



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO.

FACULTAD DE DERECHO.

“Legalización de la Gestación Subrogada
en el Estado de México.”

Tesis para obtener el Grado de
Maestro en Derecho.

Presenta:

L. en D. Víctor Manuel Muhlia Delgadillo.

Tutor Académico:

M. en D. Werther Juárez Toledo.

Tutores Adjuntos:

Dra. en Psic. Angélica García Marbella.

M. en D. María Teresa Martínez Rodríguez.

ÍNDICE

	Página
Resumen	1
Introducción	4
Protocolo	8
Capítulo I Marco Conceptual de la Maternidad Subrogada.	34
1.1 Generalidades	34
1.1.1 Técnicas humanas de reproducción asistida.	35
1.1.2 Tipos de Técnicas humanas de reproducción asistida.	37
1.2 Concepto de maternidad subrogada.	41
1.3 Tipos de maternidad subrogada.	43
1.3.1 Madre Portadora o Subrogación Gestacional.	44
1.3.2 Madre Sustituta o Subrogación Tradicional.	44
1.4 Características de la maternidad subrogada.	46

	Página
1.4.1 Pareja o Madre Infértil.	46
1.4.2 Madre Sustituta.	46
1.4.3 Contrato de Subrogación .	47
1.4.4 Técnica de reproducción asistida.	47
1.5 Contrato de maternidad subrogada.	47
1.6 Concepción de la maternidad subrogada desde el punto de vista de diferentes ramas de la ciencia.	49
1.6.1 Aspectos bioéticos de la maternidad subrogada.	49
1.6.2 Aspectos jurídicos de la maternidad subrogada.	53
1.6.3 Aspectos religiosos de la maternidad subrogada.	55
1.6.4 Aspectos psicológicos de la maternidad subrogada.	57
1.6.5 Aspectos médicos de la maternidad subrogada.	58
Capítulo II Marco Teórico de la Maternidad Subrogada.	60
2.1 Teoría sociológica del caos.	60
2.2 Teoría sociológica del riesgo.	60

	Página
2.3 Teoría sociológica de los sistemas.	61
2.3.1 Concepto de Sistema.	62
2.3.2 Definición de Sociedad.	63
2.3.3 Características de la Sociedad.	64
2.3.4 Estructura y funciones de la Sociedad.	65
2.3.5 Clasificación de las Sociedades.	66
2.4 La familia.	70
2.4.1 Concepto de familia.	72
2.4.2 Tipos de familia.	75
2.4.3 Funciones de la familia.	76
2.5 Derecho a la reproducción y derechos sexuales.	77
2.5.1 Concepto de derechos reproductivos.	78
2.5.2 Alcances de los Derechos Reproductivos.	79
2.5.3 Tipos de Derechos Reproductivos.	80
2.6 La Maternidad Subrogada bajo la óptica de la Teoría General de los Sistemas y el método estructural funcionalista.	81

	Página
Capítulo III Marco Jurídico de la Maternidad Subrogada.	88
3.1 Justificación de la Maternidad Subrogada como nueva figura jurídica.	88
3.2 La Maternidad Subrogada y el derecho de filiación.	91
3.2.1 Filiación	91
3.2.2 La Maternidad en el marco tradicional de la filiación.	93
3.2.3 Clases de filiación.	95
3.2.3.1 Filiación Legítima.	95
3.2.3.2 Filiación Natural.	96
3.2.3.3 Filiación por Adopción	96
3.2.4 Realidad biológica, realidad social, realidad jurídica en la filiación.	97
3.2.5 Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad.	98
3.2.5.1 Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento biológico.	98
3.2.5.2 Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento volitivo.	98
3.2.5.3 Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento genético.	99

	Página
3.2.6 Alternativas para determinar la filiación materno filial en el caso de maternidad subrogada.	101
3.2.7 Propuestas específicas para la resolución del problema en la determinación de la filiación.	102
3.3 La maternidad subrogada y el derecho comparado .	104
3.3.1 Leyes de Gestación Subrogada en EE.UU.	108
3.3.2 Leyes de Maternidad Subrogada en Costa Rica.	116
3.4 Marco legal vigente en México .	117
3.4.1 Derechos reproductivos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	117
3.4.2 Ley General de Salud.	120
3.4.3 Códigos Civiles y Penales del Distrito Federal y del Estado de Tabasco.	122
3.4.4 Código Civil del Estado de México.	124

	Página
Capítulo IV Maternidad Subrogada en el Estado de México.	126
4.1 Justificación de la Ley de Maternidad Subrogada en el Estado de México.	127
4.2 Propuesta de Iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada del Estado de México.	131
4.2.1 Exposición de motivos	132
4.2.2 Estructura del Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada del Estado de México.	136
4.2.3 Propuesta de Adición de los Delitos contra la Libertad Reproductiva en el Código Penal del Estado de México.	148
Conclusiones	151
Propuestas	155
Referencias Bibliográficas	159
Referencias Cibernéticas	161
Referencias Normativas	165

RESUMEN

La gestación subrogada o maternidad subrogada se ha convertido en una práctica social muy recurrente en nuestra sociedad, por lo que es imprescindible profundizar en el estudio de este fenómeno social y en consecuencia procurar su inclusión en nuestro marco legal vigente; se debe entender por maternidad subrogada, como aquél acuerdo de voluntades que existe entre una mujer infértil y otra mujer apta para procrear, para permitir a través de las técnicas de reproducción asistida de los gametos de los padres biológicos en su vientre, y al término del embarazo deberá entregar el bebé a sus padres.

La Gestación o Maternidad Subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos en matrimonio o vive en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Por ello en este trabajo de investigación, se reflexiona sobre el objetivo y naturaleza de las técnicas de reproducción asistida, como herramientas que ofrecen la ciencia y la tecnología, para permitir al ser humano garantizar el derecho a la reproducción y procreación de un hijo, cuando se presentan problemas de infertilidad o esterilidad congénita o en su caso, que esta se produzca por accidente o enfermedad.

En cuanto al problema de esterilidad o infertilidad, hoy se presentan soluciones médicas para las familias, siendo la gestación o maternidad subrogada un tratamiento de reproducción asistida, aceptado, seguro y eficaz, ante ello, es necesario que el marco normativo que nos rige se adapte a las nuevas formas y requerimientos de convivencia social.

Se aborda el tema de la maternidad subrogada desde la óptica de las distintas ramas de la ciencia, en virtud de que su implementación en el núcleo social, está sujeta a diversas implicaciones y enjuiciamientos que inciden en con ramas de la ciencia. Se plasman posturas a favor y en contra de la maternidad subrogada como medio de reproducción asistida dentro de la medicina genética.

La gestación o maternidad subrogada es una solución a un problema que afecta a la familia o a las parejas que presentan problemas de infertilidad o esterilidad, por ello es necesario estudiar esta nueva figura bajo las premisas de la Teoría General de los Sistemas, que es una de las teorías sociológicas con mayor sustento filosófico y metodológico, que procura dar respuesta a todas las problemáticas que se engendran en la sociedad.

Todo sistema debe entenderse como el conjunto de elementos o partes interactuantes e interdependientes, que se relacionan formando un todo unitario y complejo, por ende la sociedad debe considerarse como un conjunto de seres humanos que se establecen en un territorio determinado, con fines específicos, reglas específicas de convivencia y objetivos comunes.

La sociedad es un sistema que se organiza con estructuras y funciones muy concretas, evolucionando constantemente desechando lo que ya no funciona y generando nuevos elementos o funciones que se acoplen a las necesidades del conglomerado social, por ello la gestación subrogada se adopta como una solución al problema de infertilidad de las familias, cumpliendo el objetivo de todo sistema funcional, junto con sus cuatro sub-sistemas: el biológico u orgánico conductual, el cultural, el social y el de personalidad.

En el marco jurídico vigente, nuestra Constitución Política establece en su Artículo 4º. el derecho a planificar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos. Reconociendo los derechos reproductivos, de las y los mexicanos. Es decir, corresponde al Estado la asistencia a las persona para garantizar su derecho a decidir

libremente el número y espaciamento de hijas e hijos, lo que lleva implícito el reconocimiento a los derechos reproductivos.

Toda vez que la Ley Suprema de nuestro país reconoce, garantiza y protege los derechos de familia y reproductivos de los mexicanos, en este trabajo de investigación se justifica la necesidad de crear la Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de México, que surge como una propuesta para completar una serie de derechos que ya cuenta la legislación del Estado de México entorno a la protección de los derechos de la familia, logrando dar un paso firme en el reconocimiento de la maternidad subrogada como nueva figura jurídica y daría certeza jurídica a los matrimonios y concubinatos que aportan su material genético a los niños nacidos y a las mujeres que prestan su cuerpo para hacer posible lo que para algunas personas es algo imposible. Resolviendo un problema grave de infertilidad o esterilidad de las parejas al no poder engendrar o gestar un bebé por sí mismos.

Reconozco que en el Estado de México, el Código Civil, se permite el derecho a la procreación y a la reproducción asistida contemplándolos de la forma siguiente: Artículo 4.111.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos. 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.

Tengo la convicción que en el Estado de México, se cuentan con todos los elementos para legislar en materia de maternidad subrogada, como un medio eficaz para que los matrimonios o familias mexiquenses puedan acceder a la maternidad o paternidad, al poder procrear un bebé, a través de una tercera persona llamada Madre Gestante o Sustituta, cuando les ha sido imposible por causas de esterilidad, infertilidad, o impedimentos físicos, prescripción médica.

INTRODUCCIÓN

El género humano constantemente se encuentra en proceso de evolución y transformación, siempre procurando la satisfacción de sus fines colectivos e individuales, por lo que la Ciencia del Derecho, como un elemento fundamental de control social de la conducta externa del hombre, necesita adecuarse a los fenómenos sociales que inciden en la esfera jurídica de las personas. Por ello, este trabajo de investigación se aborda y reflexiona sobre el estudio de la maternidad subrogada, como una figura jurídica novedosa dentro del Derecho Positivo Mexicano, justificaré su implementación como una alternativa viable y responsable para aquellas familias mexiquenses, que por alguna causa de infertilidad médica irreversible, no han podido lograr la concepción por medios naturales, permitiéndoles la oportunidad de enfrentar las exigencias de la sociedad.

En el primer capítulo, abordo el marco conceptual de la maternidad subrogada, en donde plasmo las distintas técnicas de reproducción asistida para la concepción de un ser humano, reconociendo sus generalidades, su clasificación médica doctrinal, identificando a la maternidad subrogada como una nueva técnica de reproducción asistida, que permite a una pareja legalmente casada o que vive en concubinato, acceder a la maternidad y paternidad de un nuevo ser humano, cuando se tienen problemas de infertilidad irreversible diagnosticado medicamente, para tal efecto, se establece como mecanismo que una tercera persona de manera libre y voluntaria, acceda a gestar el producto en su vientre, con el compromiso de entregarlo al momento del alumbramiento del bebé a los padres biológicos subrogados.

Asimismo se describen las clases de maternidad subrogada, identificando sus características y elementos, se presenta un estudio del concepto de contrato de maternidad subrogada; y, por último, identifico el objeto de estudio bajo la óptica y crítica de las diferentes ramas de la ciencia.

En el segundo capítulo, examino el marco teórico de la maternidad subrogada como medio de reproducción asistida bajo la óptica, crítica y justificación de la teoría sociológica de los sistemas, al ser el objeto de estudio, una solución que la ciencia y tecnología permiten, para resolver un problema que se presenta en la realidad social, permitiendo que mujeres, hombres o familias incapaces de poder engendrar a un bebé por cuestiones médicas, puedan acceder a la maternidad y paternidad deseada bajo el amparo de esta figura denominada gestación o maternidad subrogada.

La gestación o maternidad subrogada como mi objeto de estudio, lo respaldaré bajo las directrices que sustenta la Teoría General de los Sistemas, que adopto como una teoría basada en la renovación constante de sus componentes, figuras y estructuras, eliminando lo que ya no funciona e implementando nuevas variantes para que el sistema se desarrolle correctamente.

La Teoría General de los Sistemas desarrollada por Ludwing von Bertalanffy, establece las características siguientes, para explorar el comportamiento de los fenómenos sociales y naturales, hay que profundizar en la comprensión de sus características, funciones y comportamientos sistémicos, para detectar las anomalías que no permiten el desarrollo normal del fenómeno y construir las nuevas herramientas que reivindicuen o den cauce al problema que se plantea.

La gestación o maternidad subrogada como fenómeno social responde a una necesidad inminente de la sociedad, ante un problema de esterilidad congénita o emergente, que no permite a un matrimonio o pareja estable el poder procrear un bebé, por ende la ciencia biológica ha encontrado solución a esos impedimentos naturales y físicos, con el objetivo de que la familia cumpla sus fines dentro del sistema de una sociedad.

La Teoría General de los Sistemas, otorga fundamentación filosófica y científica al objeto de estudio, basándose en sus aportes semánticos y aportes metodológicos, entendiendo al sistema como una estructura funcional que se renueva y supera sus

problemas constantemente, por lo que se aborda el tema de la maternidad subrogada con la directriz de dichos aportes. Por otro lado, dentro del estudio de la sociedad humana, se razona en su conceptualización, características, estructura, funciones, y clasificación doctrinal; la maternidad subrogada, incide directamente en la familia, necesariamente es imprescindible escudriñar la institución de la misma, en su concepto, en sus funciones básicas y en su clasificación dentro del núcleo social.

En el tercer capítulo, se expone un estudio del marco jurídico de la maternidad subrogada, como una nueva figura dentro del Sistema Jurídico Mexicano, se analiza la maternidad subrogada bajo el tamiz del derecho de filiación, así mismo, se definen los tipos de filiación, su realidad biológica, social y jurídica; se abordan las teorías determinantes sobre el derecho de filiación, así como las alternativas y propuestas para determinar la filiación materno filial en el caso de maternidad subrogada.

Se incluye en este capítulo, la reflexión de la maternidad subrogada en el crisol del derecho comparado, se identifican algunos países del mundo que han legislado sobre el tema de la maternidad subrogada, y se presenta el estudio específico sobre el trato de la maternidad subrogada en las legislaciones locales de los Estados Unidos y de Costa Rica.

Dentro del análisis de la familia y sus funciones, se visualizan los derechos reproductivos y sexuales como los derechos consagrados en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que son básicos para brindar sustentabilidad jurídica al objeto de investigación.

Del mismo modo, se exhibe un análisis del Marco Legal vigente en México, que sirve de base y antecedente sobre el tema de estudio, revisando los derechos reproductivos en la Carta Magna, la Ley General de Salud, los Códigos Civiles del Estado de Tabasco, del Estado de México, y del Distrito Federal hoy Ciudad de México.

En el último capítulo, me avoco al tema de la maternidad subrogada para incorporarla a la legislación del Estado de México, justificando claramente su inclusión en el derecho positivo mexicano, como una opción legítima de la salud reproductiva y sexual de las personas, permitiendo a las familias mexiquenses, poder ejercer su derecho a la maternidad y paternidad de una forma libre e informada.

Al incluir la figura de la maternidad subrogada para el Estado de México, se pretende dar certeza jurídica a los matrimonios y concubinatos que aportarían su material genético a los niños nacidos bajo la figura de inseminación artificial, ya sea en el Hospital de Fertilidad Pública de reciente creación en la entidad o en una institución privada que cuente con la certificación correspondiente por las instancias de salud del Estado de México, limitándose la figura de maternidad subrogada únicamente en los casos de esterilidad o infertilidad irreversible y dictaminada médicamente.

Las instituciones del matrimonio y la familia, son producto de la evolución de la sociedad a través de su historia, en donde los aspectos culturales, religiosos y económicos han influido en su concepción normativa.

Las relaciones humanas son complejas y en específico la relación de hombre y mujer, se van adaptando al entorno en cual se desarrollan; por ende, el concepto de procreación, presenta diferentes matices o concepciones por los diferentes valores éticos, sociológicos, culturales y religiosos en las sociedades actuales, plasmándose el proceso biológico de reproducción humana, como una necesidad para perpetuar su misma especie.

Legítimo es el deseo de las parejas para ser padres de familia, como un complemento genuino a su desarrollo humano, social y espiritual, por lo que es de naturaleza humana el añorar complementar su núcleo familiar con la procreación de un hijo, aún más cuando por medios naturales no se puede lograr la concepción de un nuevo ser. En tal virtud, la ciencia con sus avances tecnológicos, hoy ofrece alternativas a las

parejas infértiles, el poder aplicar técnicas de manipulación biológica para lograr la concepción de un nuevo ser humano.

La maternidad subrogada, representa un nuevo paradigma para nuestra sociedad actual, su práctica como resultado de un fenómeno social, implica la necesidad de adecuar el marco normativo vigente, revisando cuidadosamente las instituciones jurídicas vigentes, que permitan dar cauce legal y certidumbre a esta práctica sustitutiva de gestación humana, por todo lo anterior, éste trabajo de investigación documental pretende establecer una respuesta jurídica a esta nueva práctica dentro del sistema social mexiquense.

PROTOCOLO DE INVESTIGACIÓN

1. Tema o área jurídica en que se ubica la investigación.

Derecho Privado: Derecho Familiar

1.1 Título del trabajo de investigación.

“ La Legalización de la Gestación Subrogada en el Estado de México”

2. Justificación del tema de investigación.

El desarrollo de la ciencia y la tecnología impacta de manera clara y profunda en todos los aspectos de la vida en sociedad. Sin duda alguna, los nuevos descubrimientos e inventos han traído como consecuencia que el ser humano viva en una forma muy distinta a las costumbres de algunas décadas. En el campo médico, los avances científicos han sido particularmente importantes y significativos. Allí, año tras año, en la sociedad han aparecido nuevas vacunas, procedimientos o instrumentos científicos encaminados a la cura o tratamiento de enfermedades físicas o psicológicas. La

búsqueda de soluciones médicas al problema de la infertilidad de hombres y mujeres representa uno de los rubros en donde se han presentado grandes avances, siendo uno de ellos los tratamientos de reproducción asistida, ante ello, es necesario que el marco jurídico que rige se adapte a las nuevas formas y requerimientos de convivencia social.

Por lo anterior, en este apartado se describe y reflexiona sobre el marco conceptual de la gestación o maternidad subrogada, como una de las técnicas de reproducción asistida que actualmente se aplican en el ámbito médico legal. Se abordan las generalidades de las técnicas humanas de reproducción asistida conocidas como (TERAS), su clasificación doctrinal, se reflexiona sobre el concepto de gestación subrogada como método de reproducción asistida, su concepción desde las diferentes áreas del conocimiento, describiendo sus características, elementos y clases del objeto de estudio.

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida, que consiste en un acuerdo de voluntades que se formaliza entre una mujer infértil y otra mujer apta para engendrar a un bebé, permitiendo que a través de las técnicas de reproducción asistida se implanten gametos fecundados de los padres biológicos en su vientre, y al término del embarazo deberá hacer entrega legal del bebé a sus progenitores; por ello es de vital importancia vislumbrar la esencia de las técnicas de reproducción asistida y sus alcances en la vida del hombre.

2.1 Antecedentes del tema de investigación.

Respecto al estudio del objeto de estudio de la gestación o maternidad subrogada, no se cuenta con una amplia bibliografía o referencias de información, pero se han encontrado los estudios siguientes:

Arámbula Reyes, A. (2008) *La Maternidad Subrogada. Servicio de Investigación y Análisis. Política Exterior*. México D.F.: Cámara de Diputados. LX Legislatura.

Rubio Correa, M. (1997) Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos. En: Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones. Lima-Peru: Comisión Andina de Juristas.

RUIZ MARTÍNEZ, Rocío. Maternidad Subrogada, [en línea] España, Universidad de Cantabria, Departamento de Enfermería, Revista Bibliográfica, 2013, <https://www.bucserver01.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR/pdf>.

MONROY, Juan Pablo. Técnicas de Reproducción Asistida y su Incidencia en Colombia, [en línea] Colombia: Universidad Militar, Bogotá D.C. 2013 <<https://es.scrib.com/doc/310214524/técnicas-de-reproducción-asistida-y-su-Encendencia-en-Colombia>>.

Arons, J. (2007) Future Choices: Assisted Reproductive Technologies and the Law., Center for American progress, Washignton DC pp140 obtenido de http://amerivanprogres.org/issuses/2007/12/pdf/arons_art.pdf

ARAUJO RODRIGUEZ, Ana Lizbeth. La Maternidad Subrogada por sustitución, [en línea] Perú, Universidad Nacional de Trujillo, 2008 <<http://aboutderecho.blogspot.mx/2009/04/problemas-en-la.html>>.

BRENA SESMA, Ingrid. La Gestación Subrogada ¿Una Nueva Figura del Derecho de Familia? [en línea] México, UNAM, 2012 <<http://www.jurídicas.unam.mx>>.

CALDERÓN BELTRAN, Javier. La Naturaleza Jurídica de la Maternidad Subrogada [en línea] Lima Perú, Revistas y Portales Jurídicos, 2008 <<http://www.cajpe.org.pe/rij/prof2/mater/mat18.htm>>.

3. Planteamiento del problema.

La gestación subrogada o maternidad subrogada se ha convertido en una práctica social muy recurrente en nuestra sociedad, por lo que es imprescindible profundizar en el estudio de este fenómeno social y en consecuencia procurar su inclusión en nuestro marco legal vigente; se debe entender por maternidad subrogada, como aquél acuerdo de voluntades que existe entre una mujer infértil y otra mujer apta para procrear, para permitir a través de las técnicas de reproducción asistida de los gametos de los padres biológicos en su vientre, y al término del embarazo deberá entregar el bebé a sus padres.

La Gestación o Maternidad Subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos en matrimonio o vive en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Por ello en este trabajo de investigación, reflexiono sobre el objetivo y naturaleza de las técnicas de reproducción asistida, como herramientas que ofrecen la ciencia y la tecnología, para permitir al ser humano garantizar el derecho a la reproducción y procreación de un hijo, cuando se presentan problemas de infertilidad o esterilidad congénita o en su caso, que esta se produzca por accidente o enfermedad.

En cuanto al problema de esterilidad o infertilidad, hoy se presentan soluciones médicas para las familias, siendo la gestación o maternidad subrogada un tratamiento de reproducción asistida, aceptado, seguro y eficaz, ante ello, es necesario que el marco normativo que nos rige se adapte a las nuevas formas y requerimientos de convivencia social.

Se aborda el tema de la maternidad subrogada desde la óptica de las distintas ramas de la ciencia, en virtud de que su implementación en el núcleo social, está sujeta a diversas implicaciones y enjuiciamientos que inciden en con ramas de la ciencia. Se plasman posturas a favor y en contra de la maternidad subrogada como medio de reproducción asistida dentro de la medicina genética.

La gestación o maternidad subrogada es una solución a un problema que afecta a la familia o a las parejas que presentan problemas de infertilidad o esterilidad, por ello es necesario estudiar esta nueva figura bajo las premisas de la Teoría General de los Sistemas, que es una de las teorías sociológicas con mayor sustento filosófico y metodológico, que procura dar respuesta a todas las problemáticas que se engendran en la sociedad.

Todo sistema debe entenderse como el conjunto de elementos o partes interactuantes e interdependientes, que se relacionan formando un todo unitario y complejo, por ende la sociedad debe considerarse como un conjunto de seres humanos que se establecen en un territorio determinado, con fines específicos, reglas específicas de convivencia y objetivos comunes.

La sociedad es un sistema que se organiza con estructuras y funciones muy concretas, evolucionando constantemente desechando lo que ya no funciona y generando nuevos elementos o funciones que se acoplen a las necesidades del conglomerado social, por ello la gestación subrogada se adopta como una solución al problema de infertilidad de las familias, cumpliendo el objetivo de todo sistema funcional, junto con sus cuatro sub-sistemas: el biológico u orgánico conductual, el cultural, el social y el de personalidad.

En el marco jurídico vigente, nuestra Constitución Política establece en su Artículo 4º. el derecho a planificar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos. Reconociendo los derechos reproductivos, de las y los mexicanos. Es decir, corresponde al Estado la asistencia a las persona para garantizar su derecho a decidir

libremente el número y espaciamento de hijas e hijos, lo que lleva implícito el reconocimiento a los derechos reproductivos.

Toda vez que la Ley Suprema de nuestro país reconoce, garantiza y protege los derechos de familia y reproductivos de los mexicanos, en este trabajo de investigación se justifica la necesidad de crear la Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de México, que surge como una propuesta para completar una serie de derechos que ya cuenta la legislación del Estado de México entorno a la protección de los derechos de la familia, logrando dar un paso firme en el reconocimiento de la maternidad subrogada como nueva figura jurídica y daría certeza jurídica a los matrimonios y concubinatos que aportan su material genético a los niños nacidos y a las mujeres que prestan su cuerpo para hacer posible lo que para algunas personas es algo imposible. Resolviendo un problema grave de infertilidad o esterilidad de las parejas al no poder engendrar o gestar un bebé por sí mismos.

Reconozco que en el Estado de México, el Código Civil, se permite el derecho a la procreación y a la reproducción asistida contemplándolos de la forma siguiente: Artículo 4.111.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos. 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.

Tengo la convicción que en el Estado de México, se cuentan con todos los elementos para legislar en materia de maternidad subrogada, como un medio eficaz para que los matrimonios o familias mexiquenses puedan acceder a la maternidad o paternidad, al poder procrear un bebé, a través de una tercera persona llamada Madre Gestante o Sustituta, cuando les ha sido imposible por causas de esterilidad, infertilidad, o impedimentos físicos, prescripción médica.

4. Justificación del problema.

A medida que los tejidos sociales se vuelven más complejos, los intereses y necesidades de los individuos se transforman y evolucionan. El Estado debe responder a esas nuevas necesidades, de manera que los hechos y actos jurídicos que nacen entre las relaciones humanas a consecuencia de sus intereses se encuentren regulados y protegidos bajo el manto de la ley.

La familia ha sido concebida hasta en los últimos tiempos erróneamente bajo dos unidades sociales, estas concepciones son como un grupo íntimo, fuertemente organizado, compuesto por los cónyuges y sus descendientes, o bien un grupo difuso y poco organizado de parientes consanguíneos.

Cuando el ámbito jurídico ha evolucionado más allá de estas concepciones, es obvio que se han consolidado nuevos modelos de estructuras familiares y de este modo, alteraciones en ella, como las técnicas de fecundación asistida, que no hacen más que corroborar las transformaciones y evoluciones sufridas

“Resulta más exacto acudir al término familias, como modelos de organización de los seres humanos históricamente, que hablar en género singular de una institución universal y única”. (Arámbula Reyes Alma: 2008).

Por tanto, la familia concebida de una u otra forma se ha visto como elemento de estabilidad social, los países han llegado a la convicción de que es indispensable una política de protección a la misma.

Las razones a favor de esa ampliación se encuentran en una aceptación por la sociedad de manera creciente de manera que el propio texto constitucional asegura la protección de los hijos con independencia de la filiación y de las madres sin importar su estado civil.

“Los derechos a los que se ha acudido, como tópicos incluso a veces contrapuestos, son el derecho a la reproducción y los derechos de los hijos nacidos mediante reproducción artificial” (Arámbula R. Alma: 2008).

5. Delimitación del problema.

Delimitar un tema de estudio significa, enfocar en términos concretos nuestra área de interés, especificar sus alcances, determinar sus límites. Es decir, llevar el problema de investigación de una situación o dificultad muy grande de difícil solución a una realidad concreta, fácil de manejar.

En efecto, la delimitación de nuestro objeto de estudio debe establecerse bajo los límites de la investigación en términos de espacio, tiempo y del contenido.

Según el detalle:

- a. Delimitación Espacial: El Estado de México y su legislación se será el área geográfica o espacial, en dónde se va desarrollar la investigación, sobre la viabilidad de proponer la Ley de Gestación Subrogada en el Estado de México.
- b. Delimitación Temporal: la delimitación temporal sobre cual versará la investigación, se presentará a partir del año 2011, en el que se crea la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, como una legislación pionera en la regulación del presente objeto de estudio.
- c. Delimitación del Contenido: La investigación se delimitará en su contenido, sobre la gestación o maternidad subrogada, como una nueva figura jurídica, dentro la legislación del Estado de México, como una nueva forma de ejercer el derecho a la procreación contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante un problema de esterilidad o infertilidad diagnosticada. Como lo prevé la Ley General de Salud, que autoriza la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida.

6. Objetivos de estudio.

- a. Identificar la figura de la gestación o maternidad subrogada, dentro del derecho positivo mexicano y comparado.

- b. Desentrañar la naturaleza jurídica de la gestación o maternidad subrogada, como una nueva figura jurídica dentro del derecho positivo mexicano y universal.
- c. Identificar las relaciones y efectos jurídicos de la gestación o maternidad subrogada, con otras figuras jurídicas que amparan el derecho de filiación, paternidad, maternidad, familia, procreación, etc.
- d. Compulsar las legislaciones internacionales o nacionales que permiten o prohíben total o parcialmente la aplicación de la gestación o maternidad subrogada.
- e. Verificar la aplicación de la gestación o maternidad subrogada en el Estado de México, a través de una legislación específica que la regule.

7. Hipótesis de la investigación.

La hipótesis de nuestro trabajo de investigación se centra en plantear la Ley de Gestación Subrogada en el Estado de México, como una respuesta alternativa al problema de esterilidad o infertilidad, hoy se presentan soluciones médicas para las familias, siendo la gestación o maternidad subrogada un tratamiento de reproducción asistida, aceptado, seguro y eficaz, ante ello, es necesario que el marco normativo que nos rige se adapte a las nuevas formas y requerimientos de convivencia social.

8. Esquema de trabajo.

Capítulo I Marco Conceptual de la Maternidad Subrogada.

1.1 Generalidades

1.1.1 Técnicas humanas de reproducción asistida.

1.1.2 Tipos de Técnicas humanas de reproducción asistida.

1.2 Concepto de maternidad subrogada.

1.3 Tipos de maternidad subrogada.

1.3.1 Madre Portadora o Subrogación Gestacional.

- 1.3.2 Madre Sustituta o Subrogación Tradicional.

- 1.4 Características de la maternidad subrogada.
 - 1.4.1 Pareja o Madre Infértil.
 - 1.4.2 Madre Sustituta.
 - 1.4.3 Contrato de Subrogación
 - 1.4.4 Técnica de reproducción asistida.

- 1.5 Contrato de maternidad subrogada.

- 1.6 Concepción de la maternidad subrogada desde el punto de vista de diferentes ramas de la ciencia.
 - 1.6.1 Aspectos bioéticos de la maternidad subrogada.
 - 1.6.2 Aspectos jurídicos de la maternidad subrogada.
 - 1.6.3 Aspectos religiosos de la maternidad subrogada.
 - 1.6.4 Aspectos psicológicos de la maternidad subrogada.
 - 1.6.5 Aspectos médicos de la maternidad subrogada.

Capítulo II Marco Teórico de la Maternidad Subrogada.

- 2.1 Teoría sociológica del caos.
- 2.2 Teoría sociológica del riesgo.
- 2.3 Teoría sociológica de los sistemas.
 - 2.3.1 Concepto de Sistema.
 - 2.3.2 Definición de Sociedad.
 - 2.3.3 Características de la Sociedad.
 - 2.3.4 Estructura y funciones de la Sociedad.
 - 2.3.5 Clasificación de las Sociedades.
- 2.4 La familia.
 - 2.4.1 Concepto de familia.

- 2.4.2 Tipos de familia.
- 2.4.3 Funciones de la familia.

- 2.5 Derecho a la reproducción y derechos sexuales.
 - 2.5.1 Concepto de derechos reproductivos.
 - 2.5.2 Alcances de los Derechos Reproductivos.
 - 2.5.3 Tipos de Derechos Reproductivos.

- 2.6 La Maternidad Subrogada bajo la óptica de la Teoría General de los Sistemas y el método estructural funcionalista.

Capítulo III Marco Jurídico de la Maternidad Subrogada.

- 3.1 Justificación de la Maternidad Subrogada como nueva figura jurídica.
- 3.2 La Maternidad Subrogada y el derecho de filiación.
 - 3.2.1 Filiación
 - 3.2.2 La Maternidad en el marco tradicional de la filiación.
 - 3.2.3 Clases de filiación.
 - 3.2.3.1 Filiación Legítima.
 - 3.2.3.2 Filiación Natural.
 - 3.2.3.3 Filiación por Adopción
 - 3.2.4 Realidad biológica, realidad social, realidad jurídica en la filiación.

 - 3.2.5 Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad.
 - 3.2.5.1 Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento biológico.
 - 3.2.5.2 Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento volitivo.

- 3.2.5.3 Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento genético.
 - 3.2.6 Alternativas para determinar la filiación materno filial en el caso de maternidad subrogada.
 - 3.2.7 Propuestas específicas para la resolución del problema en la determinación de la filiación.
 - 3.3 La maternidad subrogada y el derecho comparado .
 - 3.3.1 Leyes de Gestación Subrogada en EE.UU.
 - 3.3.2 Leyes de Maternidad Subrogada en Costa Rica.
 - 3.4 Marco legal vigente en México .
 - 3.4.1 Derechos reproductivos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
 - 3.4.2 Ley General de Salud.
 - 3.4.3 Códigos Civiles y Penales del Distrito Federal y del Estado de Tabasco.
 - 3.4.4 Código Civil del Estado de México.
- Capítulo IV Maternidad Subrogada en el Estado de México.
- 4.1 Justificación de la Ley de Maternidad Subrogada en el Estado de México.
 - 4.2 Propuesta de Iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada del Estado de México.

- 4.2.1 Exposición de motivos
- 4.2.2 Estructura del Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada del Estado de México.
- 4.2.3 Propuesta de Adición de los Delitos contra la Libertad Reproductiva en el Código Penal del Estado de México.

Conclusiones

Propuestas

Referencias Bibliográficas

Referencias Cibernéticas

Referencias Normativas

9. Marco teórico, conceptual e histórico de la investigación.

La historia de la esterilidad va de la mano con la historia de la humanidad. En la antigua Mesopotamia al varón le era permitido adquirir una segunda mujer cuando la primera era estéril. En la Grecia clásica, al decir de Pausanias, la esterilidad era producto de la cólera de los dioses. En la Biblia, se escribe en el Génesis el más famoso de los casos de esterilidad humana, el de Abraham y Sara, una pareja que llegó a la ancianidad sin haber conseguido la procreación. Recordemos que las parejas heterosexuales habían recurrido en la antigüedad a las creencias, mitos y ritos para concebir un hijo propio, incluso exponiendo a la mujer a riesgos físicos y sanitarios; en los últimos 30 años, se han implementado técnicas de reproducción asistida en instituciones de salud públicas y privadas de nuestro país, sin contar con una

regulación precisa y adecuada que permita que haya certeza en los alcances reproductivos y los límites que dicha actividad conlleva en la práctica médica.

En el siglo pasado y durante el presente, los avances de la biología de la reproducción humana han dado pasos agigantados para resolver los problemas de infertilidad y esterilidad, haciendo posible que miles de personas hayan podido procrear y tener acceso a la paternidad y maternidad que, para algunas personas, constituye uno de los principales objetivos biológicos en su ciclo de vida. La infertilidad es un padecimiento asintomático, diagnosticado cuando no se ha logrado concebir un hijo, de manera natural por lo menos durante un año. La Organización Mundial de la Salud define a la infertilidad como una enfermedad con derecho a ser tratada, y sostiene que en más del 90% de los casos que se presentan existe solución a través de tratamientos médicos.

La esterilidad es la incapacidad de tener hijos por anomalía física, que puede ser un bloqueo en las Trompas de Falopio en la mujer o una disminución de la espermatogénesis en el hombre. El gameto se refiere a una célula germinal madura, femenina o masculina, es decir, óvulo o espermatozoide funcional, capaz de intervenir en la fertilización o la conjugación. A este proceso también nos podemos referir como meiosis y con esta la gametogénesis, que es el proceso de la fecundación; por lo tanto, se puede decir que la incapacidad de llevar a cabo la gametogénesis es la puntualidad del término esterilidad.¹

Según cifras que aporta el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en México existen dos millones seiscientos mil casos que padecen infertilidad o esterilidad, de ahí la importancia para que sea regulado este problema de salud pública. La reproducción humana asistida, ha sido materia de regulación en otros países como Inglaterra, Francia, Italia, Costa Rica y España, entre otros; en estas legislaciones se pretende garantizar el derecho de las personas de procrear y regular prácticas que al

¹ Derechos de las Mujeres, T.I, Normativa, Interpretaciones y Jurisprudencia Internacional. Ed. UNIFEM, OMACNUDH y SRE. México, junio, 2006.

igual que en nuestro país se llevan a cabo en esos casos con las prerrogativas y límites que establecen sus Estados.²

En el ámbito internacional, los derechos sexuales reproductivos se encuentran consagrados en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Conferencia de El Cairo), en el capítulo VII, referente a los Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, inciso A) Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, señala lo siguiente: "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos..."³

La atención de la salud reproductiva incluye la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales. Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de servicios.

En el marco jurídico vigente, nuestra Constitución Política establece en su Artículo 4º. el derecho a planificar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos. Reconociendo los derechos reproductivos, de las y los mexicanos. Es decir, corresponde al Estado la asistencia a las persona para garantizar su derecho a decidir

² México Fértil, Infertilidad México Inegi, [en línea] México, Revista Electrónica de Fertilidad, 2014, <http://www.méxicofertil.com/infertilidad-causas-y-tratamientos>. Consulta: [21 de junio 2019]

³ Idem.

libremente el número y espaciamiento de hijas e hijos, lo que lleva implícito el reconocimiento a los derechos reproductivos.

Aunado a lo expuesto y en relación con el Artículo 133 de la Carta Magna, el Estado Mexicano debe velar por el cumplimiento de los instrumentos internacionales que suscribe y ratifica en materia de derecho internacional. Es impostergable buscar que se brinde certeza jurídica el derecho consagrado en nuestra Constitución para acceder a los Derechos Reproductivos, entendidos estos como parte de los Derechos Humanos. Como estudiosos del Derecho, en nuestra actividad tenemos la obligación de entender la realidad social en que vivimos, para muchas mujeres ejercer sus derechos reproductivos como otros derechos fundamentales es una necesidad. Las mujeres que por una condición biológica se encuentran imposibilitadas de llevar a término un embarazo saben que este hecho se puede convertir en un obstáculo que mengue otros aspectos de su vida.

Se debe entender que la maternidad asistida o gestación subrogada, se manifiesta en el ámbito de interés de la Bioética, considerándose una revolución de conocimientos y conceptos; que particularmente redimensionan los enfoques respecto a la salud y a la intervención de la medicina para vincular propósitos con relación a los derechos humanos considerados de tercera generación.

La Bioética plantea consensos, que en los términos de la filosofía práctica se vincula con lo socialmente aceptado y reconocido; estos principios adoptados desde los años setenta, y que son observados para la creación de esta Norma, son los siguientes: autonomía, dignidad, universalidad e información. Dichos principios son respetados y vinculados a través de la Iniciativa, al plantear el respeto al gameto, mórula, embrión y feto humano y a las personas que se vinculan al Instrumento de Maternidad Subrogada. Otro principio vinculado y que actualmente se encuentra en discusión para ser establecido por consenso, es el relativo al utilitarismo, dicho así, porque establece que: es lícito emprender una acción que no supone un beneficio apreciable para una persona (e incluso le podría suponer un daño), si con ella: se produce un beneficio

apreciable para otro u otros, y se cuenta con el consentimiento del afectado, y se trata de una medida no degradante.⁴

La maternidad subrogada a través de los ejes fundamentales de la persona y la dignidad humana. La ciencia define a la maternidad como "la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre", y distingue básicamente a la maternidad gestacional como a aquella que se refiere a la persona que lleva a cabo la gestación. Por tal motivo, es propio referirnos al término maternidad subrogada, para establecer la relación de subrogar, que significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra, en este caso, nos referiremos a la práctica médica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre el producto de la concepción de otra.

El término maternidad subrogada fue empleado y adoptado desde el Informe Warnock (en el Reino Unido). Esta técnica posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula, ya que puede desarrollarse a través de la inseminación y la recepción por parte de la madre sustituta del embrión, técnica denominada Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones, cuyas siglas son FIVET y que se aplica en la variante homóloga, que supone que existe identidad entre las personas que desean concebir con la carga genética, es decir, son los que aportan los óvulos y espermatozoides para la fecundación. Este hecho supone que a través de la implantación de la o las mórulas humanas que se formen, existe una mujer que presta su matriz en forma gratuita (no onerosa, en términos civiles) para que se lleve a cabo la gestación y el nacimiento.⁵

Esta técnica de reproducción asistida es valiosa en tanto facilita a las mujeres que se encuentran en la imposibilidad física para llevar a término un embarazo o un parto.

En este trabajo de investigación se aplicarán los principios de la Teoría General de los Sistemas al tema de la maternidad subrogada, como una Teoría reconocida y válida

⁴ Atienza, Manuel. Investigación con embriones y clonación: La Ética de la Razonabilidad. Revista Mexicana de Bioética, Año 1, núm. 2, primer semestre, año 2004. pág. 33.

⁵ Atienza, Manuel. Investigación con embriones y clonación: La Ética de la Razonabilidad. Revista Mexicana de Bioética, Año 1, núm. 2, primer semestre, año 2004. pág. 33.

por la ciencia para entender los fenómenos sociales, lo que permite entender a la sociedad humana como nuestro sistema base debidamente estructurado y funcional con los individuos que la componen, las entradas de nuestro sistema son los recursos humanos del núcleo social que son la fuerza de arranque y evolución de la sociedad, la sociedad como sistema requiere para su funcionamiento diversos aspectos que deben atenderse, por ejemplo el político, el jurídico, económico, el social, el cultural, el religioso, por ello los seres humanos que crecen en latitudes diferentes, con capacidades diferentes, intereses diversos, se involucran en la sociedad a través de la familia, que es la base de toda sociedad, entendiéndose como subsistema social, donde hombre y mujer por lo general se unen para interactuar en el medio social y se comunican con otras familias, casi siempre con la idea de cooperación, apoyo solidario, reciprocidad y con la idea de transmitir a su descendencia los mismos valores, beneficios, bienestar, y objetivos, que han sido heredados de generación en generación, a esto yo le denominaría la caja blanca que es el proceso normal conocido o ideal, es el deber ser de la familia, pero cuando un matrimonio o pareja no pueden cumplir con ese proceso de tener hijos, educarlos verlos crecer y que formen otras familias, el ciclo de entrada y salida del proceso de evolución familiar, se generan vacíos los padres por esterilidad o enfermedad no consiguen ser padres, lo que interrumpe el proceso el objetivo familiar no se cumple a cabalidad, entonces el matrimonio o la pareja tiene que adaptarse al contexto y surge la posibilidad de engendrar hijos a través de la maternidad subrogada, que vendría siendo la homeostasis del subsistema familiar, que no es otra cosa que la capacidad de dar respuesta a la necesidad de cumplir un objetivo familiar y adecuarse al contexto que vive un matrimonio o pareja incapaz de procrear hijos, el permitir que un matrimonio o pareja que tiene un sueño de complementar su familia a través de la paternidad y maternidad, hoy día tiene la posibilidad de realizarlo a través de las técnicas de reproducción asistida, de donde se desprende la figura de la gestación subrogada.

Se sabe que para el sistema social mexicano, el acceder a la maternidad o paternidad por medios no naturales, sigue siendo un paradigma, una cuestión controversial que

confronta las relaciones con los otros sistemas o subsistemas que convergen del conglomerado social, cuestiones que ya establecimos en nuestro capítulo primero.

Lo que es una realidad, que actualmente muchas parejas o matrimonios están optando por esta figura o posibilidad científica, para garantizar la integración, independencia, estabilidad, armonía del sistema familiar. Por ello nos ocuparemos en el siguiente capítulo, de reflexionar y confrontar todas las implicaciones jurídicas para justificar la incorporación de la figura de la gestación subrogada dentro del marco jurídico vigente en el Estado de México

10. Fuentes de información.

Atienza, M. (2004) Investigación con embriones y clonación: La Ética de la Razonabilidad. *Revista Mexicana de Bioética*. 1(2), pp.

Arámbula Reyes, A. (2008) *La Maternidad Subrogada. Servicio de Investigación y Análisis. Política Exterior*. México D.F.: Cámara de Diputados. LX Legislatura.

Brena Sesma, I. (2004) *El derecho y la salud. Temas a Reflexionar*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Cornejo Chávez, H. (1988) *Derecho Familiar Peruano. Tomo II. Sociedad Paterno – filial. Amparo Familiar del Incapaz*. 5ªed. Lima Perú: Librería Studium Ediciones.

UNIFEM, OMACNUDH y SER (2006) *Derechos de las Mujeres. T.I Normativa, Interpretaciones y Jurisprudencia Internacional*. México D.F.: Ed. UNIFEM, OMACNUDH y SER.

Diccionario Jurídico Espasa, Madrid (1999) España, Editorial Espasa Calpe, p. 924.

Espinoza Espinoza, J. (2004) *Derecho de las personas*. 4º ed. Lima Perú: GACETA JURÍDICA.

Flores Salgado, L. (2014) *Introducción al Estudio del Derecho*, 1ª. Edición, Grupo Editorial Patria, México.

Gafo, J. (1978) *Hacia un mundo feliz, Problemas éticos de las nuevas técnicas de reproducción asistida*. Madrid España: Sociedad de Educación Atenas.

Galle, C. L. (1992) "Surrogate Mother Contracts: A View of Recent Legislative Approaches", *Journal of Health Law, American Health Law Associations*. 6(24) pp.

GORASSINI. El concepto de filiación en la Fecundación Artificial. Ara Editores. página 196.

Luhmann, N. (1998) *Sistemas Sociales, Lineamientos para una teoría general*. España: Editorial Anthropos.

Moran de Vicenzi, C. (2004) *El concepto de Filiación en la fecundación artificial*. Piura-Perú: Ara Editores.

Placido V, A. (2002) *Manual de Derecho de Familia*. 2ª ed. Lima-Perú: Gaceta Jurídica.

Rivero Hernández, F. (1971) *La presunción de paternidad legítima*. Madrid – España: Tecnos.

ROTENBERG, E.; AGREST WAINER, B. (2007) *Homoparentalidades: Nuevas Familias*. Buenos Aires: Editorial Lugar, p 127

Rubio Correa, M. (1997) Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos. En: Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones. Lima-Perú: Comisión Andina de Juristas.

Taboada Córdova, L. (2006) *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*. Lima Perú: Editorial Griley.

Trabuchi, “procreazione artificiale e genética umananella prospectiva del iurista”. Comunicación al Congreso de Verona. Italia. Octubre, 1986. En Procreazione artificiale e interventinella genteica humana. Padova 1987.

VarsiRospilgiosi, E. (2001) *Derecho Genético*, 4ª ed. Lima Perú, Editorial Griley.

VarsiRospilgiosi, E. (2004) *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima-Perú: Editorial Griley.

ÁLVARO, D. (2010) Los concepto e comunidad y sociedad de Ferdinand Tonnies, [en línea] Papeles del CIEC, núm. 1, marzo 2010, Universidad del país Vasco/ EuskalHerriko, Unibersitateaa Vizcaya, España. Disponible desde: <https://www.redalyc.org/artículo.oa?id=76512779009>.

ARNOLD, M. (1998) Introducción a los Conceptos Básicos de la Teoría general de los Sistemas, [en línea] Universidad de Chile, Santiago de Chile, Cinta de Moebio, número 3, Disponible desde: <https://www.redalyc.org/artículo.oa?id=10100306>.

Arons, J. (2007) Future Choices: Assisted Reproductive Technologies and the Law., Center for American progress, Washignton DC pp140 obtenido de http://amerivanprogres.org/issues/2007/12/pdf/arons_art.pdf

ARAUJO RODRIGUEZ, Ana Lizbeth. La Maternidad Subrogada por sustitución, [en línea] Perú, Universidad Nacional de Trujillo, 2008 <<http://aboutderecho.blogspot.mx/2009/04/problemas-en-la.html>

BETANCOURT, Valeria. Derechos humanos en Línea: Una Agenda aún pendiente para la Sociedad Civil de América Latina. [en Línea] Argentina, *Revista Digital Cuestión de Derechos*, Editorial ADC, número 4, 2013 <http://www.cuestióndederechos.org.ar/arg/pdf/numero4/articulo7/pdf>.

BRENA SESMA, Ingrid. La Gestación Subrogada ¿Una Nueva Figura del Derecho de Familia? [en línea] México, UNAM, 2012 <<http://www.jurídicas.unam.mx>

CALDERÓN BELTRAN, Javier. La Naturaleza Jurídica de la Maternidad Subrogada [en línea] Lima Perú, *Revistas y Portales Jurídicos*, 2008 <<http://www.cajpe.org.pe/rij/prof2/mater/mat18.htm>

FICHTER, Joseph H, Sociología, [en línea]. España, Editorial Herder,1993, <https://www.dasumo.com/libros/sociología-joseph-h-fichter.pdf.html>.

FUNDACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO ECONOMICO GLOBAL. .Cómo podríamos describir el concepto de familia?, [en línea] <<http://www.conesin.blioo.com/como-podriamos-describir-el-concepto-familia#.wafgy3hdiu>>

GALLARDO ROSALES, M. R. (2007) Contratación de Madre subrogada. [En línea] Guatemala, Universidad de San Carlos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Recuperado de: https://www.biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6822.pdf.

COMISION NACIONAL DE BIOETICA, ¿ Qué es la Bioética?. [en Línea] México D.F: Consejo del Conocimiento Bioético 2015. < <http://bioética-mexico.salud.gob.mx/interior/queeslabioetica.html>.

GAFO, Javier. Hacia un mundo feliz, Problemas éticos de la nuevas técnicas de reproducción asistida, [en línea] Madrid, Sociedad de Educación Atenas, 1978. <https://www.iberlibro.com/9786470202230/hacia-mundo-feliz-Gafo-Javier-8473202235/php>].

Hermes Navarro citado por Montes Guevara, G. E. (2004). Bioética y Técnicas de Reproducción Asistida. *Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social*, 12(1). Obtenido 5 de mayo, 2012, de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S140912592004000100008&script=sci_artte. Consulta: [21 de junio del 2019].

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. Familia, Definición, [en línea] <[http://www.es.slideshare.net/Daniel Zamora Fernández/definición de familia](http://www.es.slideshare.net/Daniel-Zamora-Fernandez/definicion-de-familia)>

LÉVI-STRAUSS, C.; SPIRO, M. E. La Familia: Concepto, tipos y Evolución, [en línea] México, 2009. <[https://www.cvonline.uaeh.edu/cursos/BV/S0103/Unidad %204/lec_42_LaFam_ConcTip&Evo.pdf](https://www.cvonline.uaeh.edu/cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec_42_LaFam_ConcTip&Evo.pdf)>

MONROY, Juan Pablo. Técnicas de Reproducción Asistida y su Incidencia en Colombia, [en línea] Colombia: Universidad Militar, Bogotá D.C. 2013 <<https://es.scrib.com/doc/310214524/técnicas-de-reproducción-asistida-y-su-Encendencia-en-Colombia>>.

INEGI (2014) México Fértil, Infertilidad México INEGI, recuperado de: <http://www.mésicofertil.com/infertilidad-causas-y-tratamientos>.

OMS: Organización Mundial de la Salud, (2002) Recuperado de: http://www.who.int/reproductivo/health/topics/gender_rights/sexual_health.

Sociedad breve historia de su elaboración teórica, [en línea] España, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, 2009.

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28211600004>.

PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA, La familia y los derechos humanos, [en línea] Vaticano, 1999.

<https://www.vatican.va/roamn.ruria/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_famil y-human-rights-sp.html>.

QUINTERO, Ángela María. Definición de Familia, ¿Quién es parte de mi familia?, [en línea]<<http://www.actividdaesfamilia.about.com/od/Bienestar/a/definición-de-familia.htm>>

RODRÍGUEZ YANG, Camilo. MARTINEZ MUÑOZ, Karol. El Contrato de Maternidad Subrogada: la experiencia estadounidense [en línea] Colombia, Universidad del Rosario, Colombia, 2012
https://www.scielo.cl/cielo.php?script=sci_attext&pid=s071809502012000200003_

RUIZ MARTÍNEZ, Rocío. Maternidad Subrogada, [en línea] España, Universidad de Cantabria, Departamento de Enfermería, Revista Bibliográfica, 2013, <https://www.bucserver01.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR/pdf>.

UNESCO, Declaración de los Derechos Universales de Bioética y Derechos Humanos [en línea] España: Universidad de Navarra, 2005.
<http://www.unav.es/cdb/unebioetica.pdf>

CPEUM: Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, publicado el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 28 de febrero de 2015.

Ley General de Salud

Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, arts. 40-56.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia d Prestación de Servicios de Atención Médica. artículo 64

Norma Oficial Mexicana Nom 005-SSA2-1993

Código Civil del Distrito Federal, México, editorial Sista 2013

Código Penal para el Distrito Federal, México editoral Sista, México 2013

Código Civil para el Estado de Tabasco, México, Sista, 2003, pp. III-XXXI.

Código Civil del Estado de México, México editorial Sista, 2015

Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia 43/2015, 12 de junio de 2015, Poder Judicial de la Federación

Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación; Código Civil para el Distrito Federal; ob. cit.; Artículo 345.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) 1989.

11. Metodología a desarrollar.

Para desarrollar mi trabajo de investigación jurídica, utilizaré diversos métodos de investigación teórica, utilizaré el método histórico-lógico, para poder desentrañar el origen de la gestación o maternidad subrogada como un fenómeno social y jurídico,

con sus aspectos de evolución, desenvolvimiento, conexiones, tendencias y causas en el desarrollo histórico del derecho positivo universal y mexicano.

Posteriormente como adoptamos la Teoría General de los Sistemas, como una Teoría sociológicamente y científicamente válida para estudiar la gestación o maternidad subrogada, como un nuevo fenómeno social y jurídico. Utilizaremos el método sistémico-estructural-funcional, abordando el objeto de estudio como una respuesta o necesidad de una estructura compleja, en la que se integra por diferentes subsistemas con características y funciones específicas.

Est método es válido para reflexionar el objeto de estudio (gestación o maternidad subrogada), que surge como parte de un sistema general, en donde se podrá visualizar el objeto de estudio, dentro de las diferentes relaciones en las que se vincula e integra y delimitar su rol funcional dentro del subsistema jurídico, desmembrándolo en sus diferentes eslabones y estructuras, delimitar las cualidades, sus interconexiones y graduarlas.

CAPITULO I

MARCO CONCEPTUAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

El desarrollo de la ciencia y la tecnología impacta de manera clara y profunda en todos los aspectos de la vida en sociedad. Sin duda alguna, los nuevos descubrimientos e inventos han traído como consecuencia que el ser humano viva en una forma muy distinta a las costumbres de algunas décadas. En el campo médico, los avances científicos han sido particularmente importantes y significativos. Allí, año tras año, en la sociedad han aparecido nuevas vacunas, procedimientos o instrumentos científicos encaminados a la cura o tratamiento de enfermedades físicas o psicológicas. La búsqueda de soluciones médicas al problema de la infertilidad de hombres y mujeres representa uno de los rubros en donde se han presentado grandes avances, siendo uno de ellos los tratamientos de reproducción asistida, ante ello, es necesario que el marco jurídico que rige se adapte a las nuevas formas y requerimientos de convivencia social.

Por lo anterior, en este apartado se describe y reflexiona sobre el marco conceptual de la gestación o maternidad subrogada, como una de las técnicas de reproducción asistida que actualmente se aplican en el ámbito médico legal. Se abordan las generalidades de las técnicas humanas de reproducción asistida conocidas como (TERAS), su clasificación doctrinal, se reflexiona sobre el concepto de gestación subrogada como método de reproducción asistida, su concepción desde las diferentes áreas del conocimiento, describiendo sus características, elementos y clases del objeto de estudio.

1.1 GENERALIDADES.

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida, que consiste en un acuerdo de voluntades que se formaliza entre una mujer infértil y otra mujer apta para

engendrar a un bebé, permitiendo que a través de las técnicas de reproducción asistida se implanten gametos fecundados de los padres biológicos en su vientre, y al término del embarazo deberá hacer entrega legal del bebé a sus progenitores; por ello es de vital importancia vislumbrar la esencia de las técnicas de reproducción asistida y sus alcances en la vida del hombre.

1.1.1 Técnicas humanas de reproducción asistida.

El Derecho en su calidad de ciencia reguladora de conductas y de relaciones humanas, cuyo fin inmediato es alcanzar la paz social, no es una ciencia estática y perenne, sino por el contrario, es variable y amoldable a la realidad social, política, tecnológica y científica del hombre; en efecto, el derecho no es una ciencia aislada, por lo mismo, es necesario que el mismo recurra al auxilio de las demás ciencias a fin de lograr de la forma más eficiente posible el cumplimiento de sus intrínsecos objetivos.

Es innegable que en la actualidad una de las ciencias más influyentes en la vida del ser humano es la ciencia médica y dentro de ella se encuentran subramas científicas como la genética de la reproducción, la ingeniería genética, el genoma humano, las técnicas de reproducción asistida, etc. Sin embargo como bien mencionaba Enrique Varsi Rospigliosi¹, muchas veces el derecho espera demasiado tiempo para regular un hecho o una situación, pues mientras el derecho es paciente, las demás ciencias son audaces.

Las técnicas de reproducción asistida (TERAS), tal y como se les ha reconocido en la Declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios, no alternativos. Se denominan supletorios, pues buscan superar una deficiencia biopsíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado.⁶

⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. Derecho Genético. 4ª. Edición, Lima Perú, Editorial Griley, 2001, página 167.

Lizardo Taboada las define como “métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad de las personas”.⁷

El derecho de procreación es el derecho de la persona a utilizar los métodos adecuados para tener descendencia, para obtener progenie; estos métodos a su vez pueden ser naturales, mediante la cópula sexual, legales y/o administrativos, mediante la adopción y médicos; cuando existe infertilidad, instituyéndose descendencia a través de las TERAS.

A diferencias de otras legislaciones como la italiana, la española, peruana o colombiana, las TERAS han sido vagamente reguladas por el Sistema Jurídico Mexicano, únicamente se encuentra una pequeña mención a ellas en la Ley General de Salud, que confiere derecho a la persona para recurrir a esta clase de técnicas cuando existan dificultades de fertilidad o problemas para concebir con los métodos humanos tradicionales.

En la legislación colombiana se habla de un método supletorio, únicamente viable cuando los métodos naturales humanos de procreación fracasan, es que previamente a su utilización deben reunirse algunos requisitos indispensables, claramente detallados por la Dra. Patricia Alzate Monroy, y que son los siguientes:

- a) Al aplicarse las TERAS, deberán existir posibilidades razonables de éxito sin poner en riesgo la vida de la madre, ni la del niño por nacer;
- b) La mujer solicitante deberá ser mayor de edad, deberá además encontrarse en buen estado de salud física y mental, y deberá manifestar su pleno consentimiento de forma expresa, voluntaria, espontánea y consciente;
- c) El equipo encargado de aplicar las técnicas, tiene el deber de informar a los intervinientes sobre los aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos de su implementación, debiendo en el equipo contar con profesionales médicos, abogados, teólogos, y psicólogos;
- d) Basado en el principio de que toda persona que dispone todo o parte de su cuerpo tiene derecho de revocar su decisión antes de que se consume el hecho, la mujer tiene derecho de renunciar libremente

⁷ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*, Lima Perú Editorial Griley, 2006, página 215.

al tratamiento y en cualquier estado del mismo, salvo en los casos en los que ya se estuviera gestando el producto; e) Durante el tratamiento, los profesionales que intervengan en la aplicación de la Técnica, deberán conducirse con estricto apego al respeto del secreto profesional, deberán guardar absoluta confidencialidad de los intervinientes en él, de sus problemas de infertilidad, así como de la identidad del niño por nacer, del método utilizado y todos los demás datos que obren en la respectiva historia clínica, bajo responsabilidad.⁸

Para Luis Santamaria Solis, las técnicas de reproducción asistida, son el conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana.⁹

1.1.2 Tipos de Técnicas humanas de reproducción asistida.

Para Javier Calderón Beltrán, existen dos tipos de Técnicas humanas de reproducción asistida, la inseminación artificial y la llamada fecundación in vitro.¹⁰

El autor en mención explica que la técnica de inseminación artificial, es un procedimiento que consiste en la infiltración del semen a la vagina de la mujer; siendo está a su vez homóloga cuando el donante de material genético es el propio cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero, cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco de esperma.

En la segunda técnica que nos refiere el autor referido, consistente en la fecundación in vitro, el procedimiento se desarrolla cuando el espermatozoide y el óvulo son

³ CALDERÓN BELTRAN, Javier. La Naturaleza Jurídica de la Maternidad Subrogada,[en línea] Lima Perú, Revistas y Portales Jurídicos, 2008 < <http://www.cajpe.org.pe/rij/prof2/mater/mat18.htm> > Consulta: [21 de junio 2019].

⁹ MONROY, Juan Pablo. Técnicas de Reproducción Asistida y su Incidencia en Colombia, [en línea] Colombia: Universidad Militar, Bogotá D.C. 2013 <<https://es.scrib.com/doc/310214524/técnicas-de-reproducción-asistida-y-su-Encendencia-en-Colombia>> consulta: [21 de junio 2019].

¹⁰ CALDERÓN BELTRAN, Javier. La Naturaleza Jurídica de la Maternidad Subrogada,[en línea] Lima Perú, Revistas y Portales Jurídicos, 2008 < <http://www.cajpe.org.pe/rij/prof2/mater/mat18.htm> > Consulta: [21 de junio 2019].

unidos en un laboratorio y luego implantados en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación; el problema surge cuando la madre es incapaz de anidar en su vientre a su futuro hijo o es totalmente infértil, recurriendo a una tercera persona para que se haga cargo de la gestación y del posterior alumbramiento, esto es conocido como maternidad o gestación subrogada.

Para Luis V Santamaría Solís, las técnicas de reproducción asistida se clasifican en: Técnicas Intracorpóreas de reproducción asistida y Técnicas Extracorpóreas de reproducción asistida.¹¹

a) Las técnicas intracorpóreas de reproducción asistida.

Para el autor referido anteriormente, las técnicas intracorpóreas de reproducción asistida son aquellas técnicas o métodos en los que, independientemente de las manipulaciones a las que puedan verse sometidos los gametos, el proceso de fecundación o fertilización del óvulo u ovocito por el espermatozoide se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino.

Esto implica que en este grupo de técnicas, el momento en el que se constituye una nueva persona humana, es decir la fecundación, no interviene una herramienta tecnológica.

De igual forma, también las técnicas de reproducción asistida incorpóreas se subdividen en homólogas o heterólogas. Entendiendo por técnica homóloga aquella en la que tanto el espermatozoide como el óvulo proceden de la pareja que se somete a la técnica correspondiente.

¹¹ MONROY, Juan Pablo. *Técnicas de Reproducción Asistida y su Incidencia en Colombia*, [en línea] Colombia: Universidad Militar, Bogotá D.C. 2013 <<https://es.scrib.com/doc/310214524/técnicas-de-reproducción-asistida-y-su-Encendencia-en-Colombia>> consulta: [21 de junio 2019].

Y por técnica heteróloga aquella en la que ya sea uno de los gametos óvulo o espermatozoide o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja, por ejemplo, en el caso de la inseminación artificial efectuada.

Asimismo, Santamaría Solis nos refiere que las técnicas intracorpóreas de reproducción asistida, utilizadas con mayor frecuencia son:

- Inseminación artificial
- Inseminación intrauterina directa
- Inseminación intraperitoneal de esperma y ovocitos
- Transferencia intratubárica de gametos

b) Las técnicas extracorpóreas de reproducción asistida.

En el segundo grupo de técnicas extracorpóreas de reproducción asistida, que refiere Santamaría Solis, se encuentran todas aquellas modalidades de reproducción asistida en las que la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino, es decir, todas aquellas en las que se efectúa la fertilización In Vitro, esto implica que se da la posibilidad de una manipulación del comienzo de la existencia de una nueva persona humana o de sus primeras etapas de desarrollo

También la doctrina realiza una clasificación desde el punto de vista metodológico, por lo que las técnicas extracorpóreas de reproducción asistida se subdividen en:

1.- Técnicas sin micromanipulación de gametos, en donde encontramos la fecundación in vitro con transferencia de embriones. La fecundación in vitro es la técnica por excelencia dentro de las técnicas extracorpóreas, en donde se implica la micromanipulación de gametos, posibilitándose la manipulación del embrión previa a su implantación, tanto para fines diagnósticos, como eugenésicos, experimentales o terapéuticos.

2.- Técnicas con micromanipulación de gametos, en donde encontramos la inyección subzonal de espermatozoides y la inyección intracitoplásmica de espermatozoides.¹²

Se debe entender como lo señala Santamaría Solís, que el procedimiento de inyección subzonal de espermatozoides, consiste en depositar los gametos masculinos en el espacio perivitelino que da entre la membrana citoplásmica del óvulo y la cubierta de éste, denominada zona pelúcida, de modo que los espermatozoides anómalos no podrán atravesar la zona pelúcida y penetrar el óvulo, salvan esa barrera y pueden completar por si mismos la fecundación. Y la inyección intracitoplásmica de espermatozoides, consiste en introducir directamente los espermatozoides en el interior del óvulo mediante una inyección intracitoplásmica, así espermios que por sus importantes deficiencias fisiológicas, no podrían ni siquiera iniciar la fertilización, son forzados a penetrar en el óvulo.

Estas técnicas de reproducción asistida, han dado cabida a diversas situaciones de hecho e intereses contrapuestos debido a que las mismas son ingénitas de una amplia gama de derechos e implicaciones jurídicas, en los que se incluye el derecho a la procreación, el derecho a la identidad, el derecho a la intimidad genética, derecho al anonimato, el derecho de sucesiones entre los principales.

De tal modo que confluye el interés de la pareja de convertirse en padres; o de la madre subrogada, puede concurrir el interés de este tercero, donante o madre sustituta de solicitar su reconocimiento biológico respecto del menor y finalmente en éstos casos confluye el posible interés del niño por conocer su origen biológico. Todas estas interrogantes se abordan en el capítulo III de este trabajo de grado correspondiente al marco jurídico de la maternidad subrogada.

¹² MONROY, Juan Pablo. *Técnicas de Reproducción Asistida y su Incidencia en Colombia*, [en línea] Colombia: Universidad Militar, Bogotá D.C. 2013 <<https://es.scrib.com/doc/310214524/técnicas-de-reproducción-asistida-y-su-Encendencia-en-Colombia>> consulta: [21 de junio 2019].

1.2 CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

En general la maternidad subrogada se presenta como una segunda opción para que muchas personas desean formar una familia, pero lamentablemente presentan problemas de fertilidad. Uno de esos muchos posibles problemas es que el útero de la mujer no es apto para una gestación o carece de éste por una histerectomía previa, por lo que ha surgido como una alternativa el llamado “vientre de alquiler” o maternidad subrogada. Esta práctica consiste en que la pareja que no puede concebir por su cuenta por un problema relacionado al útero contrata a una mujer conocida o desconocida para que lleve la gestación de su hijo.

En este apartado se adopta un concepto de gestación subrogada o maternidad subrogada, para Gonzales Merlo Jesús, la maternidad subrogada es aquel proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin cópula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer,¹³ Así mismo, para Vera Ramírez Eduardo, la maternidad subrogada es el acuerdo por medio del cual una mujer carga una criatura en su vientre hasta el momento del parto, con el fin de que otra mujer sea la madre del mismo ante la sociedad.¹⁴

Para Rubio Correa Marcial la define como el acuerdo por el que una mujer gesta un niño para que sea el hijo legal de otra.¹⁵

Para Peralta Andia Rolando, la maternidad subrogada es el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto.¹⁶

¹³ CALDERÓN BELTRAN, Javier. *La Naturaleza Jurídica de la Maternidad Subrogada*, [en línea] Lima Perú, Revistas y Portales Jurídicos, 2008 <<http://www.cajpe.org.pe/rij/prof2/mater/mat18.htm> > Consulta: [21 de junio 2019].

¹⁴ Idem.

¹⁵ CALDERÓN BELTRAN, Javier. *La Naturaleza Jurídica de la Maternidad Subrogada*, [en línea] Lima Perú, Revistas y Portales Jurídicos, 2008 <<http://www.cajpe.org.pe/rij/prof2/mater/mat18.htm> > Consulta: [21 de junio 2019].

¹⁶ ARAUJO RODRIGUEZ, Ana Lizbeth. *La Maternidad Subrogada por sustitución*, [en línea] Perú, Universidad Nacional de Trujillo, 2008 <<http://aboutderecho.blogspot.mx/2009/04/problemas-en-la.html>> Consulta: [21 de junio 2019].

Para Espinoza Espinoza Juan, define a la madre sustituta como aquella mujer que ofrece su útero para que se desarrolle en éste el embrión concebido extracorpóreamente, para después entregar al niño a sus verdaderos padres.¹⁷

Para Mosqueda Vásquez Clara, la maternidad subrogada es un fenómeno de la última década que se presenta principalmente en países desarrollados, y que consiste en que una mujer es contratada para que sea inseminada con el semen del marido de una mujer infértil o con el de un cedente y procrear de esa forma un hijo. Al nacer este, lo entrega al matrimonio que la contrató, cediendo la custodia del menor a favor del padre y renunciando a sus derechos materno-filiales para que el niño pueda ser adoptado por la esposa del padre.¹⁸

Para Sesta, Michelle, la maternidad subrogada es la situación por la cual una mujer adquiere la obligación de llevar al término un embarazo por cuenta de una pareja estéril a la que se compromete a entregar al niño. En estos casos la mujer que se presta a ello puede ser fecundada con el semen del marido o puede recibir el implante del embrión concebido in vitro.¹⁹

Para Kagand Lovaton Rodolfo y Cabrera Lovaton Fiorella, considera la maternidad subrogada cuando una mujer acepta ser inseminada en general o artificialmente con el esperma del marido de la mujer estéril, lleva el niño durante el embarazo y lo entrega al nacimiento. Se tratará por tanto de una madre biológica tanto como gestadora.²⁰

De las definiciones antes señaladas se encuentran las siguientes coincidencias:

- a) un acuerdo voluntario;
- b) una mujer que acepta gestar en su vientre a un bebé, a favor otra mujer incapaz de procrear que recibirá al nuevo bebé como suyo legalmente;

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ ARAUJO RODRIGUEZ, Ana Lizbeth. *La Maternidad Subrogada por sustitución*, [en línea] Perú, Universidad Nacional de Trujillo, 2008 <<http://aboutderecho.blogspot.mx/2009/04/problemas-en-la.html>>Consulta: [21 de junio 2019].

- c) la fecundación es artificialmente implantándose los gametos de los padres biológicos y
- d) la entrega del bebé a los padres al momento de nacer.

Por lo que se entiende por maternidad subrogada, como aquél acuerdo de voluntades que existe entre una mujer infértil y otra mujer apta para procrear, para permitir a través de las técnicas de reproducción asistida de los gametos de los padres biológicos en su vientre, y al término del embarazo deberá entregar el bebé a sus padres.

La maternidad subrogada se ha convertido en una alternativa o práctica muy común en el mundo, a este método han recurrido muchas personas que no pueden tener familia de manera natural e incluso personas famosas como el cantante Ricky Martin, quién se convirtió en padre de gemelos o la actriz Sharon Stone, que a los cuarenta y siete años de edad, optó por recurrir a este método para ser madre por segunda vez.

Hablar en la actualidad de gestación o maternidad subrogada, es hablar de un fenómeno social que tiende a seguir extendiéndose, debido a que resulta verdaderamente eficaz para que puedan obtener descendencia aquellas parejas dónde la mujer se encuentra imposibilitada de gestar o de concebir eficazmente, también para aquella persona que quiere ser madre o padre siendo soltero o soltera, e incluso eficaz para las parejas de homosexuales; sin embargo esta técnica se enfrenta a obstáculos sociales, religiosos, éticos, e implicaciones jurídicas que no facilitan su aplicación hoy en día.

1.2 TIPOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Para Javier Calderón Beltrán, señala que actualmente existen dos tipos o clases de gestación subrogada, la primera se le conoce como madre portadora o subrogación gestacional y la segunda como madre sustituta o subrogación tradicional.²¹

²¹ CALDERÓN BELTRAN, Javier. *La Naturaleza Jurídica de la Maternidad Subrogada* [en línea] Lima Perú, Revistas y Portales Jurídicos, 2008 <<http://www.cajpe.org.pe/rij/prof2/mater/mat18.htm>> Consulta: [21 de junio 2019].

1.3.1 Madre Portadora o Subrogación Gestacional.

Según el autor invocado, este tipo de gestación se da cuando la mujer genera óvulos pero le es imposible gestar, por lo que recurre a otra mujer para que se haga cargo de dicha labor; a esta forma se le conoce también como subrogación gestacional (gestationalsurrogacy), el hecho de transferir un embrión previamente fertilizado en el vientre de la madre subrogada, hacen que la misma no tenga la calidad de madre genética del niño por nacer.

1.3.2 Madre Sustituta o Subrogación Tradicional.

Esta forma de maternidad subrogada según el experto en comento, se da cuando la mujer sufre de infertilidad absoluta, es decir; que no solamente está imposibilitada de gestar, sino que también está imposibilitada de producir óvulos, por lo que recurre a otra mujer para que se haga cargo de ambas funciones, es decir que la madre subrogada es fecundada por el espermatozoide del marido, gesta y luego del alumbramiento entrega el niño en manos de sus contratantes, a esta forma también se le conoce como subrogación tradicional (donorsurrogacy), al ser la madre sustituta donante del óvulo, es que la misma posee la calidad de madre genética del niño por nacer.

También Javier Calderón Beltrán, señala que existe otra clasificación de la maternidad subrogada, que consiste cuando la madre por subrogación propiamente tal y madre portadora, en el primer caso, madre por subrogación propiamente tal, se presenta cuando una mujer acepta ser inseminada artificialmente con el espermatozoide del marido de una mujer estéril y entrega el niño al nacer éste; por tanto es madre biológica, gestadora y generadora. Para el segundo supuesto, La madre portadora lleva un embrión genéticamente ajeno implantado en su útero. El embrión puede ser de la pareja contratante como de donantes.

Para la modalidad de madre portadora se pueden presentar seis variantes, las cuales pueden ser:

- Cuando el semen y el óvulo provienen de la pareja contratante
- Cuando el óvulo proviene de la esposa contratante y el semen de un cedente
- Cuando el óvulo pertenece a un cedente y el semen al esposo de un cedente
- Cuando el óvulo como el semen provienen de cedentes
- Cuando el óvulo proviene de la madre de alquiler y el semen del esposo contratante, y
- Cuando el óvulo proviene de la madre de alquiler y el semen de un cedente.

Por otra parte, Alarcón Rojas Fernando desarrolla dos modalidades de la maternidad por sustitución:

La maternidad por simple sustitución que consiste en que la mujer que gesta y da a luz, aporta al proceso el material genético puesto que es la productora del óvulo fecundado.

La maternidad por sustitución en la gestación, que consiste en que la mujer que gesta y da a luz no aporta al proceso su material genético puesto que no es la productora del óvulo fecundado.²²

Se agrega que la maternidad subrogada también puede dividirse en dos tipos según las finanzas que hayan de por medio:

- **Altruista.**- Cuando la mujer que lleva el embarazo en su vientre, lo realiza sin ninguna finalidad lucrativa, en otras palabras no obtiene ninguna remuneración en especie o en dinero por llevar a término el embarazo. Los padres biológicos solo se hacen responsables de todos los gastos médicos y legales, y puede que se realice una compensación por aspectos que incluyan el bienestar del embarazo y de la madre portadora; como atención psicológica y su adecuada

²² BRENA SESMA, Ingrid. *La Gestación Subrogada ¿Una Nueva Figura del Derecho de Familia?* [en línea] México, UNAM, 2012 <<http://www.juridicas.unam.mx>> Consulta [21 de junio 2019].

alimentación o sus necesidades directamente relacionadas con el embarazo, ejemplo la atención médica.

- **Lucrativa.-** Cuando la madre gestacional ofrece llevar el embarazo en su vientre a cambio de una contraprestación en especie o en dinero. Existen en otros países agencias especializadas en maternidad subrogada. El monto a recibir varía según el contrato negociado, y suele contemplar pagos adicionales para embarazos múltiples y de alto riesgo.

1.4 CARACTERÍSTICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

El tema de la maternidad subrogada es muy complejo debido a que implica y comprende una gran variedad de elementos, por ello del concepto que se ha adoptado a continuación se desprenden y se explican las características del proceso de gestación subrogada.

1.4.1 Pareja o Madre Infértil.

La primera característica en el tema de la maternidad subrogada, se encuentra en la pareja o en la persona que desea tener un hijo pero que, por algún motivo, la mujer no puede gestar al bebé y desea que alguien más lleve a término el embarazo. En este caso, se habla de pareja o persona contratante.

1.4.2 Madre Sustituta.

La segunda característica se ubica en la mujer que está dispuesta a prestar su útero para llevar a cabo el embarazo, ya sea por motivos altruistas o a cambio de una compensación económica. A esta mujer se le llama madre sustituta

1.4.3 Contrato de Subrogación.

En tercer lugar, está el contrato de subrogación mediante el cual la pareja contratante y la madre sustituta estipulan la causa, el objeto y la forma de cumplir con el acuerdo. Aunque los contratos varían, siempre incluyen disposiciones relativas a los derechos y las responsabilidades de todas las partes, antes y durante el embarazo, así como después del nacimiento del niño.

1.4.4 Técnica de reproducción asistida.

Por último, se precisa como característica adicional, la técnica de reproducción asistida utilizada, que es la forma en que la ciencia interviene para la donación de gametos, para la concepción, implantación y gestación del bebé, descritas anteriormente.

1.5 CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Las parejas o matrimonios que han optado por someterse a las técnicas de maternidad subrogada para concebir un bebé, es muy común que la empresa o el laboratorio encargado de llevar a cabo el proceso de maternidad subrogada, suscriba un contrato de maternidad subrogada, por ello se debe discernir el concepto de contrato de maternidad subrogada.

Para Marcial Rubio, la maternidad subrogada tiene su origen en un contrato, por lo general oneroso, en el cual una mujer acepta gestar al niño, pero no acepta ser la madre legal del mismo, porque la que la contrata, tendrá ese reconocimiento futuro, una vez que la madre subrogada da a luz, entrega al niño a aquella que pretende convertirse en la madre legal del mismo.²³

²³ CALDERÓN BELTRAN, Javier. *La Naturaleza Jurídica de la Maternidad Subrogada*, [en línea] Lima Perú, Revistas y Portales Jurídicos, 2008 <<http://www.cajpe.org.pe/rij/prof2/mater/mat18.htm> > Consulta: [21 de junio 2019].

El contrato de madre subrogada ha sido definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero.

Una definición en esta dirección ha sido adoptada por la legislación de algunos estados de la unión americana. Por ejemplo, la ley del estado de Luisiana concibe el contrato de madre subrogada bajo los siguientes términos:

*Contract for surrogate motherhood" means any agreement where by a person not married to the contributor of the sperm agrees for valuable consideration to be inseminated, to carry any resulting fetus to birth, and then to relinquish to the contributor of the sperm the custody and all rights and obligations to the child. [Un contrato de maternidad subrogada significa un acuerdo por medio del cual una persona no casada con el contribuyente de la esperma acuerda por una contraprestación de valor ser inseminada, llevar el feto resultante hasta el nacimiento, y luego entregar al contribuyente de la esperma la custodia y todos los derechos y obligaciones del recién nacido]*²⁴

Por su parte, el estado de Michigan definió el contrato así:

Surrogate parentage contract" means a contract, agreement, or arrangement in which a female agrees to conceive a child through natural or artificial insemination, or in which a female agrees to surrogate gestation, and to voluntarily relinquish her parental or custodial rights to the child. It is presumed that a contract, agreement, or arrangement in which a female agrees to conceive a child through natural or artificial insemination by a person other than her husband, or in which a female

²⁴ RODRÍGUEZ YANG, Camilo. MARTINEZ MUÑOZ, Karol. *El Contrato de Maternidad Subrogada: la experiencia estadounidense* [en línea] Colombia, Universidad del Rosario, Colombia, 2012 https://www.scielo.cl/cielo.php?script=sci_attext&pid=s0718-09502012000200003 Consulta: [21 de junio 2019].

agrees to surrogate gestation, includes a provision, whether or not express, that the female will relinquish her parental or custodial rights to the child. [Un "contrato de ascendencia subrogada" significa un contrato, acuerdo o arreglo en el cual una mujer acuerda concebir un niño mediante inseminación natural o artificial, o en el cual una mujer acuerda sustituir en la gestación, y voluntariamente renunciar a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño. Se presume que en un contrato, acuerdo o arreglo en el cual la mujer acuerda concebir un niño por medio de inseminación natural o artificial por una persona diferente a su esposo, o en el cual la mujer acuerda sustituir en la gestación, incluye una provisión, expresa o no, de que la mujer renunciará a sus derechos parentales o de custodia sobre el niño].²⁵

1.6 CONCEPCIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE DIFERENTES RAMAS DE LA CIENCIA.

En este apartado se confronta el tema de la maternidad subrogada desde la perspectiva de las diferentes ramas de la ciencia, toda vez que su implementación en la vida cotidiana, está sujeta a diversas implicaciones y observaciones que inciden en otras ramas de la ciencia. Se plasman posturas a favor y en contra de la maternidad subrogada como medio de reproducción asistida dentro de la medicina genética y como un medio para los padres infértiles o incapaces de poder ser padres por medios naturales y tener la posibilidad de tener un hijo gracias a los avances de la ciencia y tecnología.

1.6.1 Aspectos bioéticos de la maternidad subrogada.

Se conoce que dentro de la doctrina filosófica que estudia y reflexiona sobre los valores y las normas que se clasifican como válidas y que por lo tanto debieran guiar nuestras decisiones, es lo que se denomina como ética. Ésta última capacita al ser humano

²⁵ RODRÍGUEZ YANG, Camilo. MARTINEZ MUÑOZ, Karol. *El Contrato de Maternidad Subrogada: la experiencia estadounidense* [en línea] Colombia, Universidad del Rosario, Colombia, 2012 https://www.scielo.cl/cielo.php?script=sci_attext&pid=s0718-09502012000200003 Consulta: [21 de junio 2019].

para elaborar juicios conforme a unas normas morales, eliminando lo que es inaceptable de lo aceptable. Pero en una sociedad libre como la nuestra, la variedad de ideologías y pensamientos es tan amplia y aun así las posturas pueden ser igualmente respetables y éticamente correctas sin la necesidad de crear jerarquías morales.

En consecuencia, no es válido implantar como jurídicamente obligatorias las convicciones de un grupo de legisladores por impecables y razonadas que les parezcan. A pesar de que el objetivo sea siempre el conocimiento, las nuevas tecnologías o métodos reproductivos, plantean conflictos éticos que debemos resolver pacíficamente, garantizando el interés de seguridad de todos o del mayor número de beneficiados.

Para la Comisión Nacional de Bioética la ética es la rama aplicada que reflexiona, delibera y hace planteamientos normativos y de políticas públicas para regular y resolver conflictos en la vida social, especialmente en las ciencias de la vida, así como en la práctica y en la investigación médica que afectan la vida en el planeta, tanto en la actualidad como en futuras generaciones²⁶

Con fecha 19 de octubre del 2015, la Conferencia General de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Por primera vez en la historia de la bioética, los Estados Miembros se comprometían y comprometían con ello a la comunidad internacional, a respetar y aplicar los principios fundamentales de la bioética reunidos en un único texto:

Los objetivos de dicha Declaración son:

- a) Proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas, u otros instrumentos en el ámbito de la bioética;

²⁶ COMISION NACIONAL DE BIOETICA, *¿ Qué es la Bioética?*. [en Línea] México D.F: Consejo del Conocimiento Bioético 2015. <<http://bioética-mexico.salud.gob.mx/interior/queeslabioetica.html>> Consulta: [21 de junio 2019].

- b) Orientar la acción de individuos, grupos, comunidades, instituciones y empresas, públicas y privadas;
- c) Promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos;
- d) Reconocer la importancia de la libertad de investigación científica y las repercusiones beneficiosas del desarrollo científico y tecnológico, destacando al mismo tiempo la necesidad de que esa investigación y los consiguientes adelantos se realicen en el marco de principios éticos enunciados en esta Declaración y respeten la dignidad humana y las libertades fundamentales;
- e) Fomentar el diálogo multidisciplinario y pluralista sobre las cuestiones de bioética entre todas las partes interesadas y dentro de la sociedad en su conjunto;
- f) Promover un acceso equitativo a los adelantos de la medicina, la ciencia y la tecnología, así como la más amplia circulación posible y un rápido aprovechamiento compartido de los conocimientos relativos a esos adelantos y sus correspondientes beneficios, prestando una especial atención a las necesidades de los países en desarrollo;
- g) Salvaguardar y promover los intereses de las generaciones presentes y venideras;
- h) Destacar la importancia de la biodiversidad y su conservación como preocupación común de la especie humana.²⁷

De la declaración universal antes descrita, se desprende que no es suficiente que los países promulguen leyes en sus territorios, sino que también es necesario y fundamental contar con un acuerdo lo más amplio posible sobre temas tan sensibles, siendo la maternidad subrogada una práctica que plantea diversos prejuicios éticos-

²⁷ UNESCO, *Declaración de los Derechos Universales de Bioética y Derechos Humanos* [en línea] España: Universidad de Navarra, 2005. <http://www.unav.es/cdb/unebioetica.pdf> Consulta: [21 de junio 2019].

morales, gozando tanto de seguidores defensores como detractores denunciantes que argumentan su postura y defienden sus ideas.

En lo tocante a los aspectos bioéticos, se dice que cuando la maternidad es deliberadamente delegada a otra mujer que es la que no va a dar a luz, el vínculo de apego que se crea durante la gestación se disgrega el nexo complejo de naturaleza psicológico y físico se rompe con efectos aún desconocidos para el hijo y para la madre sustituta.

Se sabe que las hormonas producidas en la gestación inducen en la mujer un intenso proceso neurobiológico natural que configura al que se puede llamar cerebro materno. Con el embarazo, el cerebro de la mujer cambia, estructural y funcionalmente, al responder a las consignas básicas que recibe del feto y se crea un vínculo de apego entre la madre y el hijo conocido como vínculo de apego y emoción la que forma parte del proceso biológico natural del embarazo.²⁸

Para Caso de Leveratto, la relación simbiosis crea fuertes nexos bioquímicos, físicos y psicológicos entre la madre y el hijo que no son fáciles de ignorar. El feto realiza importantes interacciones con el medio que lo rodea con el fluido amniótico, el útero, los sonidos, los cambios hormonales, y responde a los estímulos de todos ellos. Estas actividades son vitales para un buen desarrollo del cerebro. El útero está poblado borgorigmos. Del latido del corazón y de la circulación de la sangre y por voces externas. Las emociones de la madre, así como su estado mental, ejercen una influencia muy importante en el bebé, pues éstas producen cambios arteriales y de catecolaminas que pasan la barrera de la placenta.²⁹

Respecto a la madre sustituta, la pregunta principal a responder sería si es posible un consentimiento verdaderamente informado y consciente por su parte, que en cierta

²⁸ Perez García, Efraín. *Atención Integral de la Infertilidad*, Editorial Médica Panamericana, 3ª. Edición, 2011 pág 478.

²⁹Idem.

forma asumiera a priori todas las emociones asociadas a la renuncia del niño después de haberlo gestado durante nueve meses.

La maternidad subrogada es existencialmente impersonal, reduce a la procreación a una producción, despojándola de cualquier valor humano, falsificándola mediante un proceso que dosifica la vida la sexualidad se reduce a genitalidad y el embrión se convierte en una cosa a tener.

Los embriones humanos, desde el momento de la concepción, son personas e individuos de la especie humana, y por tanto, sujetos de derecho. Es ilícito disponer de ellos como objeto de contratos.

Para Louis Honnefelder, las técnicas de reproducción asistida, por las que se hace posible la gestación subrogada, provocan una gran cantidad de pérdida de embriones que son considerados como simple "material biológico". El embrión humano, en cuanto individuo de la especie humana tiene, desde el inicio de su existencia, es decir, desde la fecundación, el derecho a la vida y a la integridad física.³⁰

Para Manuel De Santiago, el cuerpo de la persona es la persona y, como tal, no está a la disposición de ella ni de terceros. La gestación subrogada propone una disociación intelectual y emocional de la madre sustituta con respecto a su cuerpo, pretendiendo hacer del mismo un simple instrumento necesario para llevar a cabo sus actividades vitales. La inviolabilidad de la persona prohíbe que el cuerpo humano y sus elementos puedan ser objeto de comercio y de propiedad.³¹

1.6.2 Aspectos jurídicos de la maternidad subrogada.

El surgimiento de la maternidad subrogada ha provocado una ausencia de regulaciones que soluciones las problemáticas legales que con lleva y que, sin duda, deben ser atendidas. Ejemplos de estos conflictos son los siguientes:

³⁰ Pérez García, Efraín. op. cit., página 478.

³¹ Pérez García, Efraín. op. cit., página 478.

- a) La presunción y determinación de la maternidad y de la paternidad. En general, México ha adoptado la máxima romana *mater semper certa est*, para determinar la maternidad. Así, el artículo 360 del Código Civil Federal Mexicano establece la filiación respecto a la madre por el sólo hecho del nacimiento. En el caso de que la madre sustituta sienta al niño como suyo y se niegue a entregarlo, el ordenamiento mexicano favorecería en virtud de lo expuesto anteriormente. Cabría preguntarse si la madre contratante podría, como tercera interesada, impugnar la presunción de maternidad por el hecho del parto y reclamar la misma para sí. En cuanto a la paternidad, si la madre sustituta es casada, se supondrá padre del hijo a su marido. Éste, en su momento, podrá realizar la acción de desconocimiento necesaria para esclarecer la filiación y permitir al padre contratante el reconocimiento del hijo.
- b) Otra de las problemáticas que presenta es el supuesto de que los padres contratantes mueran durante la gestación. En este caso se deberá establecer qué sucederá con el niño al nacer y con la madre sustituta durante el tiempo restante del embarazo. También se deberían esclarecer los posibles derechos hereditarios del menor con respecto a la familia de los padres contratantes.
- c) Con las recientes reformas a favor del aborto, se deberá contemplar el derecho de la madre sustituta a terminar el embarazo, si en algún momento de la gestación, decide no seguir adelante con el acuerdo hecho con los padres contratantes. También se debe contemplar el derecho de los padres a rechazar al bebé por malformaciones y pedir a la madre sustituta el aborto del mismo.³²

Previsiblemente dentro del tema de maternidad subrogada, hay varios derechos que entrarían en conflicto: el derecho a la libertad individual y a la igualdad, el derecho de procrear, el derecho de fundar una familia y a la protección de la misma, el derecho al conocimiento de la filiación biológica, el derecho a la intimidad, el

³² BRENA SESMA, Ingrid, *El derecho y la salud. Temas a Reflexionar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004 página 56.

principio de libertad ideológica y la dignidad humana, tanto de la mujer gestante como el hijo nacido.

En tal virtud los aspectos jurídicos sobre la maternidad subrogada, versarán en dos vertientes, el empleo lícito de las técnicas de reproducción asistida y la licitud jurídica en el objeto de los contratos de maternidad subrogada, abordando los múltiples derechos a los que he hecho mención en el párrafo anterior, y que en su momento trataremos de dar respuesta en el presente trabajo de tesis de grado.

1.6.3 Aspectos religiosos de la maternidad subrogada.

Desde el punto de vista religioso, la mayoría se oponen a los procesos que no sean naturales y donde se sustituye el acto sexual como medio para concebir hijos por procesos artificiales. Respecto a lo natural y lo artificial, cabe señalar que las normas éticas iniciales se elaboraron de acuerdo con la interpretación que se hizo en esa época de las leyes de la naturaleza. Además, las instituciones religiosas tienden a considerar inmoral a la masturbación para la obtención de espermatozoides. También se teme que las técnicas de reproducción asistida incluyendo la maternidad subrogada, causen abortos y favorezcan la disolución de lazos familiares y se usen con fines egoístas o eugénicos.

Para Javier Gafo, la religión siempre se ha opuesto en que los médicos asuman el papel de Dios en la creación de la vida. En México las TERAS se aplican a parejas ya casadas con relación estable, en edad reproductiva y cuyo proyecto de vida incluya tener hijos. Se está a favor de la vida y además se les ayuda a cumplir con el precepto de creced y multiplicaos. Se utilizan gametos propios salvo cuando esto no sea factible, en cuyo caso se procede con ética, profesionalismo, respeto y confidencialidad. No se

sustituye al acto sexual, puesto que las parejas no renuncian a su vida sexual. Se complementa la función de permitir la interacción entre óvulo y espermatozoide.³³

Por otro lado para Valeria Betancourt, muchos estudios demuestran que las personas que profesan alguna religión toleran menos el fenómeno de la maternidad subrogada de quienes no practican ninguna.³⁴

De lo que se ha leído, se puede considerar que no se considera pecaminoso obtener la muestra de semen por masturbación con este fin. De hecho, es un paso difícil para la mayoría, que lo acepta sólo por ser para ese fin. Respecto a la creación de la vida, cómo se señaló antes, si algunos crean vida, además de Dios, son las propias parejas creadas a semejanza de Él y porque Él lo permite, y con ese fin ayuda a quienes a su vez tratan de ayudar a estas personas en su noble deseo procreador.

Por todo lo anterior, aunque la iglesia católica en general prohíbe la utilización de las técnicas de reproducción asistida, cada vez hay más moralistas católicos que están a favor de ellas, después de conocer cada caso en particular, con ciertas recomendaciones, como que se realice en un contexto de amor conyugal, y que haya respeto absoluto en la vida naciente.

El protestantismo, por su parte, asume una actitud de tolerancia ante la diversidad de opiniones que se han originado en su seno, dejando en plena libertad a sus seguidores, para que, de manera consciente, determinen cual es el camino a seguir. A su vez, el criterio de la ética Judía es de un absoluto rechazo para todo acto de heteroinseminación, maternidad subrogada o similar técnica de reproducción asistida al ser equiparadas con el adulterio. En cambio, los juicios se dividen cuando se trata de procedimientos autoinseminatorios.

³³ GAFO, Javier. *Hacia un mundo feliz, Problemas éticos de la nuevas técnicas de reproducción asistida*, [en línea] Madrid, Sociedad de Educación Atenas, 1978. <https://www.iberlibro.com/9786470202230/hacia-mundo-feliz-Gafo-Javier-8473202235/php>. Consulta: [21 de junio 2019].

³⁴ BETANCOURT , Valeria. *Derechos humanos en Línea: Una Agenda aún pendiente para la Sociedad Civil de América Latina*. [en Línea] Argentina, Revista Digital Cuestión de Derechos, Editorial ADC, número 4, 2013 <http://www.cuestióndederechos.org.ar/arg/pdf/numero4/articulo7/pdf>. Consulta: [21 de junio 2019].

Finalmente, la religión musulmana no ha emitido dictamen al respecto, pero, dado el concepto que la grey Islámica tiene del matrimonio, la procreación y la familia, en principio no representan problema alguno.

Así las cosas, las diferentes doctrinas religiosas carecen de un criterio uniforme para valorar las nuevas técnicas de reproducción humana, y la maternidad subrogada, con excepción de la Iglesia Católica.

1.6.4 Aspectos psicológicos de la maternidad subrogada.

Dentro de los aspectos psicológicos de la maternidad subrogada se presentan cuestionamientos importantes sobre el uso de las técnicas de reproducción asistida, que incluyen otras actividades como la donación de óvulo y espermatozoides, el trasplante de ovarios y la clonación, se arraiguen en los sentimientos más profundos humanos creando confusión de todos los usuarios, extrapolando este desaliento a la sociedad como un todo. Además la fragmentación de la maternidad en tres roles (madre genética, madre subrogada y madre social), puede desencadenar en la decadencia de la estructura familiar. Como plantea el abogado Gallardo en su tesis de Licenciatura la destrucción de la familia sucede desde el momento preconcebido de abandono del niño para ser entregado a la madre social y se cuestiona si la ayuda de una familia justifica la destrucción de otra.³⁵

En los aspectos psicológicos y sociológicos, se puede apreciar que la mujer históricamente se ha valorado por su capacidad única de gestar, enfrentándose a la visión machista de procrear. Las posiciones feministas que no están en contra del uso de las técnicas de reproducción asistida, se cuestionan si la carencia de autonomía y la presión del rol materno arraigado en muchas sociedades, pueden someterlas a la utilización de sus cuerpos de forma mercantil, como si fueran máquinas, disociando su persona y quedando expuestas por obligación a la manipulación.

³⁵ GALLARDO ROSALES, Martha Rossana. *Contratación de Madre subrogada*. [en línea] Guatemala, Universidad de San Carlos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007. https://www.biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6822.pdf. Consulta:[21 de junio 2019].

Para la maestra Rocío Ruíz Martínez, los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán secuelas psicológicas y sociales, por lo que los padres que usen esta técnica deberán ser honestos con el hijo sobre la forma en que fue concebido.³⁶

También se puede reflexionar, que la maternidad subrogada al ser un acuerdo voluntario y libre, no se puede hablar de explotación. Todos los participantes se benefician de la subrogación el niño nacido gracias a la práctica de dicho fenómeno y se cría en un entorno de cariño rodeado de personas que lo desearon intensamente; los padres consiguen la paternidad deseada ofreciendo los cuidados a un hijo muy querido y la embarazada puede satisfacer la inquietud de ayudar a terceros y obtener un beneficio extra, normalmente económico.

La maternidad subrogada no daña la integridad psíquica y física de la madre portadora como lo respaldan los estudios realizados y es muy difícil crear una teoría de peso que hable del intercambio e influencia prenatal por la diversidad de personalidades. La disparidad es muy grande: unas sienten apego solo durante el embarazo, otras rechazan al feto durante los nueve meses de gestación y solo se sienten cercanas al bebé cuando nace y muchas otras no manifiestan apego durante todo el proceso. De estos estudios se concluye que el embarazo no gesta también a las madres y que entregar al bebé no siempre con lleva un daño.

1.6.5 Aspectos médicos de la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada minimiza la carga que conlleva la esterilidad y ayuda en los casos en los que la mujer tiene, por ejemplo, una enfermedad pélvica o no tiene útero. La maternidad subrogada es una técnica en la que personas adultas ejercen libremente sus derechos sin lastimar los derechos de otras personas.

³⁶ RUIZ MARTÍNEZ, Rocío. *Maternidad Subrogada*, [en línea] España, Universidad de Cantabria, Departamento de Enfermería, Revista Bibliográfica, 2013, <https://www.bucserver01.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR/pdf>. Consulta: [21 de junio 2019].

Para Lamm, citado por Ruiz Martínez, la maternidad subrogada significa no ser infértil. Tienes que buscar otra opción. La infertilidad hace que consideres formas alternativas para ser padre o madre que nunca hubieras soñado. Te hace dar cuenta que dar a luz no te define como madre y que convertirse en madre es más importante que quedar embarazada.³⁷

³⁷ RUÍZ MARTÍNEZ, Rocío. op. cit. página 29

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

2.1 TEORÍA SOCIOLÓGICA DEL CAOS.

Dentro de la Sociología, las únicas teorías científicas comprobables, son la **Teoría del Caos**,³⁸ se basa en la causa y efecto de los fenómenos sociales, en esta teoría el concepto de caos es reciente, y surge gracias a las valiosas aportaciones y trabajos acumulados de científicos e investigadores de diferentes disciplinas que hacen posible que emerja lo que ahora se ha dado a llamar la Teoría del Caos, donde se establece el hecho que dentro del caos existe orden y también dentro del orden existe caos.

Bajo la óptica de esta teoría se debe que reflexionar, si la maternidad subrogada es ineficiente, insuficiente, ineficaz o viceversa para resolver el problema de la infertilidad en la mujer o en el varón que desean ser padres, e integrar una familia, pero considero que el tema de la maternidad subrogada, es mucho más que un fenómeno de causa-efecto por las implicaciones que derivan de su aplicación en la sociedad.

2.2 TEORÍA SOCIOLÓGICA DEL RIESGO.

La Teoría del Riesgo o del desorden³⁹, como teoría científica sociológica, basa su postura en que todo fenómeno social genera un desorden, y al presentarse un desorden se generan consecuencias y riesgos, teniendo como causas la eficiencia, eficacia o suficiencia del fenómeno social en estudio.

Para Luhmann⁴⁰, el concepto de “riesgo” se refiere a la posibilidad de daños futuros debido a decisiones particulares. Las decisiones que se toman en el presente condicionan lo que acontecerá en el futuro, aunque no se sabe de qué modo. El riesgo está caracterizado por el hecho de que, no obstante la posibilidad de consecuencias negativas, conviene, de cualquier modo,

³⁸ LUHMANN, Nicolás. Sistemas Sociales, Lineamientos para una Teoría General, España, Editorial Anthropos, 1998, página 22.

³⁹Idem.

⁴⁰Idem.

decidir mejor de una manera que de otra. Por lo tanto indica Luhmann (1996), “el riesgo depende de la atribución de los daños” (posibles o efectivamente decididos) debido a una resolución que se toma en el sistema, mientras que peligro se entiende como una posibilidad de daño digna de atención, se habla de riesgo solo en el caso en que el daño se hace posible como consecuencia de una decisión tomada en el sistema y que no puede acontecer sin que hubiera mediado tal decisión. El riesgo es una de las formas de vincular el tiempo, esto es, una de las formas con las que la sociedad controla su propia renovación, al vincular estados futuros con decisiones presentes. La decisión teórica de distinguir riesgo, del peligro, indica Luhmann, se torna irrelevante sino se hace referencia a la idea de seguridad, y con esto la seguridad se convierte en un concepto decisivo.

De igual manera que la Teoría del Caos, no creo que el fenómeno social de la maternidad subrogada se agote como un riesgo para las relaciones sociales o matrimoniales, o que los daños colaterales que se lleguen a producir en el uso de esta técnica, sean determinantes en la aplicación de ésta Técnica de Reproducción Asistida.

2.3 TEORÍA SOCIOLÓGICA DE LOS SISTEMAS.

Toda vez que los argumentos bajo las cuales se sustentan las teorías sociológicas anteriormente descritas, no son suficientes para tratar de justificar científicamente el proceso de maternidad subrogada, como forma de recomponer el tejido de una familia que por distintas causas no ha podido tener hijos de forma natural, y con ello disfrutar plenamente su rol dentro de una sociedad cada vez más exigente.

Pero es importante señalar que al abordar el tema de la maternidad subrogada, es indispensable estudiar la célula básica de toda sociedad que lo es la familia, y la familia como base del núcleo social.

Los objetivos originales de la Teoría General de los Sistemas son los siguientes:

- a) Impulsar el desarrollo de una terminología general que permita describir las características, funciones y comportamientos sistémicos.
- b) Desarrollar un conjunto de leyes aplicables a todos estos comportamientos sistémicos y por último,
- c) Promover una formalización en tal sentido es atribuible al biólogo Ludwing von Bertalanffy (1901-1972), quien acuñó la denominación Teoría General de los Sistemas. Para él, dicha teoría debería constituirse en un mecanismo de integración entre las ciencias naturales y sociales y ser al mismo tiempo un instrumento básico para la formación y preparación de científicos.⁴¹

La Teoría General de los Sistemas se basa en dos pilares básicos aportes semánticos y aportes metodológicos, por lo que se abordará el objeto de estudio, tratando de aplicar y estructurar el tema de la maternidad subrogada con la directriz de dichos aportes.

2.3.1 Concepto de Sistema.

Para entender la Teoría General de los Sistemas, habrá que entender que es un sistema, para lo cual se señala lo siguiente:

*El Sistema es un conjunto de cosas o partes interactuantes e interdependientes, que se relacionan formando un todo unitario y complejo.*⁴²

⁴¹ARNOLD, Marcelo. Introducción a los Conceptos Básicos de la Teoría general de los Sistemas, [en línea] Universidad de Chile, Santiago de Chile, Cinta de Moebio, número 3, 1998, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10100306>. Consulta. [21 de junio del 2019].

⁴² Idem.

Derivado de lo anteriormente señalado, la sociedad es un sistema complejo que está integrado por un conjunto de seres humanos que interactúan en un mismo espacio, con estructuras y funciones específicas, que representan los procesos de cambio, con entradas y salidas, por ello estudiaré el concepto de sociedad, entendiéndolo como nuestro sistema de origen.

2.3.2 Definición de Sociedad.

El hombre es un ser social, está inmerso en la sociedad desde que nace hasta que muere. Pero resulta difícil dar una definición exacta de la sociedad, por eso presentaremos primero, algunas definiciones:

“Para Aristóteles, la sociedad civil proviene de *societas*, que la describe como cualquier asociación de grupos o individuos de los que se compone una ciudad.”⁴³

“Para Tonnies, la sociedad es la vida en común entendida como formación ideal y mecánica, o bien, como agregado y artefacto mecánico del hombre.”⁴⁴

"Es un gran número de seres humanos que obran conjuntamente para satisfacer sus necesidades sociales y que comparten una cultura común".⁴⁵

" Para Fichter, Sistema o conjunto de relaciones que se establecen entre los individuos y grupos con la finalidad de constituir cierto tipo de colectividad, estructurada en campos definidos de actuación en los que se regulan los procesos de pertenencia, adaptación, participación, comportamiento, autoridad, burocracia, conflicto y otros".⁴⁶

⁴³ PAVÓN CUELLAR, David. SABUCEDO CAMESSELLE, José Manuel, *El concepto de Sociedad breve historia de su elaboración teórica*, [en línea] España, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, 2009, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28211600004>. Consulta. [21 de junio 2019].

⁴⁴ÁLVARO, Daniel, *Los concepto e comunidad y sociedad de Ferdinand Tonnies*, [en línea] Papeles del CIEC, núm. 1, marzo 2010, Universidad del país Vasco/ EuskalHerriko, Unibersitatea Vizcaya, España, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=76512779009>. Consulta. [21 de junio 2019].

⁴⁵ Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, España, Editorial Espasa Calpe, 1999, página 924.

⁴⁶ FICHTER, Joseph H, *Sociología*, [en línea]. España, Editorial Herder, 1993, <https://www.dasumo.com/libros/sociología-joseph-h-fichter.pdf.html>. Consulta. [21 de junio del 2019].

Considerando más apropiada la definición que da Fichter, porque en ella se distingue mejor la sociedad del grupo, pues este último comprende solo una parte de la sociedad y también porque la cultura de una sociedad es más amplia que la de una persona o la de un grupo.

2.3.3 Características de la Sociedad.

Entendiendo a la sociedad como un sistema de individuos o seres humanos debidamente estructurados, que interactúan todos los días en un mismo espacio, con funciones diversas, habrá que identificar las características irreductibles que permitan su comprensión claramente.

En una definición más completa podemos citar las siguientes:

- a) "Las personas de una sociedad constituyen una unidad demográfica, es decir, pueden considerarse como una población total."
- b) "La sociedad existe dentro de una zona geográfica común."
- c) "La sociedad está constituida por grandes grupos que se diferencian entre sí por su función social."
- d) "La sociedad se compone de grupos de personas que tienen una cultura semejante."
- e) "La sociedad debe poderse reconocer como una unidad que funciona en todas partes."
- f) "Finalmente, la sociedad debe poderse reconocer como unidad social separada".⁴⁷

⁴⁷FICHTER, Joseph H, *Sociología*, [en línea]. España, Editorial Herder, 1993, <https://www.dasumo.com/libros/sociología-joseph-h-fichter.pdf.html>. Consulta. [21 de junio del 2019]

2.3.4 Estructura y funciones de la Sociedad.

Por estructura social se entiende el orden u organización por la cual los miembros de una sociedad ocupan en ella un lugar especial y propio en el que actúan con vistas a un fin común. Por eso, como diría Fichter, cuando dice "sociedad" se refiere directamente a una "estructura formada por los grupos principales interconectados entre sí, considerados como una unidad y participando todos de una cultura común".⁴⁸

La sociedad existe para las personas y las personas también desempeñan en ella ciertas actividades con vistas al bien común. De esta reciprocidad surge la satisfacción de las necesidades sociales de las personas. Las funciones, que la sociedad está llamada a realizar para el bien de las personas, algunas son genéricas y otras específicas.

Funciones genéricas:

La sociedad desempeña ciertas funciones genéricas, y son las siguientes:

- a) "Reúne a las personas en el tiempo y en el espacio, haciendo posibles la mutuas relaciones humanas".
- b) "Proporciona medios sistemáticos y adecuados de comunicación de entre ellas, de modo que puedan entenderse".
- c) "Desarrolla y conserva pautas comunes de comportamiento que los miembros de la sociedad comparten y practican".
- d) "Proporciona un sistema de estratificación de status y clases, de modo que cada individuo tenga una posición relativamente estable y reconocible en la estructura social".⁴⁹

⁴⁸ FICHTER, Joseph H, *Sociología*, [en línea]. España, Editorial Herder, 1993, <https://www.dasumo.com/libros/sociología-joseph-h-fichter.pdf.html>. Consulta. [21 de junio 2019]

⁴⁹ idem.

Funciones específicas:

- a) "Tiene una forma ordenada y eficiente de renovar sus propios miembros..."
- b) "Cuida de la socialización, desarrollo e instrucción de sus miembros..."
- c) "En sus variados grupos económicos la sociedad produce y distribuye los bienes y servicios..."
- d) "La administración política y los diversos grupos cívicas satisfacen las necesidades de orden y seguridad externa que sienten los hombres"
- e) "Las diversas formas de religiones, atienden socialmente las necesidades religiosas y espirituales..."
- f) "Las asociaciones, existen grupos sociales y disposiciones sistemáticas que están destinadas al descanso y diversiones..."⁵⁰

2.3.5 Clasificación de las Sociedades.

Son muchas las maneras de clasificar las sociedades y cada una de ellas puede ser aceptable según el punto de vista desde el que se examine la sociedad. Por ejemplo, según su índice de crecimiento o de decrecimiento, una población que se multiplica rápidamente responde a un tipo de sociedad muy distinto de otra que decrece rápidamente.

"Los sociólogos están de acuerdo en que las diferencias abstractas más importantes por la que se distinguen las sociedades es la cultura propia de cada una. Las sociedades se distinguen entre sí más por sus diferentes culturas que por sus diferentes estructuras o funciones. La sociedad y la cultura están íntimamente ligadas y mediante un proceso de abstracción podemos hablar de ellas como de cosas separadas. Un ejemplo sencillo de

⁵⁰FICHTER, Joseph H, *Sociología*, [en línea]. España, Editorial Herder,1993, <https://www.dasumo.com/libros/sociología-joseph-h-fichter.pdf.html>. Consulta. [21 de junio 2019]

las diferencias culturales que distinguen a dos tipos de sociedad es el de sociedades con escritura y sociedades sin escritura".⁵¹

Una clasificación más útil y significativa de las sociedades es la que está basada en el predominio de un grupo o institución importante sobre los demás de la sociedad. Históricamente esta tipología se ha centrado en cuatro categorías principales:

- a) "La sociedad dominada por la economía: es una sociedad en la que el hombre de negocios y el fabricante gozan de un alto status social; los valores comerciales y materiales ejercen gran influjo en el comportamiento de las personas..."
- b) "La sociedad dominada por la familia: es aquella en la que hay estrechos vínculos de parentesco y se tiene en gran honor a los mayores, ancianos o difuntos, y en la que el status social se mide más por el criterio de la ascendencia que por cualquier otra norma de status..."
- c) "La sociedad dominada por la religión: es aquella en la que el punto central reside en lo sobrenatural, en las relaciones entre Dios o los dioses y el hombre, en la que todos los otros grandes grupos se subordinan al religioso..."
- d) "El sistema dominado por la política: es el que se suele llamar "Totalitario", en el que el poder es monofásico y el Estado interviene directamente en la reglamentación de todos los demás grupos o instituciones".⁵²

⁵¹FICHTER, Joseph H, *Sociología*, [en línea]. España, Editorial Herder,1993, <https://www.dasumo.com/libros/sociología-joseph-h-fichter.pdf.html>. Consulta. [21 de junio 2019]

⁵²FICHTER, Joseph H, *Sociología*, [en línea]. España, Editorial Herder,1993, <https://www.dasumo.com/libros/sociología-joseph-h-fichter.pdf.html>. Consulta. [21 de junio del 2019]

No se puede hablar de una sociedad exclusivamente económica, familiar, religiosa o política, sino de un predominio de una sobre las otras. También se puede hablar de sociedades que dan mucha importancia a la educación y también al ocio o a la actividad lúdica. Otra clasificación diferente y también de gran importancia sociológica, es la que distingue el tipo simple, comunitario, y el tipo complejo, asociativo.

Cuadro 1. CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES

SOCIEDADES COMUNITARIAS	SOCIEDADES ASOCIATIVAS
a) Está dominada por los grupos primarios.	a) Está dominada por las asociaciones o grupos secundarios.
b) Se da escasa especialización y división del trabajo.	b) Tiende a la mecanización y a la industrialización.
c) Los lazos de parentesco son frecuentes en este tipo de sociedad.	c) Gran variedad de funciones de trabajo.
d) Tiene relativamente poca estratificación social.	d) Las personas tienen movilidad vertical y horizontalmente.
e) Siendo mínimo en la sociedad simple, el grado de movilidad social, se llama sociedad cerrada.	e) Grandes variaciones de posición social.
f) Existe una sociedad social relativamente marcada entre los miembros de la sociedad simple, sobre todo en relación con otras sociedades.	f) Los vínculos de familia no son estables.

g) Tiende a aferrarse a valores tradicionales y a formas de comportamiento heredados del pasado.	g) La solidaridad es menos automática y efectiva que en la sociedad simple.
h) En este tipo de sociedad las personas suelen regirse por costumbres no formales más que por leyes formales del pasado.	h) Cierta elasticidad de variaciones va acompañada de una mayor rigidez en el sistema de mantenimiento del orden público.
i) Es relativamente pequeña en número.	i) Es relativamente mayor en número.

53

De lo señalado, se concluye, que “sociedad”, es un gran número de seres humanos que obran conjuntamente para satisfacer sus necesidades sociales y que comparten una cultura común.

Que sus principales características son las siguientes: constituyen una unidad demográfica, existe dentro de una zona geográfica común, está constituida por grandes grupos que se diferencian entre sí por su función social, se compone de grupos de personas que tienen una cultura semejante, debe poder reconocerse como una unidad que funciona en todas partes, debe poder reconocerse como unidad social separada.

Que por estructura social se entiende el orden u organización por la cual los miembros de una sociedad ocupan en ella un lugar especial y propio en el que actúan con vistas a un fin común.

⁵³ FICHTER, Joseph H, *Sociología*, [en línea]. España, Editorial Herder, 1993, <https://www.dasumo.com/libros/sociología-joseph-h-fichter.pdf.html>. Consulta. [21 de junio 2019]

Que lo que la sociedad está llamada a realizar para el bien de las personas, y que algunas funciones son genéricas y otras específicas.

Que las sociedades se pueden clasificar, pues las sociedades se distinguen entre sí más por sus diferentes culturas que por sus diferentes estructuras o funciones.

Que se pueden clasificar según los grupos predominantes en: económica, familiar, religiosa y política.

2.4 LA FAMILIA.

Siendo la sociedad humana un sistema debidamente organizado por seres humanos en donde se dividen responsabilidades y tareas en el espacio físico en el que interactúan, en beneficio y trascendencia de cada uno de los que la integran, se estudiará el concepto de familia, que por tradición se ha adoptado la concepción de que es la célula base de la sociedad.

La familia, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es el elemento natural, universal y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.⁵⁴

Los lazos principales que definen una familia son de dos tipos: vínculos de afinidad derivados del establecimiento de un vínculo reconocido socialmente, como el matrimonio² que, en algunas sociedades, sólo permite la unión entre dos personas mientras que en otras es posible la poligamia, y vínculos de consanguinidad, como la filiación entre padres e hijos o los lazos que se establecen entre los hermanos que

⁵⁴ PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA, *La familia y los derechos humanos*, [en línea] Vaticano, 1999. <https://www.vatican.va/roamn.ruria/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_family-human-rights-sp.html> Consulta: [21 de junio 2019]

descienden de un mismo padre. También puede diferenciarse a la familia según el grado de parentesco entre sus miembros.

No hay consenso sobre la definición de la familia. La familia nuclear, fundada en la unión entre hombre y mujer, es el modelo principal de familia como tal, y la estructura difundida mayormente en la actualidad. Las formas de vida familiar son muy diversas, dependiendo de factores sociales, culturales, económicos y afectivos.

La familia, como cualquier institución social, tiende a adaptarse al contexto de una sociedad, y en vista de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha reconocido la validez de los matrimonios entre personas del mismo sexo en México, con las mismas obligaciones y prerrogativas que tienen los matrimonios heterosexuales, por lo que en aquellas entidades federativas como el Estado de México, en donde no se permitía el matrimonio entre cónyuges del mismo sexo, deberán modificar sus constituciones locales y códigos civiles locales permitiendo ésta modalidad de matrimonios, lo que es un parte aguas en la legislación civil en México, toda vez que vivimos en una sociedad tradicionalista y en su mayoría profesan la religión católica, donde los matrimonios entre seres del mismo género estaban prohibidos. No es tema de este trabajo de investigación documental pero la iglesia católica con su actual líder el Papa Francisco I, están en la disyuntiva de aceptar la realidad social y cambiar dicha prohibición matrimonial en sus dogmas doctrinarios.

En óbice de lo anterior, es de suma importancia el estudio y aplicación de la maternidad subrogada en el Estado de México, puesto que resulta muy interesante que no solo las parejas heterosexuales que no pueden procrear a sus hijos de manera natural, utilicen esta técnica de reproducción asistida, sino que también los matrimonios homosexuales, tendrán esa posibilidad de acudir a la maternidad subrogada para ser padres de un menor, se estudiarán las implicaciones jurídicas en capítulo tercero de este trabajo terminal.

En muchas sociedades, principalmente en Estados Unidos y Europa occidental, también se presentan familias unidas por lazos puramente afectivos, más que sanguíneos o legales. Entre este tipo de unidades familiares se encuentran las familias encabezadas por miembros que mantienen relaciones conyugales estables no matrimoniales, con o sin hijos.

2.4.1 Concepto de Familia.

Para la Doctora Leticia Florini⁵⁵, en la actualidad asistimos a una especie de desconstrucción de la familia nuclear. En las sociedades globalizadas, postindustriales, post modernas pareciera que se diversifican las formas de organización familiar. Por supuesto que éste coexiste, en el marco del multiculturalismo, con organizaciones sociales donde impera la familia nuclear y la ley del padre. El contexto muestra un despliegue de variantes antes difíciles de concebir. Las transformaciones de las familias actuales, la caída del “pater” familias, la desconstrucción de la maternidad, así como el auge de las nuevas técnicas reproductivas, al poner en cuestión que la unión hombre-mujer sea un elemento esencial para la procreación, desafían el concepto de parentalidad tradicional.

El término familia procede del latín *familia*, "grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens", a su vez derivado de *famulus*, "siervo, esclavo", que a su vez deriva del osco *famel*. El término abrió su campo semántico para incluir también a la esposa e hijos del *pater familias*, a quien legalmente pertenecían, hasta que acabó reemplazando a *gens*. Tradicionalmente se ha vinculado la palabra *famulus*, y sus términos asociados, a la raíz *fames* («hambre»), de forma que la voz se refiere, al

⁵⁵ ROTENBERG, Eva., AGREST WAINER, Beatriz. Homoparentalidades. Nuevas Familias Buenos Aires, Editorial Lugar, 2007. página 127.

conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa y a los que un *pater familias* tiene la obligación de alimentar.⁵⁶

La familia supone por un lado una alianza, el matrimonio, y por el otro una filiación, los hijos.

Según expone Claude Lévi-Strauss⁵⁷, la familia tiene su origen en el establecimiento de una alianza entre dos o más grupos de descendencia a través del enlace matrimonial entre dos de sus miembros.

La familia está constituida por los parientes, es decir, aquellas personas que por cuestiones de consanguinidad, afinidad, adopción u otras razones diversas, hayan sido acogidas como miembros de esa colectividad.

Las familias suelen estar constituidas por unos pocos miembros que suelen compartir la misma residencia. Dependiendo de la naturaleza de las relaciones de parentesco entre sus miembros, una familia puede ser catalogada como familia nuclear o familia extensa. El nacimiento de una familia generalmente ocurre como resultado de la fractura de una anterior o de la unión de miembros procedentes de dos o más familias por medio del establecimiento de alianzas matrimoniales o por otro tipo de acuerdos sancionados por la costumbre o por la ley (como el caso de las sociedades de convivencia en México).

Según la Sociología la familia es un conjunto de personas que se encuentran unidos por lazos parentales. Estos lazos pueden ser de dos tipos: vínculos por afinidad, el matrimonio y de consanguinidad como ser la filiación entre padres e hijos.

⁵⁶Idem

⁵⁷ LÉVI-STRAUSS, C.; SPIRO, M. E. La Familia: Concepto, tipos y Evolución, [en línea] México, 2009
<https://www.cvonline.uaeh.edu/cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec_42_LaFam_ConcTip&Evo.pdf> Consulta: [21 de junio 2019].

Según el Instituto Interamericano del Niño, familia es: “Un conjunto de personas que conviven bajo el mismo techo, organizadas en roles fijos (padre, madre, hermanos, etc.) con vínculos consanguíneos o no, con un modo de existencia económico y social comunes, con sentimientos afectivos que los unen y aglutinan”.⁵⁸

La Fundación Internacional para el Desafío Económico Global (FIDEG), sostiene que “una familia está conformada por todas las personas, parientes o no, que habitan en una misma vivienda”.⁵⁹

Ángela María Quintero⁶⁰ define a la familia como “el grupo de convivencia basado en el parentesco, la filiación y la alianza; sus miembros están ligados por sangre o por afinidad, lo cual crea una serie de relaciones, obligaciones y emociones. Es el espacio para la socialización del individuo, el desarrollo del afecto y la satisfacción de necesidades sexuales, sociales, emocionales y económicas, y el primer agente transmisor de normas, valores, símbolos, ideología e identidad, donde se focalizan las acciones de las demás instituciones”

No hay un consenso sobre la definición de la palabra familia. Éste es un término cambiante que depende de factores sociales, afectivos, económicos y culturales.

Por otra parte, es importante destacar que el concepto de familia se encuentra vinculado con las sociedades y el momento en el cual le toca vivir, es decir, está vinculado con el espacio y el tiempo en el que se encuentra enmarcado. En el contexto de occidente, por acotar el comentario, su evolución actual es el fruto de un proceso de adaptación a las nuevas realidades, que se traducen en puntuales demandas sociales y jurídicas tales como las que se presentaron con la maternidad subrogada. Ante este dinamismo, hay una tendencia universal hacia la postura actual de que no se tiene, y, quizás no se debe tener, un concepto de familia universal y mucho menos

⁵⁸INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. *Familia, Definición*, [en línea] <<http://www.es.slideshare.net/Daniel Zamora Fernández/definición de familia>> Consulta: [21 de junio 2019]

⁵⁹FUNDACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO ECONOMICO GLOBAL, *¿Cómo podríamos describir el concepto de familia?*, [en línea] <<http://www.conesin.blioo.com/como-podriamos-describir-el-concepto-familia#.wa-fgy3hdiu>> Consulta: [21 de junio 2019]

⁶⁰QUINTERO, Ángela María. *Definición de Familia, ¿Quién es parte de mi familia?*, [en línea] <<http://www.actividdaesfamilia.about.com/od/Bienestar/a/definición-de-familia.htm>> Consulta: [21 de junio 2019]

unívoco porque los cambios son vertiginosos e incluso imprevisibles.

2.4.2 Tipos de familia.

Para Lévy-Strauss, la familia al ser un vínculo que une a los parientes o seres humanos de una sociedad, esta puede ser clasificada por el tipo de personas o parientes que la integran por eso se reconocen los siguientes tipos:

- Familia Nuclear, padres e hijos (si los hay); también se conoce como «círculo familiar»;
- Familia Extensa, además de la familia nuclear, incluye a los abuelos, tíos, primos y otros parientes, sean consanguíneos o afines;
- Familia Monoparental, en la que el hijo o hijos vive(n) sólo con uno de los padres;
- Otros tipos de familias, aquellas conformadas únicamente por hermanos, por amigos (donde el sentido de la palabra "familia" no tiene que ver con un parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos como la convivencia, la solidaridad y otros), etcétera, quienes viven juntos en la mismo espacio por un tiempo considerable.⁶¹

En muchas sociedades, principalmente en Estados Unidos y Europa occidental, también se presentan familias unidas por lazos puramente afectivos, más que sanguíneos o legales. Entre este tipo de unidades familiares se encuentran las familias encabezadas por miembros que mantienen relaciones conyugales estables no matrimoniales, con o sin hijos.

⁶¹ LÉVI-STRAUSS, C.; SPIRO, M. E. *La Familia: Concepto, tipos y Evolución*, [en línea] México, 2009 <[https://www.cvonline.uaeh.edu/cursos/BV/S0103/Unidad %204/lec_42_LaFam_ConcTip&Evo.pdf](https://www.cvonline.uaeh.edu/cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec_42_LaFam_ConcTip&Evo.pdf)> [Consulta 27 de mayo del 2017].

2.4.3 Funciones de la familia.

La familia en la sociedad tiene importantes tareas, que tienen relación directa con la preservación de la vida humana como su desarrollo y bienestar.

Para Eva Rotenberg, las funciones de la familia son:

- **Función biológica:** se satisface el apetito sexual del hombre y la mujer, además de la reproducción humana.
- **Función educativa:** tempranamente se socializa a los niños en cuanto a hábitos, sentimientos, valores, conductas, etc.
- **Función económica:** se satisfacen las necesidades básicas, como el alimento, techo, salud, ropa.
- **Función solidaria:** se desarrollan afectos que permiten valorar el socorro mutuo y la ayuda al prójimo.
- **Función protectora:** se da seguridad y cuidados a los niños, los inválidos y los ancianos.⁶²

En conclusión, la familia es reconocida como un grupo fundamental de la sociedad y medio para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños. El derecho organiza y estructura al grupo familiar a través de normas de carácter imperativo e irrenunciables con las cuales protege los intereses de los integrantes del grupo.

La maternidad subrogada tiene por finalidad originar una nueva familia compuesta de los padres biológicos y su hijo, además, puede generar cambios en el grupo familiar

⁶²ROTENBERG, Eva., AGREST WAINER, Beatriz.op. cit. página 127.

ya establecido, abuelos, tíos o hermanos. Se sustenta en una decisión de carácter íntimo, como lo es cualquier opción reproductiva, tomada por los solicitantes y la gestante, pero sus efectos se diseminarán y producirán cambios en las relaciones familiares.

Estas consecuencias justifican la injerencia del Estado para establecer normas de carácter imperativo e irrenunciable con las cuales se protejan los intereses de todos los que sean parte de los procesos o cuyas consecuencias les atañan. Además de la normativa, el Estado intervendría a través de ciertos órganos; el Registro Civil para el levantamiento de las actas respectivas y los tribunales para comprobar que se han cumplido los requisitos y formalidades y, en su caso, aprobar los acuerdos de subrogación o para resolver los conflictos que pudieran suscitarse.

2.5 DERECHO A LA REPRODUCCIÓN Y DERECHOS SEXUALES.

Los derechos sexuales y derechos reproductivos son de conceptualización reciente y son los mismos derechos humanos interpretados desde la sexualidad y desde la reproducción.

Se dice que los derechos sexuales y derechos reproductivos son los más humanos de todos los derechos y representan el pilar fundamental para el ejercicio de la ciudadanía, entendida más allá de la simple posibilidad de tomar decisiones en el ámbito público (elegir y ser elegido); ya que implica la posibilidad de mujeres y hombres de tomar decisiones autónomas sobre su propio cuerpo y vida en los campos de la sexualidad y la reproducción.

¿Si a los hombres y mujeres como ciudadanos y ciudadanas les es permitido decidir el destino de sus países, cómo se les puede privar de tomar decisiones acerca del destino de sus cuerpos?.

2.5.1 CONCEPTO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS.

La Organización Mundial de la Salud ha conceptualizado a los derechos reproductivos, como el conjunto de garantías y obligaciones que tenemos todas las personas sobre nuestra sexualidad y capacidad reproductiva, encaminados al logro de una mejor calidad de vida.⁶³

Al hablar de derechos reproductivos se refiere a “todo aquello que emane de la función de la reproducción: poder decidir cuándo, cómo y con quién procrear en el marco señalado por la Constitución: libre, responsable e informadamente, y añadiría, saludablemente”.⁶⁴

A diferencia del ejercicio de cualquier otra garantía, ejercer el derecho a la reproducción involucra a una tercera persona, por lo que, en la responsabilidad, se incluye el máximo respeto para los derechos del menor.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4º. Prevé el reconocimiento a los derechos reproductivos de los ciudadanos mexicanos al establecerlo como. “el derecho básico de todas las personas a decidir libre y responsablemente las cuestiones relativas a su reproducción y el derecho a alcanzar el más alto nivel de salud de la sexualidad y la reproducción”.⁶⁵

El nivel más alto de salud, entendiendo ésta como lo señala la Organización Mundial de la Salud, define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.⁶⁶

⁶³ Organización Mundial de la Salud, 2002 http://www.who.int/reproductivo/health/topics/gender_rights/sexual_health. [Consulta 27 de mayo del 2017].

⁶⁴Idem.

⁶⁵ Véase: Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, artículo 4º. Párrafo segundo Diario Oficial de la Federación, publicado el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 28 de febrero de 2013.

⁶⁶Organización Mundial de la Salud, 2002 en: http://www.who.int/reproductivo health/topics/gender_rights/sexual_health. Consulta: [21 de junio del 2019].

En conclusión, se entiende por derechos reproductivos, el conjunto de derechos humanos que tienen por objeto garantizar la salud reproductiva del hombre y la mujer, así como la libre determinación para ejercer su sexualidad y capacidad reproductiva.

2.5.2 Alcances de los Derechos Reproductivos.

Se puede discernir que son aquellos que permiten regular y tener control autónomo y responsable sobre todas las cuestiones relativas a la sexualidad, sin ningún tipo de coacción, violencia, discriminación, enfermedad o dolencia.

Para las mujeres los derechos sexuales tienen un especial significado, pues involucran el derecho a ser tratadas como personas integrales y no como seres exclusivamente reproductivos y a ejercer la sexualidad de manera placentera sin que ésta conlleve necesariamente un embarazo.

Para Ingrid Brena, los derechos reproductivos se apoyan en dos principios fundamentales:

1.- La autodeterminación reproductiva, entendida como el derecho básico de todas las personas de decidir sobre su posibilidad de procrear o no, y en ese sentido planear su propia familia.

2.- La atención de la salud reproductiva, que incluye medidas para promover una maternidad sin riesgos, tratamientos de infertilidad, acceso a toda la gama de métodos anticonceptivos (incluyendo la anticoncepción de emergencia) y programas de atención de cáncer uterino, de mamas y próstata.⁶⁷

⁶⁷ BRENA SESMA, Ingrid. La Gestación Subrogada ¿Una Nueva Figura del Derecho de Familia? [en línea] México, UNAM, 2012 <<http://www.juridicas.unam.mx>> Consulta: [21 de junio 2019].

2.5.3 Tipos de Derechos Reproductivos.

En base a los estudios de la Doctora Ingrid Brena Sesma, enumera algunos de los derechos reproductivos más comunes, y los son siguientes:

1. Derecho a la autonomía y autodeterminación de nuestro cuerpo.
2. Derecho a la vida.
3. Derecho a la procreación.
4. Derecho a la salud reproductiva.
5. Derecho a obtener información especializada sobre el funcionamiento reproductivo de nuestro cuerpo.
6. Derecho a que se respeten sus derechos como usuarios de los servicios de salud reproductiva.
7. Derecho a los avances científicos en materia de reproducción.
8. Derecho a adoptar decisiones sobre la reproducción, sin sufrir discriminación, coerción ó violencia.
9. Derecho a interrumpir un embarazo en los casos en que la ley lo permite.
10. Derecho a la libertad de reunión y la participación política.
11. Derecho a la libertad y a la seguridad de la persona.

En consecuencia a los derechos reproductivos antes señalados, sus funciones implican específicamente los siguientes objetivos:

El derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre ellos, y a disponer de la información, educación y medios para lograrlo.

El derecho de hombres y mujeres de decidir de manera libre y responsable la posibilidad de ser padres o madres.

El derecho a decidir libremente el tipo de familia que se quiere formar.

El derecho a acceder a métodos anticonceptivos seguros, aceptables y eficaces (incluyendo la anticoncepción de emergencia).

El derecho de las mujeres a no sufrir discriminaciones o tratos desiguales por razón del embarazo o maternidad, en el estudio, trabajo y dentro de la familia.

El derecho a tener acceso a servicios de salud y atención médica que garanticen una maternidad segura, libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y se brinde las máximas posibilidades de tener hijos sanos. El derecho a contar con servicios educativos e información para garantizar la autonomía reproductiva.⁶⁸

En vista de lo antes referido, se concluye que hombres y mujeres son titulares del derecho humano a ejercer su autodeterminación reproductiva, a procrear hijos, a informarse para utilizar los avances científicos y tecnológicos para tener salud reproductiva (es decir técnicas de reproducción asistida) , y en general el decidir el tipo de familia y el número de hijos deseados.

2.6 LA MATERNIDAD SUBROGADA BAJO LA ÓPTICA DE LA TEORÍA GENERAL DE LOS SISTEMAS Y EL MÉTODO ESTRUCTURAL FUNCIONALISTA.

Una vez que se precisó el concepto, definición, características, funciones y clasificación la sociedad humana como un conjunto de seres humanos que se reúnen para satisfacer sus necesidades comunes, organizándose y estructurándose como un sistema en donde todo depende de todo, dicho sistema divide los subsistemas, roles, las funciones y responsabilidades de dicha sociedad, bajo reglas específicas que la misma sociedad ha determinado para garantizar su convivencia.

De igual manera, se advierte que la sociedad toma como base de su estructura organizacional a la familia, que es la célula básica de la sociedad que permite el desarrollo del ser humano con otros seres humanos del núcleo social, cumpliendo funciones específicas de preservación de la especie, realización personal, apoyo solidario, educación a los hijos, crecimiento profesional y económico.

⁶⁸ BRENA SESMA, Ingrid. La Gestación Subrogada ¿Una Nueva Figura del Derecho de Familia? [en línea] México, UNAM, 2012 <<http://www.juridicas.unam.mx>> Consulta [21 de junio del 2019].

En vista de las funciones básicas que tiene la familia, se identifica una muy importante que garantiza su plena integración, desarrollo y funcionamiento como engrane social, que lo es la función biológica o reproductiva, cuando un ser humano se une a otro, generalmente hombre y mujer, ya sea en matrimonio o unión libre, la pareja tiene en su planificación familiar, el ser padres y cuando por causas médicas o esterilidad les es imposible ser padres biológicos, la familia está incompleta, la pareja entra en un proceso de culpa y acusación al no poder ejercer plenamente sus derechos reproductivos al engendrar un hijo y lograr la realización cabal de los objetivos familiares.

Si bien es cierto que la medicina y el derecho contemplan, figuras como la adopción, y las técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial o in vitro que ya se asimilaron, opciones que cuentan las parejas de jóvenes o adultos que no pueden ser padres de manera biológica, pero es importante resaltar que actualmente la figura de la maternidad subrogada es un fenómeno social que se está dando en la actualidad, bajo la crítica social, psicológica, ética, religiosa, médica, filosófica y jurídica, que en el Estado de México, no se tiene legalmente contemplado.

Es por eso que este apartado del segundo capítulo, se aborda el tema de maternidad subrogada, bajo la teoría general de los sistemas y con las directrices del método estructural funcionalista.

Para comenzar el estudio sobre el marco teórico de la maternidad subrogada, se retoma el concepto de sistema citado en apartados anteriores, describiéndolo como un conjunto de cosas o partes interactuantes e interdependientes, que se relacionan formando un todo unitario y complejo.

Bajo la óptica del método estructural funcionalista y la sociología, el sistema general contiene en su estructura cuatro sub-sistemas: el biológico u orgánico conductual, el cultural, el social y el de personalidad.

Los sistemas son un conjunto ordenado de los elementos, interdependientes, que permanecen abiertos a la percepción de variables que pueden modificarlos.

Para mantener el equilibrio de un sistema, Nicolás Luhmann, señala que se realizan diferentes funciones:

La función **biológica** es la especie tipo organizada, es la adaptación a la función que realiza, y es realizada por el sistema económico.

La función **cultural** se desprende del conjunto de normas, valores, lenguaje y símbolos compartidos, aceptados por la sociedad. Su función es el mantenimiento de las pautas, para que los individuos se ajusten a las expectativas del rol e interioricen los valores. En la sociedad estas funciones son cumplidas por diversas instituciones, entre ellas podemos nombrar al sistema educativo y los medios masivos de comunicación, quienes son los encargados de la difusión de esas normas, valores, símbolos, etc, que componen la esfera cultural.

La función **social** está compuesta por las formas en que los individuos interactúan recíprocamente. La función primordial es la integración y supone la aceptación de las metas y las expectativas sociales. Las entidades jurídicas tienen a su cargo esta función, la cual aplicara sanciones. Va a existir una movilidad social de forma horizontal, vertical, ascendente o descendente. De la misma manera habrá cambios sociales e innovaciones.

La función de **personalidad metas o fines**. Intenta coordinar las motivaciones para alcanzar objetivos sociales. Las unidades que pueden canalizar las aspiraciones de los individuos son las instituciones políticas. Estructural funcionalismo conocido como positivismo.⁶⁹

⁶⁹ LUHMANN, Nicolás. op. cit. páginas 24,25.

En el caso del sistema social, las familias nucleares se desenvuelven tratando de cumplir con los cuatro subsistemas anteriormente señalados, bajo los lineamientos y patrones establecidos por el sistema social, biológico de acuerdo a las capacidades natas de los individuos de la familia, el cultural, de acuerdo a los valores morales socialmente aceptados, el social de acuerdo a las normas jurídicas y de orden público establecidas para mantener el control social y el de personalidad de acuerdo a los fines o metas de la familia dentro del conjunto social.

De esta manera, como también lo refiere Nicolás Luhmann el funcionalismo estructuralista también asume el argumento de Malinowski que el bloque básico de la sociedad es la familia nuclear, y que el clan es una consecuencia, no al revés. Émile Durkheim estaba preocupado con la cuestión de cómo ciertas sociedades mantienen la estabilidad interna y sobreviven en el tiempo. Propuso que tales sociedades tienden a segmentarse, con partes equivalentes que se mantienen unidas por valores compartidos, símbolos comunes o, como sostenía su sobrino Marcel Mauss, sistemas de intercambios. Durkheim utiliza el término "solidaridad mecánica" para referirse a este tipo de "bonos sociales, basados en los sentimientos comunes y valores morales compartidos, que son fuertes entre los miembros de las sociedades industriales". En las sociedades modernas, complejas, los miembros realizan tareas muy diferentes, lo que conlleva a una fuerte interdependencia. Basándose en la metáfora ya mencionada de un organismo en el que muchas partes funcionan juntas para sostener el conjunto.

Así mismo, citado por Luhmann, para Herbert Spencer⁷⁰, la sociedad evoluciona constantemente, el proceso es cíclico, comenzando con la diferenciación y la creciente complejización de un cuerpo orgánico o "súper-orgánico", seguido de un estado fluctuante de equilibrio y desequilibrio (o estado de ajuste y adaptación) y finalizando en la etapa de desintegración o disolución. Siguiendo los principios de población de Thomas Malthus, Spencer llegó a la conclusión de que la sociedad constantemente se enfrenta a presiones de selección (internas y externas) que obligan a adaptar su estructura interna mediante la diferenciación.

⁷⁰LUHMANN, Nicolás. op. cit. páginas 24,25.

Sin embargo, cada solución provoca una nueva serie de presiones de selección que amenazan la viabilidad de la sociedad. Cabe señalar que Spencer no era un determinista en el sentido de que él nunca dijo que: Las presiones de selección se harán sentir en el momento de cambiarlas; Ellos se sentirán y reaccionarán o las soluciones siempre funcionarán.

Específicamente para Spencer reconoció tres necesidades funcionales o requisitos previos que producen presión de selección: son la regulatoria, operativa (producción) y distributiva. Sostuvo que todas las sociedades necesitan resolver problemas de control y coordinación, producción de bienes, servicios e ideas, y, por último, encontrar maneras de distribuir estos recursos.

La solución, como la ve Spencer, es diferenciar las estructuras para cumplir funciones más especializadas, por lo que emerge un jefe o "gran hombre", seguido rápidamente de un grupo de lugartenientes y, posteriormente, reyes y administradores. Las partes estructurales de la sociedad (familias, trabajo) funcionan interdependiente para ayudar a la función social, que como ya se mencionó, ayudan a preservar a la sociedad.⁷¹

En cúmulo de lo antes descrito, la sociedad humana establecida como una organización de individuos debidamente estructurada y funcional es nuestro sistema básico, de donde se desprenden subsistemas económico, político, cultural, social, biológico, religioso, nos enfocamos al tema del subsistema social, donde se identifica a la familia como célula básica de nuestro núcleo social, cumpliendo las funciones básicas de procreación, protección, desarrollo cultural, económico, espiritual, aunado a que la familia permite la intercomunicación con otras familias y los integrantes del gremio social, cumpliéndose los objetivos de dicho subsistema, los individuos nacen, crecen, se desarrollan en el seno familiar, y cuando están listos, crean su propia familia nuclear a través del matrimonio, concubinato o convivencia familiar, siendo un proceso dinámico, evolutivo, cíclico y funcional, donde cada nacimiento es una entrada, cada

⁷¹ LUHMANN, Nicolás. op. cit. páginas 24,25.

fallecimiento es una salida, renovándose los integrantes de la estructura familiar y por ende la sociedad humana está en constante movimiento, interrelación, y renovación.

En tal virtud la propuesta de legislar la figura de la maternidad subrogada en el Estado de México, surge cuando una matrimonio o una pareja que ha decidido por formar una familia, y no puede cumplir con una de las funciones básicas de la familiar que es el deseo de procrear, ya sea por causas de esterilidad o porque es un matrimonio de individuos del mismo sexo, ya que han sido legitimados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro País, mediante la resolución de jurisprudencia 43/2015 de fecha 12 de junio del 2015, publicada en el Semanario Judicial de la Federación, en donde establece que " La Ley de cualquier entidad federativa que por un lado considere que la finalidad del matrimonio es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional.⁷²

Si bien es cierto la Corte no obliga a las entidades federativas para adecuar su legislación autorizando los matrimonios homosexuales, si establece el criterio a los jueces y magistrados, para determinar el sentido de sus resoluciones que pongan a su consideración. Lo que ha generado una lluvia de amparos judiciales que interponen las parejas lésbico gay para solicitar el respeto a ese derecho igualitario de las parejas de homosexuales para contraer legítimo matrimonio.

Aplicando la Teoría General de los Sistemas al tema de la maternidad subrogada, entendería a la sociedad humana como nuestro sistema base debidamente estructurado y funcional con los individuos que la componen, las entradas de nuestro sistema son los recursos humanos del núcleo social que son la fuerza de arranque y evolución de la sociedad, la sociedad como sistema requiere para su funcionamiento diversos aspectos que deben atenderse, por ejemplo el político, el jurídico, económico, el social, el cultural, el religioso, por ello los seres humanos que crecen en latitudes diferentes, con capacidades diferentes, intereses diversos, se involucran en la sociedad a través de la familia, que es la base de toda sociedad, entendiéndose como

⁷²Véase Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia 43/2015, 12 de junio de 2015, Poder Judicial de la Federación

subsistema social, donde hombre y mujer por lo general se unen para interactuar en el medio social y se comunican con otras familias, casi siempre con la idea de cooperación, apoyo solidario, reciprocidad y con la idea de transmitir a su descendencia los mismos valores, beneficios, bienestar, y objetivos, que han sido heredados de generación en generación, a esto yo le denominaría la caja blanca que es el proceso normal conocido o ideal, es el deber ser de la familia, pero cuando un matrimonio o pareja no pueden cumplir con ese proceso de tener hijos, educarlos verlos crecer y que formen otras familias, el ciclo de entrada y salida del proceso de evolución familiar, se generan vacíos los padres por esterilidad o enfermedad no consiguen ser padres, lo que interrumpe el proceso el objetivo familiar no se cumple a cabalidad, entonces el matrimonio o la pareja tiene que adaptarse al contexto y surge la posibilidad de engendrar hijos a través de la maternidad subrogada, que vendría siendo la homeostasis del subsistema familiar, que no es otra cosa que la capacidad de dar respuesta a la necesidad de cumplir un objetivo familiar y adecuarse al contexto que vive un matrimonio o pareja incapaz de procrear hijos, el permitir que un matrimonio o pareja que tiene un sueño de complementar su familia a través de la paternidad y maternidad, hoy día tiene la posibilidad de realizarlo a través de las técnicas de reproducción asistida, de donde se desprende la figura de la gestación subrogada.

Se sabe que para el sistema social mexicano, el acceder a la maternidad o paternidad por medios no naturales, sigue siendo un paradigma, una cuestión controversial que confronta las relaciones con los otros sistemas o subsistemas que convergen del conglomerado social, cuestiones que ya establecimos en nuestro capítulo primero.

Lo que es una realidad, que actualmente muchas parejas o matrimonios están optando por esta figura o posibilidad científica, para garantizar la integración, independencia, estabilidad, armonía del sistema familiar. Por ello nos ocuparemos en el siguiente capítulo, de reflexionar y confrontar todas las implicaciones jurídicas para justificar la incorporación de la figura de la gestación subrogada dentro del marco jurídico vigente en el Estado de México.

CAPÍTULO III

MARCO JURÍDICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

En el presente capítulo, se analizará el marco de jurídico de la gestación subrogada, exponiendo esta técnica de reproducción asistida bajo la óptica de nuestro sistema jurídico mexicano, revisando sus implicaciones en la normatividad vigente y confrontándolo en el crisol del derecho comparado.

3.1 JUSTIFICACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO NUEVA FIGURA JURÍDICA.

En años recientes la sociedad ha desarrollado gran cantidad de tecnología novedosa y de nuevos significados e interpretaciones legales para ayudar a las personas infértiles o que no son capaces de gestar un niño. La tradicional maternidad a través de la cual una mujer se embarazaba con los gametos de su pareja y después de un término aproximado de nueve meses daba a luz, no es ya la única manera de tener hijos. Con las nuevas tecnologías que permiten la fertilización asistida los componentes de la procreación se han fragmentado.

El proceso de la maternidad no se limita más a la mujer que aporta su óvulo y gesta al niño, y la paternidad no se circunscribe al hombre que provee el esperma. De entre las distintas posibilidades de procreación han aparecido los contratos de maternidad subrogada en sus distintas variantes.

Bajo el nombre genérico de maternidad subrogada se contemplan distintas variantes como se explicó en el capítulo primero de este trabajo de investigación jurídica, cuando una mujer recibe un embrión para llevar a cabo sólo el embarazo y posteriormente dar a luz, se trata de una gestación subrogada. En cambio, si una mujer, además de llevar a cabo la gestación entregó su óvulo para la fertilización, se trata de una verdadera maternidad subrogada, la madre biológica y gestante asume el compromiso de entregar el hijo a quienes se lo pidieron por encargo. Una tercera

posibilidad es que una mujer aporte el óvulo, otra gestante el embrión y que una tercera que encargó el proceso, se quede con el niño, así, la maternidad queda fragmentada; existe una madre biológica, otra gestante y una conocida como la social, pues es quien solicitó el proceso.

En cuanto a los solicitantes estos pueden ser pareja, casada o no, heterosexual u homosexual o un hombre o una mujer en forma individual.

Para Arámbula Reyes, desde el punto de vista económico, los acuerdos de maternidad subrogada serán onerosos cuando exista un pago de por medio. En cambio, en los acuerdos a título gratuito, la madre o la gestante aceptan el encargo por un sentimiento altruista de solidaridad respecto a una mujer incapaz físicamente de anidar el embrión.⁷³

De igual manera la autora en cita refiere que las variantes ameritan trato jurídico distinto. La maternidad subrogada conlleva una disociación de la filiación biológica materna y el surgimiento de otra jurídica, en cambio, en la gestación subrogada significa que la mujer sólo lleva un embarazo y da a luz un niño que no es su hijo biológico, por tanto no se establece ningún vínculo de filiación.

También menciona Arámbula Reyes, que si mediará un pago, en el primer caso significaría que la mujer que proporciona su óvulo y gesta, entrega a su hijo a cambio de un dinero convirtiendo esa acción en una verdadera venta o tráfico de niños. En el segundo, la entrega de dinero podría ser considerada como el pago por “servicios prestados”.⁷⁴

Ni la Ley General de Salud ni su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud hacen referencia alguna a la maternidad o a la gestación subrogada. Estos textos legales sólo mencionan en forma general a la inseminación artificial que incluye la fertilización *in vitro*, pero sin alusión a la posibilidad de una subrogación.

Actualmente en México se están llevando a cabo procedimientos de maternidad

⁷³ ARÁMBULA REYES, Alma. La Maternidad Subrogada. Servicio de Investigación y Análisis. Política Exterior, México D.F. México, Cámara de Diputados. LX Legislatura.. Agosto de 2008. página 10.

⁷⁴Idem

subrogada. Esta situación y la insuficiencia legal convierten en urgente la necesidad de reflexionar sobre el impacto que tales procedimientos generan en las personas involucradas y también en la sociedad.

El Estado de México no cuenta con una organización para poder informar a toda la población, en que consiste este tipo de maternidad, lo cual hará que las diferentes ideologías como la religiosa que tiene mucho poder en nuestra sociedad exterioricen sus juicios de valor, que a su vez la sociedad puede tomar como ciertos, sin que antes se puedan analizarlos y observarlos, puntos fundamentales que se contemplaron en la ley que se aprobó en el Distrito Federal y mucho menos en la aplicación de dicha ley, la cual, a pesar de ser buena o mala dependiendo de las posturas moralistas de cada quien, se necesita tener un marco jurídico dentro de la nuestra entidad mexiquense, ya que se están dando casos sobre este dilema de alquilar a una madre sustituta ante las ya desgastadas e ineficientes opciones “legales” y no hay ley que contemple este tema, dando como resultado desigualdad de las partes.

Aclarando que al margen de la inclusión de esta figura en la legislación en materia civil del Estado de México, daría origen a la creación de una ley acerca de la Maternidad Subrogada en la cual se deben perfeccionar cuestiones tales como que este procedimiento no debe tener fines de lucro tanto para padres biológicos como para la mujer gestante, aunque los gastos del embarazo y manutención a correrán a cargo de los padres biológicos, la posibilidad de que el contrato sea revocado por la madre biológica, el padre y la madre gestante, antes de cualquier transferencia de embriones humanos, el establecimiento del parentesco por consanguinidad entre los contratantes, por cuestiones médico afectivas y además de una indemnización suficiente, en caso de que existan dependientes económicos, por el posible fallecimiento o incapacidad permanente de la mujer gestante que se derive de ésta práctica médica, de acuerdo a las posibilidades económicas de la madre biológica y el padre.

3.2 LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL DERECHO DE FILIACIÓN.

Para un mejor estudio y entendimiento de los alcances jurídicos de la maternidad subrogada, debemos de tomar en cuenta las diversas corrientes en relación a lo que es el derecho básico de filiación y las consecuencias que derivarían al respecto de la figura en análisis.

3.2.1 Filiación.

La filiación constituye una de las instituciones pilares del Derecho de Familia, es por ello que ha sido desarrollada por numerosos y prestigiosos juristas. Sin embargo, por lo general se ha dedicado una atención especial a los múltiples problemas relacionados a la paternidad, tanto así que sorprende cuan descuidada ha estado la cuestión de la maternidad, no obstante presenta ésta más problemas de lo que a simple noción representa, tanto de tipo conceptual como funcional dentro de nuestro ordenamiento, amén de ser presupuesto y tener relación estrecha con la paternidad y su determinación.

En cuanto a la maternidad, su clásica y repetida certeza (*Mater Semper Certa Est*) resulta en algunos casos menos segura de lo que parece, además de tener una inteligencia y alcance distintos de los que suele dársele. Y es que el paso del tiempo aunado a los avances científicos han ido desvirtuando y planteando retos al Derecho, como herramienta normativa. Ante dichas dificultades tanto la doctrina como la jurisprudencia brindan soluciones aplicables a hechos concretos, sirviendo de este modo de inspiración y marcando los lineamientos necesarios para futuras regulaciones e invitando al mismo tiempo, a realizar determinadas modificaciones.

En el caso específico de la maternidad, la ciencia ha permitido que se dé realidad aquello que se denomina maternidad subrogada y que no es más que el acuerdo para que sea una mujer quien gestee a un niño que no necesariamente sea genéticamente idéntico a ella. Esta técnica se presenta en varias modalidades y frente a su aplicación

y los múltiples casos en los que ya se ha puesto en práctica se han evidenciado lagunas en los diversos ordenamientos jurídicos. Asimismo, prestigiosos juristas se han manifestado al respecto planteando su aceptación o rechazo a esta técnica.

Para la investigadora Arámbula Reyes, otro tema ha pasado a ser muy controvertido, el llamado contrato de alquiler de útero, según muchos juristas y esto apoyado por diversos fallos internacionales estipulan que sería nulo todo acuerdo de ese tipo ya que no se puede contratar con partes del cuerpo humano por ser éste indisponible ni tampoco con el status de familia, llegando a ser ilícito para contravenir el orden público y las buenas costumbres, por otro lado más allá de que sea nulo o no, hay otro factor más importante y que es el de determinar la filiación de ese niño nacido por este tipo de fecundación asistida⁷⁵.

El reconocido jurista entre ellos **Juan Espinoza**⁷⁶, establece que la maternidad subrogada a título gratuito sería lícito y que si se podría aceptar en nuestro ordenamiento jurídico ya que ahí si se estaría cumpliendo con una finalidad, que es la de darle una familia a aquella mujer que por circunstancias de la naturaleza no puede, ante la solidaridad de una mujer que presta su vientre para gestar a ese bebe, no convirtiendo así esta situación en algo aberrante al ver un fin económico en medio de ello, lo cual trastoca valoraciones éticas que maltratan al niño y degradan a la mujer y al niño porque se le conceptualiza como mercancía, como un simple producto de consumo que debe cubrir todas las exigencias del gusto de los potenciales padres. O la mercantilización de la fecundación uterina que conlleva a la degradación de la mujer concebida como una incubadora o como una “fábrica de hacer niños”.

Pero esta discusión acerca de la licitud de la maternidad subrogada es una mera evasión del problema, no se puede tratar de tildar jurídicamente de imposible lo que es posible en la realidad y consecuentemente el hijo que nazca de tal contrato de alquiler de vientre no es nulo sino que tiene una personalidad y debe tener una filiación

⁷⁵ ARÁMBULA REYES, Alma. op. cit. página 11.

⁷⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de las personas. 4^º ed. Lima – Perú, Gaceta Jurídica. 2004.

que debe ser definida jurídicamente. Porque el niño no tiene responsabilidad alguna en la forma en que fue procreado. Al embrión, y luego al niño que nazca, nadie deberá perjudicarlo, ni siquiera por errores o mala aplicación de los convenios, pues está protegido por el Derecho. Además, la maternidad subrogada ya está planteando problemas jurídicos en la realidad, casos presentados en otros países lo demuestran y el nuestro no es ajeno a ello.

3.2.2 LA MATERNIDAD EN EL MARCO TRADICIONAL DE LA FILIACIÓN.

La palabra madre procede del latín "mater/matris", la cual a su vez deriva del griego "matér/matrós", cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta.⁷⁷

Con posterioridad, en Roma se denominó con el término mater familias a la esposa del paterfamilias, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél.

En materia de Filiación el ordenamiento jurídico peruano proviene del Derecho Romano, en especial del Corpus Iuris, que es el cuerpo jurídico de la época del emperador Justiniano en los años 527 – 565 de nuestra era; enriquecido con las aportaciones del Derecho Canónico y llegado hasta nosotros por la doble vertiente del antiguo derecho español y del Derecho Francés, sobre todo por el Código de Napoleón de 1804.⁷⁸

⁷⁷ARÁMBULA REYES, Alma. *La Maternidad Subrogada. Servicio de Investigación y Análisis. Política Exterior*, México D.F. México, Cámara de Diputados. LX Legislatura.. Agosto de 2008. página 10.

⁷⁸Idem.

La filiación, dice Cornejo Chávez es la que vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes (filiación en sentido genérico) y más restringidamente, la que vincula los padres con sus hijos (filiación en sentido estricto).⁷⁹

Según el ordenamiento jurídico tradicional, que aún constituye la base de nuestro Código Civil, la filiación se basa en un dato de hecho: el vínculo biológico.

Es así que se ha concebido a la filiación como aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero. De allí que la filiación esté determinada por la paternidad y la maternidad a manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación.

En cuanto a la maternidad el axioma tomado por Paulo del Digesto “*Mater Semper certa est etiam si vulgo concepterit*”, reafirma ese vínculo biológico entre la madre y el recién nacido al decir que la madre es siempre cierta y que por lo tanto la maternidad era siempre indubitable, y que su prueba era sencilla.⁸⁰

La maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de gestación. El vínculo biológico que determina la maternidad resulta del parto. Los romanos decían que el parto sigue al vientre (*partus sequitur ventrem*). La voz vientre, toma el significado de madre. Se dice que el parto sigue el vientre para significar que el hijo sigue la condición de la madre. Y por eso decían que la maternidad es siempre cierta (*Principio Mater Semper Certaest*).

En atención al ordenamiento jurídico Peruano y siguiendo los principios romanistas, lo estipula en el Artículo 409° C. C. “La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”. Así también es regulado por diferentes países entre ellas: Argentina (art. 242°

⁷⁹CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano. Tomo II. Sociedad Paterno – filial. Amparo Familiar del Incapaz*. 5ªed. Lima – Perú, Librería Studium Ediciones. 1988. página 11.

⁸⁰VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima Perú. GRIJLEY, 2004, página 118.

del CC), Chile (art. 183º el CC), Venezuela (art 197º del CC), Colombia (art 335º del CC). Incluso ante la impugnación de la maternidad las únicas pruebas para demostrar la misma son el hecho del parto y la identidad del hijo.⁸¹

Finalmente se debe comprender que la filiación es el vínculo de derecho que hay entre el padre, madre e hijos, originándose las dos figuras jurídicas que son conocidas con el nombre de: paternidad y maternidad. Apuntando la idea de que la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

3.2.3 Clases de Filiación.

La filiación jurídicamente se ha clasificado en tres tipos:

- A) Legítima.
- B) Natural.
- C) Adopción.

3.2.3.1 Filiación Legítima.

Es el vínculo que supone que el padre y la madre son casados, y que el hijo que tienen fue concebido durante el matrimonio, aunque puede darse el caso de que sea concebido antes del matrimonio, siempre y cuando que el nacimiento haya ocurrido durante el matrimonio. El momento de la concepción es determinante para la existencia de la filiación entre los tres sujetos antes mencionados.

⁸¹MORAN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de Filiación en la fecundación artificial*. Piura- Perú, Ara Editores. 2004, página. 234

3.2.3.2 Filiación Natural.

Este tipo de filiación presupone que no hay un vínculo matrimonial entre el padre y la madre, por lo que el hijo nace fuera de matrimonio y la filiación se da exclusivamente respecto de la madre por el hecho del nacimiento.

Según nuestra legislación civil y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación, respecto de la filiación natural existen dos situaciones extremas. La primera es el hijo concebido antes de la celebración del matrimonio y nacido dentro de los 180 días de dicha celebración. La segunda, es cuando el hijo nace después de los 300 días de la disolución del matrimonio. En el caso del padre se establece la posibilidad de que haya un reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad, previo juicio seguido ante los tribunales familiares. No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al padre. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo.⁸²

3.2.3.3 Filiación por Adopción.

Esta filiación es de naturaleza ficticia y por ende no es biológica, que es lo que marca la diferencia con los tipos de filiaciones precedentes, ya que es creada por un acto de voluntad del adoptante y del adoptado. En el Derecho Familiar es conocida como adopción simple, en contraste con la adopción plena que tiene efectos absolutos: una asimilación total a la filiación legítima.

Es importante mencionar que por ningún motivo podrá asentarse en el acta de nacimiento, que tipo de reproducción se empleó para la fecundación del quien se registra. No tiene acción de filiación el donante, respecto a los hijos nacidos de la mujer o pareja beneficiada de la reproducción asistida. En caso de conocerse la identidad del donador del gameto o del preembrión, no implica ese hecho, filiación alguna.

⁸² Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación; Código Civil para el Distrito Federal, artículo 345.

En caso de existir maternidad subrogada, y con ello, la maternidad. La filiación se daría entre la madre “sustituta” con el menor. Y no con otras personas.

3.2.4 Realidad biológica, realidad social, realidad jurídica en la filiación.

La filiación no es solamente elemento biológico sino también es jurídico, genético y hasta voluntario. La realidad de la filiación, refleja elementos y caracteres que van más allá de lo que pueda establecer la norma, las relaciones materno-filiales son aún más complejas, puesto que en la realidad existen demasiadas incoherencias en su determinación.

El elemento biológico no es, sin embargo, el único fundamento de la relación de filiación, ésta es mucho más rica y compleja, se incorpora elementos varios: afectivo, espiritual, social. El elemento afectivo pesa jurídicamente en forma de “Interés del hijo”, de notable trascendencia a la hora de resolver cuestiones de filiación.

Para Rivero Hernández, se tiene pues fundamentalmente una base biológica inexcusable, sobre la que se levanta en principio la institución. No hay, sin embargo, equivalencia plena entre relación biológica y jurídica de filiación; la procreación no siempre crea una filiación jurídica trascendente para el derecho. Y así, hay progenitores no “padres” (jurídicamente) y “padres” para el derecho que no son progenitores. La doctrina científica, especialmente la francesa, resalta sobre todo el elemento espiritual – voluntario que comporta toda filiación los dos fundamentos esenciales de la filiación son el lazo de sangre y la voluntad constitutiva de los padres, la filiación no es sólo un lazo de sangre; comporta también una parte de voluntad.⁸³

Lo cual, lleva a analizar la idea de filiación, en la que se entrecruzan factores y condicionantes múltiples y variados que disciplinan e influyen en su determinación.

⁸³RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *La presunción de paternidad legítima*. Madrid – España, TECNOS, 1971 página 27.

Para Alex Placido afirma que la filiación se trata de una relación no meramente física o conforme a la naturaleza, sino jurídica, basada en ciertos presupuestos sociales.⁸⁴

El elemento biológico no es el único elemento determinante para establecer la filiación, existe también un elemento volitivo que implica la voluntad de ser madre. Ello en función al *interés superior del niño*, ya que más allá de si es que le corresponde a la maternidad o no estar dentro del entorno familiar, el hogar que merece todo niño, y esto no puede ser obviado por las normas del ordenamiento jurídico.

3.2.5 Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad.

Existen diferentes corrientes que buscan sustentar el presupuesto que debe predominar en el momento de determinación de la filiación. En base a ello, se presentan posiciones doctrinarias para determinar la maternidad en los casos de sustitución en la gestación.

3.2.5.1 Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento biológico.

La doctrina civil mantiene un parecer inalterable, sosteniendo que en la determinación en la maternidad, el presupuesto o elemento biológico de la gestación y el parto, es y debe ser el criterio fundamental para designar legalmente a la madre.

En lo dicho por Trabucchi, quien afirma que tratándose de la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor tipo sociológico⁸⁵.

Para el autor en comento, se es madre por naturaleza, a diferencia de lo que sucede en la paternidad, el elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos. Por lo tanto,

⁸⁴PLACIDO V, Alex. *Manual de Derecho de Familia*. 2ª ed. Lima – Perú, Gaceta Jurídica. 2002. página 275.

⁸⁵TRABUCHI, “*procreazione artificiale e genetica umana nell’apropectiva del iurista*”. Comunicación al Congreso de Verona. Italia. Octubre, 1987, página 501.

la maternidad es una figura que no puede ser desdoblada, hay en este caso el elemento responsabilidad que está estrechamente unido a la veracidad que se muestra como fundamento suficiente para determinar la posesión de la madre.

En este sentido Trabucchi afirma que la labor de la mujer gestante no es una labor para otros, sino que está destinada a la formación y el desarrollo del propio hijo. De manera que la responsabilidad por esta relación vital frente a la sociedad y al nacido, debe ser enteramente asumida por la mujer que da a luz, sin que pueda tener calor alguno los acuerdos celebrados con otras personas.⁸⁶

La mujer gestante desempeña el papel de una primera causa eficiente ab extrínseco en la vida del nacido. De manera que para negar la maternidad de la mujer que da a luz se debería demostrar una causa negativa para excluir la relevancia social que sobre la humanidad del nacido tiene la mujer que lo ha traído al mundo.

Por lo anterior, concluyo que debo establecer los diversos papeles que juega el elemento de responsabilidad en las relaciones parentales, mientras que la madre es por fuerza de la naturaleza, al padre se le reconoce en virtud de una construcción social.

3.2.5.2 Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento volitivo.

Para Vercellone, reconoce la presencia del elemento voluntario en la maternidad. De acuerdo con el principio de voluntad por la creación, madre es la mujer que guarda algún tipo de relación biológica con el recién nacido, pero que además también desea el hijo para sí. En consecuencia debe descartarse la responsabilidad por la maternidad de la mujer que se limitó donar su ovulo, o la de quien sólo llevó adelante una gestación y dio a luz un hijo con aporte del material genético y por encargo de otra.⁸⁷

⁸⁶TRABUCHI, *“procreazione artificiale e genetica umana nell’prospettiva del iurista”*. Comunicación al Congreso de Verona. Italia. Octubre, 1987, página 501.

⁸⁷ TRABUCHI, *“procreazione artificiale e genetica umana nell’prospettiva del iurista”*. Comunicación al Congreso de Verona. Italia. Octubre, 1987, página 501.

Las tesis voluntaristas han implicado un cambio sobre la tradicional consideración del criterio determinante de la maternidad: el parto. La doctrina actual reconoce que la misma se puede determinar legalmente con prescindencia de todo vínculo biológico o genético con el nacido y, que, puede ser una relación fundamentada exclusivamente en la intención o el deseo.

3.2.5.3 Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento genético.

Gorassini alega que la lógica según la cual la gestación crea un vínculo más fuerte con el nacido, es desmentida por la lógica del sentido común. Si el óvulo de una mujer negra gestado por una mujer blanca no hace blanco al nacido, tampoco la mayor duración del embarazo garantiza que la mujer blanca sea mejor madre que la negra. De igual manera, la madre genética puede vivir con mayor intensidad la gestación que la madre uterina, así como el padre no tiene un vínculo afectivo menor con el concebido por no llevarlo en su seno⁸⁸.

De lo antes citado, se desprende que siempre es técnicamente posible crear una máquina para la gestación artificial, de manera que es posible que exista nacimiento sin parto, supuesto en el cual este dato pierde su utilidad para determinar la maternidad, a menos que se piense atribuir la maternidad a tal máquina incubadora. Aparece entonces, a favor de la madre genética, el argumento de la realidad biológica; porque el niño se parecerá genéticamente a ella. A favor de la madre portadora, aparece el proceso de gestación que produce un vínculo intenso e íntimo entre la gestadora y la criatura que crece en sus entrañas y el acto inigualado del alumbramiento.

Según Marcial Rubio Correa, quien defiende la constitución del vínculo de maternidad a favor de la madre genética, pero si se cumple con dos requisitos, ciertamente

⁸⁸GORASSINI. Citado por: Morán de Vicenzi, Claudia. *El concepto de filiación en la Fecundación Artificial*. Ara Editores. página 196.

excepcionales: que la madre subrogada sea soltera (o que el marido logre negar su paternidad), y que la mujer en el parto o, que a partir de él, quede físicamente imposibilitado para asumir la maternidad.⁸⁹

3.2.6 Alternativas para determinar la filiación materno filial en el caso de maternidad subrogada.

Respecto del problema para determinar la filiación materno filial, se puede establecer las siguientes alternativas en el caso de la maternidad subrogada por sustitución:

A) Que se le otorgue la relación materno filial a la madre biológica, en virtud de ser ésta la que puede probar el hecho del parto, a la luz del Principio Mater Semper Certa Est, y negándole de ese modo cualquier derecho a la madre que aporto el óvulo.

En la alternativa anterior, se pueden dar dos posibilidades:

Primero: Que ni la madre genética, ni el hijo, ni ningún otro interesado puedan impugnar la maternidad.

Segundo: Que pueda haber la posibilidad de impugnación de la maternidad, aquella en la cual se va a otorgar la filiación a la madre que aporto el óvulo y que por lo tanto es genéticamente idéntica al menor. Esto conllevaría que la madre gestante, pierda los derechos que le hubiese correspondido. Por lo tanto es madre para el Derecho quien aportó el óvulo.

B) Otra alternativa es la llamada maternidad compartida aquí existen dos posibilidades:

- Que se le otorgue la filiación a la madre genética pero se le conceda a la madre gestante algunos derechos, como los de visita por ejemplo, para que pueda tener contacto con el menor.

⁸⁹RUBIO CORREA, Marcial. *Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos. En: Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones.* Lima-Perú, Comisión Andina de Juristas. 1997. página 258.

- O también que se le otorgue la filiación a la madre biológica y que se le conceda algunos derechos a la madre genética.

En el caso específico de que la madre gestante se desentienda totalmente del niño, y por ende no quiera hacerse cargo, toda vez que la madre genética este imposibilitada de poder obtener jurídicamente la maternidad; aquí el procedimiento sería la adopción.

En el mismo supuesto, otra alternativa lo constituiría la imposibilidad incluso de poder adoptar.

3.2.7 Propuestas específicas para la resolución del problema en la determinación de la filiación.

Ante las diferentes alternativas para determinar la relación materno-filial en el caso de maternidad subrogada, y después de haber confrontado las diversas teorías existentes, las propuestas específicas en este caso son:

A) Que ante la imposibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de poder otorgarle la filiación a la madre genética, ello puesto que rige el *Principio Mater Semper Certa Est*, sea el operador jurisdiccional quien tome en cuenta los diferentes elementos de la filiación para poder establecer la relación materno filial en casos de maternidad subrogada, ya que el elemento biológico no debe ser el único elemento determinante para establecerla, existen dos elementos más, como lo son el elemento volitivo, constituido por esa voluntad intensa en una persona de ser madre o de ser hijo según sea el caso; y el otro elemento, el genético que consiste en la identidad genética entre la madre y el menor.

B) Que en el caso de que la madre biológica se desentienda totalmente del menor, proceda el proceso de adopción por parte de la madre genética, ello en virtud del

Principio del Interés Superior del Niño.⁹⁰, para lo cual el juez deberá ofrecer los criterios de aplicación del mismo. Caso contrario, si la adopción no pudiera otorgarse estaríamos dejando sin filiación al menor nacido por este tipo de técnicas.

C) Que el juez según el *Principio Iura Novit Curia* no deje de aplicar el derecho por vacío o deficiencia de la ley; y que acorde al Principio de Inmediación establezca un vínculo personal y directo entre las partes, que haya una intervención inmediata, que le permita tener al juez contacto con los elementos subjetivos y objetivos que integran el proceso. Y en merito a dicha evaluación el juez pueda resolver de mejor manera. Por ejemplo, en el caso concreto de maternidad subrogada, en que la madre biológica de por cumplido el acuerdo y se desentienda del menor, y la madre genética muestre interés por obtener legalmente la calidad jurídica de madre además porque ésta ha velado por el menor desde su nacimiento. En este caso, si cabría la posibilidad de un análisis profundo del juez para que pueda otorgar la maternidad a quien no solo reúne el aspecto genético, sino también volitivo y que se ha comportado como verdadera madre. En el último de los casos si, ello no fuera posible, si debería permitírsele adoptar al menor.

D) Que se contemple la posibilidad que el menor llegado a los 18 años de edad, tenga legitimidad para poder impugnar la maternidad biológica, puesto que él es la persona más indicada para poder establecer su filiación en base a criterios genéticos, volitivos y afectivos. Además por ser él, el mayor interesado en su filiación.

Éstas propuestas que se basan principalmente en Principios consagrados por el Derecho como lo son el *Principio del Interés Superior del Niño*, *Principio Iura Novit Curia*, etc. Que ayuden a resolver algún tipo de controversia que se pueda presentar en casos de maternidad subrogada por sustitución en la gestación; delimitado al

⁹⁰Véase. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) 1989, "El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo cinco de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art.27.1 de la Convención). Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

supuesto único, para efectos del análisis, en la cual la madre que desea el hijo aporta el óvulo para su fecundación, dejándole a una tercera mujer el papel de gestarlo.

Las propuestas presentadas son algunas salidas que se pueden adoptar para poder resolver los problemas jurídicos en cuanto a la determinación de la maternidad en los casos de sustitución en la gestación. La viabilidad y el desarrollo de estas propuestas corresponden en un inicio al criterio del juez y luego, al legislador, todo esto porque el Derecho no puede ser ajeno ante una realidad vertiginosa.

3.3 LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL DERECHO COMPARADO.

En el mundo moderno, el coito no es la forma exclusiva para la reproducción humana. Existen opciones médicas de tecnología reproductiva. El primer bebé por tubo de ensayo nació en 1978. Desde entonces el área de reproducción asistida ha mostrado nuevas formas para la creación de niños. La relación entre la tecnología y la ley en este contexto es un proceso simbiótico. Si pensamos en las nuevas tecnologías como las plantas, que crecen hacia el cielo y que nos llevan a nuevos reinos médicos, científicos, éticos, entonces el terreno legal es el suelo, que dicta cuales prácticas puedan desarrollarse y prosperar, y cuales deben extinguirse.

Cada decisión para la regulación o no de la tecnología crea incentivos y desincentivos únicas para la industria de la fertilidad y para aquellos a quienes sirve. La regulación mundial de este tema es pobre. Sin embargo, cuando la regulación de estas tecnologías se ha producido, ha tenido consecuencias para miles de personas y efectos ondulatorias en múltiples áreas de la ley, desde la adopción hasta el aborto, desde el seguro de salud hasta la herencia.

En los Estados Unidos, ciertos estados han aprobado leyes que indirectamente afectan las prácticas de las clínicas de fertilidad pero las legislaturas y los tribunales se han centrado más en las ramificaciones de estos procedimientos. ¿Quiénes son los padres legales de un niño que fue creado por los esfuerzos de cinco personas dos donantes

genéticos, una madre durante la gestación y dos padres "previstos" que dieron lugar al proceso? En una disputa por la custodia de un embrión congelado, ¿cuáles principios de la ley deben aplicarse la de la propiedad, contratos, familia, constitucional, o alguna combinación?.

Tecnologías de reproducción asistida resaltan preguntas importantes sobre quienes somos como individuos y familias, y sobre quienes la sociedad considere que tenga el derecho de reproducir y de ser padres. Estas preguntas no van a desaparecer y mientras que algunos les gustaría parar el reloj para que puedan discutir a fondo las reglas del juego, otros siguen adelante en la reproducción.

En cuanto al análisis en derecho comparado que se realizó, Arons J. en su obra *Future Choices: Assisted Reproductive Technologies and the Law* menciona el caso de cada país, lo siguiente: ⁹¹

CUADRO 1. PAISES QUE LA PROHIBEN	
Alemania	Ley de Protección del Embrión, n. 745/90 del 13/12/90
Australia	Ley de 1984 sobre la infertilidad y procedimientos médicos, que posteriormente fue reformada en 1987.
Francia	Se realizó una propuesta de Ley presentada a la Asamblea Nacional Francesa, el día 18 de mayo de 1984, la cual establece la nulidad de pleno derecho, a todo contrato que se realice de maternidad subrogada, que se trate de la concepción de un niño.
Holanda	Se considera que el origen del contrato es ilícito, contrario al orden público y a la moral (ya que por la contraprestación del servicio se recibe cierta cantidad de dinero).
España	Su actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida señala que es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer

⁹¹Arons, J. *Future Choices: Assisted Reproductive Technologies and the Law*. [en línea]. Washington DC, Center for American Progress, 2007, http://americanprogress.org/issues/2007/12/pdf/arons_art.pdf. Consulta: [21 de junio 2019]

	que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
--	--

CUARO 2. PAÍSES QUE LA PERMITEN

Brasil:	Resolución CFM n 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) donde, 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.
Canadá:	Informe Ontario (Ontario Law Reform Comisión) permitió la gestación de sustitución.
Escocia:	En 1985 se dictó una Ley (Surrogate Arrgements Act), esta Ley no considera ilícitos estos contratos si no se actúa por interés económico o finalidad comercial.
India:	Las leyes son flexibles desde 2002. En 2008, la Corte Suprema de la India sentenció que la maternidad comercial estaba permitida.
Rusia:	Código de Familia ruso (artículos 51.4 y 52.3) La Ley N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” (artículo 35), La Ley Federal N°. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil” (artículo 16.5). La parte médica del alquiler de vientres viene regulada por la Orden N°. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia.
Suecia:	Ley de 1984/1.140, de fecha 20 de diciembre de 1984, que entró en vigencia el día 1 de marzo de 1985 (se permite la maternidad subrogada siempre y cuando no exista remuneración económica).

92

⁹²Arons, J. *Future Choices: Assisted Reproductive Technologies and the Law*. [en línea]. Washington DC, Center for American Progress, 2007, http://americanprogress.org/issues/2007/12/pdf/arons_art.pdf. Consulta: [21 de junio 2019]

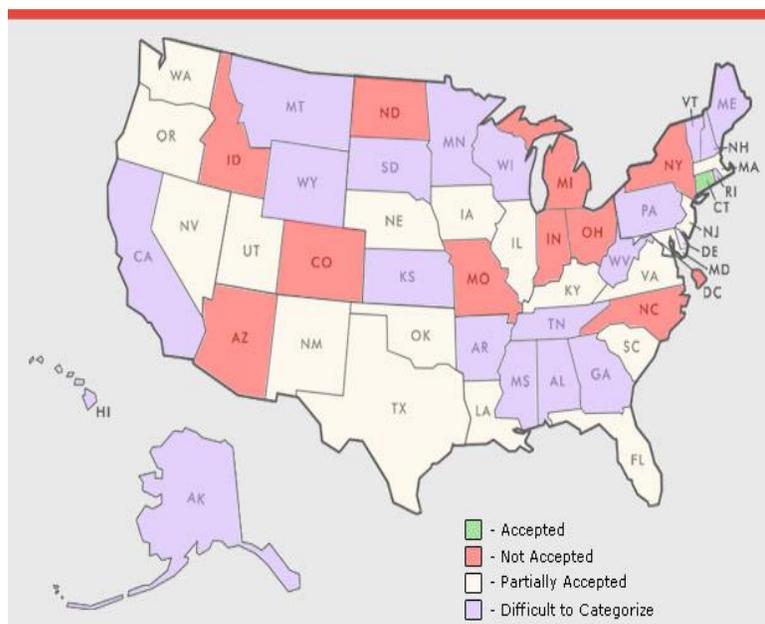
CUADRO 3. NO EXISTE REGULACIÓN EXPRESA

Argentina:	No se ha legislado sobre las técnicas de inseminación artificial, como consecuencia, tampoco sobre los contratos de maternidad subrogada. Sin embargo, se tiene un Proyecto de Ley para la regulación de la Reproducción Humana Asistida 2010, el cual abre la puerta al debate y posible conducción a la creación de una Ley que incluya a la maternidad subrogada como práctica lícita.
Colombia:	La regulación legal de las técnicas de reproducción asistida y si bien los efectos civiles de los procesos científicos no tienen regulación en Colombia, estas prácticas son consideradas lícitas en la medida en que cuentan con reconocimiento jurídico a nivel constitucional, legal y administrativo.
Costa Rica:	Mediante un Decreto del 3 de Marzo de 1995, de regulación de la reproducción asistida, propone una legislación innovadora, que reforma algunos preceptos de su Código de Familia de 1972, que ya incluía algunas precisiones sobre la materia.
Estados Unidos de América:	En la actualidad no existe legislación particular sobre este tópico en la mayoría de los Estados, sin embargo en varios de éstos se tiene ya contemplados ciertos antecedentes, especialmente dentro del derecho consuetudinario.
Inglaterra:	Referente a maternidad subrogada tenemos lo contenido en el informe Warnock del mes de junio de 1984. En este informe se alude que existe una laguna legal, y por consecuencia no es perseguida la maternidad subrogada, no obstante debe realizarse una ley y además tendría que considerarse como delito, cuando se haga por dinero. Ley Surrogacy Arrangements Act 1985 expedida el 16 de Julio de 1985 y en la cual se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar a la realización de acuerdos o contratos de maternidad subrogada.

3.3.1 Leyes de Gestación Subrogada en EE.UU.

En los Estados Unidos, las leyes sobre la gestación subrogada varían por estado. En los cincuenta estados varía la aceptación de la Gestación Subrogada:⁹⁴

Figura 1. Leyes de la Gestación Subrogada por Estado, EEUU



CUADRO 4. COMPLETAMENTE PROHIBIDO

Arizona	<p>A.R.S. § 25-218 (2007)</p> <p>Arizona prohíbe todos los contratos de alquiler de vientres, ya sea remunerado o no remunerado, declara la madre sustituta, como la madre legal y con derecho a la custodia, y establece una presunción refutable de que el marido de la madre sustituta, si está casada, es el padre.</p>
----------------	---

⁹⁴Arons, J. *Future Choices: Assisted Reproductive Technologies and the Law*. [en línea]. Washington DC, Center for American Progress, 2007, http://americanprogress.org/issues/2007/12/pdf/arons_art.pdf. Consulta: [21 de junio de 2019]

Distrito de Columbia	<p>D.C. Code §§ 16-401 to -402 (2007)</p> <p>D.C. prohíbe todo tipo de contratos de alquiler de vientres, declara inaplicable, y castiga a los infractores con un máximo de un año a \$ 10,000 de multa y / o una en la cárcel.</p>
-----------------------------	---

95

CUADRO 5. ANULACIONES Y PENALIZACIONES

Michigan	<p>MCLS prec § § 722.851 a 0.863 (2007)</p> <p>Michigan, declara los contratos de alquiler de vientres es nula e inaplicable por ser contraria al orden público, y castiga las violaciones. Una parte en un contrato de subrogación se hace responsable de un delito menor punible con una multa de hasta \$10.000 y / o un año de cárcel. Alguien que induce o arregla un acuerdo es culpable de un delito grave transportar hasta una multa de \$ 50.000 y / o 5 años de cárcel. La misma pena se aplica a cualquier persona involucrada en un acuerdo con una madre sustituta que es un menor no emancipado, enfermos mentales, o sufre de una discapacidad del desarrollo o mentales. Como un motivo más, si surge una disputa por la custodia, la persona que tiene la custodia física (es probable que la madre biológica) puede retenerlo hasta que un tribunal ordene lo contrario.</p>
Nueva York	<p>NY CLS Dom Rel §§ 121 to 124 (2007)</p> <p>Nueva York, los contratos de alquiler de vientres se declara contrario a la orden pública, nula e inaplicable. Las partes en un contrato están sujetas a una multa civil de hasta \$500. Las personas que colaboran en la organización del contrato es responsable de hasta una multa civil de \$ 10,000 y la pérdida de la cuota recibida en la negociación del contrato; una segunda violación constituye un delito grave. La participación de una madre biológica en el contrato, sin embargo, no podrá ser considerado en su contra en una disputa por la custodia de los padres genéticos o abuelos.</p>

96

⁹⁵Idem

⁹⁶Arons, J. *Future Choices: Assisted Reproductive Technologies and the Law*. [en línea]. Washington DC, Center for American Progress, 2007, http://americanprogress.org/issues/2007/12/pdf/arons_art.pdf. Consulta: [21 de junio de 2019]

CUADRO 6. ANULACIONES

Indiana	Burns Ind. Code Ann. §§ 31-9-2-126 to -127 and 31-20-1-1 to -3 (2007) Indiana declara nula los acuerdos sobre la subrogación y en contra de las políticas públicas. Pero si una determinación de la paternidad se debe hacer, los tribunales no deben basar su mejor análisis del interés únicamente en el hecho de que una persona entró en un acuerdo de subrogación.
Kentucky	KRS § 199.590 (2006) Kentucky, declara nula los acuerdos de subrogación tradicional. También se prohíbe la compensación para facilitar un contrato de subrogación.
Louisiana	La. R.S. 9:2713 (2007) Louisiana declara que los acuerdos tradicionales sobre la subrogación son nulas, inválidas, e inaplicables por ser contrarias al orden público; no se discute la subrogación gestacional.
Nebraska	R.R.S. Neb. § 25-21,200 (2007) Nebraska declara nula la subrogación de contratos. La ley asigna los derechos y obligaciones con respecto al niño al padre biológico.

CUADRO 7. PROHÍBE ALGUNOS/ PERMITE A OTROS

Dakota del Norte	N.D. Cent. Code §§ 14-18-01 to -08; 14-19-01; 14-20-01 to -66 (2007) Dakota del Norte anula los contratos tradicionales de alquiler de vientres. Si el sustituto está genéticamente relacionado con el niño, entonces ella se declara la madre y su esposo, si está casada, se considera el padre. Sin embargo, Dakota del Norte reconoce acuerdos de subrogación gestacional. Los futuros padres son los padres legales de un niño cuando un portador gestacional se implanta con un embrión creado con gametos de ambos de los futuros padres.
Washington	Rev. CodeWash. §§ 26.26.011 to .903 (2007) Los contratos de indemnización están prohibidos. Si surge una disputa sobre un niño nacido de una madre sustituta, la entidad que tiene la

CUADRO 7. PROHÍBE ALGUNOS/ PERMITE A OTROS

	<p>custodia física puede retener la custodia hasta que un tribunal ordene lo contrario. Los futuros padres pueden establecer su filiación en virtud de un contrato de subrogación válida. Si un niño nace con un contrato válido, el parentesco se determinará con arreglo a las otras partes de la Ley de Paternidad uniforme de Washington. Por el contrario, los contratos que pagan una indemnización más allá de los gastos razonables y contratos con menores de edad no emancipados o las mujeres con una enfermedad mental o discapacidad están prohibidos. La violación de estas prohibiciones es un delito menor. Los contratos de compensación también son nulos e inaplicables por ser contraria al orden público. La compensación se define como cualquier pago más allá de los gastos reales de médicos, otros gastos relacionados con el embarazo, y los honorarios legales relacionados con la redacción del contrato.</p>
--	--

97

CUADRO 8. PERMITEN PERO CON REGULACIÓN:

<p>Arkansas</p>	<p>A.C.A. § 9-10-201 to -202 (2007) Arkansas protege a las parejas no casadas y personas solteras, así como las personas casadas que utilizan la inseminación artificial o de madre sustituta. Si una mujer es un sustituto, entonces los padres del niño será de 1) el padre biológico y su esposa, si están casados 2) el padre biológico solo, si es soltero, o 3) de la futura madre, si el esperma anónimo era utilizado.</p>
<p>Florida</p>	<p>Fla. Stat. §§ 63.212 to .213, 742.15 to .16 (2007) Florida regula a la subrogación tradicional y subrogación gestacional por separado. Subrogación tradicional se conoce como un "acuerdo de adopción planificada de antemano" con una "madre voluntaria" y requiere la aprobación judicial de la adopción. La distinción más importante entre ellos es que en las adopciones planeadas de antemano, la madre biológica</p>

⁹⁷Arons, J. *Future Choices: Assisted Reproductive Technologies and the Law*. [en línea]. Washington DC, Center for American Progress, 2007, http://americanprogress.org/issues/2007/12/pdf/arons_art.pdf. Consulta: [21 de junio de 2019]

CUADRO 8. PERMITEN PERO CON REGULACIÓN:

	<p>tiene 48 horas después del nacimiento del niño a cambiar de opinión, la adopción debe ser aprobada por un tribunal, y los futuros padres no tienen que tener una relación biológica con el niño. Por el contrario, en virtud de un contrato de subrogación gestacional, el sustituto debe estar de acuerdo a renunciar a sus derechos al niño al nacer. La madre pretende demostrar que ella no puede mantener con seguridad un embarazo o entregar a un niño, y al menos uno de los futuros padres debe ser genéticamente relacionado con el niño. Ambos conjuntos de leyes requieren que la madre de alquiler se someta a una evaluación médica, requieren que el sustituto tenga por lo menos 18, y exigen a los futuros padres que se comprometan a aceptar a cualquier niño resultante, con independencia de cualquier deterioro que el niño pueda tener. Tasas de reclutamiento de sustitutos tradicionales están prohibidos.⁹⁸</p>
<p>Illinois</p>	<p>750 ILCS 45/6, 750 ILCS 47/10 to 47/70, & 410 ILCS 535/12 (2007) Illinois protege a las parejas no casadas y personas solteras y parejas casadas con arreglo a una sustituta gestacional. El sustituto no puede suministrar sus propios óvulos y por lo menos uno de los futuros padres debe estar genéticamente relacionado con el niño. En virtud de un acuerdo válido, los futuros padres se convierten en los padres legales inmediatamente después del nacimiento y la relación entre padres e hijos, incluso se puede establecer antes del nacimiento (el único estado que permite esto). Una persona puede traer un desafío para el acuerdo o los derechos cedidos en virtud del mismo dentro de los doce meses posteriores al nacimiento del niño. Los padres sustitutos que se destina deben someterse a las evaluaciones y de consulta jurídica independiente. Si los requisitos legales no se cumplen, el tribunal deberá determinar el parentesco basada en la evidencia de la intención.</p>
<p>Nevada</p>	<p>Nev. Rev. Stat. Ann. § 126.045 (2007)</p>

⁹⁸Idem.

CUADRO 8. PERMITEN PERO CON REGULACIÓN:

	<p>Nevada permite a las parejas casadas a entrar en un contrato con un sustituto de la "concepción asistida." En base a la definición de esa frase, la ley se aplica a la subrogación gestacional cuando ambos padres han suministrado los gametos destinados. El pago se limita a los gastos de vida y médicos relacionados con el parto.</p>
<p>New Hampshire</p>	<p>RSA §§ 168-B:1 to -B:32 (2007)</p> <p>New Hampshire tiene un régimen legal muy extenso que regula los acuerdos de subrogación. Los futuros padres deben estar casados y por lo menos uno de ellos debe proporcionar gametos. El sustituto tiene 72 horas después del nacimiento para decidir si quiere quedarse con el niño. La disposición debe ser judicialmente autorizada previamente, las evaluaciones y el asesoramiento de las partes debe llevarse a cabo antes de la impregnación de la madre sustituta, los estudios de origen de todas las partes deben llevarse a cabo, todas las partes deben tener 21 años o más, la madre destinada debe ser físicamente incapaz de tener un niño, los huevos deben provenir de la madre sustituta o de la madre pretende (sin donación de óvulos), el sustituto debe haber tenido al menos una entrega previa, el asesoramiento genético es necesario si el sustituto es de 35 años o más, y no hay un requisito de residencia de 6 meses para la madre gestacional o los futuros padres. Las tarifas se limitan a los gastos médicos, salarios perdidos, seguros, costos legales, y estudios de origen. Las tarifas para la organización de un contrato de subrogación están prohibidas. También hay disposiciones relativas a lo que sucede si el contrato se rompe o terminados.</p>
<p>Texas</p>	<p>Tex. Fam. Code §§ 160.751 to .763 (2007)</p> <p>La ley de Texas es el modelo de la Parte 8 de la Ley de Paternidad uniforme de 2002. Un acuerdo de la gestación debe ser validado en los tribunales. La madre de gestación no puede usar sus propios óvulos. Ella debe haber tenido al menos un embarazo previo. Ella mantiene el control sobre todas las decisiones relacionadas con la salud durante el embarazo. La futura</p>

CUADRO 8. PERMITEN PERO CON REGULACIÓN:

	<p>madre debe demostrar que ella es incapaz de llevar adelante un embarazo o parto. Los futuros padres deben estar casados y deben someterse a un estudio del hogar. Hay un requisito de residencia de por lo menos de 90 días, ya sea para la madre gestacional o los futuros padres. Un acuerdo que no ha sido validada no es aplicable, y la paternidad se determinará en las otras partes de la Ley de Paternidad uniforme de Texas.</p>
<p>Utah</p>	<p>Utah Code Ann. §§ 78-45g-801 to -809 (2007) La ley de Utah es el modelo de la Parte 8 de la Ley de Paternidad uniforme de 2002. Un acuerdo de subrogación gestacional debe ser validado en los tribunales. La sustituta gestacional debe haber tenido al menos un embarazo previo a la entrega. Ella mantiene el control sobre todas las decisiones relacionadas con la salud durante el embarazo. Ella no puede usar sus propios óvulos. La futura madre debe demostrar que ella es incapaz de llevar adelante un embarazo o parto. Por lo menos uno de los padres previsto debe proporcionar gametos. Si la madre sustituta gestacional está casada, el esperma de su marido no puede ser utilizado. Los futuros padres deben estar casados y deben someterse a un estudio del hogar. Todas las partes deben tener por lo menos 21 años y deben participar en el asesoramiento. Hay un requisito de residencia de por lo menos 90 días, ya sea para la madre gestacional o los futuros padres. La sustituta gestacional no puede estar recibiendo asistencia médica de otro estado en el momento en que entra en el acuerdo. El pago a la madre sustituta gestacional está permitido, pero debe ser "razonable". Un acuerdo que no ha sido validada no es aplicable, y la paternidad se determinará en las otras partes de la Ley de Paternidad uniforme de Utah.</p>
<p>Virginia</p>	<p>Va. Code Ann. §§ 20-156 to -165 (2007); seealso Va. Code Ann. §§ 32.1-257, 64.1-5.1, & 64.1-8.1 (2007) Virginia requiere de autorización previa de un contrato de subrogación por un tribunal. Si el contrato es aprobado, entonces los futuros padres serán los padres legales. Si el contrato es anulado, la madre de alquiler y su</p>

CUADRO 8. PERMITEN PERO CON REGULACIÓN:

marido, en este caso, serían los padres legales y los futuros padres sólo podrán adquirir los derechos de los padres mediante la adopción. Si el contrato no fue aprobado, a continuación, el sustituto puede presentar un formulario de consentimiento renunciando a los derechos del niño. Pero si no lo hace, los derechos de los padres pueden variar si alguno de los futuros padres tiene una relación genética con el niño. Dependiendo de las circunstancias, puede ser necesario adoptar con el fin de obtener la patria potestad. No obstante todo lo anterior, si la madre sustituta es la madre genética, se podrá resolver el contrato dentro de los primeros seis meses de embarazo. Los requisitos para la aprobación en la corte incluyen: un estudio del hogar, la conclusión de que todas las partes cumplen con los estándares de aptitud aplicables, el sustituto debe estar casado y que ha tenido un hijo nacido vivo antes, las partes deberán haberse sometido a evaluaciones médicas y de consejería, y al menos uno de los padres debe ser previsto genéticamente relacionado con el niño. Los futuros padres deben aceptar al niño, independientemente de su salud o su apariencia. El sustituto tiene la responsabilidad exclusiva para el manejo clínico del embarazo. Durante el proceso de aprobación, el tribunal debe nombrar a un abogado de la madre sustituta y un tutor para representar los intereses de los hijos resultantes. Compensación más allá de costos médicos y auxiliares no está permitida. Tasas de reclutamiento son punibles como un delito menos grave y las partes pueden obtener una indemnización. La ley también prevé una asignación de los costos, cuando un contrato se rescinda no validado.

⁹⁹ Arons, J. *Future Choices: Assisted Reproductive Technologies and the Law*. [en línea]. Washington DC, Center for American Progress, 2007, http://americanprogress.org/issues/2007/12/pdf/arons_art.pdf. Consulta: [21 de junio de 2019]

3.3.2 Leyes de Maternidad Subrogada en Costa Rica.

La fecundación in vitro es un procedimiento que permite la fecundación de un óvulo fuera del cuerpo de la mujer con su reimplantación en el útero posteriormente. En Costa Rica las primeras aplicaciones de la fecundación in vitro se realizaron en 1994, con el nacimiento del primer niño probeta costarricense en octubre de 1995. Desde ese momento otros catorce niños nacieron a merced de esas técnicas de reproducción. Luego se declaró inconstitucional la aplicación de dichos procedimientos. El debate gira en torno a si existe o no la vida humana desde el momento de la concepción y si se debe proteger el derecho a la vida de seres humanos aun no visibles e incapaces de expresarse.

Para Hermes Navarro, el autor del libro “El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación in-vitro”, las técnicas de fecundación asistida separan la procreación como acto humano y la convierte en un objeto de experimentación y comercialización con un riesgo adicional y el alto porcentaje de fallos. Por ejemplo, de cada veinticuatro embriones que se implantan solo se produce un niño, lo cual significa la muerte de veintitrés humanos. Según datos citados en el Congreso Mundial sobre fecundación “in-vitro” a pesar del avance de las técnicas, se estima que la tasa de éxito para la fecundación in-vitro esta entre un 5-10% con respecto a las tentativas de fecundación. Además, los resultados muestran que dicha técnica tiene poca certeza para asegurar un embarazo.¹⁰⁰

En Costa Rica se consideró que la fecundación “in-vitro” en centros médicos del Estado “infringe derechos, lesiona el interés público y el espíritu de la normas en materia de respeto a la vida ya la seguridad social” (Resolución N° 2000-002306). Considera que el respeto a la vida humana excluye el uso de técnicas de fecundación asistida porque estas no garantizan el respeto a la dignidad de los seres humanos, por

¹⁰⁰Hermes Navarro citado por Montes Guevara, G. E. (2004). *Bioética y Técnicas de Reproducción Asistida*, [en línea]Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social, [en línea] http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-125920040001000008&script=sci_artte. Consulta. [21 de junio 2019]

la elevada pérdida de embriones necesarios para lograr el nacimiento de un niño (a). La vida humana debe protegerse desde la concepción lo cual impone la obligación de proteger al embrión humano contra todo tipo de abusos a que pueda ser sometido dentro del laboratorio o instituto encargado de la fecundación. El embrión es un sujeto de derechos. No puede ser instrumentalizado para ningún fin ni siquiera en uno tan loable como la generación de descendencia a una pareja con problemas de esterilidad comprobada.

La técnica de fertilización viola el derecho a la vida por lo que es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3.4 MARCO LEGAL VIGENTE EN MÉXICO.

3.4.1 Derechos reproductivos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El derecho a la reproducción humana, expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, es reconocido en nuestro país en el *artículo 4º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señalando que “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...”*¹⁰¹

Invocan este precepto quienes, en afán de dar continuidad a su genética, acuden a las modernas técnicas científicas que les ofrecen la oportunidad de tener descendencia, en vez de adoptar niños que les son ajenos.

Resulta que la carta magna menciona respecto al objeto de estudio, de este trabajo, partiendo del análisis del artículo cuarto constitucional, párrafo segundo, el cual consagra un derecho a la salud y una libertad de procreación.

¹⁰¹Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 4o.

El derecho consagrado a favor del ciudadano, en este segundo párrafo, significa la oportunidad de organizar y desarrollar una familia, lo que implica que el Estado tiene la obligación de no interferir en ello y más aún de brindar la protección debida para el caso de que se quiera obstaculizar la actualización de este derecho.

El estudio de este tema, hace reflexionar en torno a las implicaciones que se dan dentro de la protección del derecho a la organización y desarrollo de una familia, por ejemplo, si dentro de este caso se encontraría el permitir el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales finalmente se han creado para propiciar la organización y desarrollo de una familia, para aquéllas personas que presentan una incapacidad o una imposibilidad para hacerlo.

En el supuesto jurídico en que el Estado contemplara la reproducción asistida, como medio de actualizar el derecho de organización y desarrollo de una familia, sería pertinente cuestionarnos en qué sentido debiera regularse el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, pues para esto debe contemplarse las consecuencias que cada una de ellas encierra, y en particular la llamada maternidad subrogada.

En caso de que el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, y en particular de la maternidad subrogada, por parte de las personas estériles o infértiles, no se permitieran dentro de este esquema de protección a la organización y desarrollo de la familia, se contravendría lo dispuesto por el *artículo 1o. constitucional, el cual establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución*.¹⁰²

Diversos doctrinarios, como Xavier Hurtado Olivier consideran que si no se permitiera a las parejas infértiles o estériles, organizar y desarrollar una familia, por los medios que ellos consideren pertinentes, según el avance de las técnicas de reproducción humana asistida, sería necesario que tal restricción se diera por medio de una sentencia judicial que así lo determinara como lo dispone el *artículo 14 constitucional*

¹⁰²Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,, art 1º.

*en su segundo párrafo, el cual establece que, "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales..."*¹⁰³

El artículo cuarto constitucional garantiza, además, un derecho a la protección de la salud, originando con esto la obligación del Estado a propiciar la existencia de instituciones de salud que presten el servicio de atención médica a la población que sufre una enfermedad o bien que quiere prevenir un padecimiento o alteración en la salud. Si se toma en cuenta el punto de vista médico, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, encuentro que se considera a la esterilidad o infertilidad humana como una enfermedad de nuestro tiempo, la cual debe ser seriamente contemplada en las políticas de salud de los Estados modernos, cabría entonces reflexionar sobre la responsabilidad que tendría el estado mexicano de posibilitar en sus diferentes instituciones de salud el manejo y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, como forma de garantizar que el ciudadano infértil o estéril pueda tener acceso a la reproducción biológica.

De lo anterior, se observa que el ordenamiento constitucional en cita, deja la puerta abierta a la interpretación en torno al uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, que se inclinará a favor o en contra de ellas, según sea el punto de vista que las trate, hecho que propiciará sin duda arduos debates al respecto, de lo cual se hace necesaria una especificación mayor en cuanto al alcance y límite del derecho a la organización y desarrollo de una familia, así como el de la libre elección y esparcimiento de los hijos, debiéndose asimismo determinar si la infertilidad o esterilidad entran dentro de la política de salud del Estado, porque de ser así, habría que garantizar por parte del Estado el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁰³Hurtado Olivier, Xavier, *Derecho a la vida ¿y a la muerte?*, 2a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 169.

3.4.2 Ley General de Salud.

Existen otros ordenamientos jurídicos que hacen referencia expresa a diversas técnicas de reproducción humana asistida, como La Ley General de Salud, que es la ley que se deriva del artículo cuarto constitucional, resultándonos bastante interesantes lo dispuesto en los artículos 1º., 3º. y 27º.. de esta ley, los cuales nos hablan de la obligación del Estado de la prestación de los servicios de salud, nos habla de *la planificación familiar* y de la coordinación de la investigación para la salud de los seres humanos, lo cual nos lleva a preguntarnos si las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran dentro de este esquema de apoyo para la planificación familiar, y de investigación para la salud, pues éstas se refieren a lograr la reproducción humana de manera consciente, por parte de los progenitores, elementos que en esencia implican una planificación familiar, concepto que es recurrente en el artículo 27º, fracción quinta, de esta ley, así como en los artículos 67º, párrafos primero y segundo, y 68º de la misma.¹⁰⁴

Otro concepto que nos parece interesante de esta ley, es lo que dispone en torno a la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos, disposición que se amplía en el título quinto de esta ley en sus artículos 96º al 100º, los cuales nos hablan expresamente de la investigación sobre la ingeniería genética, la lectura de estos artículos podemos inferir que en realidad las técnicas de reproducción humana asistida, no son del todo ajenas en nuestro sistema jurídico mexicano, sólo que se les contempla de manera muy genérica.

En el capítulo decimocuarto de la ley en estudio, encuentro disposiciones que en un momento dado pueden ser usadas como parámetros de referencia para delimitar y conformar un proyecto legislativo sobre el uso y manejo de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, y en particular de la maternidad subrogada, toda vez que nos habla en torno a los procedimientos de donación de diversos órganos y su control sanitario.

¹⁰⁴Cfr. Ley General de Salud, arts. 1, 3, 27, 67 y 68

Llama nuestra atención también lo dispuesto por el Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, el cual se creó para dar los lineamientos y principios a los cuales deberá someterse la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

Este reglamento se da a la tarea de puntualizar en sus nueve títulos, diferentes procedimientos médicos que implican la investigación para la salud, siendo materia de nuestro estudio en particular, el título segundo en su capítulo cuarto, el cual se refiere a la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óvulos y fetos y de la fertilización asistida, de la cual encontramos referencia expresa en el capítulo cuarto, del título segundo de este reglamento, que abarca los numerales cuarenta a cincuenta y seis.¹⁰⁵

Es muy importante mencionar, que el pasado veintiséis de abril de dos mil dieciséis, el Senado, aprobó por unanimidad, el dictamen que reforma el artículo 462° de la Ley General de Salud, por el que se regula la maternidad subrogada sin fines de lucro.¹⁰⁶

Significa que una mujer, por altruismo, se someta a una técnica de reproducción asistida para gestar hijos para un tercero, con quien puede o no tener vínculo genético. El único pago permitido es que la pareja beneficiaria se haga cargo de la atención médica para la madre sustituta, pero esta no podría recibir ningún pago por maternidad.

Los senadores acordaron imponer una pena de 6 a 17 años de prisión y multa económica a quien le apague a una mujer por rentar el vientre o por convencer ejerciendo violencia o aprovechándose de una situación de pobreza o ignorancia, para gestar y después del nacimiento, renuncie a sus derechos de maternidad para entregar al producto a terceras personas.

¹⁰⁵Cfr. Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, arts. 40-56.

¹⁰⁶ Cfr. Ley General de Salud, artículo 462

También quedó penalizado que los beneficiarios de la gestación sean parejas extranjeras y se castiga a quien promueva, favorezca, facilite, publicite o realice procedimientos de maternidad subrogada con fines de lucro.

Además, si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud en una subrogación con fines de lucro, serían suspendidos de cinco a ocho años en el ejercicio profesional y hasta seis años más, en caso de reincidencia.

3.4.3 Códigos Civiles y Penales del Distrito Federal y del Estado de Tabasco.

Dentro del marco normativo de las técnicas de reproducción humana asistida, en México, se considera pertinente puntualizar que, de alguna manera, son las legislaciones sustantivas civiles y penales del entonces llamado Distrito Federal y del estado de Tabasco, las que van marcando la pauta en cuanto a la poca legislación que en la materia existe, y por ende, son estas legislaciones en las que encontramos disposiciones más expresas en materia de reproducción asistida y de las implicaciones que en diferentes figuras jurídicas de derecho familiar, civil y aún penal, el uso de estas técnicas puede generar.

De esta manera se encuentra referencia expresa a las técnicas de reproducción asistida, en el Código Civil del Distrito Federal, en los artículos 267°, 293°, 326°, 329°, 336°, 338°, 374°, 378° y 382°, los cuales nos hablan de manera general de las relaciones de parentesco y filiación, que pueden darse aún por medio de fecundación asistida.¹⁰⁷

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal, con las recientes reformas de octubre del 2002 se ha incluido un interesante título segundo, correspondiente al libro segundo de este código, al cual se le ha llamado "*Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética*", título al que se le ha denominado "*procreación asistida e inseminación artificial*", y se compone del artículo 149° al 153°, mismos que

¹⁰⁷Cfr. Código Civil del Distrito Federal.

sancionan diversos esquemas conductuales relacionados íntimamente con las prácticas de reproducción asistida, que se consideran como delitos, plenamente sancionados por el apartado punitivo del Estado.¹⁰⁸

Llama particularmente la atención, la exposición de motivos que precede a las reformas que se hicieron al Código Sustantivo Civil del Estado de Tabasco, en donde los legisladores de la quincuagésima legislatura se declaran complacidos de introducir cambios de fondo a este cuerpo normativo, afirmando que dichas modificaciones jurídicas son el reflejo de la evolución que se ha dado en la sociedad tabasqueña, por esto, consideraron conveniente incorporar a los dispositivos de este código, los recientes avances científicos en materia de reproducción humana.¹⁰⁹

De esta manera, se encontró que a este cuerpo legal se agregan diferentes disposiciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida, así como de las consecuencias que éstas producen en instituciones del derecho civil, en su rama de derecho familiar, como lo serían aspectos del matrimonio, concubinato, divorcio, filiación y sucesiones, reformas que encontramos en los artículos: 31°, 92°, 165°, 272° fracción XVIII, 324°, 327°, 329°, 330°, 340°, 347°, 331° y 360°.¹¹⁰

Es pertinente resaltar lo dispuesto por el artículo 92° del Código Civil de Tabasco, ya que por primera vez en nuestro país, en sus párrafos tercero, cuarto y quinto, se observa una referencia expresa a la maternidad sustituta y a la maternidad subrogada, en relación a las actas de nacimiento y en donde se diferencia incluso entre un término y otro; en dicho numeral se encuentra en el párrafo final una disposición concreta respecto a la paternidad del hijo de la mujer casada, por lo cual resulta interesante como esta disposición contraviene totalmente la presunción tradicional que se ha manejado en nuestro sistema jurídico: que el hijo de la mujer casada, hijo de su marido es, así este numeral dispone como excepción a esta presunción, el hijo de la mujer casada, que sea madre gestante sustituta.

¹⁰⁸Cfr. Código Penal para el Distrito Federal, arts. 149-153

¹⁰⁹ Cfr. Código Civil para el Estado de Tabasco, México, Sista, 2003, pp. III-XXXI.

¹¹⁰Cfr. Código Civil de Tabasco Estado de Tabasco, México, Sista, 2003, pp. III-XXXI.

3.4.4 Código Civil del Estado de México.

En el Estado de México, el Código Civil, regula en el Capítulo primero relativo a las disposiciones generales, el derecho a la procreación y a la reproducción asistida describiéndolos de la forma siguiente:

“Artículo 4.111.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

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.”¹¹¹

De lo anterior, se puede ver claramente que solamente autoriza la reproducción asistida de una mujer a través de la técnica de inseminación artificial, si es casada deberá dar su consentimiento el cónyuge, y que el producto de esa inseminación artificial, no podrá ser dado en adopción.

De igual forma queda prohibido a los Padres o tutores de una mujer menor de edad dar su consentimiento para que su hija sea inseminada artificialmente, de igual forma que da prohibida la reproducción asistida con fines de clonación o elección de raza, tal y como lo establecen los artículos 4.113 y 4.114 del Código sustantivo Civil de nuestra entidad federativa, que a la letra dicen:

¹¹¹Cfr Código Civil del Estado de México, artículos 4.111 y 4.112

“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.

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.”¹¹²

En vista de lo anterior, la legislación civil para el Estado de México, solo permite el uso de la reproducción asistida a través de la inseminación artificial sobre su cuerpo y si es casada deberá tener el consentimiento de su cónyuge, además de la solicitud de autorización por parte de la autoridad jurisdiccional. Aunado a que el recién nacido producto de ese método de reproducción asistida no se puede dar en adopción.

Pero no permite el uso de las técnicas de reproducción asistida a través de la figura de la gestación subrogada, para el caso de que la mujer o el matrimonio tengan problemas de infertilidad, lo que contraviene su derecho a la procreación y su libre decisión de tener hijos.

¹¹²Cfr Código Civil del Estado de México, artículos 4.113 y 4.114

CAPÍTULO IV

MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO DE MÉXICO.

En los capítulos anteriores hemos analizado el marco teórico de la maternidad subrogada en México, explicando el origen, concepto y clasificación de las técnicas de reproducción asistida, además de las distintas posturas de las ramas de la ciencia como la medicina, la psicología, la ética, la psicología, la religión y sobre todo el derecho, de igual forma se explora el marco conceptual de nuestro objeto de estudio, escudriñando su concepto, objeto y clasificación de la maternidad subrogada bajo la óptica de las diferentes teorías sociológicas de la ciencia, concluyendo que la gestación subrogada cumple con el objetivo primordial, de lograr que una pareja o matrimonio infértil pueda lograr tener hijos a través de una tercera persona, cumpliendo así uno de los fines máximos de toda familia, siendo esta última la base estructural de un sistema social armónico; posteriormente exploramos una justificación lógica de nuestro tema de estudio como nueva figura jurídica dentro del Derecho Positivo Mexicano, de igual manera analizamos las distintas teorías de la filiación como medio determinante de la maternidad y su implicación en el uso de la gestación subrogada, los avances normativos de la gestación subrogada en el derecho comparado internacional, en donde logramos desentrañar que la gestación subrogada es autorizada siempre y cuando el procedimiento se realice sin fines de lucro por parte de la madre portadora en beneficio de una madre o pareja infértil.

También, he revisado los fundamentos de nuestro objeto de estudio, desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Salud y su reglamento, así como las legislaciones locales de la Ciudad de México antes Distrito Federal y el Estado de Tabasco, quienes ya contemplan la gestación subrogada en sus sistemas jurídicos locales.

4.1 JUSTIFICACIÓN DE LA LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO DE MÉXICO.

En nuestro país existe una política para garantizar el pleno respeto y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, es menester que el Estado de México se mantenga a la vanguardia en temas de interés social incluya en su sistema jurídico local la figura de la maternidad subrogada, por lo que propongo la creación de la Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de México, con la cual se obtendría un gran avance en el reconocimiento de los derechos, específicamente, de los de salud sexual y reproductiva porque permite a las personas ejercer su derecho a la maternidad y paternidad de una manera informada y libre.

Específico, que en la ley que propongo, se precisa que la mujer que recurra a esta técnica de reproducción asistida debe tener una imposibilidad permanente o contraindicación médica¹³⁰, pues como se ha señalado, es una alternativa específica para problemas de infertilidad aplicando esa práctica con las especificaciones que le son propias.¹³¹

La maternidad subrogada se realizaría a través de un contrato ante notario público en el que se manifiesta el consentimiento de una mujer con capacidad de gestación para la implantación del embrión y el desarrollo del embarazo, hasta la terminación de éste, en beneficio de dos personas, unidas en matrimonio o concubinato y aportan sus óvulos y espermatozoides para fertilizar y formar un embrión que se implantará en el útero de la mujer gestante.¹³²

Se enfatiza que es sin fines de lucro entre las personas solicitantes y no genera ningún parentesco entre la mujer gestante y el menor nacido.

¹³⁰ Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Prestación de Servicios de Atención Médica. artículo 64

¹³¹ Norma Oficial Mexicana Nom 005-SSA2-1993

¹³² MONROY, Juan Pablo. Técnicas de Reproducción Asistida y su Incidencia en Colombia, [en línea] Colombia: Universidad Militar, Bogotá D.C. 2013 <<https://es.scrib.com/doc/310214524/técnicas-de-reproducción-asistida-y-su-Encendencia-en-Colombia>> consulta: [21 de junio 2019].

La propuesta de Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de México, sería el primer paso para dar certeza jurídica a los matrimonios y concubinatos que aportan su material genético a los niños nacidos y a las mujeres que prestan su cuerpo para hacer posible lo que para algunas personas es algo imposible.

Se recuerda que cuando analice las legislaciones de otros países encontré que en estados como California, Florida, Illinois, Nueva York, por citar algunos, cuentan con legislación relativa desde los años 80; España, Italia, Alemania, Rusia, desde el primer lustro de la década de los 90; siendo importante resaltar la legislación de la Federación Rusa, que ha logrado dar certidumbre y certeza a las partes interesadas.¹³³

Es importante destacar que la mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre. Sin embargo, en caso de no existir ninguna candidata que cumpla con dicha característica para participar, podrá participar cualquier mujer con capacidad legal y física plena para llevar a cabo la gestación subrogada. En ambos casos se deberá presentar un certificado de salud del médico tratante.

La propuesta de Ley de Maternidad Subrogada en el Estado de México, establecería la obligación de la mujer gestante de entregar a las personas solicitantes a los menores después de su nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, debiendo establecer un plazo para su cumplimiento.

El certificado de nacimiento del menor será el documento que expida el médico tratante en los términos de la Ley de Salud del Estado de México; en caso de la separación o fallecimiento de una o ambas personas solicitantes, durante la gestación, un Juez de lo Familiar resolverá la situación del menor conforme a las reglas sobre patria potestad, guardia y custodia y tutela establecidas en el Código Civil vigente en la entidad.¹³⁴ Las partes contratantes podrían establecer cláusulas sobre una indemnización

¹³³Arons, J. Future Choices: Assisted Reproductive Technologies and the Law. [en línea]. Washington DC, Center for American Progress, 2007, http://americanprogress.org/issues/2007/12/pdf/arons_art.pdf. Consulta: [21 de junio de 2019]

¹³⁴ Cfr. Código Civil del Estado de México, título séptimo y Octavo

suficiente para sus dependientes económicos, en caso del fallecimiento o incapacidad permanente de la mujer gestante derivados de esta práctica médica.

La propuesta de ley deberá prever que este tipo de gestación protege en todo momento la dignidad de las personas que sean parte de esta práctica médica y el interés del menor nacido, como consecuencia de la gestación subrogada.

Las personas solicitantes, quienes aportan su material genético para la fecundación, se comprometerán a cumplir con las reglas que dispone la legislación vigente, respecto de la maternidad o paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad o paternidad.

Los derechos de filiación, es decir, la relación que existe entre los padres y los hijos, formando el nuevo núcleo social primario de la familia, serían de las personas solicitantes.

Además, se harían cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la transferencia de embriones hasta la recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia de si se logra o no el nacimiento.

Se propone que el consentimiento de las partes deberá realizarse ante notario público, a través del Instrumento para la Maternidad Subrogada que elabore la Consejería Jurídica del Gobierno del Estado de México.

El consentimiento deberá ser indubitable y expreso. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma. Este deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos.

En la propuesta ley, definiría a la maternidad subrogada como “la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la

unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético”.

Las mujeres en estado civil diferente al señalado, o sea solteras podrían acceder a esta práctica médica, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados para la mujer solicitante.

Se tendrían que establecer las sanciones por incumplimiento resaltando, por ejemplo, que la mujer gestante que desee lucrar por la maternidad subrogada o por la divulgación pública con el objeto de dañar la imagen de las partes solicitantes, o que no cumpla con lo manifestado en el instrumento, se le fincarán las responsabilidades civiles y penales que resulten.

Entre las causas que podrían anular el acuerdo de maternidad subrogada estarían la existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas; no cumplir los requisitos y formalidades que establezca la ley; establecer compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana o que contravengan el orden social y el interés público. La nulidad no exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de la existencia del Instrumento para la Maternidad Subrogada.

Sobre la protección de la mujer gestante, se prevería otorgarle los derechos que establecen las leyes respecto de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento y durante el puerperio.

Respecto de las obligaciones de los médicos tratantes que realicen esta práctica, deberán informar ampliamente a las partes involucradas sobre las consecuencias médicas, biológicas y legales de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de una mujer gestante. También deberán los médicos tratantes solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

También se deberá contemplar un registro de médicos certificados ante el Instituto de Salud del Estado de México, para tener certidumbre de que las parejas o mujeres que se someten a al procedimiento de maternidad subrogada, serán atendidas por un experto, para que serán acreedores a las responsabilidades civiles y penales los médicos tratantes que realicen la práctica sin el consentimiento y plena aceptación de las partes. Las sanciones penales que se aplicarán son las correspondientes a la procreación asistida e inseminación artificial. Por lo que se deberá adicionar en el Código Penal del Estado de México, un apartado que especifique este tipo de conductas.

4.2 PROPUESTA DE INICIATIVA DE LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA DEL ESTADO DE MÉXICO.

4.2.1 Exposición de motivos.

La historia de la esterilidad va de la mano con la historia de la humanidad. En la antigua Mesopotamia al varón le era permitido adquirir una segunda mujer cuando la primera era estéril. En la Grecia clásica, al decir de Pausanias, la esterilidad era producto de la cólera de los dioses. En la Biblia, se escribe en el Génesis el más famoso de los casos de esterilidad humana, el de Abraham y Sara, una pareja que llegó a la ancianidad sin haber conseguido la procreación. Recordemos que las parejas heterosexuales habían recurrido en la antigüedad a las creencias, mitos y ritos para concebir un hijo propio, incluso exponiendo a la mujer a riesgos físicos y sanitarios; en los últimos 30 años, se han implementado técnicas de reproducción asistida en instituciones de salud públicas y privadas de nuestro país, sin contar con una regulación precisa y adecuada que permita que haya certeza en los alcances reproductivos y los límites que dicha actividad conlleva en la práctica médica.

En el siglo pasado y durante el presente, los avances de la biología de la reproducción humana han dado pasos agigantados para resolver los problemas de infertilidad y

esterilidad, haciendo posible que miles de personas hayan podido procrear y tener acceso a la paternidad y maternidad que, para algunas personas, constituye uno de los principales objetivos biológicos en su ciclo de vida. La infertilidad es un padecimiento asintomático, diagnosticado cuando no se ha logrado concebir un hijo, de manera natural por lo menos durante un año. La Organización Mundial de la Salud define a la infertilidad como una enfermedad con derecho a ser tratada, y sostiene que en más del 90% de los casos que se presentan existe solución a través de tratamientos médicos.

La esterilidad es la incapacidad de tener hijos por anomalía física, que puede ser un bloqueo en las Trompas de Falopio en la mujer o una disminución de la espermatogénesis en el hombre. El gameto se refiere a una célula germinal madura, femenina o masculina, es decir, óvulo o espermatozoide funcional, capaz de intervenir en la fertilización o la conjugación. A este proceso también nos podemos referir como meiosis y con esta la gametogénesis, que es el proceso de la fecundación; por lo tanto, se puede decir que la incapacidad de llevar a cabo la gametogénesis es la puntualidad del término esterilidad.¹³⁵

Según cifras que aporta el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en México¹³⁶ existen dos millones seiscientos mil casos que padecen infertilidad o esterilidad, de ahí la importancia para que sea regulado este problema de salud pública. La reproducción humana asistida, ha sido materia de regulación en otros países como Inglaterra, Francia, Italia, Costa Rica y España, entre otros; en estas legislaciones se pretende garantizar el derecho de las personas de procrear y regular prácticas que al igual que en nuestro país se llevan a cabo en esos casos con las prerrogativas y límites que establecen sus Estados.

En el ámbito internacional, los derechos sexuales reproductivos se encuentran consagrados en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la

¹³⁵ Derechos de las Mujeres, T.I, Normativa, Interpretaciones y Jurisprudencia Internacional. Ed. UNIFEM, OMACNUDH y SRE. México, junio, 2006.

¹³⁶ México Fértil, Infertilidad México Inegi, [en línea] México, Revista Electrónica de Fertilidad, 2014, <http://www.méxicofertil.com/infertilidad-causas-y-tratamientos>. Consulta: [21 de junio 2019]

Población y el Desarrollo (Conferencia de El Cairo), en el capítulo VII, referente a los Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, inciso A) Derechos Reproductivos y Salud Reproductiva, señala lo siguiente: "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos..."¹³⁷

La atención de la salud reproductiva incluye la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales. Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas, aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos, y a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. Se debe prestar plena atención a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a la satisfacción de las necesidades adicionales y de servicios.

En el marco jurídico vigente, nuestra Constitución Política establece en su Artículo 4º. el derecho a planificar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos. Reconociendo los derechos reproductivos, de las y los mexicanos. Es decir, corresponde al Estado la asistencia a las persona para garantizar su derecho a decidir libremente el número y espaciamiento de hijas e hijos, lo que lleva implícito el reconocimiento a los derechos reproductivos.

Aunado a lo expuesto y en relación con el Artículo 133 de la Carta Magna, el Estado Mexicano debe velar por el cumplimiento de los instrumentos internacionales que suscribe y ratifica en materia de derecho internacional. Esta Iniciativa de Ley busca

¹³⁷Idem

que se brinde certeza jurídica el derecho consagrado en nuestra Constitución para acceder a los Derechos Reproductivos, entendidos estos como parte de los Derechos Humanos. Como legisladores, en nuestra actividad tenemos la obligación de plasmar la realidad social en que vivimos, para muchas mujeres ejercer sus derechos reproductivos como otros derechos fundamentales es una necesidad. Las mujeres que por una condición biológica se encuentran imposibilitadas de llevar a término un embarazo saben que este hecho se puede convertir en un obstáculo que mengue otros aspectos de su vida.

En esta Iniciativa se plasman conceptos de lo que debemos entender por maternidad asistida y que se manifiesta en el ámbito de interés de la Bioética, considerada en la calidad de revolución de conocimientos y conceptos; este hecho se redimensiona particularmente respecto a la salud y a la intervención de la medicina para vincular propósitos con relación a los derechos humanos considerados de tercera generación.

La Bioética plantea consensos, que en los términos de la filosofía práctica se vincula con lo socialmente aceptado y reconocido; estos principios adoptados desde los años setenta, y que son observados para la creación de esta Norma, son los siguientes: autonomía, dignidad, universalidad e información. Dichos principios son respetados y vinculados a través de la Iniciativa, al plantear el respeto al gameto, mórula, embrión y feto humano y a las personas que se vinculan al Instrumento de Maternidad Subrogada. Otro principio vinculado y que actualmente se encuentra en discusión para ser establecido por consenso, es el relativo al utilitarismo, dicho así, porque establece que: es lícito emprender una acción que no supone un beneficio apreciable para una persona (e incluso le podría suponer un daño), si con ella: se produce un beneficio apreciable para otro u otros, y se cuenta con el consentimiento del afectado, y se trata de una medida no degradante.¹³⁸

¹³⁸Atienza, Manuel. Investigación con embriones y clonación: La Ética de la Razonabilidad. Revista Mexicana de Bioética, Año 1, núm. 2, primer semestre, año 2004. pág. 33.

Esta Iniciativa aborda la maternidad subrogada a través de los ejes fundamentales de la persona y la dignidad humana. La ciencia define a la maternidad como "la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre", y distingue básicamente a la maternidad gestacional como a aquella que se refiere a la persona que lleva a cabo la gestación. Por tal motivo, es propio referirnos al término maternidad subrogada, para establecer la relación de subrogar, que significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra, en este caso, nos referiremos a la práctica médica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre el producto de la concepción de otra.

El término maternidad subrogada fue empleado y adoptado desde el Informe Warnock (en el Reino Unido). Esta técnica posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula, ya que puede desarrollarse a través de la inseminación y la recepción por parte de la madre sustituta del embrión, técnica denominada Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones, cuyas siglas son FIVET y que se aplica en la variante homóloga, que supone que existe identidad entre las personas que desean concebir con la carga genética, es decir, son los que aportan los óvulos y espermatozoides para la fecundación. Este hecho supone que a través de la implantación de la o las mórulas humanas que se formen, existe una mujer que presta su matriz en forma gratuita (no onerosa, en términos civiles) para que se lleve a cabo la gestación y el nacimiento.¹³⁹

Esta técnica de reproducción asistida es valiosa en tanto facilita a las mujeres que se encuentran en la imposibilidad física para llevar a término un embarazo o un parto.

¹³⁹ Atienza, Manuel. Investigación con embriones y clonación: La Ética de la Razonabilidad. Revista Mexicana de Bioética, Año 1, núm. 2, primer semestre, año 2004. pág. 33.

4.2.2 Estructura del Proyecto de Ley de Maternidad Subrogada del Estado de México.

Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Estado de México.

Artículo.- Se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Estado de México, para quedar como sigue:

Ley de Maternidad Subrogada del Estado de México.

Título Primero Disposiciones Generales.

Artículo 1º. La presente ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto regular y establecer los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad subrogada en el Estado de México.

La Maternidad Subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos en matrimonio o vive en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor.

Artículo 2º. La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley, son relativas a la maternidad Subrogada como práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer.

La maternidad Subrogada se realizará sin fines de lucro para los padres subrogados y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el periodo gestacional.

Artículo 3º. Para efectos de esta Ley se define y se entiende por:

- I. Código Civil: Código Civil del Estado de México;
- II. Código Penal: Código Penal del Estado de México;
- III. DIFEM: Organismo Público Descentralizado denominado Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de México;
- IV. Filiación: Relación que existe entre el padre o la madre y su descendencia, y se encuentra sujeta a lo dispuesto por lo que establece el artículo 4.155 del Código Civil vigente, lo dispuesto en esta Ley y la legislación del orden común vigente;
- V. Implantación de embrión: implantación del embrión humano con fines de reproducción mediante la práctica médica denominada Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones, cuyas siglas son FIVET aplicada en su variante homóloga;
- VI. Interés superior del menor: la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, en los términos que establece el Derecho Internacional Público;
- VII. Ley de Salud: Ley de Salud del Estado de México
- VIII. Maternidad Subrogada: la práctica médica consistente en la implantación de un embrión humano en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su carga o material genético y que concluye con el nacimiento;
- IX. Mujer gestante: mujer con capacidad de goce y ejercicio que a título gratuito se compromete mediante un instrumento jurídico, denominado Instrumento para la maternidad Subrogada, a llevar a cabo la gestación del producto de

la fecundación de una pareja unida mediante matrimonio o concubinato que aportan su carga o material genético y cuya obligación subrogada concluye con el nacimiento. A quien le corresponderán los derechos derivados del estado de ingravidez hasta el nacimiento;

- X. Madre subrogada: mujer con capacidad de goce y ejercicio que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta su material genético para la fecundación, y que se compromete mediante el instrumento denominado Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica;
- XI. Notario: Notario Público del Estado de México;
- XII. Padre subrogado; el hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta su material genético para la fecundación y que se compromete mediante el instrumento para la maternidad subrogada desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica;
- XIII. Personal de Salud: A los profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;
- XIV. Médico tratante: médico especialista en infertilidad humana, que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la maternidad subrogada;
- XV. Instrumento para la Maternidad Subrogada: Instrumento suscrito ante un Notario, en el que se establece el acuerdo de voluntades a título gratuito mediante el cual una mujer con capacidad de goce y ejercicio se compromete a gestar el producto fecundado e implantado en su útero y gestarlo hasta las cuarenta semanas de embarazo o antes, por existir prescripción médica; lo anterior en beneficio de dos personas unidas mediante matrimonio o que viven en concubinato y que aportan su carga o

material genético a través de un óvulo y un espermatozoide fecundados e implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante y que concluyen con el nacimiento;

- XVI. Ley: Ley de Maternidad Subrogada del Estado de México;
- XVII. Registro Civil: a la Dirección General del Registro Civil del Estado de México, que ejerce sus atribuciones a través de los Oficiales del Registro Civil;
- XVIII. Secretaría de Salud: a la Secretaria de Salud del Estado de México; y
- XIX. Tutela: a la Tutela que establece el Título Octavo del Código Civil vigente y que tiene por objeto la protección de los menores que nacen por maternidad subrogada y en los casos de fallecimiento de ambos padres subrogados.

Artículo 4º. La presente Ley se aplicará en las instituciones de salud pública o privada que cuenten con la certificación de la autoridad competente para realizar la implantación de embriones humanos.

Artículo 5º. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará de manera supletoria lo dispuesto por el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, cuando fueren aplicables, y no afecte derechos de terceros y sin contravención de otras disposiciones legales vigentes.

Título Segundo De la Maternidad Subrogada.

Capítulo Único. De las Obligaciones de los Médicos Tratantes para la práctica médica de la Maternidad Subrogada.

Artículo 6º. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente de las consecuencias médicas y legales de la implantación de embriones humanos en el cuerpo de una mujer gestante.

Artículo 7º. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación del embrión en la mujer gestante.

Queda estrictamente prohibida la práctica de crioconservación de gametos humanos que no sea con el fin reproductivo, así como la conservación de gametos humanos que tenga por objeto la disposición de gametos con fines de lucro o prácticas homólogas que atenten contra la dignidad humana.

Artículo 8º. El médico tratante, deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades, y requisitos legales y físicos.

Artículo 9º. Ningún médico tratante realizará una implantación de embrión humano, sin que exista un instrumento para la Maternidad Subrogada firmado por las partes que intervendrán en la práctica médica, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las identidades y estas coincidan plenamente con las que establezca el instrumento notarial.

Los profesionales médicos que realicen la práctica de la Maternidad Subrogada se sujetarán a las disposiciones que establezcan esta Ley y el Código Penal vigente.

Artículo 10º. El médico tratante que realice la implantación de embriones humanos deberá certificar, que:

- I. La madre subrogada posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;
- II. El padre subrogado se encuentra plenamente convencido para aportar su material genético para implantación, y
- III. La mujer gestante se encuentra en buen estado de salud.

Artículo 11º. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser mujer gestante.

A la mujer gestante se le realizará una visita domiciliaria por el personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y en su caso, del DIFEM para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo.

Bajo protesta de decir verdad. La mujer gestante manifestará que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación del embrión, que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

Artículo 12º. La mujer gestante, debido al embarazo en que se sitúa, le corresponderán los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres que se encuentran en estado de ingravidez hasta el nacimiento.

Artículo 13º. En la atención médica que se le proporcione por las instituciones públicas o privadas, el médico tratante y el personal de salud, no discriminarán su condición de mujer gestante, ni hará distinciones en su atención por este motivo.

Título Tercero Del Instrumento de la Maternidad Subrogada.

Capítulo Primero. De las Formalidades del Instrumento de la Maternidad Subrogada.

Artículo 14º. El instrumento para la Maternidad Subrogada deberá ser suscrito por la madre y el padre subrogados así como por la mujer gestante, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- I. Ser ciudadanos residentes del Estado de México, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia domiciliaria, expedida por la autoridad competente;
- II. Tener capacidad jurídica plena en el ejercicio de sus derechos y obligaciones;
- III. Que la madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero;
- IV. La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación del embrión, y manifieste su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto al menor y los padres subrogados con el nacimiento, y
- V. Que la mujer gestante cumpla con los requisitos que establecen los artículos 10 fracción III y 11 de la presente Ley.

Para los efectos de las fracciones III y V del presente artículo, el médico tratante deberá extender los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes.

Artículo 15º. El instrumento para la Maternidad Subrogada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

- I. Deberá suscribirse por todas las partes que intervienen, estampando su nombre y firma en el mismo;
- II. Contener la manifestación de las partes de que el Instrumento se suscribe sin ningún objeto de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del menor.

Previa firma del instrumento, el Notario Público deberá consultar el Registro a que se refiere el artículo 27 de esta ley, constatando que la mujer gestante no ha participado en más de un procedimiento de Maternidad Subrogada.

Artículo 16º. El Instrumento de Maternidad Subrogada, en concordancia con los artículos precedentes, no podrá contener cláusulas que contravengan las siguientes obligaciones internacionales suscritas por el Estado Mexicano de protección a los infantes y a las mujeres:

- I. Limitaciones al acceso de la atención sanitaria y posnatal por parte de las instituciones de salud públicas a la mujer gestante;
- II. Limitación al derecho del menor para que conozca su identidad personal, que trae aparejada la obligación de que acceda a un nombre y apellidos propios, y asegurar este derecho incluso con nombres supuestos; y
- III. El derecho del menor a la protección del Estado incluso a través de la Tutela que establece el Código Civil.

Artículo 17º. El Instrumento de Maternidad Subrogada podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión y posteriormente el feto, así como el bienestar integral de la mujer gestante.

Se entiende por bienestar integral, aquel que busca la satisfacción de las necesidades alimentarias y de desarrollo personal en los términos que establece el Código Civil.

Artículo 18º. El instrumento para la Maternidad Subrogada podrá establecer fideicomisos que garanticen el bienestar económico del menor en caso del fallecimiento de alguno de los padres subrogados.

Artículo 19º. El Instrumento para la Maternidad Subrogada, una vez que sea suscrito, deber ser notificado en sus efectos a la Secretaria de Salud y al Registro Civil, para que el estado civil del menor nacido mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre subrogados.

Artículo 20º. El Notario deberá formar el Instrumento con los documentos públicos y privados que se precisen para garantizar seguridad y certeza jurídica a las partes suscribientes.

Artículo 21º. La voluntad que manifiesten las partes para la realización del Instrumento de la Maternidad Subrogada debe ser indubitable y expresa.

Los derechos y obligaciones que de ella emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

Artículo 22º. En una excepción al artículo 21 de la presente Ley, que alguna de las partes posea una discapacidad que le impida plenamente manifestar su voluntad, aun con las herramientas humanas o tecnológicas, debiéndose asentar dicha imposibilidad en el Instrumento de Maternidad Subrogada.

Artículo 23º. El Instrumento de Maternidad Subrogada formalizará el acuerdo de voluntades para la maternidad Subrogada y constituye una parte indispensable para que exista.

Capítulo Segundo Del Certificado de Nacimiento del Menor mediante la Maternidad Subrogada.

Artículo 25º. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de reproducción asistida o práctica médica denominada Maternidad Subrogada.

Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Estado de México y relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referencias a la madre subrogada o biológica del nacido.

Artículo 26º. Los efectos de la Maternidad Subrogada son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado médico o constancia de parto, e incluso a las denuncias hechas ante la Fiscalía Pública que den cuenta de una Maternidad Subrogada.

Para los efectos legales, será imprescindible la presentación de un testimonio público del Notario que dio fe del Instrumento para la Maternidad Subrogada

Capítulo Tercero Del Registro y Control de Nacimiento de los Menores Nacidos mediante la Maternidad Subrogada.

Artículo 27º. La Secretaría de Salud en coordinación con el Registro Civil, llevará un registro de los Instrumentos de Maternidad Subrogada y nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica.

El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en la Maternidad Subrogada, así como su estado civil; además de la fecha de suscripción del Instrumento para la Maternidad Subrogada, nombre y número del Notario Público, folio y libro en que se encuentra inscrito el Instrumento, nombre del médico tratante y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento.

Título Cuarto De la Nulidad y Las Sanciones de la Maternidad Subrogada.

Capítulo Primero De la Nulidad de la Maternidad Subrogada.

Artículo 28º. Es nulo el Instrumento para la Maternidad Subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley;
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y
- IV. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

Artículo 29º. La nulidad del documento no le exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

Artículo 30º. La mujer gestante puede demandar civilmente de la madre y del padre subrogados, el pago de los gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Artículo 31º. El Instrumento para la Maternidad Subrogada carecerá de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos civilmente

para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados las denuncias penales, en su caso.

Capítulo Segundo De las Sanciones en Relación con la Maternidad Subrogada.

Artículo 32º. Se harán acreedores a las responsabilidades civiles y penales aquellos médicos tratantes que realicen la implantación de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen.

Debiéndose aplicar las sanciones establecidas en los artículos 251 bis y 251 Ter del Capítulo VI del Código Penal del Estado de México vigente, que establece los delitos cometidos por la manipulación genética que, para garantizar la integridad física y mental de las partes contratantes, y garantizar la protección del interés superior del menor.

Artículo 33º. La mujer gestante que desee obtener un lucro derivado de la maternidad subrogada en su cuerpo, o pretenda obtenerlo en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún daño a la imagen pública de los padres subrogados, le serán aplicables que se hayan previsto en el clausulado del Instrumento de la Maternidad Subrogada o, en su caso, las disposiciones que establezca el Código Penal del Estado de México.

Artículos Transitorios.

Primero.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta de Gobierno del Estado de México.

Segundo.- A partir de la entrada en vigor del presente Decreto, se derogaran las disposiciones que contravengan al mismo.

Tercero.- El Gobernador del Estado de México a través de la Consejería Jurídica deberá realizar, a más tardar en noventa días naturales, las adecuaciones correspondientes para incorporar a la Maternidad Subrogada a la legislación común vigente y llevar a cabo el registro correspondiente, que establece esta Ley.

Cuarto.- El Gobernador del Estado de México a través de la Consejería Jurídica deberá suscribir el convenio de colaboración correspondiente con el Colegio de Notarios a efecto de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley y asegurar el menor costo posible de los honorarios correspondientes al Instrumento de la Maternidad Subrogada.

4.2.3 Propuesta de Adición de los Delitos contra la Libertad Reproductiva en el Código Penal del Estado de México.

Si bien es cierto que el Código Penal del Estado de México, contempla en su Capítulo VI relativo a los delitos cometidos por la manipulación genética, propongo las siguientes adiciones que contemplen la procreación asistida y amplían la protección de los derechos reproductivos de las personas.

Capítulo. VI Delitos Contra la Libertad Reproductiva, la Procreación Asistida, Inseminación artificial y Esterilización Forzada.

Artículo 252º. A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.

Artículo 253º. A quien sin consentimiento realice inseminación artificial en una mujer mayor de dieciocho años. Se le impondrán de cuatro a siete años de prisión

Artículo 254º. Se impondrán de cuatro a siete años de prisión a quien implante a mujer mayor de dieciocho años un óvulo fecundado. Cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o espermatozoides de donante no autorizado. Sin el consentimiento expreso de la paciente o del donante.

Si como consecuencia de este delito se produce un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años de prisión y se estará a lo dispuesto por el artículo 257.

Artículo 255º. A quien sin consentimiento de persona mayor de dieciocho años realice en ella un procedimiento de esterilización se le impondrán de cuatro a siete años de prisión.

Artículo 256º. Reglas Generales para los anteriores delitos del Capítulo IV.

Tratándose de incapaz para poder comprender el significado del hecho para resistirlo, o de un menor de edad, aun con su consentimiento o de quien detente la guarda y custodia, atención o cuidado tutela o patria potestad de la víctima, la pena se aumentará hasta en dos terceras partes del delito básico.

Cuando el delito se realice valiéndose de medios o circunstancia que le proporcione su empleo, cargo o comisión públicos, profesión, ministerio religioso o cualquier otra que implique subordinación por parte de la víctima la pena se aumentará en una mitad de la señalada en el delito básico.

En el supuesto de que el delito se realice con violencia Física o moral o psicoemocional aprovechándose de su ignorancia, extrema pobreza o cualquier otra circunstancia que hiciera más vulnerable a la víctima se impondrán de cinco a catorce años de prisión.

Artículo 257º. Además de las previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o en caso de servidores públicos, inhabilitación para el

desempeño de cualquier empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta así como la destitución.

Artículo 258º. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.

Artículo 259º. Se impondrán de dos a seis años de prisión e inhabilitación, por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio. A los que:

- I. Con finalidad distinta a la de eliminación o disminución de enfermedades graves manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana y
- III. Procreen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Artículo 260º. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículo anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para estos y la madre, en los términos que fija la legislación civil vigente.

Artículo 261º. A quien abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla se le impondrán de tres meses a tres años de prisión si no resultare lesión o daño alguno. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad o de la tutela.

CONCLUSIONES

1.- Se concluye que la maternidad subrogada es una práctica social que se realiza en nuestro núcleo social con mayor frecuencia, atendiendo la necesidad legítima de muchos matrimonios y parejas que desean acceder a la maternidad y paternidad, pero lamentablemente por prescripción médica presentan problemas de infertilidad o esterilidad.

2.- Se reconoce que el derecho de procreación humana, es el derecho de toda persona de poder utilizar los métodos adecuados para obtener descendencia, para obtener progenie; estos métodos a su vez pueden ser naturales, mediante la cópula humana sexual; legales y/o administrativos, mediante la adopción y médicos; cuando existe infertilidad, instituyéndose descendencia a través de las Técnicas de Reproducción Asistida.

3.- Que, por concepto de maternidad subrogada, se debe entender como aquél acuerdo de voluntades que existe entre una mujer infértil y otra mujer apta para procrear, para permitir a través de las técnicas de reproducción asistida de los gametos de los padres biológicos en su vientre, y al término del embarazo deberá entregar el bebé a sus padres.

4.- Se identifican como características de la maternidad subrogada los siguientes elementos: Madre Infértil, Madre Sustituta o Gestante, Contrato o Acuerdo de Maternidad Subrogada y la Técnica de Reproducción asistida.

5.- Se aprecia que el contrato de maternidad subrogada ha sido definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en

contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero.

6.- Se comprende que la maternidad subrogada al ser un instrumento novedoso que la medicina genética y la tecnología bioética han creado, para que los padres infértiles o incapaces de poder ser padres por medios naturales y tener la posibilidad de tener un hijo. Es lógico que su implementación en el núcleo social tenga implicaciones a favor o en contra, como son los aspectos sociológicos, bioéticos, religiosos, psicológicos, jurídicos, médicos y económicos, los cuales a mi juicio no pueden estar por encima del derecho humano y constitucional de toda familia mexicana de poder constituir una familia y acceder al derecho de la concepción de un hijo.

7.- Se entiende que la sociedad es un sistema complejo que está integrado por un conjunto de seres humanos que interactúan en un mismo espacio, con estructuras y funciones específicas, que representan los procesos de cambio, con entradas y salidas, por ello la familia se ha entendido como la célula del núcleo social, donde se crea, se forma, se nutre, se reproduce y en su caso muere, por lo que un problema de infertilidad o esterilidad en la familia, no permite el cumplimiento de los objetivos del matrimonio o de la familia al no poder reproducirse, y por ende no se puede perpetuar la especie, lo que incide directamente en la evolución de la sociedad, entendiéndose a la sociedad como nuestro sistema de origen.

8.- La maternidad subrogada como nueva figura jurídica, tiene por finalidad suprema el permitir que una familia se complemente por los padres biológicos y su hijo, además, puede generar cambios en el grupo familiar ya establecido, abuelos, tíos o hermanos. Se sustenta en una decisión de carácter íntimo, como lo es cualquier opción reproductiva, tomada por los solicitantes y la gestante, pero sus efectos se diseminarán y producirán cambios en las relaciones familiares.

9.- Se concluye que en la actualidad se están llevando a cabo procedimientos de maternidad subrogada en el Estado de México. Sin contar con el marco legal suficiente para regular este tipo de prácticas en la sociedad mexiquense y prever el impacto que

tales procedimientos que se generan en las personas involucradas y también en la sociedad.

10.- Se reconoce a la filiación es el vínculo de derecho que hay entre el padre, madre e hijos, originándose las dos figuras jurídicas que son conocidas con el nombre de: paternidad y maternidad. Apuntando la idea de que la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

11.- Se consideran las siguientes propuestas para determinar la relación materno-filial en el caso específico de la maternidad subrogada, en este caso son:

A) Que ante la imposibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de poder otorgarle la filiación a la madre genética, ello puesto que rige el *Principio Mater Semper Certa Est*, sea el operador jurisdiccional quien tome en cuenta los diferentes elementos de la filiación para poder establecer la relación materno filial en casos de maternidad subrogada.

B) Que en el caso de que la madre biológica se desentienda totalmente del menor, proceda el proceso de adopción por parte de la madre genética, ello en virtud del *Principio del Interés Superior del Niño*.

C) Que el juez según el *Principio Iura Novit Curia* no deje de aplicar el derecho por vacío o deficiencia de la ley; y que acorde al Principio de Inmediación establezca un vínculo personal y directo entre las partes, que haya una intervención inmediata, que le permita tener al juez contacto con los elementos subjetivos y objetivos que integran el proceso. Y en merito a dicha evaluación el juez pueda resolver de mejor manera.

D) Que se contemple la posibilidad que el menor llegado a los 18 años de edad, tenga legitimidad para poder impugnar la maternidad biológica, puesto que él es la persona

más indicada para poder establecer su filiación en base a criterios genéticos, volitivos y afectivos. Además por ser él, el mayor interesado en su filiación.

12.- Se reconoce el derecho a la reproducción humana en nuestro país, expresamente en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señalando que “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...”.

13.- Se reconoce que la figura de maternidad subrogada sin fines de lucro está contemplada en el artículo 462 de la Ley General de Salud, permitiendo que una mujer, por altruismo, se someta a una técnica de reproducción asistida para gestar hijos para un tercero, con quien puede o no tener vínculo genético. El único pago permitido es que la pareja beneficiaria se haga cargo de la atención médica para la madre sustituta, pero esta no podría recibir ningún pago por maternidad.

14.- Se reconoce que en el Estado de México, el Código Civil, se permite el derecho a la procreación y a la reproducción asistida contemplándolos de la forma siguiente: Artículo 4.111.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. 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.

15.- Se concluye que en el Estado de México, se cuentan con todos los elementos para legislar en materia de maternidad subrogada, como un medio eficaz para que los matrimonios o familias mexiquenses puedan acceder a la maternidad o paternidad, al poder procrear un bebé, a través de una tercera persona llamada Madre Gestante o Sustituta, cuando les ha sido imposible por causas de esterilidad, infertilidad, o impedimentos físicos, prescripción médica.

PROPUESTA

En el Capítulo IV de este trabajo de investigación documental he justificado la necesidad de crear la Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de México, que vendría completar una serie de derechos que ya cuenta la legislación del Estado de México entorno a la protección de los derechos de la familia, logrando dar un paso firme en el reconocimiento de la maternidad subrogada como nueva figura jurídica y daría certeza jurídica a los matrimonios y concubinatos que aportan su material genético a los niños nacidos y a las mujeres que prestan su cuerpo para hacer posible lo que para algunas personas es algo imposible.

Recordando que la iniciativa de ley que expongo, establecería claramente que la mujer encargada de llevar a término el embarazo, deberá inexcusablemente tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre. Sin embargo, en caso de no existir ninguna candidata que cumpla con dicha característica para participar, podrá participar cualquier mujer con capacidad legal y física plena para llevar a cabo la gestación subrogada. En ambos casos se deberá presentar un certificado de salud del médico tratante.

La propuesta de Ley de Maternidad Subrogada en el Estado de México, establecería la obligación de la mujer gestante de entregar a las personas solicitantes a los menores después de su nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, debiendo establecer un plazo para su cumplimiento.

El certificado de nacimiento del menor será el documento que expida el médico tratante en los términos de la Ley de Salud del Estado de México; en caso de la separación o fallecimiento de una o ambas personas solicitantes, durante la gestación, un Juez de lo Familiar resolverá la situación del menor conforme a las reglas sobre patria potestad, guardia y custodia y tutela establecidas en el Código Civil vigente en la entidad.

Las partes contratantes podrían establecer cláusulas sobre una indemnización suficiente para sus dependientes económicos, en caso del fallecimiento o incapacidad permanente de la mujer gestante derivados de esta práctica médica.

La propuesta de ley deberá prever que este tipo de gestación protege en todo momento la dignidad de las personas que sean parte de esta práctica médica y el interés del menor nacido, como consecuencia de la gestación subrogada.

Las personas solicitantes, quienes aportan su material genético para la fecundación, se comprometerán a cumplir con las reglas que dispone la legislación vigente, respecto de la maternidad o paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad o paternidad.

Los derechos de filiación, es decir, la relación que existe entre los padres y los hijos, formando el nuevo núcleo social primario de la familia, serían de las personas solicitantes. Además, de que se harían cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la transferencia de embriones hasta la recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia de si se logra o no el nacimiento.

Se propone que el consentimiento de las partes deberá realizarse ante notario público, a través del Instrumento para la Maternidad Subrogada que elabore la Consejería Jurídica del Gobierno del Estado de México.

El consentimiento deberá ser indubitable y expreso. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma. Este deberá manifestarse antes de cualquier transferencia de embriones humanos.

En la propuesta ley se definiría a la maternidad subrogada como “la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la

unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético”.

Las mujeres en estado civil diferente al señalado, o sea solteras podrían acceder a esta práctica médica, siempre y cuando cumplan con los requisitos señalados para la mujer solicitante.

Se tendrían que establecer las sanciones por incumplimiento resaltando, por ejemplo, que la mujer gestante que desee lucrar por la maternidad subrogada o por la divulgación pública con el objeto de dañar la imagen de las partes solicitantes, o que no cumpla con lo manifestado en el instrumento, se le fincarán las responsabilidades civiles y penales que resulten.

Entre las causas que podrían anular el acuerdo de maternidad subrogada estarían la existencia de algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas; no cumplir los requisitos y formalidades que establezca la ley; establecer compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana o que contravengan el orden social y el interés público. La nulidad no exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de la existencia del Instrumento para la Maternidad Subrogada.

Sobre la protección de la mujer gestante, se prevería otorgarle los derechos que establecen las leyes respecto de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez hasta el nacimiento y durante el puerperio.

Respecto de las obligaciones de los médicos tratantes que realicen esta práctica, deberán informar ampliamente a las partes involucradas sobre las consecuencias médicas, biológicas y legales de la transferencia de embriones humanos en el cuerpo de una mujer gestante. También deberán los médicos tratantes solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

También se deberá contemplar un registro de médicos certificados ante el Instituto de Salud del Estado de México, para tener certidumbre de que las parejas o mujeres que se someten a al procedimiento de maternidad subrogada, serán atendidas por un experto, para que serán acreedores a las responsabilidades civiles y penales los médicos tratantes que realicen la práctica sin el consentimiento y plena aceptación de las partes. Las sanciones penales que se aplicarán son las correspondientes a la procreación asistida e inseminación artificial. Por lo que se deberá adicionar en el Código Penal del Estado de México, un apartado que especifique este tipo de conductas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Atienza, M. (2004) Investigación con embriones y clonación: La Ética de la Razonabilidad. *Revista Mexicana de Bioética*. 1(2), pp.

Arámbula Reyes, A. (2008) *La Maternidad Subrogada. Servicio de Investigación y Análisis. Política Exterior*. México D.F.: Cámara de Diputados. LX Legislatura.

Brena Sesma, I. (2004) *El derecho y la salud. Temas a Reflexionar*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Cornejo Chavéz, H. (1988) *Derecho Familiar Peruano. Tomo II. Sociedad Paterno – filial. Amparo Familiar del Incapaz*. 5ªed. Lima Perú: Librería Studium Ediciones.

UNIFEM, OMACNUDH y SER (2006) *Derechos de las Mujeres. T.I Normativa, Interpretaciones y Jurisprudencia Internacional*. México D.F.: Ed. UNIFEM, OMACNUDH y SER.

Diccionario Jurídico Espasa, Madrid (1999) España, Editorial Espasa Calpe, p. 924.

Espinoza Espinoza, J. (2004) *Derecho de las personas*. 4º ed. Lima Perú: GACETA JURÍDICA.

Flores Salgado, L. (2014) *Introducción al Estudio del Derecho*, 1ª. Edición, Grupo Editorial Patria, México.

Gafo, J. (1978) *Hacia un mundo feliz, Problemas éticos de las nuevas técnicas de reproducción asistida*. Madrid España: Sociedad de Educación Atenas.

Galle, C. L. (1992) "Surrogate Mother Contracts: A View of Recent Legislative Approaches", *Journal of Health Law, American Health Law Associations*. 6(24) pp.

GORASSINI. El concepto de filiación en la Fecundación Artificial. Ara Editores. página 196.

Luhmann, N. (1998) *Sistemas Sociales, Lineamientos para una teoría general*. España: Editorial Anthropos.

Moran de Vicenzi, C. (2004) *El concepto de Filiación en la fecundación artificial*. Piura-Perú: Ara Editores.

Placido V, A. (2002) *Manual de Derecho de Familia*. 2ª ed. Lima-Perú: Gaceta Jurídica.

Rivero Hernández, F. (1971) *La presunción de paternidad legítima*. Madrid – España: Tecnos.

ROTENBERG, E.; AGREST WAINER, B. (2007) *Homoparentalidades: Nuevas Familias*. Buenos Aires: Editorial Lugar, p 127

Rubio Correa, M. (1997) Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos. En: *Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones*. Lima-Peró: Comisión Andina de Juristas.

Taboada Córdova, L. (2006) *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*. Lima Perú: Editorial Griley.

Trabuchi, “procreazione artificiale e genética umana nella prospettiva del iurista”. Comunicación al Congreso de Verona. Italia. Octubre, 1986. En *Procreazione artificiale e interventinella genteica humana*. Padova 1987.

VarsiRospigliosi, E. (2001) *Derecho Genético*, 4ª ed. Lima Perú, Editorial Griley.

VarsiRospigliosi, E. (2004) *Divorcio, Filiación y Patria Potestad*. Lima-Perú: Editorial Griley.

REFERENCIAS CIBERNÉTICAS

ÁLVARO, D. (2010) Los concepto e comunidad y sociedad de Ferdinand Tonnies, [en línea] Papeles del CIEC, núm. 1, marzo 2010, Universidad del país Vasco/ EuskalHerriko, Unibersitatea Vizcaya, España. Disponible desde: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=76512779009>. [Fecha de acceso 21 de junio 2019]

ARNOLD, M. (1998) Introducción a los Conceptos Básicos de la Teoría general de los Sistemas, [en línea] Universidad de Chile, Santiago de Chile, Cinta de Moebio, número 3, Disponible desde: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10100306>. [Recuperado 21 de junio 2019].

Arons, J. (2007) *Future Choices: Assisted Reproductive Technologies and the Law.*, Center for American progress, Washignton DC pp140 obtenido de http://amerivanprogres.org/issuses/2007/12/pdf/arons_art.pdf. Consulta: [21 de junio de 2019].

ARAUJO RODRIGUEZ, Ana Lizbeth. La Maternidad Subrogada por sustitución, [en línea] Perú, Universidad Nacional de Trujillo, 2008 <

<http://aboutderecho.blogspot.mx/2009/04/problemas-en-la.html>> Consulta: [21 de junio de 2019].

BETANCOURT, Valeria. Derechos humanos en Línea: Una Agenda aún pendiente para la Sociedad Civil de América Latina. [en Línea] Argentina, *Revista Digital Cuestión de Derechos*, Editorial ADC, número 4, 2013 <http://www.cuestióndederechos.org.ar/arg/pdf/numero4/articulo7/pdf>. Consulta: [21 de junio del 2019].

BRENA SESMA, Ingrid. La Gestación Subrogada ¿Una Nueva Figura del Derecho de Familia? [en línea] México, UNAM, 2012 <<http://www.jurídicas.unam.mx>> Consulta [21 de junio de 2019].

CALDERÓN BELTRAN, Javier. La Naturaleza Jurídica de la Maternidad Subrogada [en línea] Lima Perú, *Revistas y Portales Jurídicos*, 2008 <<http://www.cajpe.org.pe/rij/prof2/mater/mat18.htm> > Consulta: [21 de junio del 2019].

FICHTER, Joseph H, *Sociología*, [en línea]. España, Editorial Herder,1993, <https://www.dasumo.com/libros/sociología-joseph-h-fichter.pdf.html>. Consulta. [21 de junio del 2019]

FUNDACIÓN INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO ECONOMICO GLOBAL..Cómo podríamos describir el concepto de familia?, [en línea] <<http://www.conesin.blioo.com/como-podriamos-describir-el-concepto-familia#.wafgy3hdiu>> [Consulta: 21 de junio del 2019]

GALLARDO ROSALES, M. R. (2007) *Contratación de Madre subrogada*. [En línea] Guatemala, Universidad de San Carlos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Recuperado de: https://www.biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6822.pdf. Consulta: [21 de junio del 2019].

COMISION NACIONAL DE BIOETICA, ¿ Qué es la Bioética?. [en Línea] México D.F: Consejo del Conocimiento Bioético 2015. < <http://bioetica-mexico.salud.gob.mx/interior/queeslabioetica.html>> Consulta: [21 de junio del 2019].

GAFO, Javier. Hacia un mundo feliz, Problemas éticos de la nuevas técnicas de reproducción asistida, [en línea] Madrid, Sociedad de Educación Atenas, 1978. <https://www.iberlibro.com/9786470202230/hacia-mundo-feliz-Gafo-Javier-8473202235/php>. Consulta: [21 de junio del 2019].

Hermes Navarro citado por Montes Guevara, G. E. (2004). Bioética y Técnicas de Reproducción Asistida. Revistas de Ciencias Administrativas y Financieras de la Seguridad Social, 12(1). Obtenido 5 de mayo, 2012, de http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S140912592004000100008&script=sci_artte. Consulta: [21 de junio del 2019].

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO. Familia, Definición, [en línea] <http://www.es.slideshare.net/Daniel_Zamora_Fernandez/definición_de_familia> Consulta: [21 de junio del 2019].

LÉVI-STRAUSS, C.; SPIRO, M. E. La Familia: Concepto, tipos y Evolución, [en línea] México, 2009.

<https://www.cvonline.uaeh.edu/cursos/BV/S0103/Unidad%204/lec_42_LaFam_ConcTip&Evo.pdf> Consulta: [21 de junio del 2019].

MONROY, Juan Pablo. Técnicas de Reproducción Asistida y su Incidencia en Colombia, [en línea] Colombia: Universidad Militar, Bogotá D.C. 2013 <<https://es.scrib.com/doc/310214524/técnicas-de-reproducción-asistida-y-su-Encendencia-en-Colombia>> Consulta: [21 de junio del 2019].

INEGI (2014) México Fértil, Infertilidad México Inegi, recuperado de:[http://www.méxicofertil.com/infertilidad-causas y tratamientos](http://www.méxicofertil.com/infertilidad-causas-y-tratamientos). Consulta: [21 de junio del 2019].

OMS: Organización Mundial de la Salud, (2002) Recuperado de: http://www.who.int/reproductivo/health/topics/gender_rights/sexual_health. Consulta: [21 de junio del 2019].

PAVÓN CUELLAR, David. SABUCEDO CAMESSELLE, José Manuel, El concepto de Sociedad breve historia de su elaboración teórica, [en línea] España, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, 2009. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28211600004>. Consulta. [21 de junio del 2019].

PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA, La familia y los derechos humanos, [en línea] Vaticano, 1999. https://www.vatican.va/roamn.ruria/pontifical_councils/family/documents/rc_pc_famil-y-human-rights-sp.html Consulta: [21 de junio del 2019].

QUINTERO, Angela María. Definición de Familia, ¿Quién es parte de mi familia?, [en línea] <http://www.actividdaesfamilia.about.com/od/Bienestar/a/definición-de-familia.htm> Consulta: [21 de junio del 2019].

RODRÍGUEZ YANG, Camilo. MARTINEZ MUÑOZ, Karol. El Contrato de Maternidad Subrogada: la experiencia estadounidense [en línea] Colombia, Universidad del Rosario, Colombia, 2012 https://www.scielo.cl/cielo.php?script=sci_attext&pid=s071809502012000200003 Consulta: [21 de junio del 2019].

RUIZ MARTÍNEZ, Rocío. Maternidad Subrogada, [en línea] España, Universidad de Cantabria, Departamento de Enfermería, Revista Bibliográfica, 2013, <https://www.bucserver01.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR/pdf>. Consulta: [21 de junio del 2019].

UNESCO, Declaración de los Derechos Universales de Bioética y Derechos Humanos [en línea] España: Universidad de Navarra, 2005. <http://www.unav.es/cdb/unebioetica.pdf> Consulta: [21 de junio del 2019].

REFERENCIAS NORMATIVAS

CPEUM: Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, publicado el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 28 de febrero de 2015.

Ley General de Salud

Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, arts. 40-56.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia d Prestación de Servicios de Atención Médica. artículo 64

Norma Oficial Mexicana Nom 005-SSA2-1993

Código Civil del Distrito Federal, México, editorial Sista 2013

Código Penal para el Distrito Federal, México editorial Sista, México 2013

Código Civil para el Estado de Tabasco, México, Sista, 2003, pp. III-XXXI.

Código Civil del Estado de México, México editorial Sista, 2015

Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia 43/2015, 12 de junio de 2015,
Poder Judicial de la Federación

Legislación Civil y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación; Código Civil
para el Distrito Federal; ob. cit.; Artículo 345.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) 1989.