Maternidad gestante

Irene López Faugier

I. INTRODUCCIÓN

En la última década del siglo XX y el transcurrir de este siglo XXI, ha sido posible observar fenómenos naturales contradictorios, pues mientras por un lado aumenta de forma alarmante la población mundial, de manera paralela también se han incrementado los índices de esterilidad e infertilidad.

Se estima que la población mundial es de aproximadamente 6,000 millones de personas, y diariamente nacen en el mundo 250,000 seres humanos, incrementándose anualmente en promedio la población mundial en 95 millones de personas. La ONU calcula que el acrecentamiento demográfico en el año 2025 será de 8,500 millones y en el 2050 podría llegar hasta 11,200 millones.¹

Contrario a este hecho, reitero que se han incrementado en el mundo los índices de esterilidad e infertilidad, y si bien las causas de estos problemas son diversas, una de las principales es la postergación de las mujeres a la maternidad por causas profesionales.²

La edad de la mujer tiene relación muy estrecha con la fertilidad, hay una mayor probabilidad de embarazos normales de los 22 a los 35 años. De hecho, la madurez física y psíquica de la mujer, hace que la edad perfecta para tener hijos sea entre los 25 y los 30 años.

A partir de los treinta y cinco años, la fertilidad femenina disminuye sensiblemente, porque los órganos reproductores reducen su capacidad de máximo funcionamiento con el tiempo. Tan es así, que aproximadamente

¹ Los datos sobre la población mundial son emitidos tanto por la División Demográfica de las Naciones Unidas, como por el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, ambos dependientes de la Organización de las Naciones Unidas, con base en estudios y estimaciones bianuales, que publica de forma sistemática su Oficina de Estadísticas en su *Demographic Yearbook (Libro anual de Demografía)*.

² La diferencia entre la esterilidad y la infertilidad, radica en que la primera es la incapacidad total de concebir, por lo cual la única opción será la adopción, mientras la segunda es la incapacidad de lograr una gestación, cuestión dependiente de la edad de la pareja, la frecuencia del coito y la contracepción (o planificación familiar) empleada, de modo que si la persona no puede tener hijos por el medio natural, con la fertilización sí es posible lograrlo.

siete millones de mujeres mayores de 35 años y sus parejas padecen de infertilidad en el mundo, y a partir de los 45 años, la posibilidad de un embarazo suele ser excepcional.

La Organización Mundial de la Salud calcula que aproximadamente 80 millones de personas en el mundo son o han sido estériles en algún momento. E igualmente en México, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, calcula que este problema afecta a un millón y medio de parejas, con la clara tendencia a incrementarse, porque las mujeres mexicanas cada día están retrasando su maternidad.

Al respecto, los datos estadísticos de nuestro país reportan como el segundo segmento de mujeres con mayor registro de nacimientos hoy en día, el de 30 a 39 años de edad, y calculan que en menos de 10 años éste será el primer segmento de la población femenina en el cual se registren la mayoría de los nacimientos.

Hace apenas 20 años se diagnosticaba un caso de infertilidad por cada 10 o 15 parejas, mientras que actualmente 1 de cada 6 parejas presentan problemas de concepción, y la preocupación de estas cifras es el pronóstico de la comunidad científica para el año 2018, al estimar que probablemente la mayoría de las personas de 30 años estarán buscando familia con asistencia médica.³

Sin duda, esta dualidad aparentemente contradictoria, de explosión demográfica y de incremento en los índices de esterilidad e infertilidad, son el resultado de reacomodos y mecanismos de autorregulación de la misma naturaleza, ante el grave deterioro medioambiental y el indiscutible hecho de que si la población sigue incrementándose al ritmo actual, la situación se tornará insostenible y se agravará la disponibilidad de recursos naturales, el agotamiento de los acuíferos, la escasez de alimentos y la deforestación.

A pesar de esta situación, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal insiste en que la infertilidad es un problema de salud pública, cuya solución en más del 90% de los casos puede lograrse mediante el uso de alguno de los métodos de reproducción asistida, lo cual los ha incitado para aprobar la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal.

Ante estas circunstancias, en estas líneas analizaré aspectos generales de la maternidad gestante como método de reproducción asistida, y me centraré en la reflexión de la ley de la materia, la cual ha sido aprobada por el poder legislativo local, a pesar de ser muy discutible la permisión de esta técnica en el ámbito del Derecho, por las importantes consecuencias jurídicas que su práctica va a generar, en la materia contractual, en el área del Derecho Penal, en relevantes instituciones del Derecho de Familia como son

³ <http://www.who.int>; http://www.who.int/making_pregnancy_safer/countries/en/in dex.html. <http://www.inegi.org.mx>; <http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/Default.aspx?tid=mdemo19&c=17541>.

la filiación y el parentesco, y especialmente, el impacto trascendente desde el punto de vista ético.

2. LA MATERNIDAD GESTANTE COMO MÉTODO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Hoy en día, los avances en la tecnología de la reproducción humana ponen a disposición de aquellas personas infecundas, métodos para la procreación fuera del proceso natural, los cuales están perfectamente determinados en el campo de la medicina, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Derecho.

Precisamente por este motivo, aclaro desde este momento que los métodos de reproducción asistida son la inseminación artificial, la fecundación extraterina o *in vitro*, la maternidad gestante y la clonación.

En este ensayo cuyo título es maternidad gestante, sólo me avocaré a este método de reproducción asistida, definiéndolo como la técnica de fecundación extracorpórea o extrauterina, mediante la cual se realiza la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio, con el objeto de obtener el embrión, que posteriormente será implantado en el útero de una mujer ajena, a quienes hicieron las aportaciones genéticas, es decir, una madre gestante.

Considero necesario iniciar el estudio de la maternidad gestante desde su denominación, porque la doctrina de forma común y errónea ha designado a este método de reproducción asistida como maternidad subrogada o sustituta, vocablo con el cual no estoy de acuerdo, debido a que subrogar significa: "Subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra". Y sustituir o substituir es "Poner a una persona o cosa en lugar de otra".⁴

Como puede observarse, con estas denominaciones no se contempla en realidad la naturaleza médica de este método de reproducción asistida, pues el mismo consiste en implantar en el útero de una mujer ajena a quienes hicieron las aportaciones genéticas, el embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante toda la duración del embarazo hasta el parto.

De este modo, la sustitución o subrogación de una tercera mujer, quien sustentará el embarazo y dará a luz el producto, no será en la crianza y cuidado del descendiente, sino en el hecho de gestar. Por eso, a mi parecer la acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción asistida, es la de maternidad gestante, porque "Gestar" significa: "Llevar o sus-

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 21ª ed., Espasa-Calpe, España, 2001, pp. 429, 739, 1223 y 1224.

tentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto".⁵

Por otra parte, importa señalar que desde el punto de vista médico, este método de reproducción asistida puede presentarse en dos casos, el primero de ellos se actualiza cuando el miembro femenino de una pareja, sin ser estéril está imposibilitada biológicamente para sobrellevar el embarazo, requiriendo la fecundación *in vitro* en una madre gestante, a quien se implanta en su útero el embrión obtenido de las aportaciones genéticas de la pareja, para llevar a cabo el embarazo y dar a luz un descendiente en beneficio de la misma.⁶

El segundo caso se denomina inseminación artificial en madre gestante y tiene lugar cuando la madre gestante es inseminada con el espermatozoides del miembro varón de la pareja, sobrelleva el embarazo y da a luz un descendiente en beneficio de la misma. En este caso, la mujer inseminada es genéticamente la madre del nacido, pues es ella quien aporta el óvulo, en virtud de la esterilidad del miembro femenino de la pareja.⁷

En realidad, este segundo supuesto no puede ser considerado una maternidad por sustitución, porque la madre gestante coincide con la madre genética. En cambio, en el primer caso, sí existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante, que es lo característico en la hipótesis de la maternidad gestante.⁸

3. COMENTARIOS DE LA LEY DE GESTACIÓN SUBROGADA DEL DISTRITO FEDERAL

3.1. GENERALIDADES

El Decreto de la Ley en comento, ya ha sido aprobado por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, no obstante, el mismo no ha sido promulgado por el Ejecutivo local, ni tampoco ha sido publicado en el órgano de difusión de la capital del país.

Se trata de un ordenamiento jurídico de pequeña extensión y simple estructura, al contar con cinco títulos y nueve capítulos, cuyo objeto son establecer y regular los requisitos y formalidades para la práctica de la Gestación Subrogada.

En principio, esta ley requiere como presupuestos indispensables para

⁵ *Ibidem*, p. 664.

⁶ Cfr. ZANNONI, Eduardo, *Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina*, Astrea, Argentina, 1978, p. 490; CUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Sucesorio. Inter vivos y Mortis Causa*, 5ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 287.

⁷ Cfr. ZANNONI, Eduardo, *La Inseminación...*, *op. cit.*, p. 461.

⁸ Cfr. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Abeledo-Perrot, Argentina, 1992, p. 358.

la práctica de la maternidad gestante, la suscripción de un documento denominado instrumento para la gestación subrogada, cuya naturaleza jurídica será la de un contrato, en el cual es indispensable pactar su realización a título gratuito, e igualmente, la acreditación mediante la certificación médica de la Secretaría de Salud del Distrito Federal, que la cónyuge, concubina o mujer soltera, interesadas en su implementación, padecen una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

Aparentemente, la modalidad de maternidad gestante regulada por esta ley, es el caso típico de esta técnica de reproducción asistida, es decir, el supuesto en el cual hay disociación entre la madre genética o biológica y la madre gestante, pues se prevé su práctica mediante fecundación extracorpórea o extrauterina en la modalidad homóloga, en la cual la unión del óvulo y del espermatozoide de una pareja de personas perfectamente identificadas, se realiza en una placa de laboratorio, para obtener el embrión, que posteriormente será implantado en el útero de una mujer ajena, a quienes hicieron las aportaciones genéticas, es decir, una madre gestante.

Enfatizo en la aparente admisión de la maternidad gestante en la modalidad homóloga, porque los destinatarios de este método de reproducción asistida no sólo son personas unidas por vínculo matrimonial o por concubinato, sino también mujeres solteras.

Sin duda, en el caso de los cónyuges y de los concubinos, la fertilización extrauterina que se practica es en la modalidad homóloga, porque ellos son quienes aportan el óvulo y el espermatozoide, para obtener el embrión posteriormente implantado a la madre gestante. Pero en el caso de las mujeres solteras, la obtención de la célula germinal masculina, generalmente se obtendrá de un banco de semen, con lo cual su práctica se actualizará en la modalidad heteróloga.

Asimismo, el ordenamiento legal en cuestión, admite la práctica de este método tanto en las instituciones de salud públicas como privadas, siempre y cuando dichos centros médicos cuenten con la autorización de la Secretaría de Salud del Distrito Federal.

Y para el caso de ser necesario resolver algún conflicto derivado de la ley, se confiere competencia al Juez familiar, específicamente en cuanto a la aplicación del contrato denominado instrumento para la gestación subrogada.

E igualmente, se reconoce la jurisdicción del Juez Familiar para resolver cualquier situación derivada de la separación o fallecimiento de una o ambas partes solicitantes de este método (padres biológicos), mientras se está desarrollando el embarazo en la madre gestante, en cuyo caso, una vez nacido el menor, el juzgador tendría que resolver lo relativo a la patria potestad, guarda y custodia y tutela, conforme a las reglas establecidas en la legislación civil.

Por último, para finalizar con los aspectos generales de este ordenamiento jurídico, me parece relevante mencionar dos cuestiones, la primera, con relación a la revocación del contrato (Instrumento para la gestación subrogada), y la segunda, referente a su incumplimiento.

La facultad de revocar el contrato de maternidad gestante se confiere por la ley a todas las personas que intervienen en su práctica, es decir, tanto a las personas solicitantes de este método, como a la mujer gestante, con la única salvedad de que dicha revocación sólo prosperará, si se realiza antes de cualquier transferencia de embriones humanos, y en todo caso, la penalidad por la revocación del contrato será el pago de daños y perjuicios, consecuencia igualmente prevista para el caso de incumplimiento de dicho acuerdo de voluntades por cualquiera de las partes.

3.2. ASPECTOS ESPECÍFICOS

Desde mi punto de vista, la ley tiene deficiencias tanto en la forma como en el fondo. Considero que las imperfecciones de forma están íntimamente vinculadas a la incorrecta técnica legislativa implementada en su elaboración, lo cual es posible observar en los siguientes rubros:

Una misma materia o tema se regula sin sistemática en diversos preceptos y apartados de la ley, en vez de haber reagrupado y estructurado las normas jurídicas atendiendo a su naturaleza y tema, como es posible observar en lo relativo a los requisitos exigidos a la madre gestante y a los progenitores solicitantes de esta técnica de reproducción asistida (progenitores biológicos), pues los artículos 14 y 15 establecen los requisitos para ambos, en vez de haber listado en un sólo precepto normativo los requisitos de la madre gestante y en otro únicamente los de los progenitores biológicos.

De la misma forma, los derechos de la madre gestante se encuentran en los artículos 12 y 13, los cuales están indebidamente insertos en el Título Segundo de la ley, cuyo rubro es "De los Médicos Tratantes que Intervienen en la Gestación Subrogada", Capítulo Único referente a "De las Obligaciones de los Médicos Tratantes para la Práctica Médica de la Gestación Subrogada". Lo lógico es que en ese título, sólo se hiciera referencia a los médicos tratantes, en lo absoluto a la madre gestante.

En cuanto a los deberes de los médicos tratantes, estos se encuentran dispersos en varios preceptos legales, de los artículos 6 al 11, por lo cual considero que lo establecido en todos estos presupuestos bien podría estructurarse en uno solo.

Y finalmente, los requisitos del documento que debe suscribirse para la práctica de la maternidad gestante, denominado por la ley, instrumento para la gestación subrogada, también se encuentran indebidamente dispersos en los artículos 14, 18, 20 y 21, los cuales integran diversos capítulos del mismo título, en vez de integrar dichos requisitos en un sólo precepto normativo.

La segunda deficiencia notoria en cuanto a la forma es la deficiente redacción de la ley, lo cual se puede corroborar de la simple lectura del artículo 27, que desde mi punto de vista es inentendible, y en el cual se dispone:

ART. 27.—Los efectos de la Gestación Subrogada son los mismos a los casos en que por causas de fuerza mayor no se cuente con certificado de nacimiento o constancia de parto, e incluso a las denuncias hechas ante el Ministerio Público que den cuenta de una Gestación Subrogada.

En otro orden de ideas, considero que el problema más preocupante de la ley son sus deficiencias de fondo; su contenido además de ser discutible, me parece contradictorio, incompleto y hasta violatorio de disposiciones jurídicas contempladas en otros ordenamientos legales, como explico a continuación:

3.2.1. DENOMINACIÓN DE LA LEY

La primera iniciativa con proyecto de decreto presentada en materia de maternidad gestante, en noviembre del 2009, designó a este ordenamiento legal, Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, denominación a todas luces incorrecta, porque subrogar significa substituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Tal designación, no describe efectivamente la naturaleza médica y legal del método de reproducción asistida que se pretende regular.

La práctica de la maternidad gestante no pretende de forma alguna substituir a la madre genética, para que otra mujer se haga cargo y crie al menor, más bien el acto de sustitución requerido es en cuanto a gestarlo, por ello en mi opinión el nombre correcto de esta técnica médica es el de *maternidad gestante*, porque gestar es llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto.

No se debe perder de vista que la técnica médica en comento, tiene por objeto implantar un embrión (obtenido con las aportaciones genéticas de una pareja) en el útero de una mujer ajena, para que ésta sobrelleve el embarazo, dé a luz al producto y lo entregue a quienes son sus progenitores biológicos.

Precisamente por este motivo, la nueva denominación de este ordenamiento en el decreto del 2010, como Ley de Gestación Subrogada en el Distrito Federal, me parece más adecuado, pues el acto de sustitución de una mujer a otra es en el acto de la gestación, al implantársele en su útero el embrión obtenido con las aportaciones genéticas de los cónyuges o de los concubinos.

3.2.2. LA LEY NO PRECISA LA NATURALEZA DE LA TÉCNICA MÉDICA CUYA PRETENSIÓN ES REGULAR

En ningún momento se desprende de la ley que la maternidad gestante constituye un método de reproducción asistida, simplemente se señala en el artículo segundo:

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

La Gestación Subrogada es la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide de una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético.

Desde mi punto de vista, lo idóneo era haber precisado que su naturaleza médica y legal es la de un método de reproducción asistida, porque su objetivo es conseguir la procreación fuera del proceso natural.

3.2.3. REFERENCIA DEL ESTADO CIVIL DE LA PAREJA QUE SE VA A SOMETER A LA MATERNIDAD GESTANTE Y OMISIÓN DEL ESTADO CIVIL DE LA MADRE GESTANTE

El artículo 14 fracción V de la ley en comento, dispone a la letra: "V. De ser el caso, la mujer gestante informe a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en la práctica médica de la Gestación Subrogada para que manifieste lo que a su derecho convenga".

El contenido de ese artículo me parece inadecuado, ya que la madre gestante no sólo le debe avisar a su marido o concubino su intención de someterse a este método de reproducción asistida, para ayudar a una pareja a tener descendencia, a efecto de que el marido o concubino haga las manifestaciones de su conveniencia.

El estado civil de la madre gestante es importante, porque si la madre gestante es casada o vive en concubinato, tiene a su favor las presunciones de filiación establecidas en los artículos 324 y 383 del Código Civil para el Distrito Federal. Precisamente por este motivo, lo adecuado era exigir en la ley la autorización de su marido o concubino para que ella pueda participar en la práctica de éste método de reproducción asistida.

Y de todas formas, aun cuando el marido o concubino diera su autorización para que su esposa o concubina se sometiera a este método de reproducción asistida para tener descendencia a favor de otra pareja, en algunos casos se podrían ver obligados a interponer juicios de desconocimiento de paternidad.

3.2.4. USO INADECUADO DEL LENGUAJE

En el artículo tercero, la ley define los vocablos mujer solicitante y personas solicitantes como sigue:

VII. Mujer solicitante: mujer con capacidad de ejercicio que posee una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporta sus óvulos para la fecundación, y que se compromete

mediante el Instrumento para la Gestación 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.

XI. Personas solicitantes: personas con capacidad de ejercicio que aportan su material genético para la fecundación y se comprometen mediante el Instrumento para la Gestación 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 maternidad o paternidad.

El uso de estos vocablos es inadecuado y me parece necesaria su modificación. A la mujer solicitante se le debió denominar madre biológica, y de igual forma, a las personas solicitantes denominarlas progenitores biológicos, porque la única posibilidad de obtener el embrión que le va a ser implantado a la mujer gestante, es mediante la fertilización *in vitro* en la modalidad homóloga, esto es, el embrión obtenido para la implantación es el resultado de la unión del óvulo y del espermatozoide aportado por los cónyuges o los concubinos.

Entonces, los cónyuges y los concubinos siempre van a ser los progenitores biológicos, e igualmente, la mujer soltera quien procure este método de reproducción asistida para tener descendencia, necesariamente será la madre biológica del nacido.

3.2.5. LA POSIBILIDAD DE LAS MUJERES SOLTERAS PARA HACER USO DE LA MATERNIDAD GESTANTE

Sólo un precepto jurídico de la ley se refiere a este aspecto y además de forma escueta, al señalar que las mujeres solteras podrán hacer uso de este método de reproducción asistida para tener descendencia, cuando acrediten tener una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero (Requisito para someterse a esta técnica).

Asimismo, de la interpretación del artículo segundo de la ley se desprende que el menor nacido por medio de esta técnica, sólo va a constituir vínculo filial con su madre biológica soltera.

Como este es el único artículo en el cual se hace referencia a la posibilidad de las mujeres solteras para hacer uso de la maternidad gestante, es obvia la omisión de la ley en cuanto a la forma como la madre soltera va a conseguir el gameto masculino, para posteriormente obtener mediante fertilización *in vitro* el embrión, que deberá ser implantado a la madre gestante.

En ningún momento se precisa si quien aporte el gameto masculino para la obtención del embrión, debe ser un hombre conocido por la madre soltera, o bien, si esa célula germinal necesariamente deberá ser obtenida de un banco de semen.

Estos aspectos son importantes por las implicaciones en materia de fi-

liación, ya que si el otorgante del gameto masculino es alguien conocido por la madre, sería importante precisar ¿cuál sería su intervención en el contrato que se firme?, ¿deberá comparecer?, ¿será parte?, porque en algún momento o circunstancia la madre podría ejercer en su contra la acción de reconocimiento de paternidad.

Por otro lado, si se determina la necesaria obtención del gameto masculino de un banco de semen, me parece indispensable especificar que no se generará ningún vínculo filial con quien aportó dicha célula germinal.⁹

3.2.6. CONTRADICCIÓN EN TORNO A LA MODALIDAD DE LA FERTILIZACIÓN *IN VITRO* PARA LA OBTENCIÓN DEL EMBRIÓN

El artículo 3 fracción XIV de la ley en comento, señala que la maternidad gestante se practicará mediante Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones (FIVTE), aplicada en la variante homóloga. Esto es entendible en el caso de los cónyuges y los concubinos, porque ambos miembros de la pareja aportaran sus células germinales para obtener el embrión cuya implantación tendrá lugar en la madre gestante.

Pero, considerando que se permite el uso de este método de reproducción asistida a favor de mujeres solteras, es clara la necesidad de un gameto masculino, el cual seguramente obtendrán de un banco de semen, y siendo así, entonces el embrión obtenido para implantárselo a la madre gestante es resultado de una fertilización *in vitro* en la modalidad heteróloga.

3.2.7. REQUISITOS EXIGIDOS A LA MADRE GESTANTE

En el artículo 11 de la ley, se exige a la madre gestante la práctica de un estudio de trabajo social, el cual deberá realizar la unidad de trabajo social del Hospital tratante de este método, o bien, el DIF, para comprobar que el entorno familiar de la madre gestante sea estable, libre de violencia y favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

Por mi experiencia profesional en materia familiar, considero que la realización de dichos estudios de trabajo social, no otorga ninguna garantía para corroborar el entorno familiar de la madre gestante.

Sin duda quienes insertaron este requisito, realmente desconocen la forma cómo se realizan en la práctica estos estudios, e ignoran que los trabajadores sociales sólo plasman en sus informes, el dicho de las personas a quienes se los practican, y en muchos casos también insertan el dicho de los familiares de los interesados.

⁹ No hago uso de la palabra donador, porque el artículo 2340 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la donación se perfecciona desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador, y en el caso específico de los bancos de semen, no se actualiza la aceptación referida, pues la aportación del material genético se realiza de forma anónima.

Los estudios de trabajo social elaborados por las instituciones públicas están basados en cuestionarios aplicados a los interesados, en los cuales les realizan preguntas tales como: ¿cuántas personas de la familia son económicamente activas?, ¿a cuánto ascienden sus percepciones económicas?, ¿cómo es su alimentación?, ¿cuál es su estilo de vida?

Todos estos aspectos no los puede saber un trabajador social que asiste al lugar donde viven los interesados por su percepción o experiencia, en una visita de dos horas a lo sumo, sino por las informaciones proporcionadas por los interesados. Las únicas cuestiones obtenidas por la percepción del trabajador social son las condiciones de la vivienda en donde habitan los entrevistados, así como sus condiciones de higiene y ventilación.

Por los motivos esgrimidos, me parece que los estudios de trabajo social referidos no pueden constituir una garantía o hacer prueba plena de la realidad social y económica de la pretendida madre gestante.

En otro orden de ideas, otro requisito exigido por la ley en el artículo 11, es el relativo a la manifestación de la madre gestante bajo protesta de decir verdad, ante la institución de salud donde se pretenda llevar a cabo este método de reproducción asistida, de tres cosas: a) Que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos; b) Que no ha participado en más de dos ocasiones en la implantación; y c) Que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

Las simples manifestaciones bajo protesta de decir verdad y ante una institución médica, no son garantía de su veracidad. De hecho, no generan ninguna consecuencia legal. Por ello, desde mi punto de vista, la ley contribuye a que la práctica de este método de reproducción asistida se convierta en un negocio.

3.2.8. IMPACTO DE LA MATERNIDAD GESTANTE EN EL PARENTESCO

Existe una patente contradicción entre lo dispuesto en los artículos 22 y 16 de la citada ley, por lo siguiente: Conforme al artículo 22 no se produce ninguna relación de parentesco o materno-filial respecto del menor nacido como consecuencia de este método de reproducción asistida y la madre gestante, ya que el vínculo filial sólo se verificará entre el menor y las personas solicitantes de esta técnica, quienes son sus progenitores biológicos.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 16, la madre gestante preferentemente debe tener algún parentesco de consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes de este método, por lo cual independientemente de lo establecido en la ley, es evidente que si la madre gestante tiene algún tipo de parentesco con alguno o ambos progenitores biológicos, también lo va a tener con el menor nacido de este método.

Además, el parentesco es una institución que se trastoca con la práctica de la maternidad gestante, pues la madre gestante, quien lo dio a luz y tiene

un vínculo biosíquico con el menor nacido, puede ser además su tía, o su abuela.

3.2.9. PROHIBICIÓN PARA COMERCIALIZAR ÓVULOS, ESPERMATOZOIDES Y EMBRIONES

La ley prohíbe la conservación de óvulos, espermatozoides y embriones, obtenidos de los cónyuges o concubinos que se sometieron a la práctica de esta técnica, para después utilizarlos en otros procedimientos de reproducción asistida en los cuales sí exista un beneficio mercantil.

Tal disposición me parece importante, porque bien sabido es, que en la práctica de los métodos de reproducción asistida, son varios los intentos para obtener un embrión y para implantarlo en el útero materno. Las personas usuarias de los mismos para tener descendencia deben aportar múltiples gametos, y en ese caso, ¿Qué se debe hacer con los gametos sobrantes, una vez concluida la técnica?, lo particular de este artículo es su imprecisión en cuanto a ¿Cuál es el destino que se les dará?

3.2.10. CERTIFICADO DE NACIMIENTO

En la ley se establece que el certificado de nacimiento levantado a favor del menor nacido producto de la maternidad gestante, deberá ser expedido por el médico tratante, conforme las formalidades establecidas en la Ley de Salud para el Distrito Federal, debiéndose asentar en el mismo, como la identidad de la madre de dicho menor a la mujer solicitante (madre biológica).

Por este motivo, considero que el levantamiento de los certificados de nacimiento, y por ende, el levantamiento de las actas del registro civil, se va a realizar mediando el delito de falsedad de declaración.

3.2.11. LA LEY ES VIOLATORIA DE LA TEORÍA DE LAS NULIDADES

El artículo 29 de la ley dispone que la declaratoria de nulidad del instrumento para la gestación subrogada, no causa efectos respecto a los derechos de filiación entre las personas solicitantes y el menor que nazca como consecuencia de la Gestación Subrogada.

Desde mi punto de vista, este artículo es incongruente y trastoca la teoría general de las nulidades, pues conforme el artículo 2226 de la ley sustantiva civil del Distrito Federal, una vez declarada judicialmente la nulidad absoluta, los efectos jurídicos del acto se destruyen retroactivamente, y se refiere a todos los efectos jurídicos, no a ciertos efectos jurídicos.

Por otra parte, en cuanto a la nulidad hay otro aspecto que me parece inadecuado, y es con relación al contenido del artículo 31, el cual dispone:

ART. 31.—El Instrumento para la Gestación Subrogada es nulo cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de las personas solicitantes o de la mujer gestante...

Este precepto ya no era necesario, porque reitera indebidamente lo establecido en el artículo 28, en cuya primera fracción se determina el supuesto de nulidad del instrumento para la gestación subrogada, cuando se suscriba prevaleciendo algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas, y en este artículo 31 se dispone que es nulo el instrumento de referencia, cuando haya existido error o dolo respecto de las personas solicitantes o de la mujer gestante.

Tal repetición es inútil, pues sabido es que los vicios de la voluntad son el error, dolo, mala fe, violencia y lesión, o como bien señala el Mtro. Gutiérrez y González, son el error, la violencia y la lesión, los cuales son inducidos por el dolo y la mala fe.

3.2.12. NULIDAD DEL INSTRUMENTO PARA LA GESTACIÓN SUBROGADA

Desde mi punto de vista, de la misma ley se deriva la nulidad del instrumento para la gestación subrogada, porque contempla como supuesto hipotético de nulidad, en la fracción IV del artículo 28, el establecimiento de cláusulas que contravengan el orden público e interés social, y como análisis a continuación, dicho documento es violatorio de diversos preceptos legales, como son:

a) El artículo 1795 fracción III de la Ley sustantiva civil para el Distrito Federal, el cual establece: "El contrato puede ser invalidado... III. Porque su objeto, motivo o fin sea ilícito".

En el caso concreto, el objeto del contrato es una persona, el menor nacido producto de este método de reproducción asistida, quien debe ser entregado, y bien sabido es que las personas somos sujetos de los contratos no objetos de los mismos.

b) El artículo 327 de la Ley General de Salud, en el que se dispone: "Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito".

c) El artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos que determina: "Se prohíbe el comercio de órganos o tejidos desprendidos o seccionados por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito".

La violación de estos dos preceptos legales se actualiza, porque la práctica de la maternidad gestante no es una práctica completamente altruista ni gratuita, ya que los progenitores biológicos deben efectuar ciertas erogaciones a favor de la madre gestante, como son todos los gastos del embarazo y del parto, entonces de algún modo se está efectuando una actividad comercial con un órgano, como es el útero de la madre gestante.

d) El artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, señala: "La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio".

Este presupuesto normativo relativo a la cosa objeto de los contratos se contraviene, en virtud de que no se contempla como objeto de los contratos al ser humano, ni tampoco al útero de la madre, sin duda ambos aspectos están fuera del comercio.

e) El artículo 338 de la Ley sustantiva civil para el Distrito Federal establece: "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".

Al respecto, cabe señalar que conforme a la ley en comento, el instrumento para la gestación subrogada, tiene la naturaleza jurídica de un contrato suscrito ante notario, en el cual se van a pactar diversos aspectos, tales como: la fecundación del óvulo y el espermatozoide de una pareja para obtener un embrión; así como la implantación del embrión en la mujer gestante; e igualmente, lo relativo a la filiación y entrega del menor nacido. Todo esto no puede estar sujeto a un convenio o transacción, en términos del artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal.

f) El artículo 6 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal establece: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros."

En el caso concreto, resulta que la voluntad de las partes plasmada en el instrumento para la gestación subrogada vulnera la observancia de la ley, específicamente lo dispuesto en los artículos 338, 1795 fracción III y 1825 del Código Civil para el Distrito Federal; así como el 327 de la Ley General de Salud; y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.

Además, la violación de los preceptos normativos mencionados perjudica los derechos y la dignidad de un tercero, el menor nacido como producto de este método de reproducción asistida, quien es considerado una mercancía, el objeto del contrato.

g) Por la violación de todas estas normas de orden público, resulta entonces que el contrato es ilícito, conforme lo establecido en el artículo 1830 de la Ley sustantiva civil del Distrito Federal: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

h) Al ser ilícito el contrato es nulo, y se trata de una nulidad absoluta en términos del artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que reposa sobre el supuesto de la violación de reglas de orden público y no desaparece por la confirmación del contrato.

i) Otra posición en torno al contrato de gestación subrogada es que el mismo es inexistente, porque simplemente los objetos del contrato no están en el comercio, y al no haber objeto del contrato, dicho acuerdo de voluntades es inexistente.

3.2.13. SUPLETORIEDAD DE LA LEY

En el artículo 5 de la ley, se establece que son supletorias de la misma, el Código Civil, Código de Procedimientos Civiles y la Ley de Salud, todas del Distrito Federal, e igualmente señala "...demás ordenamientos legales".

Me parece totalmente incorrecta la referencia de supletoriedad a todos los ordenamientos legales del Distrito Federal, porque el mecanismo de supletoriedad sólo debe ser usado por leyes de contenido especializado con relación a leyes de contenido general.

Al respecto, importa recordar que las leyes generales constituyen una fuente y una prioridad en la aplicación de leyes especializadas, porque de ellas se deducen principios generales y se subsanan omisiones, ante la ausencia de disposiciones jurídicas expresas en los ordenamientos jurídicos especializados.

Ante esto, resulta entonces, que no es posible señalar la supletoriedad de toda la legislación local, por dos razones, primero, porque no todos los ordenamientos jurídicos del Distrito Federal son de carácter o naturaleza general, y en segundo lugar, porque el hacer tal señalamiento, contraviene lo característico de la supletoriedad, que es la aplicación prioritaria de ciertas leyes respecto de otras.

Por otra parte, considero muy discutible el señalamiento de la supletoriedad del Código Civil para el Distrito Federal, porque no se debe perder de vista que la naturaleza médica y legal de la maternidad gestante es la de un método de reproducción asistida, y la regulación de este rubro en la ley sustantiva civil del Distrito Federal es muy deficiente, al sólo constreñirse a 4 artículos, como son: 162 segundo párrafo; 293 segundo párrafo; 326 segundo párrafo y 329.

En todos estos preceptos legales ni siquiera se precisa ¿qué son los métodos de reproducción asistida?, y menos ¿cuáles son? E igualmente, no se contemplan las formalidades legales para hacer uso de los mismos, éste es un aspecto totalmente impreciso en la ley sustantiva civil del Distrito Federal. Entonces, ¿cómo puede haber aplicación supletoria de algo que no está regulado?

3.2.14. IMPLICACIONES PENALES DE LA MATERNIDAD GESTANTE

La Ley exige la implementación de la maternidad gestante sin fines de lucro, debiéndose preservar la dignidad de quienes se someten a la misma, enfocándose especialmente la protección en el menor nacido como consecuencia de su práctica.

Sin embargo, considero que por las implicaciones penales de la maternidad gestante, la pretendida protección del menor no se ajusta a la realidad, primeramente, porque desde mi punto de vista no se trata de una práctica completamente altruista ni gratuita, al deber efectuar los progenitores biológicos ciertas erogaciones a favor de la madre gestante, como son todos los gastos del embarazo y del parto.

Considerando tal circunstancia, resulta entonces que de algún modo se está efectuando una actividad comercial, contraviniendo con ello lo dispuesto en el artículo 462 fracción II de la Ley General de Salud, pues dicho precepto normativo tipifica con pena privativa de libertad de 6 a 17 años y pena pecuniaria de 8,000 a 17,000 días de Salario Mínimo General Vigente en el Distrito Federal, a quien comercie o realice actos de simulación jurídica, cuyo objeto sea la intermediación onerosa de órganos, tejidos, incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos.

Por otra parte, es bastante discutible que una persona dé a luz un descendiente, e independientemente de cualquier situación o circunstancia deba entregarlo, pues este hecho actualiza el delito de abandono de persona, tipificado en el artículo 156 del Código Penal para el Distrito Federal, en el cual se contempla una pena privativa de libertad de 3 meses a 3 años si no resultare lesión o daño alguno, a quien abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo el deber de cuidarla.

3.2.15. IMPLICACIONES ÉTICAS DE LA MATERNIDAD GESTANTE

En mi opinión, no se debe permitir la práctica de la maternidad gestante, y en este sentido, me constituyo en opositora de este método de reproducción asistida, porque a mi parecer atenta contra la dignidad del ser humano, al considerar al descendiente como una mercancía, ignorando que de ninguna forma puede o debe ser objeto de comercio, ni de contrato alguno.

En cuanto a la madre gestante, considero que su participación en esta técnica constituye una distorsión deshumanizadora de la maternidad y promueve un negocio y una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino.

E igualmente, está comprobado que su práctica genera serios trastornos emocionales en la madre gestante, al no poder predecirse de antemano su actitud respecto al descendiente alumbrado por ella, e independientemente de cualquier sentimiento o circunstancia estar vinculada a entregarlo.

3.2.16. ASPECTOS QUE NO SE CONTEMPLARON EN LA LEY

Además, de las discutibles cuestiones ya referidas a lo largo de este ensayo, son diversos los aspectos que no fueron incorporados en la ley en comento, como ejemplo puedo mencionar:

a) El derecho de la madre gestante a quedarse con el menor alumbrado por ella.

b) El derecho de los progenitores biológicos de repetir los gastos que hubieren sufragado para que se le proporcionara atención a la madre gestante y al producto, en el caso de que ella no desee entregar al menor.

c) El caso de las presunciones de filiación si la madre gestante es casada o vive en concubinato.

En esta ley aunque la imputación del nexo materno filial se hará privilegiando el nexo biológico que tiene el menor, no se debe perder de vista el nexo biosíquico del embarazo, es decir, el vínculo de la gestación generado entre dicho menor con la madre gestante.

Los nexos biosíquicos creados entre el menor y la madre gestante durante los nueve meses del embarazo son importantes, ya que si bien los códigos genéticos del menor son determinantes, también su futura personalidad está vinculada a la salud física y psicológica de la madre durante la gestación, influyendo por ejemplo, la buena alimentación y los trastornos emocionales de la gestante.

Es por eso que desde 1983 el Comité de Ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos del Reino Unido, se ha opuesto a la práctica de la maternidad gestante, argumentando los serios trastornos emocionales que pueden sufrir las madres gestantes, al no poder predecirse de antemano sus actitudes respecto a los descendientes alumbrados por ellas, e independientemente de cualquier sentimiento o circunstancia estar vinculadas a entregarlos.¹⁰

Por ese motivo, el Consejo de Europa considera que en principio la maternidad gestante debe prohibirse, pero en el caso de insistir en su práctica, sólo podría permitirse en dos supuestos. El primero, cuando se realice sobre una base exclusivamente benévola y en segundo lugar, cuando la madre gestante tuviese la opción de quedarse con el menor una vez nacido este, si así lo deseara. Dentro de este esquema, es lógica la prohibición absoluta de establecer cualquier acuerdo según el cual, la madre gestante se comprometa a renunciar al menor alumbrado por ella.¹¹

¹⁰ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, 7ª ed., Porrúa, México, 1992, pp. 61 y 62; Cfr. ZANNONI, Eduardo, *La Inseminación...*, op. cit., p. 492.

¹¹ Cfr. ZANNONI, Eduardo, *La Inseminación...*, op. cit., pp. 491 y 492.

4. BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Código Civil para el Distrito Federal, Sista, México, 2011.

DOCTRINA

- COLÍN, Ambrosio y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, T. I, 2ª ed., Reus, España, 1922.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, 7ª ed., Porrúa, México, 1992.
- DE LA TORRE VARGAS, Maricruz Gómez, *La fecundación In Vitro y la Filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 15ª ed., Porrúa, México, 2003.
- , *Derecho Sucesorio. Inter vivos y Mortis Causa*, 5ª ed., Porrúa, México, 2003.
- LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, Depalma, Argentina, 1995.
- RIPERT, Georges, *La Règle Morale Dans Les Obligations Civiles*, quatrième édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, France, 1949.
- RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Abeledo-Perrot, Argentina, 1992.
- SOTO LA MADRID, Miguel Ángel, *Biogenética, Filiación y Delito*, Astrea, Argentina, 1990.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 3ª ed., Porrúa, México, 1989.
- ZANNONI, Eduardo, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, T. II, 2ª ed., Astrea, Argentina, 1989.
- , *Inseminación Artificial y Fecundación Extruterina*, Astrea, Argentina, 1978.

OTRAS FUENTES

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 21ª ed., Espasa-Calpe, España, 2001.