

## PERSPECTIVAS DEL JUZGADOR AL PROYECTO DE LEY DE MATERNIDAD SUBROGADA DEL DISTRITO FEDERAL

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Maternidad subrogada: perspectivas desde la función judicial*. III. *Algunas reflexiones en relación con la aplicabilidad de la maternidad subrogada en nuestro sistema jurídico*. IV. *Conclusiones*. V. *Fuentes*.

### I. INTRODUCCIÓN

El jurista alemán, Gunter Teubner, considera que: “...el carácter conflictivo de los procedimientos legales —tanto de los jurisdiccionales como de los legislativos y doctrinales— obliga al discurso jurídico a examinar a todo nuevo conocimiento producido fuera del mundo jurídico...”;<sup>1</sup> lo anterior, nos impele a reflexionar, que dentro de las diversas funciones que ejerce el Estado, el discurso producido en la administración de justicia, es el que menos puede alejarse de los avances que se dan en las diversas áreas del conocimiento humano.

En los últimos años, nuevas categorías filosóficas, sociológicas, biológicas, etcétera, han dado un giro a cómo abordar, legislar y

\* Doctor en derecho, profesor e investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Teubner, Gunter, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, trad. de Carlos Gómez Jara Díez, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2010, p. 53.

desde luego, cómo resolver conflictos jurisdiccionales; muchas de las controversiales soluciones y novedosas formas de abordar las instituciones jurídicas, que han llegado a manos de los tribunales en México, no hubieran podido ser resueltas de la misma manera, si los jueces no se hubieran apoyado del criterio de expertos en materias distintas a la ciencia jurídica.

Como se comentaba en líneas anteriores, estas nuevas vertientes del conocimiento, no pueden considerarse ajenos o distintos del discurso jurídico, pero en especial del judicial, porque la función jurisdiccional tiene la pesadísima tarea de proporcionar al discurso jurídico la dinámica, que la estática de las leyes niega; lo anterior, no implica que el juez deba manejar y conocer todas las ramas del conocimiento humano, pero sí tratar de estar al pendiente de aquellos avances que puedan tener una repercusión significativa en el discurso jurídico.

Una de esas nuevas categorías que se han incorporado, de poco en poco al discurso jurídico, es precisamente la concepción de “maternidad subrogada”; el cómo debe responder al juzgador ante esta nueva categoría que se inmersa en el discurso jurídico, es sumamente relevante, máxime que los juzgadores, en la presencia de conflictos familiares tiene el deber de salvaguardar el “interés superior del menor”.

Es por eso que el objetivo del presente trabajo, es efectuar una breve descripción de algunas problemáticas o circunstancias que deberá enfrentar el juzgador, ante esta nueva forma de paternidad (en el sentido genérico), derivada de la implementación de técnicas científicas de reproducción asistida.

## II. MATERNIDAD SUBROGADA: PERSPECTIVAS DESDE LA FUNCIÓN JUDICIAL

### 1. *Consideraciones preliminares*

El concepto o noción de “maternidad subrogada” no es ajena o divergente, por lo menos en el caso de la legislación del Dis-

trito Federal, al derecho positivo; en efecto, el artículo 293 de la codificación civil para la ciudad de México, prevé:

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

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que haya procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. **Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida** (Énfasis añadido).

Es evidente que esa forma de exclusión del parentesco previsto por los legisladores del Distrito Federal, incorpora serios problemas para los operadores jurídicos, es decir, los jueces, abogados, y hasta los justiciables. Porqué negar a los menores producto de donación ya sea de espermazos, óvulos, o de células germinales, el derecho a conocer sus orígenes genéticos y sus derechos filiales; cómo se podrá saber cuáles menores son procreados por medio de técnicas asistidas; cómo será el instrumento que consigne tales voluntades y cuál sería la congruencia jurídica de éste acorde a las reglas de nuestro sistema jurídico; estas y quizá mucho más preguntas genera la imprecisión de tal disposición normativa.

Es por eso que resulta razonable, que para brindar certeza jurídica a tal disposición del Código Civil, que en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se haya puesto a discusión “El proyecto de Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”,<sup>2</sup> que de conformidad con su exposición de motivos, considera la necesidad de introducir y regular el empleo de técnicas de fertilización y sus implicaciones en relación con la filiación, en nuestro sistema jurídico, como una nueva forma de garantizar los “derechos reproductivos” a los ciudadanos de la capital de la República mexicana.

<sup>2</sup> Cf. Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad subrogada del Distrito Federal, propuesta por la diputada Maricela Contreras Julián, de la fracción parlamentaria del PRD de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

En efecto, la exposición de motivos del proyecto de ley<sup>3</sup> parte de una reflexión al contenido del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en específico del párrafo segundo, que establece: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”; considerando que tal apartado, se traduce no sólo en imponer al Estado la obligación de garantizar a las personas el derecho a decidir libremente la planificación de la familia, sino también el reconocimiento y por ende protección de los “derechos reproductivos” de los ciudadanos.

Es esta noción de “derechos reproductivos”, la *ratio fundamental* que sustenta el documento, para justificar jurídicamente el fenómeno social de la maternidad subrogada,<sup>4</sup> y que impondrá al juzgador nuevos retos, al cambiar la perspectiva jurídica de una institución que parecía estática y atemporal, es decir, la “paternidad” (en sentido genérico, es decir hombre y mujer) y sus efectos en relación con la filiación; lo que demuestra, desde luego, que la *textura abierta*<sup>5</sup> de la norma legal, no sólo es consecuencia de la dinámica jurídica, sino también de la social.

## 2. *Derecho reproductivo como modalidad de la garantía de acceso a la salud*

El primer reto que se encuentra el juzgador al considerar a la “maternidad subrogada” como una técnica médica que permite

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 2 y 3.

<sup>4</sup> En el artículo 2o. del proyecto de ley, define a la maternidad subrogada como: “...práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer”, *Ibidem*, p. 9.

<sup>5</sup> Hart considera que “cuálquiera que sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar *una textura abierta...*”. Cf. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, p. 159.

y garantiza a los ciudadanos contar con métodos científicos para la procreación, es ubicar su lugar y clasificación dentro del catálogo de los derechos constitucionales.

El mencionado proyecto de ley determina que regular y normar las técnicas de maternidad, como la *fecundación in vitro*, es garantizar a la población su “derecho a la reproducción”, pero, el cómo considerar este derecho, constituye el primer paso y reto que enfrentarán los juzgadores.

Así, hay quienes pueden reflexionar que se está en presencia de un derecho con características propias e independientes, para otros es un derecho que deriva de otro ya existente. Pero, si analizamos la *ratio* del proyecto, y partimos de las cualidades sistémicas existentes en nuestro orden jurídico, podemos encontrar más puntos de contacto que nos permitirán establecer, desde la visión del juzgador, su clasificación dentro de nuestro inventario de garantías constitucionales.

En ese sentido, el artículo 4o. de la Constitución general de la República, contiene diversas garantías individuales, como son: “la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho a la salud; el derecho al medio ambiente, el derecho a la vivienda” y el “derecho de los niños”; es por eso, que a pesar de que en la exposición de motivos, se diga que el “derecho reproductivo”, es una extensión de la “planificación familiar”,<sup>6</sup> hay que tener en cuenta que esta última, no es autónoma, sino una subgarantía del “derecho a la salud”.

En efecto, el “derecho a la salud”, como norma programática, no sólo prevé la obligación del Estado de establecer acciones que permitan a la población disfrutar de servicios de salud y de asistencia social, sino que incluye aquellas dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y la colectividad; es decir, que el “derecho a la salud” entraña también libertades y derechos para los ciudadanos, como el cuidado de su cuerpo y salud, la libertad sexual y genésica, el derecho a no

<sup>6</sup> Véase párrafo segundo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ser sometido a tratamientos o experimentos médicos no consensuales, etcétera.<sup>7</sup>

Con base en esta noción amplia e incluyente, es que podemos considerar que la “planificación familiar” está asimilada al “derecho a la salud”; esto más que una especulación doctrinal, cuenta con sustento en nuestro orden jurídico nacional, en específico en la Ley General de Salud,<sup>8</sup> que en su artículo 3o., fracción VII, considera a la “planificación familiar” como materia de la “salubridad general”; por tanto, el llamado “derecho reproductivo”, se encuentra dentro de las hipótesis que protegen la salud de los gobernados.

### *3. Competencias o facultades concurrentes en relación con el “derecho reproductivo” o “derecho a la reproducción”*

Si partimos que el denominado “derecho reproductivo” es una especie de la garantía de acceso a la salud, el segundo problema que se le presentará al juzgador (en sentido genérico), es determinar el ámbito competencial legislativo y en consecuencia, jurisdiccional del “derecho reproductivo”.

La regla general de distribución de competencias entre la Federación, las entidades federativas y el Distrito Federal, se encuentra previsto en el artículo 124 de la Constitución, que contempla que las facultades que no están expresamente concedidas a la Federación, le corresponden a las entidades federativas; sin

<sup>7</sup> Cfr. la sentencia pronunciada en el Amparo en Revisión número 173/2008, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y la tesis jurisprudencial 1a./J. 50/2009, con el rubro: DERECHO A LA SALUD. SU PROTECCIÓN EN EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, ambos localizables en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIX, abril de 2009, p. 164.

<sup>8</sup> La Ley General de Salud es reglamentaria del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de que establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, véase artículo 1o. de la ley mencionada.

embargo, también existe la posibilidad de que el Congreso de la Unión fije el reparto de competencias o facultades “concurrentes”, entre la Federación, las entidades federativas y los municipios, e inclusive el Distrito Federal,<sup>9</sup> en diversas materias, entre las que se encuentra, la salud pública.

Esto significa para el sistema jurídico mexicano, que las facultades concurrentes son aquellas en que las entidades federativas, los municipios y la Federación e incluso el Distrito Federal, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.<sup>10</sup>

Por tanto, es la Ley General de Salud,<sup>11</sup> la que establece las reglas de coordinación y competencia entre la Federación, estados y el Distrito Federal, en materia de salud pública. Es evidente que la legislación federal no aborda literalmente la temática de la “maternidad subrogada” o alguna concepción análoga, pero si se le interpreta en su contexto histórico-progresivo,<sup>12</sup> sí es posible concluir que del contenido de sus numerales 1, 2, fracción V, 3, fracciones I, VII, IX, XXXI, y 13, apartado B, fracciones I y

<sup>9</sup> En particular para el Distrito Federal, la competencia concurrente en materia de salud pública se encuentra prevista por el artículo 122 de la Constitución Política de la República mexicana, criterio que ha sostenido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis relevante número I.8o.A.66 A, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXII, octubre de 2005, p. 2451.

<sup>10</sup> Este criterio de distribución de las competencias concurrentes, se encuentra previsto en la tesis de jurisprudencia P./J.142/2001, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el rubro: FACULTADES CONCURRENTES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. SUS CARACTERÍSTICAS GENERALES, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, enero de 2002.

<sup>11</sup> A mayor precisión, véase nota 7.

<sup>12</sup> De forma analógica, consideramos que es factible el interpretar las leyes, aplicando tanto el método histórico-tradicional como el histórico-progresivo, que la interpretación judicial ha considerado para el texto constitucional. A mayor precisión, véase: INTERPRETACIÓN TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN, tesis P./J. 61/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XI, junio de 2000, p. 13.

IV de la legislación federal en materia de salud, se encuentra el fundamento para considerar que es una facultad o competencia concurrente de la legislatura federal, de las entidades federativas y de la Asamblea del Distrito Federal el emitir normas tendentes a reglamentar y regularizar la práctica médica de la fecundación *in vitro* y sus implicaciones con la filiación.

### III. ALGUNAS REFLEXIONES EN RELACIÓN CON LA APLICABILIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO

Previamente, es de precisar que partiremos de la idea de que el Proyecto se aprueba y supondremos que la Ley de Maternidad Subrogada,<sup>13</sup> por lo tanto, “ya se encuentra vigente” en el ámbito territorial del Distrito Federal, con sus implicaciones jurídicas. Por lo que el primer paso, es qué tipo de legislación se habría incorporado a nuestro sistema jurídico; para tal efecto, es posible apoyarse del derecho comparado<sup>14</sup> para determinar cuál es la característica general de la ley en comento.

En el contexto del derecho comparado, Roberto Andorno,<sup>15</sup> nos explícita que en Europa existen dos grupos de legislaciones sobre procreación asistida, con posiciones divergentes entre sí.

<sup>13</sup> Cuando se haga mención al término “proyecto de ley”, se hace referencia al citado en la nota 1 del presente texto.

<sup>14</sup> En efecto, René David Camille, considera que el *derecho comparado* es útil, entre otras cuestiones, para un mejor conocimiento y enriquecimiento del derecho nacional, es por eso que el legislador tendrá que recurrir al derecho comparado, no sólo cuando albergue la expectativa que el derecho asegure el orden, sino cuando pretenda además, mediante nuevas leyes, transformar de manera más o menos radical a la sociedad. *Cfr.* Camille Jauffret-Spinosi, René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Jorge Sánchez Cordero, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Centro Mexicano de Derecho Uniforme-Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010, p. 4.

<sup>15</sup> *Cfr.* Andorno, Roberto, “Técnicas de procreación asistida”, en Brena Sesma, Ingrid y Teboul, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 197 y 198.

El primer grupo se integra con leyes de inspiración netamente *individualista*, porque su objetivo primordial es satisfacer el deseo de obtener un hijo, por medio de técnicas de reproducción asistida, de ahí que la idea dominante es, por ello, la de la permisibilidad de las diversas variantes de fecundación asistida.<sup>16</sup>

En razón de este objetivo, es que no se fijan condiciones particulares para el acceso a las técnicas, por ejemplo, que se trate de una pareja estable, y no de una mujer sola; que ambos se encuentren en edad de procrear, etcétera, como ejemplo de este tipo de legislación se encuentra la ley británica de 1990 (*Human Fertilisation and Embryology Act*).<sup>17</sup>

Por otra parte, el segundo grupo de leyes, si bien aceptan las técnicas de procreación asistida, también intentan encontrar un equilibrio entre éstas y la exigencia ético-jurídica de brindar un mínimo de *protección a la vida humana embrionaria y de tutelar los intereses del niño* que resulte concebido a través de las técnicas de fecundación asistida.<sup>18</sup>

Entre las diversas peculiaridades que caracterizan a este grupo de leyes, es que fijan un límite máximo al número de embriones que pueden obtenerse en cada tentativa (normalmente tres), o bien que prohíben o al menos desalientan el uso de gametos de donantes anónimos, porque esa práctica genera una fragmentación de la paternidad y/o maternidad entre diversos individuos, lo cual no parece ser lo más beneficioso para el interés del menor. En este grupo de legislaciones, que enfatizan principalmente la protección del embrión y del interés del niño concebido por las técnicas, se destacan sobre todo la ley alemana de protección de los embriones de 1990 (*Embryonenschutzgesetz*) y las leyes adoptadas en Austria en 1992 (*Fortpflanzungsmedizingesetz*), la de Suiza de 1998 (*Loi sur la procréation médicalement assistée*) y la de Italia de 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*).<sup>19</sup>

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Idem.*

Si partimos del paradigma de la experiencia europea, podemos apreciar que el proyecto de legislación se inclina al segundo grupo de legislaciones, que pertenecen a la misma tradición germánica-romana y que tienen fuertemente incorporado en su leyes, al igual que en México, la protección “al interés superior del menor”; por tanto, el juzgador en nuestro país, ante la presencia de la “maternidad subrogada”, no sólo debe procurar los “derechos reproductivos”, sino que al hacerlo debe ser en completa congruencia con los *intereses superiores de los niños*; es decir, que los juzgadores en nuestro país, al aplicar las disposiciones relacionadas con la “maternidad subrogada”, deberán siempre dar preferencia al “interés superior del menor”,<sup>20</sup> y particularmente, garantizarles el conocimiento fehaciente de su origen genético.<sup>21</sup>

Tal imperativo del “interés superior del menor”, que se debe salvaguardar en la regulación de la “maternidad subrogada”, nos impele a reflexionar si el legislar únicamente una modalidad de “reproducción asistida”, como en el caso del proyecto de ley, no implica de una u otra manera, desconocer y dejar de lado, no sólo el empleo de otras técnicas de fecundación, sino otras nuevas maneras de generar vínculos de “paternidad” (en sentido genérico) y sus consecuencias lógicas de filiación.

A mayor precisión, el proyecto de ley sólo prevé como “maternidad subrogada”, cuando una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, *unidos por matrimonio o en concubinato*, y cuando la mujer casada o que vive en concubinato *padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación*.

<sup>20</sup> A grandes rasgos, el fundamento al “interés superior de menor” se encuentra en los párrafos, 5, 6 y 7 del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ratificara nuestro país el 21 de septiembre de 1989.

<sup>21</sup> De manera *a simil*, refuerza esta idea el contenido de la tesis aislada I.10o.C. 73 C. bajo el rubro: MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA, *Cfr. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1661.

en su útero (artículo 1o.), excluyendo diversas modalidades de maternidad subrogada, siendo las más generales, las siguientes:

1. Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con gametos suyos y de su pareja.
2. Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero.
3. Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con espermatozoides de su pareja y con óvulos de otra mujer.
4. Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o los embriones fecundados con óvulos de otra mujer y espermatozoides de un tercero.<sup>22</sup>

Asimismo está el problema del porqué no se regula también la “maternidad subrogada” en el caso de infertilidad masculina, o el porqué el impedimento para que las personas solteras puedan acceder a ese beneficio; el hecho de no contemplar las diversas modalidades de fertilización asistida, significa dejar sin regulación otras formas de filiación, derivadas de situaciones como las siguientes:

- a. “Hijo” del óvulo y semen de la pareja en tratamiento, gestado por la mujer de la misma.
- b. “Hijo” del óvulo de la mujer de la pareja, gestación por ella, y de semen de donante.
- c. “Hijo” de óvulo de gametos de la pareja, gestado por una segunda mujer.
- d. “Hijo” de óvulo de la mujer de la pareja, semen de donante y gestado por una segunda mujer.

<sup>22</sup> A mayor abundamiento, véase, Arámbula Reyes, Alma, *Maternidad subrogada*, México, Servicio de Investigación y Análisis de la Subdirección de Política Exterior de la Cámara de Diputados, 2008, pp. 42 y 43, (consultado en <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>).

- e. “Hijo” de óvulo donado, semen del varón de la pareja y gestado por mujer de la pareja.
- f. “Hijo” de óvulo de donante, semen del compañero y gestado por una tercera mujer.
- g. “Hijo” de óvulo de donante, que a su vez es la gestante, y semen del miembro masculino de la pareja.
- h. “Hijo” de óvulo de donante, a su vez gestante, y semen de donante.
- i. “Hijo” de óvulo y semen de donante, gestado por la mujer de la pareja.<sup>23</sup>

Entonces, ante este escenario, el juzgador local encontraría que determinar la paternidad para esos hijos, sería un hecho complejo de comprobar, porque no en todos los casos, el padre o madre genéticos, serán los que necesariamente satisfagan el interés superior del menor; también el juzgador apreciaría que las concepciones tradicionales de “paternidad”<sup>24</sup> y de “filiación” se encuentran rebasadas por una nueva realidad social.

De lo antes precisado, es que la regulación de la “maternidad subrogada”, no puede dejar a un lado sus diversas técnicas, pues al hacerlo, se traduciría en incorporar al sistema jurídico una realidad a “medias”, que impondría a los juzgadores, sobre todo a los de corte tradicional, nuevas y diversas problemáticas; de ahí la necesidad de crear o instituir categorías jurídicas que permitan abordar los nuevos escenarios, en la que los “derechos reproductivos”, no se contrapongan al “interés superior del menor”.

Esta protección al “interés superior del menor”, también impone a la actividad jurisdiccional, en el caso de la maternidad subrogada, otras problemáticas, diversas a la filiación, a saber: si el instrumento legal en el que se haga constar el pacto entre los padres subrogados y la madre gestante es susceptible de nulidad o anulabilidad.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>24</sup> Actualmente, podemos hablar de paternidad “genética” y “social”, o bien de maternidad “genética”, “uterina” y “social”, *Ibidem*, pp. 23-27.

En ese sentido, el proyecto de ley, en sus artículos del 28 al 31, contemplan las causas de nulidad del instrumento que conste el pacto de subrogación maternal, pero sin establecer las consecuencias claras con relación a la filiación; es decir, el legislador, de forma escueta e imprecisa, le da el tratamiento de un contrato, sin considerar que las categorías jurídicas contenidas en nuestra codificación civil, no están elaboradas para resolver racionalmente problemas como un pacto de subrogación, que desde luego desborda a nuestras tradicionales fuentes formales del derecho.

Consideramos que el trabajo legislativo debe ser pensando no sólo en el destinatario de la norma, sino también en los operadores de ésta (*v. gr.* jueces, médicos y abogados), por tanto, en casos como la “maternidad subrogada”, aunque sí es necesario usar conceptos y categorías jurídicas, se debe también acudir a la interdisciplinariedad para conformar nuevas categorías que proporcionen al juez el material jurídico necesario para poder dirimir los conflictos de una mejor manera.

A mayor precisión, el Instrumento de la maternidad subrogada establece la forma y límites que tiene la maternidad subrogada.

En efecto, el artículo 14 establece los requisitos jurídicos que debe contener el Instrumento de maternidad subrogada, tales como la residencia en el Distrito Federal, lo que ataja la posibilidad de que exista alguna especie de turismo con fines de procreación; los certificados médicos expedidos por el especialista en reproducción humana que certifique la imposibilidad para llevar a cabo la gestación por parte de la madre subrogada, así como la certificación de que la mujer que llevará a cabo la gestación cuenta con plena salud física, planteando incluso la posibilidad de hacer exámenes complementarios, tales como el llamado antidoping, con el objeto de evitar que tenga alguna toxicomanía.

Adicionalmente, en el artículo 15 se blinda la posibilidad de que pudiera existir alguna especie de lucro por parte de la mujer gestante al imponer, como parte del procedimiento de firma del instrumento jurídico, que el notario público deberá consultar un

registro de maternidades subrogadas, para constatar que la mujer que se compromete a gestar, no lo haya hecho en más de dos ocasiones, protegiendo por una parte su salud física y por otra garantizando que no exista algún lucro de su parte.

Así, el artículo 33 establece que la mujer gestante 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 la maternidad subrogada o en su caso las disposiciones que establece la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, es decir, incluso sin que exista cláusula expresa de secrecía respecto a la maternidad subrogada, por tratarse de un aspecto que tiene que ver con la imagen pública de una persona y con asuntos que solamente le atañen a los padres subrogados, esta conducta puede de ser demandada civilmente y sancionada por un juez.

La regulación de la maternidad subrogada necesita contemplar una multitud de hipótesis que pueden desembocar en conflictos jurídicos que afectan diversas ramas del derecho.

Por tanto, habrá que pensar en una reestructura del Código Civil para el Distrito Federal, en diversas ramas como son la filiación, el parentesco, el desconocimiento de paternidad, la nacionalidad, los contratos, herencia, entre otros.

Así, pongamos la hipótesis de dos mujeres que contraen matrimonio y una vez casadas deciden embarazarse cada una por su cuenta, procreando un hijo con padre diferente. Legalmente, los hijos serán nacidos dentro del matrimonio y, por ende, ambas serán las madres legales. Si pasado el tiempo, el matrimonio fracasa y deciden divorciarse, la primera pregunta es, ¿con quién se quedan los hijos?, la segunda será ¿cada una se llevará a su propio hijo? ¿en caso de ser así, ya divorciadas, cuando los hijos adquieran la mayoría de edad, tendrán el derecho de pedir el desconocimiento de la maternidad respecto de la madre legal que

no es su madre biológica?, ¿podrá cada una de las madres dejar en su testamento, como heredero únicamente a su hijo biológico, sin respetar la maternidad legal que deriva del matrimonio?, o ¿habrá la necesidad de que resurja la figura de la porción legítima, a efecto de que la ley reserve un porcentaje de los bienes de la madre legal para el hijo legal?

Como se ve, del progreso de nuestra sociedad, el concepto de familia está evolucionando a pasos agigantados, al grado de que las nuevas familias se conformarán en la forma tradicional, con dos padres o dos madres, un parente, una sola madre, sólo los hijos, o bien una combinación entre abuelos y nietos.

#### IV. CONCLUSIONES

Analizar la perspectiva de la “maternidad subrogada” o “gestación subrogada desde la función jurisdiccional, no ha permitido describir cuál sería su ubicación, en caso de que se apruebe la Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal, dentro del orden jurídico nacional; así estaríamos, a nuestra consideración, con una materia de competencia concurrente entre las entidades federativas, el Distrito Federal y la Federación.

A pesar de que podamos considerar que las facultades de legislar sobre maternidad subrogada se encuentre dentro de las materias concurrentes, esto no significa un pase seguro a las reglas del sistema jurídico; significa que todos los operadores jurídicos tendrán que reflexionar, no sólo en las diversas modalidades de fertilización asistida, sino en tener siempre presente el “interés superior del menor”, y desde luego, reflexionar en replanteamiento de instituciones jurídicas, que hasta ahora se consideraban tradicionales, como serían la paternidad, la maternidad, el parentesco, la filiación, etcétera.

Así, como corolario, podemos afirmar que en el presente trabajo no se buscaba precisar soluciones a la incorporación de categorías científicas al discurso jurídico, como el caso de la maternidad subrogada, sino mostrar las líneas de fisura, de impresión,

para poder proporcionar algunos derroteros de discusión y análisis, que nos permitan reflexionar tanto a los operadores jurídicos, y a la sociedad en general, las diversas implicaciones jurídicas de estos nuevos fenómenos y así poder abordarlos con la claridad que brinda la pluralidad de posiciones.

## V. FUENTES

### 1. *Libros*

- ARÁMBULA REYES, Alma, *Maternidad subrogada*, México, Servicio de Investigación y Análisis de la Subdirección de Política Exterior de la Cámara de Diputados, 2008, (consultado en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>).
- BRENA SESMA, Ingrid y TEBOUL, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional interamericano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, René David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. de Jorge Sánchez Cordero, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Centro Mexicano de Derecho Uniforme-Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007.
- TEUBNER, Gunter, *El derecho como sistema autopoético de la sociedad global*, trad. de Carlos Gómez Jara Díez, Colombia, Universidad del Externado de Colombia, 2010.

### 2. *Legislación*

- Código Civil para el Distrito Federal.  
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.  
Ley General de Salud.

### 3. *Documentos*

Convención sobre los Derechos del Niño.

Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, propuesto por la diputada Maricela Contreras Julián, de la fracción parlamentaria del PRD de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

### 4. *Criterios jurisprudenciales*

Tesis aislada I.10o.C. 73 C., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXX, agosto de 2009.

Tesis de jurisprudencia P./J.142/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, enero de 2002.

Tesis jurisprudencial 1a./J. 50/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXIX, abril de 2009.

Tesis P./J. 61/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XI, junio de 2000.

Tesis I.8o.A.66 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXII, octubre de 2005.