísimos e incluso la muerte", dijo.

El Secretario de Salud reconoció que urge una legislación que regule la práctica de las técnicas de reproducción asistida en México, debido a que se trabaja con la vida humana.

Por otra parte, en la inseminación artificial heteróloga, pueden presentarse dos supuestos: la inseminación de la mujer miembro de la pareja con semen de un tercero donante o bien la inseminación artificial de una tercera (maternidad subrogada) con semen del padre miembro de la pareja.

En el primer supuesto, según el artículo para que el hijo reclame la filiación biológica deberá impugnar primero la paternidad de quien lo ha inscrito como hijo propio. Si bien ante esta situación hay autores que también le otorgarían al niño nacido por inseminación artificial capacidad para heredar del donante, consideramos que esto sería desvirtuar el objeto de conocer sólo su origen y tornar esta situación en una búsqueda de bienestar económico.⁷²

En el segundo supuesto (maternidad subrogada), la situación es aún más conflictiva teniendo en cuenta que se estaría celebrando un contrato de objeto prohibido. Se nos presenta la hipótesis de que si durante la gestación del niño fallece la mujer miembro de la pareja, el *nasciturus*, no podría sucederla. En cambio, si el que falleciera fuera el padre biológico, el concebido mantendría su vocación hereditaria.⁷³

Por otra parte el hijo tendría siempre la posibilidad de impugnar la maternidad de su madre aparente y reclamar la de su madre biológica.

Partiendo de que los embriones son personas y que como tales merecen la protección y el reconocimiento de todos sus derechos. En la fecundación in Vitromuchas veces nos encontramos frente a la existencia de embriones que ya han sido concebidos y aún no han sido implantados, situación que trae aparejado grandes conflictos e interrogantes desde el punto de vista del derecho sucesori

⁷² Marcelo Urbano Salerno "Problemas jurídicos que plantea la procreación asistida" LL 1994. E Pág. 1294

⁷³ Vidal Martínez. La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos La Ley 1986 D. Pág. 1013.

CAPÍTULO 4.- ANÁLISIS COMPARATIVO EN LA LEGISLACION NACIONAL

A efecto de tener una visión jurídica respecto de la maternidad subrogada o cualquier otra denominación que se le de, en la legislación civil de la república mexicana, en este capítulo se presenta un estudio comparado de las normas civiles sustantivas de los estados de la república mexicana, a efecto de identificar el tratamiento jurídico que se le da.

4.1. MARCO FEDERAL:

La Constitución Política Federal refiere en su artículo 4° que “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

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

Como se puede apreciar, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos otorga a los mexicanos el derecho a que las parejas decidan libremente sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, lo que significa que no prohíbe la forma en que se tengan a los hijos; natural, adopción, u otra (maternidad subrogada, in Vitro, concepción, fertilización, reproducción, etc.), ya que sólo hace referencia a la libertad de que las parejas tengan hijos.

Ley General de Salud

La Ley General de Salud consagra en un capítulo lo relativo a las investigaciones biogenéticas pero no regula a la reproducción asistida de manera completa. Sin embargo, ninguna ley regula de modo directo y amplio la inseminación artificial, y por lo tanto tampoco contempla la maternidad subrogada.

4.2. MARCO DE LEGISLACIONES LOCALES:

A bien de tener un panorama jurídico nacional respecto de la regulación de la inseminación artificial se presenta un análisis de cómo se contempla tanto en los Códigos Civiles así como en los Códigos de Familia de las entidades federativas de la República Mexicana:

4.2.1. Códigos Civiles de los estados que no contemplan la inseminación, reproducción, fecundación, fertilización o concepción asistida, maternidad subrogada.

N°	Estado
1	Código Civil del Estado de Aguascalientes
2	Código Civil del Estado de Baja California
3	Código Civil del Estado de Baja California Sur
4	Código Civil del Estado de Campeche
5	Código Civil del Estado de Chiapas
6	Código Civil del Estado de Chihuahua
7	Código Civil del Estado de Coahuila
8	Código Civil del Estado de Colima
9	Código Civil del Estado de Durango
10	Código Civil del Estado de Guanajuato
11	Código Civil del Estado de Guerrero
12	Código Civil del Estado de Nayarit
13	Código Civil del Estado de Nuevo León
14	Código Civil del Estado de Oaxaca
15	Código Civil del Estado de Puebla
16	Código Civil del Estado de Querétaro
17	Código Civil del Estado de Quintana Roo
18	Código Civil del Estado de Sinaloa

19	Código Civil del Estado de Sonora
20	Código Civil del Estado de Tamaulipas
21	Código Civil del Estado de Tlaxcala
22	Código Civil del Estado de Veracruz
23	Código Civil del Estado de Yucatán

Códigos civiles que si la contemplan:

N°	Entidades
1	Código Civil del D.F
2	Código Civil del Estado de Jalisco
3	Código Civil del Estado de México
4	Código de Familia para el Estado de Michoacán
5	Código Civil del Estado de Tabasco
6	Código de Familia para el Estado de Hidalgo
7	Código de Familia del Estado de San Luís Potosí
8	Código de Familia del Estado de Zacatecas

Como se apreciará a continuación, entre estos siete estados y el Distrito Federal que contemplan el uso de métodos de concepciones humanas diversas, se denota una falta de uniformidad entre estos métodos permitidos, así como la terminología usada para un mismo concepto.

Distrito Federal

Reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el: 25-V-2000, 17-I-2002, 16-I-2003, 13-I-2004, 09-VI-2004, 06-IX-2004, 22-VII-2005 y 28-X-2005.

Artículo 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Artículo 325.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.

Artículo 326.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

Artículo 329.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la

filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

Michoacán

De los derechos, deberes y obligaciones de los cónyuges

Artículo 150. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio, socorrerse mutuamente, procurarse ayuda, solidaridad y asistencia.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear, en los términos que señala la Ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia.

Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Artículo 301. El parentesco de consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.

Capítulo II

Del divorcio necesario

Artículo 261. Son causas de divorcio:

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge;

Capítulo IV

Estado de México

Artículo 4.112.- La reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial solo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge. Tampoco podrá dar en adopción al menor nacido, mediante este método de reproducción.

Prohibición de padres o tutores

Artículo 4.113.- No podrá otorgarse el consentimiento de los padres o tutores para la reproducción asistida en una mujer que fuere menor de edad o incapaz.

Clonación

Artículo 4.114.-Queda prohibido todo método de reproducción asistida en la mujer, para la procreación de seres humanos idénticos por clonación o cualquier otro procedimiento dirigido a la selección de la raza.

Prohibición de la investigación de la paternidad

Artículo 4.115.- En los casos en que la inseminación artificial se efectuó con espermatozoides proveniente de bancos o instituciones legalmente autorizadas, no se dará a conocer el nombre del donante ni habrá lugar a investigación de la paternidad.

Consentimiento judicial para la inseminación artificial

Artículo 4.116.- El consentimiento a que se refiere este capítulo deberá otorgarse judicialmente.

TABASCO

ARTÍCULO 31.- Capacidad de goce. La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno.

CAPITULO III

DE LOS DERECHOS Y DEBERES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

ARTÍCULO 165.- Fidelidad y ayuda mutua. Los cónyuges deben guardarse fidelidad, vivir juntos en el domicilio conyugal, contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y ayudarse mutuamente.

Cualquier convenio contrario a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesto.

Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, extendiéndose a aquellas parejas que viven públicamente como si fueran marido y mujer y sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí.

SECCION TERCERA

DEL DIVORCIO NECESARIO

ARTÍCULO 272.- Causales. Son causas de divorcio necesario:

.....

XVIII.- Emplear, la mujer, método de concepción humana artificial, sin el consentimiento del marido.

CAPITULO II

DE LAS PRESUNCIONES DE PATERNIDAD

ARTÍCULO 324.- Quiénes se presumen hijos de los cónyuges. Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

- I. - Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y
- II. - Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

ARTÍCULO 327.- Cuándo no podrán desconocerse a los hijos. El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.

ARTÍCULO 329.- Imposibilidad de desconocimiento. El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

- I. - Si se probare que supo, antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco;
- II. - Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;
- III. - Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; y
- IV. - Si el hijo no nació capaz de vivir.

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos

ARTÍCULO 340.- Presunción de los hijos de concubinato. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. - Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;

II. - Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina; y

III. - Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común,

que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

ARTICULO 347.-Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte.

Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia. Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

ARTÍCULO 349.- Reconocimiento de hijo no nacido. Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in Vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendientes; pero en este último caso el que reconoce no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos.

ARTICULO 360.- Situación de maternidad sustituta.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se hay declarado que no es su hijo.

ARTÍCULO 365.- Derechos del reconocido. El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho:

- I. - A llevar el apellido del que lo reconoce;
- II. - A ser alimentado por éste;
- III. - A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión intestamentaria; y
- IV. - A ejercer los derechos que este Código concede a los hijos póstumos.

Gozan de estos mismos derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de concepción humana artificial.

ARTÍCULO 399.- Requisitos. Para que la adopción plena tenga lugar se requiere:

- I.- Que los adoptantes sean un varón y una mujer casados entre sí o que vivan públicamente como marido y mujer, sin tener ningún impedimento para contraer matrimonio entre sí;
- I. - Los adoptantes deben tener como mínimo cinco años de vivir como marido y mujer;

- II. - Que el menor a adoptar no tenga más de cinco años de edad, se trate de un niño abandonado o de padres desconocidos, o sea pupilo en casa de cuna o instituciones similares, o sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción;
- III. - Que los adoptantes tengan medios bastantes para proveer a la formación y educación integral del adoptado; y
- IV. - La adopción debe fundarse sobre justos motivos y presentar siempre ventajas para el adoptado.

MORELOS

CAPÍTULO II

DEL DIVORCIO

(REFORMADA, FRACCIÓN XVII, P.O. 4665 DE FECHA 11 DE DICIEMBRE DE 2008)

XVII.- La inseminación artificial o las técnicas de reproducción asistida en la mujer, sin el consentimiento de alguno de los cónyuges;

SAN LUIS POTOSI

Capítulo V

De la Filiación Resultante de la Fecundación Humana Asistida

ARTICULO 236. Se entiende por reproducción humana asistida, la que se verifica a través de la participación de terceras personas y el empleo de técnicas biológicas de reproducción sin coito de la pareja.

ARTICULO 237. Se entiende por técnicas de reproducción asistida aquéllas donde la unión de las células germinales o la implantación del embrión en el útero, se logra mediante la intervención directa en el laboratorio.

ARTICULO 238. Las técnicas de reproducción asistida que podrán practicarse serán las siguientes:

- I. Transferencia intratubaria de cigoto o transferencia tubárica de embriones, consistente en la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando material quirúrgico;
- II. Fertilización in vitro, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y
- III. Fertilización ICSI, ésta se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida.

ARTICULO 239. Se entiende por inseminación homóloga, aquélla en la que el material genético ha sido aportado por ambos cónyuges o concubinos y, por inseminación heteróloga, en la cual al menos uno de los gametos ha sido donado por un tercer extraño. Podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato y derivado de cuestiones de esterilidad o infertilidad, así diagnosticadas, no hayan podido engendrar o concebir. Sólo se permitirá la reproducción heteróloga cuando ha sido médicamente diagnosticada, y se compruebe fehacientemente que no existe otra opción para realizarla.

ARTICULO 240. Si el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no podrá ser inseminada con gametos de quien fuera su marido. Si hubiere un óvulo fecundado en forma extracorpórea, podrá ser implantado sólo en el caso de la mujer viuda, pero ello deberá hacerse dentro de los catorce días siguientes al fallecimiento del marido, a efecto de que pueda atribuírsele la paternidad, pues de no hacerlo dentro del término correspondiente, bajo ninguna circunstancia podrá atribuírsele dicha paternidad. En los casos de divorcio o nulidad de matrimonio, el óvulo fecundado en forma extracorpórea y en fecha posterior a que se decrete la disolución del vínculo, no podrá atribuírsele la paternidad al hombre, sin perjuicio de que pueda ser implantado a la mujer.

ARTICULO 241. Todo pacto o convenio que verse sobre la reproducción humana asistida, realizado en nombre de otra persona es inexistente.

ARTICULO 242. Tratándose de inseminación heteróloga no se establecerá ningún lazo de filiación entre la hija o el hijo y el, la o los donantes de gametos.

ARTICULO 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.

ARTICULO 244. La filiación de las hijas o hijos nacidos fuera del matrimonio, con relación a la madre, resulta del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una resolución judicial que declare la paternidad. También se consideran hijas o hijos del matrimonio los concebidos mediante prácticas de reproducción humana asistida, realizadas con el consentimiento del marido, quien para tal efecto deberá otorgarlo por escrito, con las formalidades de ley.

Quien haya dado su consentimiento para la práctica de una técnica de reproducción asistida, no podrá impugnar la filiación que de ésta resulte, a no ser que la petición se base en que la hija o el hijo concebido no fue producto del tratamiento.

Igualmente, el concubino que otorgó su consentimiento para la aplicación de una técnica de reproducción asistida en su concubina, está obligado a reconocer la paternidad del hijo producto del tratamiento.

La gestación de un embrión, cuya progenitora hubiese fallecido, no afectará la filiación del gestado cuando se trate de reproducción humana asistida.

ARTICULO 245. Declarado nulo un matrimonio, haya buena o mala fe en los cónyuges a celebrarlo, las hijas o hijos tenidos durante el, se consideran como hijas o hijos de matrimonio, aun cuando la mujer se encuentre gestando un hijo, cualquiera que fuera la procedencia de los gametos utilizados.

ARTICULO 246. Contra esta presunción se admite la prueba del ADN, y la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

La reproducción humana asistida llevada a cabo en la madre con autorización del cónyuge, se equipara a la cohabitación para los efectos de la filiación y la paternidad, independientemente de que el material genético pertenezca a un tercero en su carácter de donador.

ZACATECAS

ARTÍCULO 123.-Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de procreación asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges en los términos establecidos por la Ley.

ARTÍCULO 246.-El parentesco de consanguinidad es el vínculo que existe entre personas que descienden de un tronco común.

También se considera parentesco por consanguinidad, el vínculo existente entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hubieren procurado el nacimiento.

ARTÍCULO 290.-El cónyuge no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, salvo prueba en contrario.

Tampoco se podrá desconocer la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

4.2.2 Análisis del Código de Familia de Sonora.

En México se presenta el inconveniente de que existen pocos estados de la república donde se ha legislado sobre la reproducción humana alternativa y por consiguiente a la maternidad subrogada. No existe una norma especial que regule la experimentación y/o el uso de nuevas técnicas científicas de reproducción asistida, negando a las parejas que no pueden tener hijos por medios naturales, la oportunidad de que éstas puedan recurrir a este tipo de técnicas para concebir el hijo deseado, o limitando a quienes pueden ofrecer este tipo de servicios especiales.

Es urgente la necesidad de crear una ley que regule la reproducción humana alternativa, y con ello, impulsar el desarrollo de las familias y bajar el alto índice de divorcios en México por esta causa.

De esta situación se desprende otra de corte civil; encontramos en nuestro Código de Familia para el estado de Sonora, en el Libro Segundo, Título Primero del Parentesco en el Capítulo Único de los Diversos Tipos de Parentesco, en los artículos 206, 207 y 208 los cuales hacen referencia a la reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos.

Artículo 206.- El parentesco voluntario es el que nace de la adopción; del nacimiento obtenido mediante técnicas de **reproducción asistida** con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados lícitamente por sus padres, siempre que la relación se prolongue por más de un año con todas las características y fines de la relación paterno-filial.

No se considerarán acogientes a quienes hayan sido designados padres sustitutos por la autoridad o aceptado la custodia provisional del menor.

En el caso de los menores abandonados o entregados lícitamente por sus padres, para que se establezca el parentesco voluntario entre el acogiente y el menor, será necesario que, en su caso, se declare la pérdida de la patria potestad de quienes la ejerzan.

Artículo 207.- Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de **reproducción asistida** con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.

Artículo 208.- El consentimiento de los cónyuges o concubinos equivaldrá a la cohabitación para efectos de la paternidad y serán considerados padres biológicos del hijo engendrado a través de dichas técnicas, para todos los efectos legales, excluyendo cualquier derecho u obligación del donante.

La autorización para la **reproducción asistida**, admitiendo la paternidad o maternidad del producto, puede hacerse ante el Director de la Clínica o Centro Hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos.

En relación a lo anteriormente establecido por los artículos del Código de Familia para el Estado de Sonora, se desprende que se enfoca a los diferentes tipos de reproducción asistida y diversos métodos de concepción, mas no se menciona, un método que se ha venido presentando a lo largo del tiempo, el cual consiste en la maternidad subrogada, que es el tema en mención, a través de la cual una mujer podrá prestar su vientre para que ahí se desarrolle el embrión de otra pareja.

Asimismo el tema de la maternidad subrogada es de gran importancia para la sociedad sonorenses, porque al igual que en otras entidades del país, existen personas que cuentan con infertilidad en su organismo el cual consiste en un padecimiento asintomático, diagnosticado cuando no se ha logrado concebir un hijo, de manera natural por lo menos durante un año, optando por tratamientos consiguiendo su deseo de ser padres. Desde hace algunos años a estos tratamientos de procreación médicamente **asistida** no sólo acuden mujeres solteras, matrimonios y parejas heterosexuales, sino también lo están haciendo parejas homosexuales.

De lo antes expuesto por los legisladores dentro de las normatividades antes señaladas como se puede apreciar, se omite hacer mención de la maternidad subrogada, el cual se está dando, y se esta extendiendo más y es el de las madres subrogadas que “alquilan” sus vientres para que otra mujer pueda ser la madre de la criatura. Este fenómeno se debe a muchos factores, entre ellos, a que las mujeres retrasan más la edad para ser madres con la consecuente dificultad e infertilidad para lograr la **maternidad**, a que hay mujeres que no tienen pareja pero quieren ser madres, a la esterilidad de la mujer, a que hay un incremento de los deseos de paternidad en las parejas homosexuales de hombres que para conseguir un hijo recurren al alquiler de vientres.

El Código de Familia para el Estado de Sonora, debería de tomar en cuenta esta alternativa para parejas que no puedan procrear un hijo dentro del matrimonio, debiendo asimismo, regular tanto las condiciones antes del embarazo, durante y después de nacido el producto, dejando a un lado diversos obstáculos o situaciones que pongan en riesgo tanto la salud del producto como de las personas que interviene tanto directa como indirectamente, debiéndose seguir ciertos lineamientos y normatividades, que no den puerta a diversos conflictos.

Asimismo, al no ser la maternidad subrogada un método regulado por las leyes sonorenses, la sociedad por temor, así como por ignorancia, piensa que la posibilidad de tener hijos mediante estas medidas se trata de una práctica prohibida, dado que implica un proceso de comercialización de seres humanos siendo el resultado de múltiples conflictos jurídicos.

Lo anterior en base a que el Código de Familia para el Estado de Sonora no hace ninguna otra consideración de otras formas de reproducción asistida como lo hacen el Distrito Federal, el Estado de México y Tabasco.

En los artículos 206, 207 y 208, se señalan algunas disposiciones las cuales contemplan el caso de hijos resultado de la reproducción asistida. Consideremos que la filiación se ocupa de problemas derivados de la reproducción humana, concretamente de las relaciones existentes entre reproductores y reproducidos. Si bien la filiación se define como el lazo del parentesco que une al hijo con sus padres, la función que el derecho atribuye a la filiación pone de relieve que esta no siempre se identifica con la generación natural.

Por otro lado, encontramos a un niño nacido (o por nacer), del que debemos determinar ¿cuál es su situación jurídica de este, frente al marido de la madre?, o como en el caso de la maternidad subrogada, ¿quiénes son sus padres?

Tampoco encontramos nada que venga a regular el caso de la adopción de niños resultado de la subrogación del servicio de reproducción (útero y semen) distintos de los padres adoptivos que hubiesen contratado este tipo de servicios. O el otorgamiento del consentimiento de la madre biológica para la adopción plena.

Gracias a estas lagunas jurídicas, y la existencia de necesidades de reproducción como una expresión de la perpetuación de la especie de los individuos, y que muchas de las parejas sonorenses están incapacitados biológicamente para tener hijos y para trascender en la vida familiar, son capaces de realizar diversas alternativas, muchas de ellas, al margen de tradiciones, y costumbres de carácter familiar, con el fin de lograr su propósito.

Lo importante es reconocer que se requiere modificar el Código de familia para el estado de Sonora, para hacer las adaptaciones pertinentes a bien de proteger al producto de este tipo de reproducción: el niño.

4.2 ESTUDIO COMPARATIVO DE LA NORMA EN RELACION CON LA MATERNIDAD SUSTITUTA

I.- Estados Unidos.

Algunos de los diversos estados que componen la unión han manifestado, la tipificación como delito de la entrega de dinero u otros bienes a cambio de la adopción de menores. Fundamentándose en una ley de este tenor, un Tribunal de Michigan expidió, en el caso "Doe versus Kelly", negando el cumplimiento de la prestación pecuniaria reclamada por la madre gestante en calidad de contraprestación por el alquiler de su vientre, con excepción de los gastos originados por ello. También con base sobre esta premisa y en una ley específica que veda el consentimiento anticipado para conceder la adopción antes de que se produzca el nacimiento, el Procurador General de Kentucky consideró, en 1981, como ilegales los contratos de maternidad sustituta.

En el resonado caso de "Baby M", ocurrido en 1988, El Tribunal Supremo del Estado, actuante en segunda instancia, declaró la nulidad contractual por considerarlo infríngete de la legislación y política pública estatal, en virtud del lucro emanado del mismo. Asimismo, manifestó la nulidad de la renuncia a todo derecho y responsabilidad sobre la niña, porque la misma que concluye con los derechos materno-filiales se halla instaurada dentro de los cánones del interés público y solo puede ser otorgada cuando se verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, lo que no había ocurrido en el caso en estudio.⁷⁴

II.- Reino Unido de Gran Bretaña.

El informe Warnock, se expidió recomendando aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia, la negativa para petitionar ante la ley. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación

⁷⁴<http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

de establecimientos comerciales que recluten mujeres para oficiar como madres suplentes o realicen este tipo de contratos.

En 1985 se aprobó la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de maternidad subrogada.⁷⁵

III.- Francia

El "Comité National d' Ethique" ha rechazado esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se dé cabida a la misma. Tala afirmación descansa en la creencia de que legalizar la maternidad subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte.⁷⁶

IV.- Suecia

Una ley de 1985 prohíbe la práctica de maternidad subrogada en la cual existe retribuciones impide a la mujer contratante poder adoptar al hijo dado a luz por la gestante.⁷⁷

V.- Australia

La legislación acerca de esta materia pertenece al Estado de Victoria, el cual reputa como nulo esta clase de contrato y sanciona penalmente a quien da o recibe pago por ayudar a que se realice un acuerdo de este tenor o efectúa el mismo.

De igual modo, la legislación sobre concepción artificial del Estado de Nueva Gales del Sur, si bien no se expide directamente, dificulta la práctica de la maternidad por sustitución al señalar que los donantes de esperma no tienen ningún derecho sobre los niños nacidos por inseminación artificial.⁷⁸

⁷⁵Ibidem

⁷⁶Ibidem

⁷⁷Ibidem

⁷⁸Ibidem

VI.- Alemania

El Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y tecnología constituyeron, en 1984, una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización In Vitro. Es interesante resaltar la importancia que, para este informe, presenta en el desarrollo del niño la íntima relación personal entre la embarazada y el nasciturus (ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento) En este sentido, según lo explican J.M. Martínez y Pereda Rodríguez, se plantea la circunstancia de que la madre gestante dispuesta por motivos económicos a llevar en su vientre un hijo fecundado extracorporalmente para otro, no se adapte a una forma de vida de abstención de alcohol y nicotina, como lo haría una mujer que pretendiera quedarse con su hijo. También podría ocurrir que naciera una criatura con defectos físicos o mentales y que ninguna de los contratantes quisiera hacerse cargo de ella.

En vista de estas previsiones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley cuya vigencia data de 1991.⁷⁹

VII.- Holanda.

En este país el contrato se considera nulo debido a su causa ilícita y, si mediare pago, será reputado como contrario al orden público y a la moral.⁸⁰

VIII.- España.

En la madre patria rige, al respecto, la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la cual se limita a prohibir la utilización de la maternidad sustituta, pero no se expide acerca de la solución jurídica que corresponde en los

⁷⁹Ibidem

⁸⁰Ibidem

casos en que dicha circunstancia, pese a la prohibición legal, sea realizada igualmente.⁸¹

IX.- Brasil.

En el país hermano, no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII – Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero)-que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. De acuerdo con el art. 199, parágrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad.⁸²

⁸¹Ibidem

⁸²Ibidem

CONCLUSIONES.

Primera.- Los criterios que se oponen a la maternidad subrogada, consideran básicamente que el fin no justifica los medios; en donde al realizarse este tipo de prácticas lesiona la moral social y degrada la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña en su realización.

La visión médica define a la esterilidad como una incapacidad para engendrar el varón o para concebir en la mujer. La visión moral señala desde el momento en que el óvulo es fecundado y se inaugura una nueva vida que no es la del padre, ni la de la madre, si no la del nuevo ser humano que se desarrolla a sí mismo.

Por lo demás está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola posibilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano, el ser humano debe ser respetado y tratado como una persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida .

Por lo tanto las visiones médicas, la moral como la iglesia, señalan desde sus muy particulares puntos de vista que la problemática existe y ya sea que nos neguemos a verla como lo señala la iglesia o a aplicarla como lo señala la ciencia médica, debemos sancionarla en el código de Familia del estado de Sonora el cual debe incorporar y denominar a la maternidad subrogada.

Segunda: La maternidad subrogada por medio de la inseminación artificial se ha incorporado a la medicina general y su práctica es común en Sonora, pero el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas a los cambios que se han generado. El artículo 4o. constitucional se refiere al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos. La Ley General de Salud de 1984 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de

anticoncepción, infertilidad humana y planificación familiar. Las reformas a la Ley de 1991, contienen algunas definiciones y normas de carácter muy general sobre autorizaciones y registros.

Esto conllevó a considerar imprescindible la reflexión sobre la serie de supuestos y las necesarias modificaciones legislativas que deberán implantarse, entre ellos, la definición misma de la maternidad subrogada; la determinación de su naturaleza jurídica, de los sujetos que intervienen en ella; los intereses de los actores, bajo qué supuestos debe aplicarse, cuáles son las finalidades que se persiguen y cuáles sus efectos, entre otras.

Lo anterior nos permite contar con un esquema de lo que jurídicamente es maternidad subrogada, quiénes intervienen en ella, cómo se regula y cuáles son sus consecuencias, con el intento de establecer lo que considero deben ser los límites al derecho a la reproducción, por medio de una inseminación artificial.

El artículo 4o. constitucional establece: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...” Pero como todo derecho, éste se extiende hasta donde no se vulneren otros derechos reconocidos.

Tercera.- El individuo, comprendidos hombre y mujer, puede actuar con plena autonomía, en cuyo ámbito es soberano. En este supuesto, “el derecho a la reproducción es una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos. Sin embargo, no es un derecho absoluto, es un derecho con límites, si bien éstos no son otros que los derivados del ejercicio de la propia libertad de los demás, el ejercicio de los propios derechos y el respeto a los

derechos de los demás”.⁸³ ¿Hasta dónde el derecho a la reproducción es un derecho autónomo o en dónde empiezan los derechos de los demás?

Cuarta.-Ya se ha apuntado que en el proceso inseminatorio interviene una variedad de sujetos que deben ser tomados en cuenta, amén de los derechos del nacido. Resulta imprescindible regular el reconocimiento jurídico de todos los sujetos que participen en la generación de un nuevo ser. Por lo cual el eje de su implementación normativa debe de girar entorno a las siguientes premisas:

1.- El ejercicio de un derecho está vinculado al principio de igualdad.

Todos los sujetos, en igualdad de circunstancias, deben tener los mismos derechos. La discriminación por razón de sexos está prohibida por la Constitución, en tal caso podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tiene derecho a la reproducción por medios de la inseminación artificial y en el caso concreto por la maternidad subrogada.

2. El Derecho de la mujer a ser inseminada en forma artificial.

Una perspectiva individualista unida a las posibilidades de la ciencia en expansión, permite afirmar la existencia del derecho de la mujer a someterse a las técnicas de inseminación. Pero no podemos desconocer la participación de otros sujetos en el proceso y en los efectos de la inseminación artificial. La libertad de procreación de la mujer por medios artificiales debe estar sujeta a estos límites determinados por los derechos de aquellos a quienes afecta en mayor o menor grado la inseminación artificial como son: su marido o pareja estable y los que deben otorgar su consentimiento.

⁸³“Algunas reflexiones jurídicas constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de la reproducción asistida”, Revista de Derecho Político, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1988, núm. 26, p. 113.

3. La situación del donante anónimo y la no filiación

La donación de gametos es generalmente un contrato gratuito formal y secreto entre el donante y el centro autorizado. El donante no pretende una relación de filiación, nunca manifiesta su voluntad procreacional, sin embargo, resulta que la legislación mexicana actual no regula la donación de semen de manera amplia,⁸⁴ de manera que el anonimato del donante no está protegido por una norma de carácter general, por lo tanto, los contratos que se establezcan no pueden contravenir a lo dispuesto en la legislación civil en materia de filiación. Si llegara a establecerse la paternidad en el juicio, surgirán, aunque ese no hubiera sido la intención del donante, una filiación con respecto al nacido con todos los efectos jurídicos.

4. Derechos del menor en la maternidad subrogada

El “derecho al hijo”, se enfoca desde el punto de vista del adulto, de las personas que consideran tener el derecho a reproducirse, lo cual lleva a considerar al menor como un objeto y no como un sujeto. La cosificación del ser humano es uno de los precios que se paga en beneficio de la procreación artificial. Si instituciones como la patria potestad y la adopción que aparecieron en el derecho romano para beneficiar al pater-familiae o al que no tenía descendencia que recibiera su herencia, fueron transformándose en instituciones que cada vez más se preocupan por el bienestar de los hijos, sean naturales o adoptivos, no se encuentra la razón para que la inseminación artificial no atienda de manera preeminente a los derechos del menor que nazca como consecuencia de una inseminación artificial.

⁸⁴La Ley General de Salud establece en su artículo 314: “Para efectos de este título se entiende por: I.- Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión...”. “Para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan...” (artículo 318). Se requerirá el consentimiento expreso: I.- Para la donación de órganos y tejidos en vida y II.- Para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas. (artículo 323).

Quinta.-La filiación es una institución jurídica que ordena las relaciones familiares, no sólo del hijo con el padre y la madre, sino que lo entronca con todo el grupo familiar paterno y materno, hermanos, abuelos y tíos. Al negarle al menor el derecho a su padre y madre, se le niega el derecho a una filiación y con ella al vínculo jurídico con el resto del grupo familiar paterno y materno.

El desconocimiento de los orígenes genéticos puede causar graves perjuicios psicológicos a una persona sana, es por eso que se requiere que éste nazca y crezca en el seno de una familia estable y la buena socialización del menor. La separación del menor de sus padres se justifica sólo en casos de necesidad o cuando la convivencia causara un perjuicio al menor.

Sexta.- En el código de Familia para el Estado de Sonora, en el Capítulo I de los Hijos de Matrimonio y la Impugnación del Vinculo Paterno Filial en su artículo 213 se menciona a la filiación consanguínea como el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el solo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida con material genético de ambos padres, lo anterior sin especificar y hacer mención a la maternidad subrogada. Considero que la filiación se ocupa de problemas derivados de la reproducción humana, concretamente de las relaciones existentes entre reproductores y reproducidos. La función que el derecho atribuye a la filiación pone de relieve que esta no siempre se identifica con la generación natural.

La razón de esta necesidad normativa se relaciona con que la filiación determina derechos de los hijos reconocidos por los padres.

A la sociedad y sus diversos actores les interesa determinar el estado de las personas y sus relaciones de parentesco para establecer los nexos jurídicos y derivar los deberes y derechos recíprocos entre los sujetos. 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.

PROPUESTAS

PRIMERA.- En Sonora no existe ninguna acción ni proceso dentro del derecho positivo que garantice de una forma eficaz el acceso a la justicia respecto de los intereses de las parejas que recurren a la figura de la maternidad subrogada en el Código Civil para el Estado de Sonora así como en el Código de Familia del Estado, esto trae como consecuencia graves problemas legales en materia del derecho familiar por lo que es necesario regular jurídicamente esta figura, a través de una legislación coherente y eficaz al respecto, que regule de manera integral todos los aspectos que la maternidad sustituta encierra en sí, y que concuerde con la realidad fáctica de la sociedad sonoreense.

Por todo lo anteriormente expuesto se propone la adición al Código de Familia del Estado de Sonora, como se describe:

Específicamente en el capítulo único de los diversos tipos de parentesco, en los artículos 206 y 207 que hacen referencia a la fecundación asistida, que a la letra dice:

LIBRO SEGUNDO

TITULO PRIMERO DEL PARENTESCO

CAPITULO UNICO DE LOS DIVERSOS TIPOS DE PARENTESCO

ARTICULO 206

El parentesco voluntario es que nace de la adopción; del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos, y de la afiliación o acogimiento de menores huérfanos, abandonados o entregados lícitamente por sus padres, siempre que la relación se prolongue por más de un año con todas las características y fines de la relación paterno- filial.

ARTICULO 207.

Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos, los que usen voluntariamente gametos de terceros serán considerados como padres biológicos del niño que nazca por estos métodos, siempre que hayan otorgado expresamente su autorización. El hijo podrá solicitar, al llegar a su mayor edad, informes sobre el padre biológico en los mismos casos que en la adopción plena, sin reclamar ningún derecho filiatorio.

Que se consideren en el siguiente artículo los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción por medio de la maternidad subrogada.

Creando el siguiente artículo:

.....Cuando en el proceso reproductivo en el que ambas pactan una segunda mujer, se presumirá madre legítima a la mujer casada que pacta, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre que lo pacto deberá ser considerada la madre legítima del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que lo acordó.

El caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un acuerdo de maternidad subrogada, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es su hijo.

En este rubro integrar lo que llamaríamos un acuerdo que tendrá como objeto, que una mujer geste o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca, señalando en los términos y condiciones que la madre sustituta renuncia a los derechos filiales que pudiera tener con el producto.

Por lo que en dicho artículo deberá incluirse lo que se entiende como contrato de maternidad subrogada

Art.....- Se entiende por acuerdo de maternidad subrogada, al pacto que tendrá como objeto, que una mujer geste o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca, señalando en él los términos y condiciones que la madre sustituta renuncia a los derechos filiales que pudiera tener con el producto.

Los efectos de los hijos nacidos con motivo del contrato de la maternidad subrogada, confieren al hijo y a los padres los mismos derechos y obligaciones que el parentesco por consanguinidad.

Para el mismo efecto considero que se deberán de identificar los casos en que se da la maternidad subrogada:

Situación de la pareja	Madre contratante genética	Madre gestante	Semen proveniente del esposo	Semen proveniente de donante	Ovulo proveniente de donante
Matrimonio	X	X	X		
Matrimonio	X	X		X	
Matrimonio	X	X	X		X
Matrimonio	X	X		X	X

SEGUNDA.- El acuerdo de maternidad subrogada que celebren las partes debe incluir los siguientes elementos:

- Existencia de acuerdo, o contrato entre un matrimonio y una mujer fértil para que ésta procrea y dé luz a una criatura.
- Obligación de la madre subrogada de inseminarse con el semen del marido de la mujer contratante o de aceptar la implantación de un embrión formado por Fecundación in Vitro, con gametos de la pareja o de un miembro de la pareja y donante o de tercero.
- Renuncia de la madre subrogada a todos los derechos filiales, respecto del niño que ha parido.
- Compromiso de custodia o de adopción del niño por parte del marido de la mujer contratante.

En este tipo de contrato, a su vez señalar los problemas especiales como:

-Si pueden exigirle a la madre subrogada, que no fume, no ingiera alcohol y prohibiciones similares, entre otras que estipulen las partes.

Estos supuestos considero que deben quedar regulados en el acuerdo así mismo deberá ser protocolizado ante notario público, pero este también debe tener como respaldo la ley, donde debe regularse todos estos aspectos, para que en caso de olvido, o descuido, se pueda recurrir a ésta y solucionarse posibles conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

1. *BIGLIARDI, Karina y ESTIVARIZ, María Soledad; "Determinación filial en las nuevas técnicas de reproducción asistida".*
2. *ÁLVAREZ, Mayda: Combatir la infertilidad, Aguilar, Madrid, 1996, pp. 24/5.*
3. ASCH H. Ricardo y Carvajal Hermes, Jaimes. Transferencia Intratubaria de gametos (GIFT). Revista Médica. ED. Médica Panamericana. Buenos Aires. Argentina 1998.
4. BAENA, Guillermina. Manual para Elaborar Trabajos de Investigación Documental. 108. Reimpresión. Editores Mexicanos Unidos, S.A. México, 1996.
5. BAQUEIRO ROJAS, Edgar, y BUENROSTRO BAÉZ, Rosalía. Derecho de Familia v Sucesiones, Ed. Harla. México, s/a. 2000.
6. BELLUSCIO, Augusto César. Derecho de Familia. Tomos I y IV. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina 1999.
7. BERGER S, Jaime. La Inseminación Artificial. (Estudio de Derecho Comparado). Instituto Cuahutlatohuac. Tijuana México 1975.
8. BOSSERT, Gustavo Fecundación asistido. Jurisprudencia Argentina 1998 T. IV
9. BURG, Andrea. La Mujer y la Maternidad. Revista Información Científica y Tecnológica. México No.84, sept., 1999.
10. *CANO, María E.; "Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada". Madrid- España Pág. 14.*
11. CARLOS E. Colautti , Reflexiones acerca de la regulación legal de la reproducción asistida . La ley 1997 España. pág. 1452
12. CARLOS E. Colautti , Reflexiones acerca de la regulación legal de la reproducción asistida . La ley 1997 España. pág. 1452
13. CARLOS José Mosso, Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial. El Derecho, 23 de abril de 1996 pág. 40.
14. CHAVEZ ASECIO Manuel F. La Familia En El Derecho. Ed. Porrúa, S.A. México 1998.

15. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa, S.A. México 1992.
16. CIVITAS, 1988, p 180.; Martínez, J.M. Pereda-Rodríguez. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*. Madrid, Dyckinson, 1994.
17. Conf. *Diccionario de Medicina*. Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra. España, Espasa Siglo XXI, 2000.
18. Conf. Dr. Cáceres. Ponencia presentada en el Congreso hispanoamericano de Derecho de Familia de 1987 (España). Citado por Matozzo de Romualdi, Liliana. *¿Madre subrogada o esposa subrogada?* ED T 181-1452.
19. Conf. Dr. Cáceres. Ponencia presentada en el Congreso hispanoamericano de Derecho de Familia de 1987 (España). Citado por Matozzo de Romualdi, Liliana. *¿Madre subrogada o esposa subrogada?* ED T 181-1452.
20. COPERIAS M, Enrique. Embriones Humanos de Usar v Tirar. Revista Muy Interesante. Ed. Palsa, S.A de C. V, México 1995, Año X, No.6
21. CORNEJO CHÁVEZ, Héctor; *“Derecho Familiar Peruano, Editorial Gaceta Jurídica, Décima Edición”*. Lima-Perú, 2004. Pág. 33.
22. CORTÉS OBREGÓN, Hilda. Unificación v Modernización del Derecho Civil Mexicano. Tesis profesional, Facultad de Derecho, UNAM. México 1988.
23. DAWSON K. y Singer P. "Should fertile people have access to in vitro fertilization?" Brit. Med. Journal 300:167, 1990.
24. DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Civil. Ed. 7ma, Ed. Porrúa, S.A. México 1995.
25. DOLORES LOYARTE- E. Rotonda Adriana.- Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético. Aspectos biomédicos. Bioéticos. v jurídicos. Ed. Depalma, Buenos Aires 1995. 528 p.
26. DOMINGO C. Grassi, Fecundación asistida y manipulación genética. Ciencia y Conciencia (a propósito de un caso ocurrido en Capital Federal y de otro reciente en Inglaterra. La Ley 1996.
27. Donation, Surrogacy and Adoption” en *Applied Philosophy. Morals and Metaphysics in Contemporary Debate*. Editado por Brenda Almond y Donald Hill (London/New York: Routledge, 1991, pp. 272-83.

28. ESTRADA Alonso E, Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español, Ed. Civitas, S.A. Madrid 1986.
29. EVANGELUM Vital nº 60; cf. Discurso al XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de Trasplantes, 28-8-2000.
30. FRAY Luis de León. La perfecta casada. Editorial Tor. Buenos Aires. 1980. p.167. s.f.
31. GAFO, J.: *10 palabras...*, cit., p. 170.
32. GARCIA MENDIETA, Carmen. Fertilización Extracorpórea: Aspectos legales. Revista ciencia y desarrollo. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas 1985. Año II, No.65, Nov-Dic.
33. GARCIA RUBIO, Mari Paz. *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español* Rev. Tapia, año VII, N 36. España. Octubre 1987, pág. 73
34. 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. España. Octubre 1987, pág. 73
35. GIBERTI, Eva. *¿Adopción de embriones? En Los Hijos de la Fertilización Asistida*. Buenos Aires. 2001. Pág. 37
36. GIBERTI, Eva. *¿Adopción de embriones? En Los Hijos de la Fertilización Asistida*. Buenos Aires. 2001. Pág. 37
37. GOMÉZ De la Torre, Vargas Maricruz. La fecundación in vitro v la Filiación. Ed. Jurídicas de Chile, Chile 1996.
38. GUITRON FUENTECILLA, J. *La genética y el Derecho familiar*. Rev. Tapia, Año VII, N 36, oct. 1987, pág. 73.
39. HOOFT Pedro Federico, Procreación artificial y manipulación genética (comentario crítico a la ley española sobre procreación asistida. *El Derecho* 1991 A Pág., 775; temas y problemas bioéticos 1996.
40. HOWARD W. Jones. Reproducción Asistida. Revista Clínicas Obstétricas y Ginecológicas. México. Ed. Interamericana. México 1998.
41. JACQUARD, A.: ob. cit., p. 21.

42. JESUS González Merlo "Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer".
43. KABL Y AMBE, Alberto Jr. Fertilización In Vitro. Revista de Perinatología. Ed. Pienza, S.A México. Año II, No.9 Mayo- Junio 1997.
44. LAMAS, Marta. Feministas ante la Tecnología Reproductiva. Revista Fem. México Año II, No. 51.1998.
45. LAVIERI, Juan C.: "Esterilidad en el hombre", en *Soluciones médicas...*, cit., pp. 210 y ss.
46. LEMA AÑÓN, Carlos, Reproducción poder y derecho, Madrid, Trota, 1999.
47. LLAMAS Eugenio Llamas Pombo, Responsabilidad civil por manipulación genética. Revista del Notariado 854, Temas de Derecho privado, 2002.
48. LLEDO Vague Francisco Fecundación Artificial y Derecho; Madrid, 1988.
49. LLEGO YAGUE. "La genética actual y el derecho de familia" *Rev. Tapia*, Oct.1987, Pág. 47.
50. LOYARTE, D. y Rotonda, A. España. ob. cit., p. 83.
51. MAINETTI, José A.: *Bioética ilustrada*, Quirón, La Plata, 1994, pp. 17/8. Cfr. Loyarte, D. y Rotonda, A. E.: ob. cit., pp. 25/6.
52. MAINETTI, J. A.: *Bioética ilustrada*, cit., pp. 24/6. Lo destacado es nuestro.
53. Marcelo Urbano Salerno "Problemas jurídicos que plantea la procreación asistida" LL 1994. E Pág. 1294.
54. MARTÍNEZ CALCERRAD, L. Op. Cit. pág. 81
55. MARTINEZ Calcerrada, L. Op. Cit. pág. 81
56. MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis, La nueva inseminación artificial, Madrid, 1989.
57. MARTINEZ, Antonio R.: "La infertilidad y sus tratamientos", en *El derecho ante la procreación artificial*, varios autores, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 19.
58. Martínez, Antonio R.: "La infertilidad y sus tratamientos", en *El derecho ante la procreación artificial*, varios autores, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 19.
59. MARTINEZ-Pereda Rodriguez. Op. Cit. pág. 37.

60. Martínez-Pereda Rodríguez. Op. Cit. pág. 37.
61. MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana. *Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada...¿Puede reconocerse un derecho al hijo?*.Ed.Lancaster. Tomo 182-1663.
62. Matozzo de Romualdi, Liliana. Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada...¿Puede reconocerse un derecho al hijo?.Ed.Lancaster. Tomo 182-1663.
63. MEDINA Graciela, Genética y derecho (comercialización de óvulos y espermatozoides y personalidad del embrión. Jurisprudencia Argentina 1998 IV.
64. MEDINA, Graciela y ERADES, G. "Maternidad por otro. Alquiler de úteros". Pág. 8.
65. NICHOLSON, R.: "Esterilidad en la mujer", cit., pp. 195 y ss.
66. NICHOLSON, Roberto (comp.): "Esterilidad en la mujer", en Soluciones médicas y psicológicas de los problemas del matrimonio, Paidós, Buenos Aires, 1971, p. 195.
67. OLIVARES MORALES, Ángel Sergio e Ibañez Salvador, Juan Carlos. 19. Inseminación Artificial como Tratamiento de lapareja. Revista de Sanidad Militar. México Vol. 48, No 6, 1995.
68. PARELLADA, Carlos. *"Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético"*, Argentina 1998. Pág. 425.
69. RATZINGER, Kardinal Joseph: "El hombre entre la reproducción y la creación. Cuestiones teológicas acerca del origen de la vida humana", en Bioética.
70. ROJINA Villegas Rafael, Derecho civil Editorial Porrúa Segunda parte, Pág., 276.
71. SANTOS RUIZ, Ángel: Instrumentación genética, Palabra, libros MC, Madrid, 1987, p. 275.
72. SERRANO, D; Linares A. Análisis de las nuevas técnicas de reproducción asistida. Una perspectiva de género
73. SORAYA Nadia R. Hidalgo, Congelamiento y destrucción de embriones ¿Avance o retroceso?

74. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Genética, Filiación y Derecho*. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Buenos Aires Argentina 1990.
75. VERA HERNANDEZ Julio. *Inseminación Artificial*. en *Seres Humanos, Incidencias Jurídicas*. Tesis Profesional. Facultad de Derecho UNAM, México, 1988.
76. VIDAL Martínez, Jaime. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*. Madrid.
77. VIDAL, Marciano, Elizari, Javier y Rubio, Miguel: *El don de la vida. Ética de la procreación humana*, PS Editorial, Madrid, 1987, pp. 9/10.
78. VIDAL MARTÍNEZ .Jaime *Derechos reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida*, (Granada, 1998) . Pág. 191.
79. VIDAL MARTINEZ. *La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos* La Ley 1986 D. Pág. 1013.
80. WOOD, Carl y Westmore, Ann: *Fecundación "in vitro"*, Fontanella, Barcelona, 1983, p. 23. Vidal, Marciano, Elizari, Javier y Rubio, Miguel: *El don de la vida. Ética de la procreación humana*, PS Editorial, Madrid, 1987, pp. 9/10.
81. YUNGANO, Arturo R.: *Manual teórico práctico de derecho de familia*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1989, pp. 316/7.

HEMEROGRAFÍA

1. BANDA VERGARA, Alonso, "Dignidad de la persona y reproducción humana asistida", *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, vol. IX, diciembre de 1998.
2. REPRODUCCIÓN POR INSEMINACIÓN ARTIFICIAL 23.
3. CÁRDENAS QUIROZ, Carlos, "Algunas reflexiones acerca de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina ", *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia, Universidad Católica del Perú*, Lima, núm. 45.
4. *Catecismo de la iglesia Católica # 2375,2376 y 2377*, Publicado por Human Life Internacional – Vida Humana Internacional C. Vaticano 1998.
5. CUELLO CALÓN, Eugenio, "En torno a la inseminación artificial en el campo penal", *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, t. XII, núm. 3, 1961.

6. Diario El Mundo, España, 1 de abril de 2000.
7. HURTADO O LIVER, Javier, "Una aproximación a la inseminación artificial para la procreación humana ", Revista Judicial Jalisciense, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 2, núm. 2, enero-abril de 1992.
8. KRAUSE, Harry D., "Artificial Conception: Legislative Approuche", Family Law Quarterly, vol. XIX, núm. 3, 1985.
9. LLEDÓ YAGÜÉ, "Breve discurso sobre bioética y derecho, la revolución
 - a. Biogenética versus sistema familiar", Estudios de Deusto, Universidad de Deusto, Bilbao, vol. 34, núm. 2.
10. PANTALEÓN, Fernando, "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida ", Revista de Jueces para la Democracia, Madrid, 1988.
11. PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, "¿La maternidad es siempre cierta? La modernidad del derecho frente a los avances médicos", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 22, núm. 65, mayo-agosto de 1989.
12. SILVA-RUIZ, Pedro, "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro", Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, San Juan, vol. 48, núm. 1, enero-marzo de 1987.
13. Guitrón Fuentecilla, J. La genética y el Derecho familiar. Rev. Tapia, Año VII, N 36, oct. 1987, pág. 73.
14. Diario El Mundo, España, 1 de abril de 2000.

FUENTES ELECTRONICAS.

1. <http://www.camaradediputados>.
2. <http://www.canalsocial.com/etica/parlamento.Htm>
3. <http://www.comsoc.udg.mx/gaceta/paginas/359/359-7.pdf>
4. <http://www.biodiversidad.org/documentos78htm>.
5. <http://www.sonapediatrica.com/zonas/bioetica.embriohumano.htm>.
6. <http://www.geocites.com/biotica2002/genetic.htm>.
7. <http://www.ucu.eduuy/parroquias/moral.html>.
8. <http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia.sintesis.html>.

9. <http://www.encuentra.com/includes/documento>.
10. <http://www.aleph.os.buap.mx/az/clon.html>.
11. <http://www.aaba.org.a/br170p22.htm>.
12. <http://www.el mundo.es/2001/08/06/sociedad/1032626.html>.
13. <http://www.e.sexología.com/conferencias/confe.html>.
14. <http://www.aabicitica.org/htm>.
15. <http://www.separ.es/escepticomia/anteriores/0012>.
16. <http://www.ub.es/fildtmaster.html>.
17. <http://www.diccionarios.com/ogi.bin/dgic.php>
18. <http://www.diccionarios.com>
19. <http://www.eluniversal.com>
20. <http://doctrina.vlex.com.mx/vid/ley-maternidad-x00bf-negocio-260866937>
21. <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=4358&lg=61>
22. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>
23. <http://doctrina.vlex.com.mx/vid/maternidad-subrogada-carta-industrializacion-seres-311678965>
24. <http://www.lajornada.com>
25. <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> consultado 19-10-2009.
26. <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-ventre-problemas/alquiler-ventre-problemas.shtml>
27. <http://www.iech.com.mx/diagnosis-understandingInfertility.aspx> consultado 25-03-2008
28. <http://www.comsoc.udg.mx/gaceta/paginas/359/359-7.pdf>
29. <http://www.ideal.es/waste/clonación>.
30. <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

LEGISLACIONES.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
2. Código Civil para el Estado de Sonora
3. Código de Familia para el Estado de Sonora
4. Código de Familia de Cataluña
5. Código Civil del Distrito Federal
6. Código Civil del Estado de Jalisco
7. Código Civil del Estado de Michoacán
8. Código Civil del Estado de Tabasco
9. Código de Familia para el Estado de Hidalgo
10. Código de Familia del Estado de San Luis Potosí
11. Código de Familia del Estado de Zacatecas
12. La Ley General de Salud
13. Código Civil de la República de Argentina

