

EL ACTO JURÍDICO NORMATIVO. UNA PROPUESTA NORMATIVA ANTE LOS CASOS TRÁGICOS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO

THE LEGAL ACT. A NORMATIVE PROPOSAL ON THE TRAGIC ON SUBROGED MATERNITY IN MEXICO

Dra. GISELA MARÍA PÉREZ FUENTES

Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco,
México

giselapef@hotmail.com

RESUMEN: La maternidad subrogada en México se reguló por razones no aclaradas en los códigos civiles de las entidades federativas de Tabasco y Sinaloa, excepcionalmente de los treinta y dos Estados del país en los que a través de un contrato se patrimonializa a la persona. El tráfico de maternidad subrogada se internacionalizó a tal extremo que el Estado de Tabasco prohibió en su Código la realización de las técnicas a extranjeros pero no su gratuidad y la utilización del contrato como figura jurídica que lo hace efectiva. En este artículo se intenta buscar una solución jurídica a una realidad científica que soluciona problemas a mujeres infértiles a través de un análisis doctrinal del acto jurídico normativo previsto en el sistema jurídico mexicano y la necesidad de la presencia de los comités de Bioética como filtro institucional para admitir excepcionalmente por razones médicas estas prácticas científicas.

PALABRAS CLAVE: Maternidad subrogada; acto jurídico normativo; comités de bioética.

ABSTRACT: The maternity surrogate in Mexico was regulated for reasons not clarified in the civil codes of the states of Tabasco and Sinaloa, exceptionally of the thirty-two States of the country in which, through a contract, the person is patronized. The surrogacy maternity traffic was internationalized to such an extent that the State of Tabasco prohibited in its Code the realization of the techniques to foreigners but not its gratuitousness and the use of the contract as a legal figure that makes it effective. This article seeks to find a legal solution to a scientific reality that solves problems for infertile women through a doctrinal analysis of the normative legal act provided for in the Mexican legal system and the need for the presence of Bioethics committees as an institutional filter for Exceptionally admit these medical practices for medical reasons.

KEY WORDS: subrogate maternity; normative legal act; bioethics committees.

FECHA DE ENTREGA: 24/06/2017/ *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 12/12/2017.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II.- TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO PROTECTOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.- III. LA CAUSA COMO ELEMENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO ACTO JURÍDICO NORMATIVO.- IV. LA MATERNIDAD SUBROGADA: UN ANÁLISIS A TRAVÉS DE LA EXPERIENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.- V. LA ADOPCIÓN Y LA MATERNIDAD SUBROGADA.- VI. BIOÉTICA Y DERECHO EN MÉXICO.- VII. ESTUDIO DE CASO LEGISLATIVO EN MÉXICO. CÓDIGO CIVIL DE TABASCO.- VIII. RETOS LEGISLATIVOS EN CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. UNA PROPUESTA EN MÉXICO.- 1. El rol de los Códigos Civiles. Derecho a la identidad, filiación, nacionalidad y derechos hereditarios.- A) Filiación.- 2. Los Comités Hospitalarios de Bioética: una vía interdisciplinaria para la determinación de casos que requieran el procedimiento de la maternidad subrogada.- IX. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

La maternidad subrogada no es una figura normativa generalizada en las entidades de México en los códigos civiles, excepcionalmente se contempla en el Código Civil de Tabasco y en el Código Familiar de Sinaloa, estados distantes dentro del territorio mexicano. Sin embargo la figura jurídica que ha materializado estas técnicas ha sido la de contratación o denominado también renta de vientres, en los que se patrimonializa a la persona, madre gestante y también se ha cosificado el producto de estas técnicas de gestación. Esta situación se ha convertido en un gran negocio de trascendencia internacional, donde están involucrados abogados, médicos de clínicas privadas y personas privadas tanto nacionales como extranjeras, pues si es cierto que las técnicas han sido autorizadas en esos dos estados, se ha constituido una maquinaria mercantilista que implica la existencia de varias clínicas en distintos estados del país.

Se ha intentado por parte del Poder Ejecutivo del Estado de Tabasco imponer la derogación de este tipo de contrato, cuestión con la cual coincido en principio, pero no se puede negar la vigencia de la figura y una protección jurídica para ella, esto no es a criterio de la autora, la solución efectiva, considerando que la figura se eliminaría de una ley supletoria sin carácter coercitivo como es el Código Civil. En el caso que se penalizara la figura se utilizaría el derecho de última fila como solución no propia de los países democráticos.

En este artículo se valoran entonces alternativas jurídicas que eliminen el carácter patrimonialista de la maternidad subrogada para proponer una técnica legislativa acorde con la defensa de los derechos de la salud y la dignidad de la persona.

II. TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO PROTECTOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.

La salud es un derecho fundamental reconocido en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que incluye la integridad física y psíquica por cuanto la persona es una unidad psicofísica indisoluble y reconduce al sano y libre desarrollo de la personalidad en cuanto es un todo unitario. El derecho a la salud cumple una función para el legislador y el juez: el respeto de la persona.

En México el derecho a la salud no se puede desligar de la información que debe proporcionarse al paciente, para lo cual, como en todo acto jurídico, ya sea formal o consensual, debe existir una manifestación de consentimiento, con base en el principio de autonomía de la voluntad, pero para que éste sea cierto debe proporcionarse la información necesaria, tendiente a que la toma de decisiones en el campo de la salud sea adecuada dentro de un marco de protección de la integridad física y psicológica en un ámbito jurídico responsable¹.

En el derecho a la salud se debe hacer distinción entre el derecho procreativo y el derecho a la libertad procreativa, éste último no debe ser parte del derecho que protege la Constitución y por tanto las técnicas de reproducción asistida protegerán por el Estado a los casos de derecho procreativo y no deben ser parte del servicio de salud básico dentro de México².

En el caso de las nuevas técnicas de reproducción asistida, el derecho en México no ha dado respuesta a este progreso biomédico en concordancia con el desarrollo y bienestar de la sociedad que el mismo implica. El derecho y más, los legisladores a través de sus propuestas han optado por verter vino nuevo en odres viejos, aplicando una solución de carácter patrimonialista para desarrollar en la sociedad estas técnicas.

El contrato patrimonial tradicional ha sido la figura utilizada para estos asuntos, sin trabajar temas como la causa de la figura jurídica por razón de infertilidad, y el consentimiento informado con los requisitos que éste implica para respetar el verdadero interés jurídico que significa la maternidad subrogada, y como una forma de evitar la trata de personas y garantizar el interés superior del menor.

En este contexto, se hace necesario precisamente un estudio doctrinal de carácter socio-histórico, considerando que en México no estuvo vigente el Código Civil de 1889 por lograr con anterioridad la independencia de España. Así que las instituciones jurídicas mexicanas tienen dos vertientes fundamentales, la teoría bipartita francesa y tripartita o ítalo-germana sobre el hecho jurídico³. En la

¹ LAURENT PAVÓN, A.: "Consentimiento informado y daño moral", en GARCÍA FERNÁNDEZ, D. y MALPICA HERNÁNDEZ, L. (coord.), *Temas de Derecho Biomédico*, Ed. Porrúa - Universidad Anáhuac, México, 2010, colección Derecho y Bioética, pp. 77-100.

² BAFFONE, C.: "La maternidad subrogada: Una confrontación entre Italia y México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 137, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, mayo-agosto de 2013, pp. 441-470.

³ BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho Civil. Introducción y Personas*, 2ª edición, Editorial Oxford, México, 2010, pp. 50-52.

generalidad de los Códigos civiles mexicanos, se aplica la tradicional teoría francesa sin embargo en los Códigos Civiles más modernos de México se aplica de forma dual la teoría francesa y la teoría italo-germana, conocida como teoría tripartita al reconocer: hecho, acto y negocio jurídico, pero determinando éste último como contrato. El acto es una actividad humana voluntaria a la que la norma le atribuye consecuencias jurídicas a favor o en contra del hombre, en esta teoría, el delito es un acto jurídico. La tercera categoría es el negocio jurídico que se define como un acto lícito, voluntario con la intención de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Aunque en México no se utiliza la figura del negocio jurídico en la legislación civil, algunos códigos la han sustituido directamente por la de contratos.

Autores como Díez-Picazo encuentran importantes diferencias entre el acto jurídico de la teoría bipartita del negocio jurídico de la teoría tripartita, en tanto, la teoría del contrato se enmarca en una posición de voluntarismo jurídico basada en una concepción individualista del mundo⁴. Mientras que en la teoría francesa el acto jurídico trata de toda manifestación de voluntad que da lugar al nacimiento de consecuencias de derecho, sin distinguir diversas especies de actos, en el derecho alemán sí admiten una distinción y ofrecen especies de actos, en los que aparece el acto jurídico *strictu sensu*,⁵ como todo acontecimiento voluntario al que el ordenamiento legal ya le ha señalado las consecuencias a actualizarse por su verificación. En este tipo de acto jurídico con verificación estatal, el autor de un acto se limita simplemente a realizarlo y la plena intervención de la voluntad en su verificación es suficiente para que la ley le atribuya los efectos en ella establecidos. En algunos Códigos Civiles mexicanos con cierta influencia alemana aparece esta figura, como acto jurídico normativo⁶.

La maternidad subrogada es un hecho jurídico complejo. El supuesto de hecho complejo puede estar estructuralmente compuesto de hechos de diferente naturaleza –actos de la vida privada, actos de la administración pública, actos legislativos, hechos naturales- cada uno con autonomía y relevancia propia, pero todos juntos dirigidos a la producción de un efecto final⁷.

⁴ DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 124.

⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A.: *Derecho Civil. Parte General, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 505.

⁶ Artículo 1877 Código Civil de Tabasco, “Por medio del acto jurídico normativo el autor o autores del mismo, en ejercicio de las facultades que la ley les concede o de la autonomía de la voluntad que la ley reconoce a los particulares, regulan la conducta propia o la ajena, adquieren derechos y contraen o imponen deberes”. Artículo 1430 Código Civil de Puebla: “Por medio del acto jurídico normativo, el autor o autores del mismo, en ejercicio de las facultades que la ley les concede o de la autonomía de la voluntad que la ley reconoce a los particulares, regulan la conducta propia o la ajena, adquieren derechos y contraen o imponen deberes. Artículo 1244 Código Civil de Tlaxcala: Por medio del acto jurídico normativo el autor o autores del mismo, en ejercicio de las facultades que la ley les concede o de la autonomía de la voluntad que la ley reconoce a los particulares, regulan la conducta propia o la ajena, adquieren derechos y contraen o imponen deberes”.

⁷ MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C. J.: “Derecho civil constitucional”, capítulo decimosegundo en PERLINGIERI, P.: *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo comunitario de las fuentes* (traducido y coordinado por LUNA SERRANO, A. y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C.), Ed. Dykinson, Madrid, 2008, p. 561.

La maternidad subrogada es un acto jurídico normativo complejo en el que interviene necesariamente la bioética, sostenemos esta posición con los principios que argumenta Lucas Lucas:

-El valor absoluto de la vida humana y su inviolabilidad como persona.

-El nexo inseparable existente entre vida, verdad y libertad. Separar la libertad de la verdad objetiva hace imposible la fundamentación de los derechos de la persona sobre una sólida base racional y establece las premisas de comportamientos arbitrarios y totalitarios, tanto de los individuos como de las instituciones⁸.

III. LA CAUSA COMO ELEMENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO ACTO JURÍDICO NORMATIVO.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) describió el término infertilidad como la enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas⁹.

Para una mujer, la infertilidad (o un estado de subfertilidad) puede manifestarse como:

- 1) La incapacidad de quedar embarazada;
- 2) Una incapacidad para mantener un embarazo,
- 3) Una incapacidad para llevar un embarazo a un nacimiento vivo¹⁰.

La OMS define a la infertilidad como una enfermedad, pues esta situación conlleva una gran cantidad de efectos tanto en la salud física como mental, emocional, psicológica, social y hasta religiosa en las parejas que la sufren.

El derecho a la salud implica la protección de la persona en el ámbito de su derecho reproductivo, la maternidad subrogada es una modalidad científica que permite brindar a la mujer o pareja infértil una opción pero esto es posible bajo las condiciones que el Estado logre una armonización a través de lo que se pueda establecer en la Ley General de Salud¹¹.

Entre las interrogantes que surgen producto de las nuevas técnicas de reproducción asistida es el camino legislativo a seguir para que no contravengan los principios

⁸ LUCAS LUCAS, R.: *Bioética para todos*, Ed. Trillas, México, 4ª edición, 2016, p. 26.

⁹ [Glosario](#) de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el “International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology” (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

¹⁰ Al respecto véase la página de la [Organización Mundial de la Salud](#).

¹¹ Así lo define entre otros BAFFONE, C.: “La maternidad subrogada”, cit., pp. 441-470.

fundamentales de protección a la persona, incluyendo la madre gestante, las personas infértiles y por supuesto el hijo que nacerá de tales técnicas.

IV. LA MATERNIDAD SUBROGADA, UN ANÁLISIS A TRAVÉS DE LA EXPERIENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

La fertilización in vitro (FIV) es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹², adoptaron el contenido del artículo 4.1¹³. Por tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tiempos recientes abordó el tema en el Caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* a partir de las consideraciones siguientes:

- 1) Los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y
- 2) Las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos valoró el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, exponiendo que de ninguno de estos artículos o tratados era posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención¹⁴.

La Corte Interamericana se pronunció en primer lugar por definir en el sistema jurídico que la sostiene, el término “concepción” a partir de la existencia de la Fertilización In Vitro. La Corte reconoce que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación y que en el segundo momento, se cierra el ciclo que permite entender la concepción. Si el embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas porque no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. Esto se prueba porque sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella.

¹² La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica, entró en vigencia el 18 de julio de 1978).

¹³ Artículo 4.- Derecho a la Vida 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *ARTAVIA MURILLO y otros* (fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

En el Caso Artavia Murillo, la Corte Interamericana valoró el Derecho Comparado, analizando el Convenio de Oviedo, del cual valoró la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina, adoptado en el marco del Consejo de Europa, en su artículo 18¹⁵.

V. LA ADOPCIÓN Y LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Algunos autores han pretendido dar respuesta jurídica a la maternidad subrogada a través de una analogía con la institución jurídica de la adopción, en esta posición coincido que tanto la adopción como la maternidad subrogada deben tener el tratamiento de actos jurídicos normativos, sin embargo la causa de la adopción es diferente a la maternidad subrogada. En la primera, la adopción es válida su regulación íntegra en el Código Civil o en su caso en los Códigos de Familia que existen en México. La segunda, la maternidad subrogada surge por una incapacidad física, y debe ser protegida bajo estrecha supervisión del Estado según el sistema de salud.

La palabra adopción proviene del latín *ad a optare*, desear y puede definirse como acción de adoptar o prohijar¹⁶. Autores mexicanos definen la adopción como el acto jurídico de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente¹⁷.

La adopción únicamente se configura a través de una sentencia judicial cuya tramitación debe ser consentida, entre otros, por quienes tengan la representación del menor a adoptar, sea quienes ejercen la patria potestad, un tutor o el Ministerio Público.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado porque es el Ministerio Público la autoridad competente para recibir el consentimiento a fin de realizar el trámite de adopción de un menor por parte de quien ostenta la representación del mismo, dadas las funciones del Ministerio Público en materia familiar y como auxiliar de la autoridad judicial¹⁸.

¹⁵ Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. El artículo 18 dispone: Experimentación con embriones in vitro: 1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.

¹⁶ PÉREZ DUARTE, A.: "Adopción", en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo I, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2002, p. 177.

¹⁷ BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho de Familia y Sucesiones*, Editorial Oxford, México, 2004, p. 216.

¹⁸ Tesis: 1a. LII/2013, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVII, febrero de 2013, tomo 1, p. 794, bajo el rubro: Adopción de un menor de edad. El ministerio público es autoridad competente para recibir el consentimiento de quien ejerce la patria potestad del menor o quien ostenta su representación para iniciar los trámites respectivos.

En caso de pretender utilizar a la adopción para la maternidad subrogada no puede obviarse que existen requisitos más precisos en la legislación mexicana para la adopción internacional¹⁹. Por ejemplo, los menores adoptados por extranjeros son aquellos que viven en casa hogar, esto es, huérfanos, abandonados por sus padres o que por alguna razón hayan perdido la patria potestad sobre ellos y la asignación es realizada por el Consejo Técnico de adopción que comunicará a los interesados si una vez aprobado el certificado de idoneidad sigue con la intención de adoptar.

En la adopción tanto nacional como internacional se requiere una convivencia del menor con los adoptantes al menos a través de medios escritos y tecnológicos y esta convivencia personal del menor con los adoptantes, es supervisada en todo momento por el psicólogo²⁰. Para determinar cuál es el interés superior del menor en un caso específico, es necesario tomar en cuenta diversos factores, tales como su situación personal y las circunstancias que gravitan en torno a su vida²¹.

En caso de menores de edad, el juzgador, al aprobar todo trámite de adopción, debe verificar quién o quiénes tienen la custodia del niño y, en caso de que éste se encuentre bajo el resguardo de los adoptantes, tendrá que tomar en consideración, como un factor determinante para aprobar el trámite, el tiempo que el menor ha convivido con quienes lo tienen bajo su custodia, particularmente, en los primeros años de vida, afectivos de apego, lo que podría generar un trauma que afecte su desarrollo posterior²². Las personas se consideran idóneas para adoptar cuando prueben su capacidad para brindar cuidado y protección al menor de edad, así como incluirlo a una familia.

En el caso de la maternidad subrogada los legisladores deben romper paradigmas superados. El primero de ellos es, que éstas técnicas no han sido protegidas por algún tipo de derecho anterior, simplemente por no existir en las sociedades pre-existentes.

¹⁹ Código Civil Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Últimas reformas publicadas el 24 de diciembre de 2013. “Artículo 410 E.- La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y tiene como objeto incorporar, en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen. Esta adopción se registrará por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código. Las adopciones internacionales siempre serán plenas. La adopción por extranjeros es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Esta adopción se registrará por lo dispuesto en el presente Código. Artículo 410 F.- En igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a mexicanos sobre extranjeros”.

²⁰ Sobre el tema de adopción internacional; Cfr. SOLÍS GARCÍA, M. I.: *La protección jurídica del menor adoptado por extranjeros en el Estado de Tabasco*, Tesis de Maestría. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, junio 2006.

²¹ La adopción internacional está prevista en Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de diciembre de 2014.

²² Tesis: III.2o.C.52 C, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 26, enero de 2016, Tomo IV, p. 3136, bajo el rubro: adopción plena. Para decretarla, conforme al interés superior del niño, constituye un factor determinante el tiempo que el adoptado ha pasado con los adoptantes, en caso de que éstos tengan su custodia.

En cuanto al consentimiento como parte del acto jurídico normativo que constituye la adopción, ha expresado la Suprema Corte que la adopción no se configura por la voluntad de los particulares, ni por resolución de un organismo público, como sería el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia o el Ministerio Público. La adopción únicamente se configura a través de una sentencia judicial cuya tramitación debe ser consentida, por quienes tengan la representación del menor a adoptar, sea quienes ejercen la patria potestad, un tutor o el Ministerio Público.

VI. BIOÉTICA Y DERECHO EN MÉXICO.

La bioética es una disciplina capaz de crear un vínculo humanista entre las ciencias de la salud, la ética y el mundo del derecho²³. La bioética²⁴ como nueva disciplina que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en general, surge de la necesidad de regular la acción de la ciencia sobre el hombre y el medio ambiente, la bioética ya no se trata sólo de normas de comportamiento para médicos y otros profesionales, se trata de principios generales que rigen el comportamiento científico.

Con anterioridad a 1988, referirse a la bioética en México era excepcional, pues casi estaba excluida del vocabulario y del discurso de las autoridades del Sector Salud y de los Derechos Humanos, a pesar de que desde 1970 el término ya había sido divulgado. Sólo hacía falta que la Secretaría de Salud, como la autoridad político-sanitaria del Gobierno de la República Mexicana, conformara una instancia para el estudio, investigación y difusión de la bioética, con la inclusión de un movimiento de reflexión intelectual que no sólo se ciñera a la moral y la ética médica y sirviera para normar la conducta de quienes intervienen en la vida, la salud y la dignidad humanas.

Algunos estudiosos del tema afirman que México sí ha dispuesto normas sobre bioética, pero éstas son vagas e imprecisas, además de que entre los legisladores hay desconocimiento del tema, pues como algunos de ellos dicen: “muchas veces es mejor que no haya una ley a que haya malas leyes”²⁵.

Sin embargo, en un análisis bioético, la libertad sexual de la mujer no puede afectar la vida de otro ser humano que carecerá de su identidad, esto en contra de los que pueden defender el contrato de maternidad con su efecto patrimonial. ¿Por qué no

²³ GARCÍA FERNÁNDEZ, D. y MALPICA HERNÁNDEZ, L. (coord.): *Temas de derecho biomédico*, Ed. Porrúa - Universidad Anáhuac, México, colección Derecho y Bioética, 2010, p. XI.

²⁴ BRENA SESMA, I., “Manifestaciones de voluntad del paciente expresadas en forma anticipada”, en BRENA SESMA, I. y DÍAZ MULLER, L. T. (coord.) *Segundas Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos: bioética y biotecnología*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 13-28.

²⁵ Al respecto véase el diario [La Jornada](#).

incentivar a los estudios de oficios o profesiones en vez de buscar ese tipo de subsistencia?²⁶

VII. ESTUDIO DE CASO LEGISLATIVO EN MÉXICO. CÓDIGO CIVIL DE TABASCO.

Según se ha expresado con anterioridad, en un solo Código Civil en México que incorporó sin explicación racional, ni huellas históricas registradas la posibilidad de la gestación a través de una madre gestante subrogada y también de una madre gestante sustituta. El asunto que parecía intrascendente en 1997 ha dado lugar a situaciones jurídicas trágicas que no pueden entenderse si no se realiza un estudio de historia crítica en cuanto a la evolución de la figura sin una política legislativa seria que respalde las modificaciones sufridas en un tortuoso camino que agravó la primera situación cuando de forma genérica se incorporaron estas figuras, veamos:

1. Primera etapa.

Su extensión puede fijarse desde abril de 1997 al 13 de enero del 2016, cuando se produce una reforma legislativa que inicia una segunda etapa. La incorporación de la maternidad por sustitución se realizó de forma dispersa en catorce artículos.

En el artículo 31 dedicado al Libro de las Personas Físicas, se le otorga capacidad de goce que no personalidad al nasciturus y a los embriones, en los siguientes términos: “La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno.”

De pronto en el Capítulo II, del Libro I, dedicado a las personas, en la parte relativa a las actas de nacimiento apareció un extenso artículo 92, que expresaba en los párrafos cuarto y quinto del mismo:

“... 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.

²⁶ Las posiciones de algunas feministas como Carmel Shalev, obvian que los más beneficiados en este tipo de negocios jurídicos son las personas que tienen dinero para pagar algo así y principalmente los intermediarios abogados, notarios o médicos que negocian con la vida humana, prohibido ello en todas las Convenciones, Tratados y Constituciones de los países que reconocen la existencia de los derechos humanos.

Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso....”

Esto significaba que en las actas de nacimiento se autorizaba un tipo de adopción no tradicional y sin requisitos previos. En relación a la filiación apareció el artículo 347 que en su primer y segundo párrafo estipuló lo siguiente:

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

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

En este artículo se rompía así con el principio romano de *mater semper certa est*²⁷. El artículo 349 también estaba acorde con la ciencia ficción más contemporánea cuando sentenció sobre el reconocimiento de hijos no nacidos:

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

Con gran audacia se reconoció sin más:

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

I. A llevar el apellido del que lo reconoce.

II. A ser alimentado por éste.

²⁷ Locución latina que significa “la madre siempre es cierta o conocida”

III. A percibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión testamentaria, y

IV. A ejercer los derechos que este Código concede a los hijos póstumos.

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

Como señalé al principio, los artículos modificados por la incorporación de la maternidad sustituta fueron catorce,²⁸ esparcidos por el Código de forma indiscriminada y sin atender a la repercusión social que podía implicar esta reforma. En el artículo 92 del Código Civil de Tabasco, se introdujo la expresión de “contrato de maternidad subrogada” aun cuando todos los artículos modificados aparecen en el Libro de la Persona y referente también a la familia, pero ello fue suficiente para que las lagunas legales produjeran la patrimonialización de la figura a través del desarrollo de contratos tradicionales. Algunas de las cláusulas de estos contratos se redactaron en los términos siguientes:

“...Los cónyuges contratantes y la madre gestante sustituta convienen que el procedimiento para llevar a cabo la reproducción será mediante la práctica médica denominada Fecundación In Vitro con transferencia de embriones,...se harán tres intentos de transferencia embrionaria para lograr el embarazo positivo... en caso de no lograrse se entenderá como terminado este contrato...

En el caso del embarazo positivo las partes acuerdan que los padres contratantes entregarán a la madre gestante sustituta la cantidad de 150,000.00 (ciento cincuenta mil pesos m/n) a fin de afrontar gastos diversos...

...De igual manera las partes acuerdan que solo en el caso de un embarazo positivo de 2 y hasta 3 productos se entregarán 50,000.00 (cincuenta mil pesos) adicionales...²⁹

Aunque el contrato estaba denominado de maternidad gestante altruista, la comercialización estaba presente en todo momento.

A partir del 2008, fecha citada por funcionarios del Estado de Tabasco, se comenzaron a realizar este tipo de contratos por extranjeros que provocaron en el país de origen, como fue en el caso de España ciertas dificultades para el reconocimiento de esos hijos en el país.³⁰ Las disposiciones en los países de origen

²⁸ Dichos artículos modificados para el Código Civil de Tabasco de 1997 fueron los siguientes: artículos 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 349, 360, 365 y 399 fracción III.

²⁹ Cláusulas que contienen un contrato privado denominado “de maternidad gestante sustituta altruista”, mismo que fue proporcionado a la autora para efectos de esta investigación por el titular de un despacho jurídico que asesoraba a una de las partes, quién en ejercicio de su derecho a la protección de datos personales solicitó el anonimato.

³⁰ En España se emitió la Instrucción de 5 de Octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación

provocaron que los padres contratantes presentaran el documento ante los jueces de lo Familiar del Estado de Tabasco para que mediante un procedimiento judicial no contencioso en la vía de jurisdicción voluntaria, se aprobara el contenido del respectivo contrato de maternidad subrogada. Los jueces únicamente revisaban elementos formales de uno o cualquier contrato y valoraban con muy pocos elementos la protección del interés superior del menor.

En la Legislación Local se presentó una iniciativa que perseguía garantizar la gratuidad de las técnicas, derogando todo lo relativo a la denominación de contrato de maternidad subrogada. Sin embargo la iniciativa fue presentada por una diputada de oposición³¹, de ahí que su contenido tal y como se presentó no prosperó pero sirvió para que se empezaran una serie de publicaciones, por los medios nacionales sobre el comercio y el trato contractual equiparable a la trata de personas que se estaba realizando en el Estado de Tabasco.

2. Segunda Etapa.

El 14 de diciembre de 2015, cuando había concluido el período de la diputada que presentó la iniciativa, se presentó otra iniciativa de reforma al Código Civil de Tabasco, respecto al procedimiento de la maternidad subrogada donde se realizaron varias modificaciones y adiciones al tema en la legislación civil, prohibiendo a los extranjeros estas prácticas pero en ningún artículo se garantizó la gratuidad de la figura³².

La reforma publicada en enero del 2016 incorpora ocho artículos más al Código Civil de Tabasco sobre gestación asistida y subrogada, que en lo esencial reflejaron lo siguiente:

- a) Se incorpora el concepto de reproducción humana asistida y se precisa que este tipo de técnicas son autorizadas por la legislación en materia de salud. Al respecto comento que el Código Civil no tiene facultades para tal declaración.
- b) Se incorporaron las modalidades que admiten la gestación por contrato subrogada y sustituta³³.
- c) Se enumeran las condiciones que debe cumplir una mujer para intervenir como gestante, destacando entre ellas: tener entre veinticinco y hasta treinta años.

por sustitución que requería una resolución judicial dictada por el tribunal competente del país de origen.

³¹ Iniciativa presentada por la Diputada L. I. 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.

³² Sobre las reformas antes señaladas, se adiciona el Capítulo VI Bis denominado “De la gestación asistida y subrogada”, conformada por los artículos 380. Bis, 380 Bis.1, 380. Bis.2; 380 Bis 3; 380. Bis 4, 380. Bis 5; 380. Bis 6 y 380. Bis 7. Las reformas todas del Libro Primero del Código Civil no fueron publicadas hasta el 13 de enero de 2016.

³³ Artículo 380 bis 2 del CCT.

d) Se exige que el Estado debe autorizar y certificar las clínicas que realicen estas técnicas de reproducción asistida.

e) La figura se mantiene en forma contractual. Los contratos de gestación deben cumplir los siguientes requisitos:

-Ser ciudadanos mexicanos.

-Poseer plena capacidad de goce y ejercicio.

-La mujer contratante debe acreditar mediante certificado médico que posee imposibilidad física para llevar a cabo la gestación en su útero y que tiene entre 25 y 40 años de edad.

-La mujer gestante debe otorgar su consentimiento de forma pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación.

e) Los contratos deben formalizarse previamente ante notarios y después presentarse ante los Jueces Familiares, mediante un procedimiento judicial no contencioso confrontando la fe pública de ambos servidores públicos.

Las reformas se publicaron un mes después de que fueran aprobadas. La titular de la Procuraduría General de la República promovió una acción de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el fin de determinar la constitucionalidad de los artículos 380 bis, párrafo tercero, 380 bis 3, párrafo cuarto, quinto y sexto, ambos del Código Civil de Tabasco, que establecen la forma y requisitos para el otorgamiento de células germinales, así como la omisión legislativa al no prever un criterio económico en el contrato de gestación³⁴, sin embargo todavía se encuentra pendiente de resolverse dicha acción.

VIII. RETOS LEGISLATIVOS EN CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. UNA PROPUESTA EN MÉXICO.

Existen diferentes posiciones sobre la técnica legislativa a seguir en cuanto a si se debería acudir a una ley especial en la que se plantearan los principios para desarrollar estas técnicas³⁵. Una reglamentación a un caso excepcional no es necesariamente discriminatorio, la excepcionalidad como señala el propio Perlingieri no significa que sea negativo. La misma se explica a partir de que el empleo de tal técnica es solamente posible cuando constituya un instrumento científico-jurídico que garantice el derecho a la salud a través del sistema de salud nacional que puede

³⁴ Acción de inconstitucionalidad número 16/2016, turnado para resolución a la Ministra N. L. Piña Hernández.

³⁵ Los contrarios a esta posición explican que los principios relativos a los problemas de la persona encuentran completa expresión en la Carta Fundamental. Cfr. LLÁCER MATAACÁS, M. R., "Situaciones jurídicas existenciales" capítulo decimosexto en PERLINGIERI, P.: *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo comunitario de las fuentes* (traducido y coordinado por LUNA SERRANO, A. y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C.), Madrid, Ed. Dykinson, 2008, p. 739.

delegar en clínicas especializadas de carácter privado pero siempre supervisadas a través del sistema de salud.

En este trabajo se propone que sea la Ley General de Salud en México la que regule la maternidad subrogada como acto jurídico normativo bajo los principios siguientes:

1. La maternidad subrogada será autorizada sólo por razón de infertilidad, riesgos de transmisión de enfermedades hereditarias, o razones de orden psicológico, nunca por razones discrecionales en la que se incluyen los aspectos estéticos de la mujer contratante.
2. Debe considerarse el consentimiento informado en el proceso de fecundación tanto de los padres naturales como de la madre sustituta. La revocación del consentimiento será posible hasta la fecundación del óvulo.
3. El interés superior del menor impone el derecho de identidad del mismo en cuanto a la madre gestante sustituta, para efectos genéticos futuros pues no hay duda que la aportación natural de la mujer que posee el vientre trasciende en su formación definitiva.
4. En atención a la identidad del menor, no es posible guardar el anonimato en la donación porque el producto de la concepción tiene derecho a conocer su patrimonio genético y evitar consecuencias naturales y sociales futuras.
5. Se prohíbe cualquier cobertura de comercialización o patrimonialización de las técnicas de reproducción asistida.
6. Debe existir un límite en la manipulación genética del embrión, aunque ello pueda ocurrir por razones terapéuticas.

El control de la maternidad subrogada a través de mecanismos que se contemplen en la Ley General de Salud evitaría el turismo reproductivo, fenómeno producido en los últimos tiempos en México y permitiría a todas las personas que viven en México y tienen infertilidad, a la protección de los derechos fundamentales amparados por el artículo 1º constitucional.

1. El rol de los Códigos Civiles. Derecho a la identidad, filiación, nacionalidad y derechos hereditarios.

El nombre como un atributo de la persona³⁶ queda definido en los Códigos Civiles. En el caso de la maternidad subrogada, el nombre de la persona en sentido jurídico constituye un medio potencial de identificación de cualquier miembro de la familia y

³⁶ En la generalidad de los Códigos Civiles aparece el término jurídico del nombre, entendiéndose por tal el que se forma por el nombre propio y los apellidos paternos de sus progenitores. Por ejemplo véase el artículo 47 del Código Civil de Tabasco.

la nueva persona nacida por las técnicas de reproducción asistida está legitimado para el uso del nombre y del apellido familiar de los padres naturales³⁷. El nombre por otra parte, constituye uno de los elementos del derecho a la identidad, que junto con sus otros elementos: nacionalidad, filiación, caracteres físicos y morales, profesión y acontecimientos diversos de la vida³⁸, permitirá identificarlo dentro del grupo social al que pertenece.

En la constitucionalización del derecho al nombre, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que su finalidad consiste en fijar la identidad de una persona en las relaciones sociales y ante el Estado, de suerte que la hace distinguible en el entorno, es decir, es una derivación integral del derecho a la expresión de la individualidad, por cuanto es un signo distintivo del individuo ante los demás, con el cual se identifica y lo reconocen como distinto³⁹.

Incluso, como parte del derecho a la identidad, debe expedirse el acta de nacimiento al bebé que nazca como consecuencia del uso de la técnica de maternidad subrogada, sea vivo o muerto, ya que así se reconoce el vínculo de parentesco e identidad de los individuos registrados y de sus familiares.

A) Filiación.

El avance de la ciencia médica en las técnicas de reproducción humana asistida, ha ido ocasionando modificaciones a conceptos tradicionales de institución romana, como son la maternidad y la paternidad, anteriormente el principio romano *mater semper certa est* prevalecía sin discusión, sin embargo, con los avances de la ciencia médica que hemos estudiado, se ha roto el paradigma de este principio pues nacen diversos supuestos de maternidad, por lo cual, madre genética o biológica, no será siempre aquella que da a luz, asimismo respecto a la paternidad el principio *pater is est quem nuptiae demonstrante*⁴⁰ en este artículo sostengo que no debe existir únicamente el criterio biológico para asignar la maternidad o paternidad, y sí sólo el que garantice el interés superior del menor, concebido y nacido.

Antonio José Vela Sánchez señala que ya no es el dato biológico el único título de atribución de la filiación, de manera que queda a voluntad de las partes la determinación de la filiación en los supuestos de reproducción asistida. Se intenta primar la filiación derivada del afecto, de la voluntad, de la intención, de la apariencia, frente a la puramente biológica.⁴¹

³⁷ LLÁCER MATA CÁS, M. R.: “Situaciones jurídicas existenciales”, cit, p. 747.

³⁸ Cfr. PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 38–51.

³⁹ Tesis: 1a. XXXII/2012, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro VI, marzo de 2012, tomo 1, p. 275, bajo el rubro: derecho humano al nombre. Es un elemento determinante de la identidad.

⁴⁰ Locución latina que significa “Es padre aquel que indican las nupcias”.

⁴¹ VELA SÁNCHEZ, A. J.: *La maternidad subrogada estudio ante un reto normativo*, España, Comares, S.L., 2012, p.72.

2. Los Comités Hospitalarios de Bioética: una vía interdisciplinaria para la determinación de casos que requieran el procedimiento de la maternidad subrogada.

Un grupo de científicos interdisciplinario, se reunieron en la sede de la Organización Mundial de la Salud en Ginebra, Suiza, para trabajar conceptos en tres áreas específicas: condiciones y procedimientos clínicos, procedimientos de laboratorio y evaluación de los resultados. De ese trabajo conjunto se constituyó el actual Glosario del International Committee for Monitoring ART (ICMART), lográndose un consenso sobre 87 términos que incluía las definiciones de numerosos procedimientos clínicos y de laboratorio. Se hizo especial hincapié en la terminología destinada a evaluar resultados, tales como la tasa acumulativa de partos y otros marcadores de seguridad y eficacia en TRA. Este glosario contribuirá a una comunicación más estandarizada entre los profesionales responsables de la práctica de las TRA, así como los responsables de los registros internacionales, nacionales y regionales.

La terminología definida según el Glosario Internacional resultó la siguiente:⁴²

“Donación de embriones”: Transferencia de embriones resultantes de gametos (espermatozoides y ovocitos) que no se originaron de la receptora y su pareja.

“Edad gestacional”: Edad de un embrión o feto calculada al sumar dos semanas (14 días) al número de semanas completadas después de la fecundación. Nota: para transferencia de embriones criopreservados/ descongelados, la fecha estimada de fecundación es calculada restando la edad del embrión en el momento de la criopreservación a la fecha de la transferencia de embriones criopreservados y descongelados.

“Embrión”: Producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario (8 semanas después de la fecundación). Esta definición productos de la transferencia de núcleos de células somáticas.

“Fecundación”: Penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos, lo que resulta en la formación de un cigoto.

“Fecundación in vitro (FIV)”: Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que involucra fecundación extracorpórea.

“Feto”: Producto de la fecundación desde el fin del desarrollo embrionario, a las 8 semanas después de la fecundación, hasta el aborto o el nacimiento.

“Infertilidad”: Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

⁴² Al respecto véase el [Glosario](#).

“Implantación”: La unión y subsecuente penetración del blastocisto libre de zona pelúcida usualmente en el endometrio, que comienza 5 a 7 días después de la fecundación.

“Gestante subrogada”: mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.

“Reproducción médicamente asistida (RMA)”: reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida (TRA), inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante.

“Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)”: todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante⁴³.

En este concepto no se aborda la verdadera causa que origina la maternidad subrogada (según se defiende en este artículo) que debe ser un acto jurídico establecido en la ley de salud, como una opción de la mujer que padece una enfermedad o infertilidad para optar por la gestación de otra mujer que debe ser cercana a ella por filiación o por relaciones afines.

En la era de los derechos humanos ¿cómo defender a una pareja que compra el vientre de una mujer para que produzca un niño? Estos hechos lamentables han ocurrido, porque el derecho contemporáneo y las legislaciones de los Estados que la regulan han sido incapaces de brindar soluciones acordes con nuestro tiempo en el que el interés jurídico principal debe estar vinculado con la atención a la protección de la dignidad de la persona.

En México encontramos en los lineamientos de la Ley General de Salud⁴⁴, las facultades con que cuentan los Comités Hospitalarios de Bioética, tales como: la resolución de problemas derivados de atención médica de tipo preventiva, curativa, de rehabilitación y paliativa, así como para el análisis, discusión y apoyo en la toma de decisiones respecto a los problemas bioéticos que se presenten en la práctica clínica o en la docencia que se imparte en el área de salud, así como promover la

⁴³ Al respecto véase el [Glosario](#).

⁴⁴ Al respecto véanse los artículos 41 bis y 98 de la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, cuya última reforma se publicó el 27 de enero de 2017.

elaboración de lineamientos y guías éticas institucionales para la atención y la docencia médica. Otros países han considerado la opción de los Comités de Bioética⁴⁵.

Una alternativa que se propone para resolver los casos trágicos⁴⁶ que se han generado con el uso de la maternidad subrogada, es que se incorpore como un acto jurídico normativo, que por ser parte del Derecho a la Salud debería ubicarse en la Ley General de Salud o conforme a la experiencia en el derecho comparado, si se emite una ley especial con carácter general con efectos en todo el país, debería en primer lugar, reformarse la Constitución Federal para que se otorgue al Congreso la facultad para que expedir leyes que armonicen y regulen el uso de técnicas reproductivas, como es la maternidad subrogada.

Tanto los Comités Hospitalarios de Bioética como los de Ética en la Investigación, serán interdisciplinarios y deberán integrarse por personal médico de distintas especialidades y por personas de las profesiones de psicología, enfermería, trabajo social, sociología, antropología, filosofía o derecho que cuenten con capacitación en bioética, por lo que antes de que se diera inicio a un procedimiento de maternidad subrogada, debería someterse a la aprobación de estos comités, toda vez que se encuentran constituidos para la atención médica del sector público, social o privado del sistema nacional de salud, dado que además de la normatividad en la materia, estos comités se ajustan a los criterios que establece la Comisión Nacional de Bioética, para efectos de verificar que aquellas personas que acuden al uso de la maternidad subrogada cumplen con los principios arriba enunciados, tales como que la persona o pareja es infértil.

IX. CONCLUSIONES.

El mundo del derecho está construido para regular las relaciones de los hombres en sociedad y todo avance científico tiene su relevancia cuando se logra un impacto en esa sociedad a través de actos que permiten aplicar el nuevo invento a las personas en su beneficio. Aunque cualquier avance en el ámbito de las ciencias implica un costo económico, ello no significa que la forma de realizarlo es a través de la patrimonialización del desarrollo científico, por ello surge la bioética como una forma de mediación ética entre los descubrimientos principalmente en el área de la salud y el derecho como manifestación social de los mismos.

Como ha sostenido la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, debe considerarse la posibilidad de establecer en materia de cooperación internacional, instrumentos multilaterales vinculantes que permitan el

⁴⁵ En Portugal, encontramos que en la recién aprobada ley 25/2016 de 22 de agosto, que regula el acceso a la sustitución del embarazo, la ejecución de los negocios de gestación por sustitución requiere la autorización previa del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, para supervisar el proceso y verificar el cumplimiento de los requisitos que exige dicha ley.

⁴⁶ Cfr. ZAGREBELSKY, G.: *El Derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón, Barcelona, 1999, p. 140.

reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras sobre la filiación legal, lo que garantizaría el derecho a la identidad de los menores⁴⁷.

BIBLIOGRAFÍA

BAFFONE, C.: “La maternidad subrogada: Una confrontación entre Italia y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 137, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, mayo-agosto de 2013.

BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho Civil. Introducción y Personas*, 2ª edición, Editorial Oxford, México, 2010.

BAQUEIRO ROJAS, E. y BUENROSTRO BÁEZ, R.: *Derecho de Familia y Sucesiones*. Editorial Oxford, México, 2004.

BRENA SESMA, I., “Manifestaciones de voluntad del paciente expresadas en forma anticipada”, en BRENA SESMA, I. y DÍAZ MULLER, L. T. (coord.) *Segundas Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos: bioética y biotecnología*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

DIEZ PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. A.: *Derecho Civil. Parte General, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, Editorial Porrúa, México, 2000.

GARCÍA FERNÁNDEZ, D. y MALPICA HERNÁNDEZ, L. (coord.): *Temas de derecho biomédico*, Ed. Porrúa, Universidad Anáhuac, México, colección Derecho y Bioética, 2010.

Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010.

LAURENT PAVÓN, A.: “Consentimiento informado y daño moral”, en GARCÍA FERNÁNDEZ, D. y MALPICA HERNÁNDEZ, L. (coord.): *Temas de Derecho Biomédico*, Ed. Porrúa, Universidad Anáhuac, México, colección Derecho y Bioética, 2010.

LLÁCER MATAACÁS, M. R.: “Situaciones jurídicas existenciales” capítulo decimosexto en PERLINGIERI, P.: *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo*

⁴⁷ Al respecto véase los informes preliminares emitidos por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado desde el año 2010 a la fecha.

comunitario de las fuentes (traducido y coordinado por LUNA SERRANO, A. y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C.), Madrid, Ed. Dykinson, 2008.

LUCAS LUCAS, R.: *Bioética para todos*, Ed. Trillas, México, 4ª edición, 2016.

MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C. J.: “Derecho civil constitucional”, capítulo decimosegundo en PERLINGIERI, P.: *El Derecho Civil en la legalidad constitucional según el sistema italo comunitario de las fuentes* (traducido y coordinado por LUNA SERRANO, A. y MALUQUER DE MOTES Y BERNET, C.), Madrid, Ed. Dykinson, 2008.

PÉREZ DUARTE, A.: “Adopción” en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo I, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2002.

PÉREZ FUENTES, G. M. y CANTORAL DOMÍNGUEZ, K.: *Daño moral y derechos de la personalidad del menor*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2015.

SOLÍS GARCÍA, M. I.: *La protección jurídica del menor adoptado por extranjeros en el Estado de Tabasco*, Tesis de Maestría. Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, junio 2006.

VELA SÁNCHEZ, A. J.: *La maternidad subrogada estudio ante un reto normativo*, España, Comares S.L., 2012.

ZAGREBELSKY, G.; *El Derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón, Barcelona, 1999.