

LA DIGNIDAD DEL MENOR EN CASO DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL DERECHO MEXICANO. UNA PROPUESTA
LEGISLATIVA DESDE LA ACADEMIA

*LA DIGNITY OF THE CHILD IN CASE OF SURROGATE MOTHERHOOD IN
MEXICAN LAW. AN ACADEMIC LEGISLATIVE PROPOSAL*

Rev. boliv. de derecho n° 17, enero 2014, ISSN: 2070-8157, pp.230-251



Gisela María
PÉREZ y
Karla
CANTORAL

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de septiembre de 2013

ARTÍCULO APROBADO: 2 de octubre de 2013

RESUMEN: El propósito de este artículo consiste en ubicar al lector sobre las características del derecho de familia en México, a partir de la incorporación del principio del interés superior del menor, para adentrarnos en la experiencia de este tema en la vida socio-jurídica en el país hasta detenernos en un análisis jurídico serio de la reproducción asistida en el único CC que la menciona, así como en las propuestas legislativas que existen al respecto.

PALABRAS CLAVE: Derecho de familia, interés superior del menor, maternidad subrogada, reproducción asistida.

ABSTRACT: The purpose of this article is to place the reader on the characteristics of family law in Mexico, from the incorporation of the principle of the best interests of the child, to enter into the experience of this issue in the socio-legal the country to stop a serious legal analysis of assisted reproduction in the only Civil Code mentions, as well as legislative proposals that exist in this regard.

KEYWORDS: Family law, interests of the child, surrogate motherhood, assisted reproduction.

SUMARIO: I. Introducción.- II. Principales características del derecho de familia en México.- III. La dignidad de los menores en el sistema jurídico mexicano como principio legislativo y de interpretación judicial.- IV. La reproducción asistida en México.- V. Avances en la legislación mexicana.- 1. Propuesta legislativa sobre la maternidad subrogada en el Distrito Federal.- 2. Retos para un Marco Jurídico sobre la reproducción asistida. Caso Tabasco.- 3. Una experiencia legislativa.- A) Conceptos incorporados en la reforma presentada.- B) De las obligaciones de los médicos tratantes para la práctica médica y del instrumento de subrogación gestacional.- C) De la nulidad y las sanciones de la maternidad subrogada.- VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

La biomedicina ha sido uno de los factores que después de la mitad del siglo XX ha modificado el derecho civil tal y como fue concebido por los romanos, uno de ellos ha sido sin duda la maternidad subrogada como forma de cambio jurídico en el desarrollo de la genética. En México sin embargo la implicación jurídica de esta transformación ha entrado en la vida mexicana ladeando el cambio, con más ilegalidad que con protección jurídica, de hecho en el país no existe una ley general sobre este tema, recientemente aparece un proyecto legislativo en el muy poblado Distrito Federal y la más importante referencia normativa existente se encuentra en un misterioso artículo de un CC del sureste mexicano, específicamente, en el Estado de Tabasco¹, con un bis más caprichoso que innovador y alejado de cualquier técnica legislativa.

En el artículo en cuestión se persigue como objetivo general ubicar al lector en las características del derecho de familia en México, a partir de la incorporación del principio del interés superior del menor en el sistema jurídico mexicano, para adentrarnos en la experiencia de este tema en la vida socio-jurídica en el país hasta detenernos en un análisis jurídico serio de la reproducción asistida en el CC del Estado que la menciona, nos referimos al Estado de Tabasco, así como en las propuestas legislativas que existen en el país.

¹ El CC de Tabasco hace mención en los arts. 92 y 360 a la madre subrogada y sustituta. Código Civil publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de abril de 1997, cuya última reforma data del día 26 de diciembre de 2009.

• Gisela María Pérez Fuentes

Nacionalidad española, doctora en Derecho por la Universidad de la Habana, Cuba. Actualmente es profesora investigadora de tiempo completo de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, forma parte del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, nivel 2. Especialista en derechos de la personalidad, responsabilidad civil, derecho civil, derecho de familia, mediación, derecho a la información y protección de datos personales.

• Karla Cantoral Domínguez

Nacionalidad mexicana, doctora en Derecho Judicial, profesora investigadora de tiempo completo de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, forma parte del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, nivel Candidata. Especialista en responsabilidad civil, derecho civil, mediación, transparencia, derecho a la información y protección de datos personales.

II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO.

En el sistema jurídico mexicano a partir de inicios del siglo XX se han ido estableciendo normas de carácter social que alimentaron un derecho de familia con características diferentes al identificado como Derecho Civil². El Poder Judicial de la Federación, ha definido al derecho familiar como un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social³.

La anterior definición nos permite identificar al Derecho de Familia metodológica y sociopolíticamente separado del Derecho Civil mexicano⁴, donde las relaciones privadas individuales propias del derecho patrimonial, se diluyen en las relaciones familiares, caracterizadas por la protección del débil social, del interés superior del menor, del concubinato como relación estable y singular no formalizada entre un hombre y una mujer.

III. LA DIGNIDAD DE LOS MENORES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO COMO PRINCIPIO LEGISLATIVO Y DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL.

La dignidad es una parte esencial de los atributos de la persona, que existe más allá de lo que el derecho la reconoce, sin embargo es cierto que el reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona ha supuesto un salto cualitativo en su efectividad y respeto, pues aunque el derecho no crea la dignidad, si asegura su eficacia, garantiza su respeto y posibilita su desarrollo⁵.

El menor es, ante todo, persona en su acepción más esencial y trascendente y no sólo en su dimensión jurídica, es decir como titular de derechos, sino en su dimensión humana como ser capaz de sentir y pensar. El menor es también una realidad humana en devenir, es decir porque para él su presente sólo permite

2 Cfr. Pérez Fuentes, G. M. (Coord.) *El Derecho en México*. Madrid (2012): BIDE – UBIJUS - REUS, 38-41.

3 *Derecho De Familia. Su Concepto*. Tesis de jurisprudencia I.So.C./J/11. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época; t. XXXIII, Marzo de 2011, 2133.

4 Ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México "...los juicios y procedimientos que versan sobre derechos familiares son de orden público y, por tanto, no se rigen por los principios de estricto derecho, propios de los juicios de carácter patrimonial". Cfr. *Firma, Promoción Carente De, En Una Controversia De Orden Familiar*. Tesis:VI.3o.25 C. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. Época; t. III, Febrero de 1996, 420.

5 Rebollo Delgado, L. *El Derecho fundamental a la intimidad*. Madrid (2005): Dykinson, 108.

determinar su futuro⁶. Ha existido una evolución doctrinal en el concepto del menor a partir de la asimilación de los derechos humanos por la Constitución mexicana y en el caso que nos ocupa por la reforma al artículo cuarto constitucional⁷.

El derecho del menor es un derecho singular, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad.

El derecho del menor se conforma por un conjunto de normas organizadas en función del principio que prioriza el interés de éste⁸. Hay autores en México que sostienen – criterio que no compartimos- que el derecho de los niños se considera como una rama del Derecho separada no sólo del Derecho Civil sino también del Derecho de Familia⁹.

Otros autores, - rizando el rizo- sostienen que en el marco jurídico mexicano conviven dos momentos relacionados con el tema de los menores: el primero, desconoce a las personas menores de edad, agrupándolas bajo el concepto “menores”, el segundo, cuya construcción inició con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño durante la Cumbre Mundial de la Infancia celebrada en 1990, en el que se acordó dar a cada niña, niño y adolescente un futuro mejor¹⁰.

La minoría de edad es un estado civil que lleva implícita la protección diferente a la del incapacitado. La minoría de edad constituye un estado civil en el que la capacidad del menor se restringe en mayor o menor medida, estableciéndose en su bien y por razón de la protección oficial que se le dispensa- una situación

6 Al respecto, Rivero Hernández; F. *El interés del menor*. Madrid (2007): Dykinson, 171.

7 Art. 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, párrafo adicionado mediante reforma publicada en mismo Diario el 18 de marzo de 1980; reformado los días 7 de abril de 2000 y 12 de octubre de 2011. “...En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez...”

8 El Poder Judicial de la Federación en México ha sentenciado: “En términos de los artículos 4o., párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991; y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales, en todas las medidas que tomen relacionadas con los menores, deben atender primordialmente al interés superior del niño; concepto que interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia contenciosa aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’ ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”. *Interés superior del menor. Su concepto. Criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Tesis: 1a./J.25/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, I. XV, t. 1, Diciembre de 2012, 334.

9 Jiménez García, J. F. *Derecho de los niños*. México (2000): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 5.

10 Así se expresa Pérez Duarte, A. E. y Ehnis, S. “*El menor ¿sinónimo de niña, niño y adolescente?*” en Pérez Contreras, M. M. y Macías Vázquez M. del C. *Marco Teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, México (2011): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 23-33.

de dependencia jurídica del mismo respecto de otras personas (padres, tutores, curadores)¹¹.

La doctrina coincide en señalar que el poder sobre el menor ni es ilimitado ni puede ser igual en el curso de la minoría¹². En el Derecho mexicano la incorporación constitucional del interés superior del menor, permite dejar atrás los tiempos en los que el menor de edad estaba completamente desprovisto de capacidad para dilucidar por sí mismo en asuntos que en definitiva lo afectarían, numerosas sentencias apoyan este cambio de rumbo, destacamos algunas¹³.

Con respecto a los niños como titulares de derechos humanos, ha destacado el Poder Judicial de la Federación¹⁴, ejercen sus derechos progresivamente, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía, lo que se denomina "adquisición progresiva de la autonomía de los niños", lo cual conlleva que actúen durante su primera infancia por conducto de otras personas -idealmente, de sus familiares-. Así, el derecho de las niñas y los niños a participar en procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica se ejerce, también, progresivamente, sin que su ejercicio dependa de una edad que pueda predeterminarse en una regla fija, incluso de índole legal, ni aplicarse en forma generalizada a todos los menores de edad, sino que el grado de autonomía debe analizarse en cada caso.

IV. LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN MÉXICO.

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción). Así también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente¹⁵. Pero en la actualidad la regla *mater semper certa est* entra en cuestionamiento por las nuevas técnicas para la procreación, no se puede negar que estamos conociendo un nuevo sentido de la filiación, que revoluciona los principios sentados por la tradición jurídica que ha de provocar inexcusables reformas en el actual Derecho de familia que ha alcanzado a muchos países y que debe definitivamente también llegar a México.

11 Rogel Vide, C. y Espin Alba, I. *Derecho de la persona*. Madrid. (2008): Reus, 42.

12 González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S. "¿Menor o niños, niñas y adolescentes? Un tópico a discutir" en Pérez Contreras, M. M. y Macías Vázquez M. del C. *Marco Teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*. México (2011): Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 55-65.

13 Menores de edad. Procede la suplencia de la queja deficiente en toda su amplitud, aun ante la ausencia total de agravios en apelación, sin que obste la naturaleza de los derechos cuestionados ni el carácter del promovente. Tesis: XII. I.o. I C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3; 2040.

14 Derecho de los menores de edad a participar en los procedimientos jurisdiccionales que afecten su esfera jurídica. Lineamientos para su ejercicio. Tesis: 1a. LXXIX/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, 1a. Sala; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; 884.

15 López Faugier, I. *La prueba científica de la Filiación*. México (2005): Porrúa, 276.

En el análisis de la reproducción asistida, se incluye la perspectiva sobre la salud reproductiva que contiene el derecho reproductivo de los mexicanos, definido como derecho que toda persona tiene para regular su capacidad reproductiva, asumiendo también la responsabilidad por la consecuencia de la propia sexualidad¹⁶.

La Constitución mexicana al respecto ha fijado: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos"¹⁷.

Algunos autores niegan el tema de la reproducción asistida como un caso de política pública dentro del derecho a la salud, considerando que el gobierno mexicano, antes de ser capaz de financiar procesos de reproducción médicamente asistida, debe resolver otros problemas de la salud en general, entre los que se encuentra por ejemplo el alto índice de mortalidad maternal y neonatal.

En cuanto a la opción de la reproducción asistida como vía libre de reproducción, el tema no ha tenido una repercusión jurídica suficiente que solucione o al menos indique un camino para las situaciones no tradicionales que se imponen en la relación familiar que se crea de este acto. En el orden conceptual que estamos diseñando, es fácil entender que la relación filial en México derivada de la reproducción asistida no dependerá ya de la madre o pareja exclusivamente, considerando que el interés del menor procreado también estará presente¹⁸.

La maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, implica la implantación en el útero de una mujer, del embrión para su desarrollo, mismo que deberá llevar en su seno durante toda la etapa del embarazo hasta el parto, además se caracteriza por el hecho de que la gestante no aporta material genético propio, separándose la maternidad genética y la gestación, acto que implica un cambio con la filiación tradicional.

En el derecho mexicano quedan sustentados constitucionalmente los principios de igualdad, protección integral de la familia y de los menores, sin embargo, en el ámbito civil no se ha logrado una protección coherente y moderna para el concebido por las técnicas de reproducción asistida en función de la protección de los derechos humanos de las partes involucradas en las que se destaca el concebido¹⁹.

16 Guzmán Ávalos, A. *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modelo de filiación*. México (2001): Universidad Veracruzana, 132.

17 El objetivo de dicha norma constitucional es, establecer una prohibición para el Estado de intervenir en la decisión de la pareja respecto del momento en que decidan ser madres o padres. Cfr. Madrazo, J. "Comentario al artículo 4o. de la Constitución mexicana". *Derechos del pueblo mexicano*, t. XVII. México: (2006): Porrúa, 152.

18 A favor de este criterio González Contró, M. "Los derechos del niño en la reproducción asistida", en Pérez Contreras, M. M. y Macías Vázquez M. del C. *Marco Teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, cit., 100.

19 Hernández Ramírez, A. y Santiago Figueroa, J. L. "Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal". *Boletín*

La legislación civil de los distintos Estados no ha trabajado coherentemente esta innovación biomédica con tanta trascendencia para la filiación y el menor:

Por ejemplo, en el Distrito Federal no existe una regulación aprobada que se refiera directamente a la sustitución de maternidad, pero el art. 162 CC²⁰, con referencia a los derechos y obligaciones que son propios del matrimonio, menciona lo siguiente:

“Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.

Otros autores y legislaciones civiles en México defienden la maternidad subrogada como una modalidad de adopción²¹, sin embargo la adopción es una institución jurídica, en la que dos personas- cónyuges o concubinos entre sí- establecen un lazo de filiación con un menor que no es su hijo con el objeto de ofrecer una estabilidad familiar de niños que ya existen, por lo que la adopción es una solución jurídica a un problema social y ético, la maternidad subrogada está vinculada con la biotecnología.

En cuanto a la normativa administrativa, citamos la Ley General de Salud, que al respecto señala en su art. 466: Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge²².

La Ley General de Salud define al embrión como el producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional. Se hace una distinción con respecto al feto, considerando éste el producto de la concepción a

Mexicano de Derecho Comparado (132). 1º, 1335-1348.

20 Algunos autores en México, sostienen la legalidad de la maternidad subrogada desde algunas referencias previstas en el CC, en defensa de este criterio, Baffone, C. “La maternidad subrogada: Una confrontación entre Italia y México”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (137). 1º. 441-470.

21 Art. 92 CC del Estado de Tabasco, párrafo tercero: “En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos”.

22 Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984. Última reforma publicada en el mismo diario el 24 de Abril de 2013.

partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno²³.

Para los efectos del Reglamento²⁴ correspondiente a la Ley General de Salud, existen definiciones en cuanto al concebido pero no nacido del cual se hace mención en los Códigos Civiles de casi todos los Estados en México. El reglamento hace mención de la fertilización asistida, considerada aquélla como inseminación artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización en vitro.

En este sentido se define el embrión como el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestión; haciendo distinción con el feto, al cual se define como el producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción; sólo el Reglamento hace mención al nacimiento vivo del producto de la concepción considerando como tal la expulsión o extracción completa de éste, del seno materno, cuando después de dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y este o no desprendida la placenta²⁵.

La ausencia de normativa y doctrina mexicana sobre el derecho del menor a conocer el origen filial en caso de técnicas de reproducción asistida, nos permite argumentar en este caso la utilización de la técnica de interpretación analógica²⁶.

Otro elemento que es necesario destacar es la fuente de derecho internacional en el sistema jurídico mexicano, toda vez que a partir de la resolución emitida recientemente por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁷, tenemos que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona; es decir, serán fuente de derecho internacional aquellos asuntos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que México no ha sido parte²⁸.

23 Al respecto véase el art. 314, fracción VIII de la Ley General de Salud.

24 Véase art. 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, aprobado el 23 de diciembre de 1986.

25 *Idem*.

26 *Reconocimiento de paternidad de un menor de edad. En caso de que no haya sido desahogada la prueba pericial en genética (ADN) en el anterior juicio concluido, no opera la cosa juzgada en el nuevo juicio en donde se controvierta igualmente la acción.* Tesis: I.7o.C.165 C. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época; tomo XXXIV, Julio de 2011, 2190. "La importancia del derecho fundamental a la identidad derivado del reconocimiento de paternidad consagrado en la Constitución, las convenciones internacionales de derechos humanos suscritas por México y las leyes locales y federales respectivas, no sólo radica en la posibilidad de conocer el nombre y el origen biológico (ascendencia), sino que, a partir de ese conocimiento, puede generarse en primer lugar, el derecho de la niña o el niño a tener una nacionalidad y, por otra parte, el derecho constitucionalmente establecido de que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral".

27 Al respecto véase la versión taquigráfica de la Sesión Pública Ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el pasado 3 de septiembre de 2013, en la que se resolvió la Contradicción de tesis 293/2011 suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

28 El ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en la sesión del 3 de septiembre de 2013, argumentó: ...No

Bajo esas consideraciones, será referencia obligada para los juristas mexicanos el criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia dictada en el caso *Artavia Murillo y otros* ("Fecundación In Vitro") vs Costa Rica,²⁹ que contiene aspectos que contribuyen al pleno ejercicio de los derechos humanos, entre los que destacan el reconocimiento a los derechos y la autonomía reproductiva; el acceso a los servicios de salud reproductiva; la interpretación acerca del término "concepción" que inicia con la implantación; la protección del derecho a la vida en forma gradual, así como que la protección del embrión se realiza a través de la protección a la mujer embarazada³⁰.

Esta sentencia ha generado polémica por parte de diversos sectores, por ejemplo, en el mes de abril de 2013, se reunió en México un grupo de personas expertas en el área de bioética, incluidos médicos, filósofos, biólogos, juristas, académicos y científicos, con el propósito de suscribir la Declaración de Guanajuato sobre Fecundación In Vitro, en la que cuestionan la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³¹, sin embargo es la máxima autoridad en el ámbito regional de América Latina y el Caribe para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

se trata de hacer una aplicación acrítica de la doctrina o jurisprudencia de la Corte Interamericana -vay a usar indistintamente criterio, doctrina y jurisprudencia, porque la propia Corte Interamericana ha aceptado que su doctrina se puede denominar jurisprudencia-. De tal suerte, que de lo que se trata no es de hacer una aplicación acrítica, sino que los juzgadores analicen el contexto y los argumentos en que se da la decisión, obviamente las decisiones de la Corte Interamericana se dan en asuntos de determinados Estados que pueden tener una problemática distinta, un contexto diferente o incluso normas constitucionales que no coinciden, de tal suerte que todas las decisiones de la Corte Interamericana tiene que pasar por un tamiz nacional...

- 29 Sentencia dictada el 28 de noviembre de 2012. Los hechos del caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000. El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo. Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: 1) las causas de infertilidad de cada pareja; 2) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; 3) las razones por las cuales acudieron a la FIV; 4) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y 5) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.
- 30 En el caso *Artavia Murillo y otros* ("Fecundación In Vitro") vs Costa Rica, se definen los conceptos de infertilidad y técnicas o procedimientos de reproducción asistida, en los siguientes términos: La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más. Las causas más comunes de infertilidad son, entre otras, daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos (por ejemplo, bajo nivel de esperma), endometriosis, factores inmunológicos o pobre reserva ovárica. Se estima que la incidencia de la infertilidad asciende a un aproximadamente 10% de las mujeres en edad reproductiva. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, los cuales incluyen "la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo". Entre dichas técnicas se encuentran la Fecundación In Vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial. (párrafos 62 y 63)
- 31 <http://www.declaraciondeguanajuato.org/>

V. AVANCES EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

I. Propuesta legislativa sobre la maternidad subrogada en el Distrito Federal³².

La propuesta de Ley de Maternidad subrogada ha sido sólo aprobada por Dictamen de las Comisiones unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad y Género, en función del interés público, dicho proyecto presenta las siguientes características:

1º) Los términos jurídicos que definen esta Ley son:

a) **Maternidad subrogada:** 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 concubinato³³ y que aporta su carga o material genético.

b) **Padres biológicos:** son los que aportan óvulo y espermatozoides fecundados que se implantan en el útero de la mujer gestante y por tanto son poseedores de la paternidad o maternidad.

c) **Mujer gestante:** mujer que engendra el producto durante el tiempo médico fijado, y que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la transferencia de embriones humanos, permitiendo de manera libre y sin fines de lucro esta implantación. Los niños según el proyecto del Distrito Federal no tendrán ninguna relación filial o de parentesco con la mujer gestante.

2º) Es requisito previo para la utilización de estas técnicas, tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre, sólo de no existir candidata con estas características biológicas podrá participar una mujer sin parentesco.

3º) Los embriones sólo se formarán con el fin de procreación y se prohíbe toda forma de comercialización o de utilización económica de células y tejidos embrionarios derivados de la reproducción asistida.

4º) Se prohíbe la vitrificación de óvulos y espermatozoides que no sea con el fin reproductivo y su conservación cuando tenga por objeto la formación de gametos con fines de lucro o prácticas homólogas que atenten contra la dignidad humana.

32 Las iniciativas estudiadas son dos, la primera se presentó el 30 de noviembre de 2010 y fue aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Para la entrada en vigor de la norma se necesita su promulgación y publicación por parte del Jefe de Gobierno del Distrito Federal. Con algunas modificaciones fue aprobada en comisiones el 8 de diciembre de 2011, otra iniciativa que fue aprobada por el Pleno el 20 de diciembre del mismo año, sin embargo, ésta no ha sido publicada oficialmente.

33 En el derecho de familia mexicano se considera concubinato a la unión estable y singular no formalizada entre un hombre y una mujer, dicha unión implica consecuencias legales importantes, que variarán según el CC de cada estado, por ejemplo en el CC de Tabasco se le otorga derecho de alimentos al concubinario o la concubina supérstite, cfr. art. 1699, Capítulo VII, de la sucesión del concubinario o de la concubina.

5º) Se establece un procedimiento administrativo y otro procedimiento de carácter civil.

6º) En el procedimiento administrativo el médico que realice la transferencia de embriones humanos deberá certificar: Que la madre biológica tiene una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; Que los sujetos que aportan el material genéticos – y se designan padres biológicos- están plenamente convencidos de aportar sus óvulos y espermatozoides, respectivamente para la implementación; y que la mujer gestante se encuentra en buen estado de salud física y mental, el examen se realizará durante todo el período gestacional.

7º) Como parte del procedimiento administrativo el Personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante y del Sistema para el Desarrollo integral de la Familia del Gobierno perteneciente al Distrito Federal, realizará una visita domiciliaria a la mujer gestante para comprobar la estabilidad del entorno familiar y que este se encuentre libre de violencia.

8º) Una vez cumplimentado los requisitos del procedimiento administrativo, se expedirá una constancia de la Dependencia de Salud, donde se aseguren los elementos anteriores.

9º) Comienza el procedimiento civil, mediante la presentación de la constancia ante Notario Público, el cual otorgará fe pública en el Instrumento para la Maternidad Subrogada en el que los denominados padres biológicos³⁴ y la mujer gestante, manifiestan su consentimiento para que ésta última pueda gestar el embrión hasta la terminación del embarazo. En el contrato se establecerá la obligación de los padres biológicos de hacerse cargo de todos los gastos médicos producidos por la gestación hasta la recuperación de la madre gestante, mediante certificación médica, se lograra o no el nacimiento

10º) El procedimiento concluye con la terminación del embarazo. Esta práctica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor nacido, y de igual forma en el procedimiento se velará por el interés superior del menor.

11º) La mujer gestante podrá demandar civilmente los gastos médicos a los padres biológicos en caso de una inadecuada atención pre y postnatal. Queda protegido el derecho al honor e intimidad de los padres biológicos y el menor en caso que la madre gestante divulgue por razones de lucro información sobre el procedimiento.

34 Que aportaron el material genético.

2. Retos para un Marco Jurídico sobre la reproducción asistida. Caso Tabasco.

Es el CC del Estado de Tabasco, el único en el país que desde 1997, hace referencia a la madre subrogada y sustituta, la incorporación de esta técnica novedosa en la medicina, no aparece cuidada ni justificada en dicha normativa legal. Las experiencias legales conocidas han provocado que amparadas en ese artículo se hayan firmado contratos en que se genera una especie de comercio, en el Estado proliferan clínicas dedicadas a estas técnicas. En la prensa local aparecen artículos publicitarios al respecto³⁵.

Por ello consideramos que antes de realizarse una técnica de reproducción asistida deben tomarse en cuenta los principios de indisponibilidad del cuerpo humano e indisponibilidad del estado civil a efectos de que se considere nulo de pleno derecho un acto jurídico que permita establecer como objeto de contrato el cuerpo humano.

La doctrina española³⁶ considera que el contrato de gestación por sustitución es nulo, porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico. Por otra parte, se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo.

3. Una experiencia legislativa.

Como académicas universitarias, tuvimos la oportunidad de asesorar una propuesta legislativa presentada en el Congreso del Estado de Tabasco sobre la reproducción asistida, a solicitud de los diputados se siguió la recomendación de no establecer una ley especial sino una modificación al CC del Estado, considerando en primer lugar el reconocimiento a la doctrina nacional e internacional que coincide en sostener que si una mujer se compromete a entregar a su hijo biológico en virtud de un negocio jurídico de maternidad por sustitución, y por tanto, ese producto lleva su información genética ya que también es productora del óvulo fecundado, ese acto implica una "trata de un ser humano",³⁷ y por tanto una patrimonialización

35 En el periódico de mayor difusión del Estado, Tabasco Hoy, se publicó el 13 de julio de 2013, un artículo titulado "VIVIR BIEN", en el encabezado se destaca: *Para los padres que desean tener un hijo y no quieren adoptar, el préstamo de vientre es la mejor opción.* Al final de la noticia se aclara que no es un programa lucrativo aunque si está permitido un acuerdo económico.

36 De Verda y Beamonte, J. R. "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución". LL (2010).

37 Alarcón Rojas, F. "El Negocio de maternidad por sustitución en la gestación", en González de Cansino, E. (Coord.) *Memorias del Primer Seminario Franco-Andino de Derecho y Bioética*. Bogotá (2003): Centro de Estudios sobre genética y Derecho-Universidad Externado de Colombia, 125.

o comercialización de los derechos humanos, prohibida en todas las Convenciones internacionales, y muy en especial en el art. 35 de la Convención de los Derechos del Niño, firmada y ratificada por México

Para la propuesta legislativa se consideró el principio de que el interés superior del menor es tan importante para la comunidad que representa uno de sus valores y objetivos, de modo que:

1º) El interés de los padres queda subordinado al interés del primero;

2º) El interés de los implicados trasciende de la esfera privada, para convertirse en un interés de la sociedad y del Estado, ello obliga a que los pactos de contrato de maternidad subrogada carezcan de validez porque los negocios jurídicos relativos a derecho de familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público y los imperativos éticos y la función social que los preside de manera que las renunciaciones o transacciones quedan como reglas generales prohibidas en las relaciones del estado familiar.³⁸

Con base en estos razonamientos consideramos que tanto la maternidad subrogada o la gestante como sus efectos no deben concretarse en un simple contrato, donde de forma tradicional, el elemento económico es el que ha primado, sino que es necesaria una regulación específica en el CC del Estado, dado que corresponde a este ordenamiento determinar los cambios en la forma de probar la filiación.

Toda vez que en el CC para el Estado de Tabasco aparece de forma difusa, la referencia a la madre gestante sustituta en el art. 92, se consideró necesario adicionar regular de manera más clara y específica lo relativo a la maternidad subrogada; la maternidad sustituta; el padre subrogado; la filiación de las personas que sean producto de estos actos; las obligaciones de los médicos tratantes para la práctica médica y del instrumento de subrogación gestacional; lo relativo al certificado de nacimiento del menor nacido mediante maternidad subrogada; la nulidad y las sanciones de la maternidad subrogada.³⁹

A) Conceptos incorporados en la reforma presentada.

En la iniciativa de reforma presentada, se incorporaron los siguientes conceptos:

a) **Derecho de Familia:** conjunto de principios y valores dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, así como

38 En esa posición también, Jiménez Muñoz, Francisco Javier. *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid (2012); Reus, 27.

39 Iniciativa presentada por la Diputada Liliana Ivette Madrigal Méndez mediante Sesión Pública Ordinaria de la Sexagésima Primera Legislatura al H. Congreso del Estado de Tabasco, el día 8 de mayo de 2013.

a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados y mujeres, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.

b) 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, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos: I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal; II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar; III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos; IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

c) Maternidad subrogada: la Maternidad Subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante sustituta 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. La aplicación de las disposiciones establecidas en el presente capítulo, 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 sustituta, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el periodo gestacional.

d) 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 capítulo I, del título Octavo del Libro Primero del presente código;

e) Implantación de célula humana: implantación de célula o huevo 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;

f) Mujer Gestante Sustituta: mujer con capacidad de goce y ejercicio que **a título gratuito** se compromete mediante un instrumento jurídico, denominado

Instrumento de Subrogación Gestacional, 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;

g) 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 de Subrogación Gestacional 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;

h) Padre Subrogado: hombre con capacidad de goce y ejercicio que aporta su material genético para la fecundación y que se compromete mediante el instrumento denominado Instrumento de Subrogación Gestacional desde el momento de la implantación, a las reglas que dispone el presente Código respecto a la paternidad, velando por el interés superior del menor y ejercer los derechos y obligaciones que emanan de la paternidad biológica;

i) Personal de salud: profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;

j) Médico especialista: médico especialista en infertilidad humana, que puede auxiliarse de más especialistas en diversas ramas de la medicina para la atención de la maternidad subrogada;

k) Instrumento de Subrogación Gestacional: 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 gestar el producto fecundado e implantado en su útero y gestarlo hasta las 40 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 ovulo y un espermatozoide fecundados e implantado en el útero de la mujer que se faculta como mujer gestante sustituta y que concluye con el nacimiento;

l) Tutela: a la Tutela que establece el CC 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.

B) De las obligaciones de los médicos tratantes para la práctica médica y del instrumento de subrogación gestacional.

En cuanto al procedimiento para la maternidad subrogada, se clasificó de la siguiente forma:

a) Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente de las consecuencias médicas y legales de la implantación de células en el cuerpo de una mujer gestante sustituta.

b) 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.

c) 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.

d) Ningún médico tratante realizará una implantación de célula humana, sin que exista un Instrumento de Subrogación Gestacional 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.

e) El médico tratante que realice la implantación de células humanas deberá certificar, que: la madre subrogada posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; el padre subrogado se encuentra plenamente convencido para aportar su material genético para la implantación, y la mujer gestante sustituta se encuentra en buen estado de salud.

f) 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 sustituta 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 sustituta.

g) A la mujer gestante sustituta se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del Hospital tratante y en su caso, del DIF Tabasco 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 sustituta manifestará que no ha estado embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la célula humana, 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.

h) La mujer gestante sustituta, 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.

i) 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 sustituta, ni hará distinciones en su atención por este motivo.

j) El Instrumento de Subrogación Gestacional deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos: suscribirse por todas las partes que intervienen, estampando su nombre y firma en el mismo; suscribirse ante Notario Público u Oficial del Registro Civil; 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 la Dirección del Registro Civil, constatando que la mujer gestante sustituta no ha participado en más de un procedimiento de Maternidad Subrogada.

k) El Instrumento de Subrogación Gestacional no podrá contener cláusulas que contravengan las siguientes obligaciones internacionales suscritas por el Estado Mexicano en materia de protección a los infantes y a las mujeres: limitaciones al acceso de la atención sanitaria prenatal y postnatal por parte de las instituciones de salud públicas a la mujer gestante sustituta; 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 mediante nombres supuestos; y el derecho del menor a la protección del Estado incluso a través de la Tutela que establece el CC.

l) El Instrumento de Subrogación Gestacional, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y a la Dirección del Registro Civil para que el estado 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.

m) 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.

n) La voluntad que manifiesten las partes para la realización del Instrumento de Subrogación Gestacional debe ser indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones

que de ella emanan son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.

o) El Instrumento de Subrogación Gestacional formaliza el acuerdo de voluntades para la Maternidad Subrogada y constituye una parte indispensable para que exista.

B) Del certificado de nacimiento del menor nacido mediante maternidad subrogada.

a) El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante sustituta 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 apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada Maternidad Subrogada. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el estado de Tabasco y relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada o biológica del nacido.

b) Los efectos de la Maternidad 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 Maternidad Subrogada. Para efectos legales, será imprescindible la presentación de un testimonio público del Notario que dio fe del Instrumento de Subrogación Gestacional.

c) La Secretaría de Salud en coordinación con la Dirección del Registro Civil llevará un registro de los instrumentos de Subrogación Gestacional 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 edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del Instrumento de Subrogación Gestacional, 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.

C) De la nulidad y las sanciones de la maternidad subrogada.

Es nulo el Instrumento de Subrogación Gestacional realizado bajo las siguientes circunstancias:

- a) Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- b) No cumpla con los requisitos y formalidades que establece esta Ley;

c) Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana, y

d) Se establezcan compromisos o cláusulas que contravienen el orden social y el interés público.

La mujer gestante sustituta que desee obtener un lucro derivado de la maternidad subrogada practicada 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 las sanciones que se hayan previsto en el clausulado del Instrumento de Subrogación Gestacional o, en su caso, las disposiciones que protegen la vida privada y el honor.

En la reforma propuesta se recomendó además a la Dirección del Registro Civil del Estado:

1º) Realizar, a más tardar en 90 días naturales, las adecuaciones correspondientes para incorporar la Maternidad Subrogada y llevar a cabo el registro correspondiente, que establece este Código.

2º) Suscribir el convenio de colaboración correspondiente con el Colegio de Notarios a efecto de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de este Código y asegurar el menor costo posible de los honorarios correspondientes al Instrumento de la Maternidad Subrogada.

VI. CONCLUSIONES.

Es una realidad que 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, sin embargo, también es cierto que el derecho ha quedado rezagado a estos nuevos avances tecnológicos y humanos, en la búsqueda de explicaciones o soluciones a formas tradicionales propias de un derecho civil patrimonial.

En la actualidad la regla *mater semper certa est* se rompe a partir de las nuevas técnicas para la procreación, a partir de un nuevo sentido de la filiación, que revoluciona los principios sentados por la tradición jurídica que ha de provocar inexcusables reformas en el actual Derecho de familia en México.

En el procedimiento es muy importante la manifestación del consentimiento libre y expreso de las partes. En este tipo de acto aparecen no sólo los padres biológicos y la madre gestante sino también el médico que realizará las nuevas técnicas procreativas, sólo ellos deben conocer las características del procedimiento

cuidando la privacidad del acto, por ello es necesario cuidar perfectamente los archivos que deban de conservar los médicos y asegurar el carácter confidencial de los documentos utilizados para la práctica de la procreación asistida.

El Derecho Civil, como derecho de la persona, debe dar respuesta a las innovaciones médicas atendiendo a la moral, las relaciones sociales, la integridad familiar; las normas éticas, así como conceptos vinculados con la paternidad, filiación, propiedad, tutela, y herencia, razón por la cual el derecho mexicano debe tomar en cuenta el principio de protección al interés superior del menor y no sólo a los padres, el carácter no patrimonial del acto jurídico que se establece y la protección jurídica de la madre gestante en cuanto a su bienestar físico como ser humano, eliminando todo vestigio de posible trata de persona.

