

DERECHOS DE DISPOSICIÓN SOBRE
EL CUERPO HUMANO.
ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE
EL DERECHO CIVIL

CARLOS ANTONIO MORALES MONTES DE OCA
(Escuela Libre de Derecho)

RESUMEN: A través del presente trabajo analizaremos la problemática del ordenamiento jurídico mexicano actual derivado de la ausencia de una clasificación integral de los bienes en los que puedan encuadrarse los órganos, tejidos y componentes biológicos una vez desprendidos del cuerpo humano, su posible comercialización y el alcance del consentimiento informado como medio de autorización para la disposición de los mismos. Asimismo, estudiaremos la gestación por otros, la problemática de su regulación, las circunstancias relacionadas a este método de reproducción, los efectos en la familia y la filiación, y el consentimiento de las partes implicadas. Además, examinaremos las diversas legislaciones, nacionales y extranjeras, sentencias e instrumentos internacionales que existen, así como el interés superior del menor como base de cualquier regulación en esta materia. Finalmente concluiremos con la importancia de que nuestro sistema jurídico regule estos nuevos supuestos, actualizando el concepto de consentimiento informado y de bienes, a fin de dotar de seguridad jurídica y previsibilidad a todos los sujetos involucrados.

RIASSUNTO: Attraverso il presente lavoro analizzeremo la problematica dell'ordinamento giuridico messicano attuale derivata dall'assenza di una classificazione integrale dei beni,

in cui possano inquadarsi organi, tessuti e componenti biologici una volta estratti dal corpo umano, di una loro possibile commercializzazione e dei limiti del consenso informato come mezzo di autorizzazione alla disposizione degli stessi. Allo stesso tempo, studieremo la gestazione per conto di altri, la problematica della sua regolazione, le circostanze relative a questo metodo di riproduzione, gli effetti nella famiglia e per la filiazione ed il consenso delle parti implicate. Inoltre, esamineremo le diverse legislazioni, nazionali e straniere, le sentenze e gli strumenti internazionali che esistono, così come l'interesse superiore del minore come base di qualunque regolazione in questa materia. Infine, concluderemo con l'importanza che il nostro sistema giuridico regoli questi nuovi elementi, actualizzando il concetto di consenso informato e di beni, al fine di dotare di sicurezza giuridica e prevedibilità tutti soggetti coinvolti.

ABSTRACT: Throughout this work we will analyze the problems of the current Mexican legal system derived from the absence of an integral classification of the goods in which the organs, tissues and biological components can be framed once detached from the human body, their possible commercialization, and the scope of informed consent as a means of authorization for the disposal of the same. Moreover, we will study surrogacy, the problem of its regulation, the circumstances related to this method of reproduction, the effects on the family and filiation, and the consent of the parties involved. In addition, we will examine the various national and foreign law regulations, judgments and international instruments that exist, as well as the best interests of the minor as the basis for any regulation in this matter. At last, we will finish with analyzing how important it is that our legal system regulating these new scenarios, updating the concept of informed consent and legal goods, in order to provide legal certainty and predictability to all the people involved.

PALABRAS CLAVE: Materiales biológicos; disposición de los componentes del cuerpo humano; tipos de bienes; extrapatrimonialidad; consentimiento informado; gestación por otros; familia; filiación y Conferencia de la Haya.

PAROLE CHIAVE: Materiali biologici; disposizione dei componenti del corpo umano; tipo dei beni; extrapatrimonialità; consenso informato; gestazione per conto di altri; famiglia; filiazione e Conferenza dell'Aja.

KEY WORDS: Biological materials; detachment of the components of the human body; types of legal goods; extra patrimonial; informed consent; gestation by another; family; affiliation and Hague Conference.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente debido a los avances y desarrollos tecnológicos la medicina ha logrado trabajar e investigar sobre componentes del cuerpo humano de una forma que nunca antes fue concebida. Los médicos, farmacéuticos e investigadores estudian y manipulan muestras biológicas, componentes de origen humano e inclusive la procreación misma. Los descubrimientos se suceden continuamente unos a otros, casi día a día, sin embargo, lamentablemente las legislaciones de los países no han logrado encontrar la fórmula de seguir el ritmo de las nuevas realidades y crear un marco jurídico adecuado para la regulación y disposición de los componentes del cuerpo humano, del cuerpo en sí y del papel de la persona en todo ello, partiendo de su necesario consentimiento en vida y para después de su muerte y el caso de México no es la excepción.

El presente trabajo tiene como finalidad estudiar la disposición del cuerpo humano respecto a dos principales supuestos, las muestras biológicas de origen humano y, la gestación por otros. En relación con la disposición de muestras biológicas de origen humano comenzaré por analizar, conforme la doctrina civil-romana, la clasificación de las muestras biológicas provenientes del cuerpo humano como bienes de acuerdo con el ordena-

miento jurídico mexicano, las implicaciones y la dificultad de encuadrar este tipo de materiales conforme a la clasificación de los bienes del Código Civil Federal tomándolo como prototipo de los códigos civiles que existen en las treinta y dos entidades que conforman nuestra República Federal. Posteriormente, relacionaré la extrapatrimonialidad o patrimonialidad de las muestras biológicas de origen humano, así como los antecedentes y los efectos en esta área de estudio. A continuación consideraré las tendencias relacionadas con el consentimiento de la disposición del cuerpo humano, a través de conceptos como la autodeterminación y el consentimiento informado, buscando desentrañar la cuestión de ¿qué tanto consiente una persona cuando consiente?¹ Como cierre de esta parte trataré de determinar el alcance y las consecuencias jurídicas del consentimiento para disponer de los componentes del cuerpo humano, ya que hoy por hoy nadie comerciaría el cuerpo humano como tal, sin embargo, 'respecto a las partes separadas del cuerpo, la respuesta no parece tan pacífica'.²

Respecto a la disposición del cuerpo humano con la finalidad de llevar a cabo la gestación por otros, comenzaré por un análisis de las implicaciones generales de la gestación por otros, incluyendo su naturaleza jurídica, finalidad, los sujetos implicados, las motivaciones, los diversos medios utilizados, el concepto de familia, el estatus jurídico de los niños y el interés superior del me-

¹ Saruwatari Zavala, Garbiñe, "Vida privada y derecho a la información en la biomedicina", en: Brena Sesma, Ingrid y Ruiz de Chávez, Manuel H. (eds.): *Bioética y derechos humanos. México y la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto de las Aplicaciones de la Biología y la Medicina*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 151.

² Bergel, Salvador D, "Aspectos éticos y jurídicos de la comercialización de partes separadas el cuerpo humano", en: *Revista bioética*, no. 21, Conselho Federal de Medicina, 2013, pp. 199-200.

nor, así como las consecuencias de los 'casos fortuitos' y las formalidades para celebrar el acto jurídico. Posteriormente, plantearé la forma en que los sujetos implicados otorgan su consentimiento para llevar a cabo la gestación por otros, así como sus consecuencias, en especial, el alcance y las limitaciones de la disposición de la mujer sobre su propio cuerpo. Adicionalmente, examinaré la legislación de diversos países que han regulado la gestación por otros. A continuación, expondré la importancia de su regulación a nivel internacional y los trabajos que actualmente está realizando la Conferencia de la Haya en esta materia. Más adelante ahondaré en el caso mexicano, la legislación federal y estatal aplicable. Como conclusión trataré de determinar si el marco jurídico actual en México contiene la estructura necesaria para la disposición del cuerpo humano en el caso de las muestras biológicas de origen humano, así como en el caso de la gestación por otros.

II. LAS MUESTRAS BIOLÓGICAS Y LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES CONFORME AL DERECHO CIVIL MEXICANO

La Ley General de Salud (ley de carácter federal, aplicable por tanto en todo el país) carece de una definición de muestras biológicas o materiales biológicos, sin embargo, entendemos que son aquellos materiales biológicos que 'contienen información sobre las características genéticas de (los) individuo(s)'.³ Dentro de esos materiales biológicos podemos encontrar los líquidos corporales, exudados, tejidos, secreciones, heces y célu-

³ Gil, Cristina, "Utilización de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación", en: *Revista de Bioética y Derecho*, no. 25, Universitat de Barcelona, 2012, p. 22.

las. Conforme a la ley antes mencionada, de la definición de los componentes del cuerpo humano⁴ se identifican a los órganos, tejidos, células y sustancias; asimismo, dicha ley provee de una definición científica a cada uno de los ya mencionados componentes.⁵ En el desarrollo del presente trabajo me referiré a los componentes del cuerpo humano como sinónimo de materiales biológicos debido a la definición que otorgó el legislador en nuestro país a los primeros y su consecuente relación con los materiales biológicos. Derivado del análisis de los conceptos de los componentes podemos identificar que todos ellos asumen en común la característica de llevar a cabo una función dentro del cuerpo humano. Hasta principios del siglo pasado esa era la única forma en que se concebía la existencia de dichos componentes, y aunque ya se había comenzado a experimentar para disponer de ellos fuera del cuerpo humano, no fue hasta la segunda mitad del siglo pasado cuando, gracias a los avances tecnológicos, dichos intentos fueron exitosos y se logró conservar fuera del organismo a los componentes e inclusive realizar trasplantes de órganos.⁶

⁴ Ley General de Salud de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 314, fr. III. Son componentes, 'los órganos, los tejidos, las células y sustancias que forman el cuerpo humano, con excepción de los productos'. Conforme la fr. XI del mismo artículo, considera como productos a 'todo tejido o sustancia extruida, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales', así como 'la placenta y los anexos de la piel'.

⁵ Ibid, Artículo 314, fr. I y I bis. Al definir células hace referencia a células germinales y troncales, las primeras son aquellas que tienen la capacidad de reproducir, mientras que las segundas son autorreplicables y se diferencian hacia diferentes linajes especializados. Artículo 314, fr. X. Respecto a órgano, precisa que es 'la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes, que mantiene de modo autónomo su estructura, vascularización y capacidad de desarrollar funciones fisiológicas. Artículo 314, fr. XIII. Establece que tejido es la 'agrupación de células especializadas que realizan una o más funciones.'

⁶ Marino, Ignazio R. y Cirillo, Claudia, "An Abridged Photographic History of Organ Transplantation", en: *Experimental And Clinical Transplantation*:

En México, diversos ordenamientos en materia de salud regulan, controlan y vigilan el manejo de los componentes debido a su importancia ya que de ellos depende la vida o muerte de personas, sin embargo, la discusión respecto a su clasificación jurídica en materia civil, pese a que ha sido abordada por diversos expertos, está inconclusa y en la legislación ni siquiera ha sido suficientemente regulada. La disyuntiva radica en el hecho de que los componentes son entidades muy separadas del individuo para considerarse personas y a su vez demasiado relacionadas con la persona para considerarse cosas.⁷ Por lo tanto, la ausencia de regulación respecto a la clasificación de los componentes del cuerpo humano ha propiciado un ordenamiento jurídico incompleto que carece de algunas de las características fundamentales del derecho: proporcionar certeza jurídica y previsibilidad.

México adoptó el sistema jurídico de derecho civil que tiene como base el derecho romano, por lo tanto, la clasificación de los componentes del cuerpo humano ha de encuadrarse en la codificación actual que proviene de dicha tradición. Desde el derecho romano el concepto de cosa fue impreciso, y los juristas romanos, como era habitual, dejaron que el significado de cosa emergiera de su uso.⁸ Conforme el Código Civil Federal se consideran como bienes aquellas cosas que 'puede(n) ser objeto de apropiación, entendiendo como tales, las que no se en-

Official Journal Of The Middle East Society For Organ Transplantation, vol. 12, no. 1, Baskent University, 2014, pp. 1 y 13. En 1954 Joseph Murray realizó el primer trasplante de riñón exitoso. Cowan, Helen, "Change of heart: Christiaan Barnard and the first human heart transplant", en: *British Journal of Cardiac Nursing*, vol. 11, no. 12, Mark Allen Group, 2016, pp. 598-599. En 1967 Christian Barnard realizó el primer trasplante de corazón.

⁷ Reiter, Eric H., "Rethinking Civil-Law Taxonomy: Persons, Things, and the Problem of Domat's Monster", en: *LSU Law Center Journal of Civil Law Studies*, vol. 1, Center of Civil Law Studies, 2008, pp. 189 y 212.

⁸ Nicholas, Barry, *An introduction to Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1962, p. 98.

cuentran fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley'.⁹ Por su naturaleza serán aquéllas que no puedan ser poseídas exclusivamente por un individuo.¹⁰ Dicho lo anterior, entendemos que la cosa es el género, mientras el bien es la especie, y que a diferencia de la primera, el segundo es susceptible de establecer una relación jurídica.¹¹ Se ha dicho que conforme a la legislación antes mencionada la clasificación de los bienes¹² continúa con un enfoque tradicionalista, derivado de lo cual, en muchas ocasiones es complejo encuadrar las nuevas tecnologías y descubrimientos.¹³

Los componentes del hombre al ser desprendidos del organismo dejan de formar parte del cuerpo, y por lo tanto se crea una nueva entidad que podría ser objeto de relaciones jurídicas; sin embargo, lo anterior se puede considerar como una instrumentalización del cuerpo humano, con sus lamentables consecuencias incluyendo el peligro de la explotación del cuerpo.¹⁴ Tal como mencio-

⁹ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, "Bienes", en: Carpizo, Jorge (ed.): *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo I*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 287.

¹⁰ Código Civil Federal, Artículo 749.

¹¹ Herrera Villanueva, José Joaquín. "Sobre el concepto de la cosa en la teoría general de los derechos reales", en: García Villegas, Eduardo (ed.): *Homenaje al Doctor Joel Chirino Castillo por el Colegio de Profesores de Derecho Civil*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019 (2018), p. 297.

¹² Pérez Duarte y Noroña, op. cit., p. 287. Conforme al Código, los bienes se clasifican en muebles e inmuebles; de acuerdo a las personas a las que pertenecen; o conforme a su calidad de vacantes o mostrencos. Doctrinalmente se clasifican en fungibles y no fungibles; consumibles y no consumibles; y corpóreos e incorpóreos.

¹³ Sánchez Cordero Dávila, Jorge A., *Derecho Civil*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 26. Podemos no sólo referirnos a descubrimientos relacionados con componentes humanos, sino también a las nuevas formas de contratación a través de medios electrónicos e internet, sin embargo, dicha materia va más allá del alcance del presente trabajo.

¹⁴ Van Beers, Britta, "Book review: *Bioequity - Property and the Human Body* by Nills Hoppe", en: *Genomics, Society & Policy*, vol. 8, no. 2, ESRC Genomics Network, 2012, pp. 32-33.

né anteriormente, conforme al Código Civil Federal, estas cosas podrían considerarse bienes si satisfacen los requisitos de no estar excluidos del comercio ya sea por su naturaleza o por disposición de la ley. Conforme a la Ley General de Salud, 'está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes (...) será estrictamente a título gratuito'.¹⁵ Derivado de la interpretación gramatical de lo anterior los componentes del cuerpo humano están fuera del comercio por disposición de la ley, y consecuentemente, no pueden ser considerados como bienes. Por lo tanto, su tratamiento jurídico se encuentra en una laguna legal al no encuadrar en la clasificación legal de los bienes.

La clasificación de los bienes responde a las necesidades y racionalidad de una época determinada,¹⁶ sin embargo, los avances tecnológicos han facilitado la existencia de entidades que antes no eran concebidas así, por lo que el tema de la clasificación de los bienes en el derecho mexicano se ha convertido en un tema controversial. Por un lado, algunos argumentan que la antigua clasificación debe ser sustituida al no responder a las necesidades actuales y provocar que el legislador adecue las leyes existentes de forma 'que la hagan útil y operativa',¹⁷ ante lo cual se ha propuesto como solución no ampliar el catálogo de bienes, sino modificar la clasificación a fin de evitar la creación de más ficciones de derecho o clasificaciones sin relación con su contenido.¹⁸ Y por otro lado, existe quien argumenta que la clasificación es adecuada, sin embargo, debería de explorarse la posibilidad de establecer ciertas interfaces, es decir, una

¹⁵ Ley General de Salud, Artículo 327.

¹⁶ Jara Florez, Humberto, "Clasificación de Bienes Muebles e Inmuebles", en: *Derecho PUPC*, no. 37, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, pp. 67 y 79.

¹⁷ Ibid, 93.

¹⁸ Ibid, 93.

zona que sirva como conexión entre las cosas y las personas donde las categorías se mezclen e integren y en lugar de categorizar únicamente en alguna de las zonas la solución sea una mezcla de ambas para evitar la distorsión de la entidad a clasificar.¹⁹ Derivado de lo anterior existen dos vertientes que podrían adoptarse respecto al tratamiento de los componentes del cuerpo humano: que se cree una nueva figura o que se reputa en una interfase entre cosa y persona.

Ante la ausencia de regulación adecuada actual, la oferta de opciones al respecto sería bienvenida ya que es crucial que la legislación mexicana adopte una postura que provea de un marco jurídico apropiado al tratamiento de componentes del hombre, que genere con ello certeza jurídica. Asimismo, considero fundamental explorar las consecuencias de otorgar la categoría de bien a los componentes, en específico, la consecuencia de su entrada al comercio, es decir, la patrimonialidad de los mismos en su caso, o bien determinar alguna forma de excluirlos del comercio pero que continúen considerándose como bienes. A continuación, abordaré las consecuencias de la patrimonialidad o extrapatrimonialidad de los componentes humanos.

III. DE LA (EXTRA)PATRIMONIALIDAD DE LAS MUESTRAS BIOLÓGICAS

La esclavitud implicaba que el cuerpo en su totalidad se considerara como una propiedad económica;²⁰ dicha noción fue rechazada y el debate ha sido concluido y en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se

¹⁹ Reiter, op. cit., pp. 189 y 211.

²⁰ Richardson, Eileen H. y Turner, Bryan S., "Bodies as Property: from Slavery to DNA Maps", en: Bainham, Andrew; Day Slater, Shelley y Richards, Martin (eds.): *Body Lore and Laws*, Londres, Hart Publishing, 2002, p. 30.

consagra la prohibición de la esclavitud.²¹ Sin embargo, la concepción de que los componentes del cuerpo humano puedan ser objeto de apropiación ha iniciado un nuevo debate. El factor que dificulta el tratamiento de los componentes del cuerpo humano dentro del actual sistema jurídico mexicano es la limitada división 'entre derechos personalísimos y derechos patrimoniales'.²² Los derechos personalísimos al repercutir directamente sobre el cuidado y la disposición del cuerpo en su totalidad son intransmisibles a terceros. Por otro lado, se entiende por derechos patrimoniales aquellos bienes o derechos que son susceptibles de una valorización pecuniaria y a su vez pueden transmitirse a otros.²³ La rigidez de la clasificación de estos derechos conlleva a que los componentes del cuerpo humano deban forzosamente catalogarse entre unos u otros, es decir, a distinguirse 'entre los aspectos personales de los derechos (características de la personalidad) y sus aspectos públicos (orientación valorable o de mercado)'.²⁴

Patrimonio es 'el conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero que tiene una persona';²⁵ así como la posibilidad de tenerlos, de ahí que el requisito *sine qua non* para que una cosa forme parte del patrimonio es que sea conmensurable en dinero. Por lo tanto, el hecho de patrimonializar los componentes del cuerpo humano implicaría que el ordenamiento jurídico les confiriera la calidad de bienes apropiables por una persona,

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1.

²² Van Beers, op. cit., pp. 32-33.

²³ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil II Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, Ciudad de México, Porrúa, 2008 (1963), p. 7.

²⁴ Reiter, op. cit., pp. 189, 209-210.

²⁵ López Monroy, José de Jesús, "Patrimonio", en: Carpizo, Jorge et al. (eds.): *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo VII*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 59.

que fuesen valorables monetariamente, y que, a su vez, se otorgara un derecho del sujeto oponible frente a terceros que podría transmitirlo a otro(s), y como consecuencia quedarían fuera del campo de los derechos personalísimos. El derecho de propiedad implicaría el correspondiente derecho de usar, gozar, conservar y disponer de los componentes sin más límites que aquéllos que la ley determinara, en su caso.

Las posturas respecto a la patrimonialidad de los componentes del cuerpo humano han sido controversiales. Por un lado, los que están a favor argumentan que se otorgaría seguridad jurídica debido a que el régimen de la propiedad se encuentra debidamente regulado en los sistemas jurídicos;²⁶ además de que dicho régimen ayuda a gestionar la distribución de bienes escasos (tal es el caso de los órganos);²⁷ asimismo expresan que el régimen de propiedad ofrece la flexibilidad necesaria para casos especiales por lo que podría adecuarse a los componentes del cuerpo humano.²⁸ De la misma manera exponen que funcionaría como un método preventivo de la vulnerabilidad;²⁹ indican que es preferible regular

²⁶ Matthews, Paul, "The man of property", en: *Medical Law Review*, vol. 2, no. 3, Oxford University Press, 1995, pp. 251 y 258-261. Reid, Kenneth G. C., "Body Parts and Property", en: *Edinburgh School of Law Research Paper Series*, no. 2015/25, University of Edinburgh, 2015, pp. 1 y 4. Hardcastle, Rohan, *Law and the Human Body: Property Rights, Ownership and Control*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 203.

²⁷ Douglas, Simon, "The argument for property rights in body parts: scarcity of resources", en: *Journal of Medical Ethics*, vol. 40, no. 1, Institute of Medical Ethics, British Medical Journal, 2014, p. 23.

²⁸ García Manrique, Ricardo, "La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo: un test para el enfoque propietario", en: *Revista de Bioética y Derecho*, no. 40, Universitat de Barcelona, 2017, p. 49 y 53-54 citando a Goold, I. y Quigley, M., "Human Biomaterials: The Case for a Property Approach", en: Goold, I.; Greasley, K., Herring, J. y Skene, L. (eds.): *Persons, Parts and Property*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 231-262.

²⁹ Ibid, p. 53-54 citando a Moses, L. B., "The Problem with Alternatives: The Importance of Property Law in Regulating Excised Human Tissue and In

y mejorar las condiciones de comercio que prohibirlas y que se realice por medios ilegales;³⁰ igualmente que incrementar la disponibilidad de los componentes (en el caso de órganos);³¹ que inclusive facilita la donación ya que nadie puede donar lo que no tiene;³² y por último argumentan que el régimen de propiedad es la forma ideal para proteger la integridad física.³³

Por otro lado, los que están en contra argumentan que considerar a los componentes del cuerpo como bienes implica una inminente comercialización del cuerpo,³⁴ e incentiva el lucro a través de ellos;³⁵ asimismo, que la dignidad humana se comprometería debido a que ésta se extiende a los componentes de la persona,³⁶ que se correría el riesgo de explotar el cuerpo humano, en especial de personas que más necesidades económicas tienen;³⁷ que en el caso de los órganos se reduciría la donación altruista y se amenazaría la calidad de los mismos;³⁸

Vitro Human Embryos", en: Goold, I.; Greasley, K., Herring, J. y Skene, L. (eds.): *Persons, Parts and Property*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 197-214.

³⁰ Radcliffe Richards, J., "Commentary. An ethical market in human organs", en: *Journal of Medical Ethics*, vol. 29, no. 3, Institute of Medical Ethics, British Medical Journal, 2003, pp. 139-140.

³¹ Erin, Charles A, y Harris, John, "An ethical market in human organs", en: *Journal of Medical Ethics*, vol. 29, no. 3, Institute of Medical Ethics, British Medical Journal, 2003, p. 137.

³² De Trazegnies G., Fernando, "La transformación del derecho de propiedad", en: *Derecho PUPC*, no. 33, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978, pp. 75 y 92.

³³ Hardcastle, op. cit., pp. 15-19.

³⁴ Ibid, p. 172.

³⁵ Manrique, op. cit., pp. 49 y 58.

³⁶ Ibid, p. 56. Van Beers, op. cit., p. 32.

³⁷ Van Beers, op. cit., pp. 32-33. Hoppe, *Bioequity - Property and the Human Body*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 52.

³⁸ Savulescu, J., "Is the sale of body parts wrong?", en: *Journal of Medical Ethics*, vol. 29, no. 3, Institute of Medical Ethics, British Medical Journal, 2003, p. 138.

que 'la relación entre bienes y comercio es tan estrecha que parece perversa (y poco probable) la posibilidad de que existan bienes que estén fuera de comercio pero continúen siendo propiedad'.³⁹

Si bien ambas posturas son muy diferentes, presentan a su vez argumentos valiosos, y evidencian la urgencia de garantizar seguridad, certeza y previsibilidad al tratamiento de los componentes del cuerpo humano. Por ello, en caso de que se optara por considerar a dichos componentes como bienes patrimoniales en el sistema jurídico mexicano, forzosamente debería modificarse la Ley General de Salud⁴⁰ para que se permitiera el comercio de componentes del cuerpo humano. Asimismo, sería recomendable que el legislador común estatal estableciera límites y políticas para la disposición de los componentes que incluyeran reglas para su adecuada distribución,⁴¹ tomando en cuenta principios de justicia y equidad que protegieran a los más vulnerables y previnieran la explotación.⁴² Erin y Harris propusieron la creación de un órgano o instituto que se encargara de la adecuada distribución de los componentes (en especial para el caso de órganos) con la finalidad de evitar abusos,⁴³ lo cual a su vez sería recomendable.

Sin embargo, el problema no se limita a los componentes humanos como tal, sino que actualmente incluye la comercialización del cuerpo a través del desarrollo de estudios en códigos genéticos o células, por lo que a continuación expondré algunos casos en los que se ha pue-

³⁹ Reiter, op. cit., pp. 189 y 208.

⁴⁰ Ley General de Salud, Artículo 327.

⁴¹ Gold, Richard, *Body Parts: Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials*, D.C., Washington, Georgetown University Press, 1996, p. 178. Douglas, op. cit., pp. 23 y 26.

⁴² Erin y Harris, op. cit., p. 137.

⁴³ Ibid.

to en disputa el derecho para disponer y crear 'invenciones' derivadas de materiales biológicos así como los esfuerzos legislativos a nivel internacional para unificar los principios aplicables a la disposición de componentes del cuerpo humano.

IV. DE LA DISPOSICIÓN DEL SER HUMANO SOBRE COMPONENTES DESPRENDIDOS DE SU CUERPO. CASOS E INSTRUMENTOS RELEVANTES

Como ha sido expuesto previamente el tratamiento de los materiales biológicos separados del cuerpo humano ha sido controversial, y las posturas continúan indefinidas al existir casos y legislaciones en diversos sentidos. A continuación, presento algunos casos relevantes en donde los tribunales han emitido sentencias respecto al alcance del derecho de disposición de los individuos sobre sus materiales orgánicos y las patentes sobre los mismos.

La posibilidad de patentar invenciones relacionadas con genes y células humanas ha sido criticada por considerarse que se autoriza comercializar los componentes del cuerpo 'donde investigadores y compañías farmacéuticas tienen más posibilidades de solicitar y recibir derechos de patentes sobre tejidos humanos mientras las fuentes de estos tejidos no reciben compensación'.⁴⁴ El caso más sobresaliente es quizá *Moore vs Regents of the University of California* donde a raíz de la investigación sobre materiales biológicos de Moore se desarrolló una línea de células que posteriormente fue patentada y generó considerables ingresos tanto para los investigadores como para la Universidad. La Corte de California rechazó la existencia de derechos patrimoniales de Moore sobre sus células y argumentó que éste último ejerció

⁴⁴ Gold, *Body Parts*, p. 178.

su autonomía al otorgar su consentimiento informado y renunció a sus derechos; sin embargo, se ha discutido que su consentimiento fue para recibir el tratamiento médico y no para otorgar sus células de forma altruista para investigación científica.⁴⁵ Lo controversial de esta decisión fue el hecho de que terceras partes podían explotar comercialmente la patente de sus células⁴⁶ pero el sujeto no podía participar de dicha explotación. Una crítica a esta sentencia ha sido que la Corte no contestó por qué una persona no puede alegar derechos de propiedad sobre sus componentes y su decisión se basó en el impacto que repercutiría la autorización de la venta de materiales biológicos,⁴⁷ tanto en el ámbito de investigación como en el desarrollo del campo médico.⁴⁸

En Greenberg⁴⁹ los demandantes alegaban que habían donado muestras biológicas de sus hijos menores de edad con la finalidad de descubrir el gen que desarrollaba la enfermedad de Canavan (deficiencia de aspartoacilasa) y en su lugar, los investigadores habían desarrollado un análisis patentable comercialmente.⁵⁰ El juez en su sentencia tomó como antecedente Moore y rechazó la existencia de derechos de propiedad debido a que los donantes habían transmitido sus derechos al momento de voluntariamente donarlos.

En Catalona,⁵¹ éste último fue demandado por la Universidad de Washington sobre la propiedad de materiales biológicos donados para investigación médica.

⁴⁵ Gold, Richard, "Owning Our Bodies: An Examination of Property Law and Biotechnology", en: *San Diego Law Review*, vol. 32, no. 4, University of San Diego, 1995, pp. 1167 y 1224.

⁴⁶ Van Beers, op. cit., pp. 32 y 34.

⁴⁷ Hardcastle, op. cit., p. 78.

⁴⁸ Gold, "Owning Our Bodies", pp. 1167 y 1224.

⁴⁹ [2003] Greenberg v Miami Children's Hospital.

⁵⁰ Hardcastle, op. cit., p. 72.

⁵¹ [2007] Washington University vs Catalona.

Catalona, que había trabajado como investigador en la Universidad de Washington, intentó llevar consigo las muestras biológicas tomadas de ciertos pacientes, de los cuales había obtenido autorización para realizar dicha transferencia; sin embargo, el juez y la Corte de Apelación decidieron que los individuos habían renunciado a sus derechos de propiedad sobre sus muestras al haberlas regalado a la Universidad.

En Yearworth⁵² la Corte de Apelación en Reino Unido sostuvo que muestras de espermas almacenados eran propiedad del hombre que los había producido.⁵³ En Alemania, por ley, los materiales biológicos extraídos de una persona viva pasan a ser parte de su propiedad.⁵⁴ Sin embargo, en una sentencia la Corte Suprema Federal alemana decretó que los gametos se consideraban propiedad de la persona cuando el objeto de su extracción era destinado a la misma persona de la que fueron extraídos, mientras que se creían fuera de su propiedad cuando su finalidad fuera destinada para un tercero distinto a la persona de la que provenían.⁵⁵

La mayoría de las sentencias han rechazado la existencia de un derecho de disposición del individuo sobre sus materiales una vez donados. Desafortunadamente el factor económico ejerce influencia significativa en las sentencias, y las decisiones se han caracterizado por ausencia de un análisis legal adecuado.⁵⁶ Únicamente en Yearworth y en Alemania la corte decidió de forma dis-

⁵² [2009] Yearworth & Ors vs North Bristol NHS Trust.

⁵³ Ford, Mary, "Nothing and Not-Nothing: Law's Ambivalent Response to Transformation and Transgression at the Beginning of Life", en: Smith, Stephen W. y Deazley, Ronan (eds.): *The Legal, Medical and Cultural Regulation of the Body. Transformation and Transgression*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 25.

⁵⁴ Hardcastle, op. cit., p. 63.

⁵⁵ Reid, op. cit., pp. 1 y 12.

⁵⁶ Hardcastle, op. cit., p. 146.

tinta, sin embargo, no existían factores económicos de por medio, ya que en Moore, Greenberg y Catalona los ingresos considerables por investigaciones para universidades, firmas farmacéuticas y patentes lucrativas quedaron evidentemente involucrados.⁵⁷

El hecho de que los pacientes autoricen la extracción de materiales biológicos de su cuerpo para recibir tratamientos no debería considerarse como una renuncia sobre su derecho para disponer y recibir beneficios de los mismos. 'Los pacientes continuarán sintiéndose explotados siempre que sus cuerpos sean tratados como recursos naturales para otros mientras ellos no participan en dicha explotación'.⁵⁸ Sin embargo, además de sentencias existen otros instrumentos elaborados a nivel internacional que tienen como finalidad armonizar las legislaciones en relación a la aplicación de la medicina y la biología.

El Consejo de Europa impulsó la creación del Convenio de Oviedo el cual establece estándares mínimos y principios para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina los cuales deben garantizarse por los países adherentes.⁵⁹ El Convenio está diseñado como un instrumento principal que regule diversos protocolos relacionados con clonación, trasplante de órganos y tejidos de origen humano, investigación médica y pruebas genéticas los cuales cada país puede ratificar de forma independiente.⁶⁰ Éste es 'el primer y único instrumento

⁵⁷ Dickenson, Donna, "Book review: *Bioequity – Property and the Human Body*", en: *International Journal of Law in Context*, vol. 6, Cambridge University Press, 2010, pp. 397-398.

⁵⁸ Gold, *Body Parts*, 178.

⁵⁹ Council of Europe, "Oviedo Convention and its Protocols", en: *Council of Europe*, <https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention>, consultado el 23 de agosto de 2019.

⁶⁰ Council of Europe, "Committee of Bioethics: Chart of signatures and ratifications", en: *Council of Europe*, <https://rm.coe.int/inf-2017-7-rev-etat-sign->

vinculante a nivel internacional que protege derechos humanos en el ámbito biomédico'.⁶¹ El Convenio contiene como uno de sus principios rectores el consentimiento informado, el cual libremente podrá ser revocado por el individuo en cualquier momento.⁶² En el caso de experimentos, se requiere que el individuo otorgue su consentimiento expreso y por escrito.⁶³ Entre otras disposiciones encontramos relevante que se prohíbe que el cuerpo humano y sus partes sean objeto de lucro⁶⁴ así como que las partes extraídas del cuerpo sólo pueden ser utilizadas y conservadas para la finalidad para la cual fueron separadas, salvo los casos en que se informe y consienta adecuadamente.⁶⁵ El Convenio elude tomar una postura respecto a la propiedad de los componentes del cuerpo y se limita a prohibir el lucro a través de ellos.

Las sentencias e instrumentos expuestos demuestran la relevancia de este tema, sin embargo desafortunadamente carecen de uniformidad y mientras unos niegan la existencia de derechos patrimoniales sobre los componentes desprendidos del cuerpo, otros los reconocen. Es necesaria la creación de instrumentos jurídicos consistentemente elaborados,⁶⁶ basados en principios legales y

ratif-reserves/168077dd22, consultado el 23 de agosto de 2019. El Convenio no ha sido ratificado por países relevantes en materia de investigación científica tales como Alemania, Reino Unido, Bélgica, y Rusia.

⁶¹ Lwoff, Laurence, "Convention on human rights and Biomedicine: The Oviedo Convention", en: Márquez Romero, Raúl y Rocha Cacho, Wendy Vanesa (eds.): *Bioética y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Bioética, 2018, p. 103.

⁶² Convenio de Oviedo, Artículo 5.

⁶³ Ibid, Artículo 16 fr. V

⁶⁴ Ibid, Artículo 21.

⁶⁵ Ibid, Artículo 22

⁶⁶ Tallachini, Mariachiara, "El cuerpo y sus partes. La ubicación jurídica de los materiales biológicos humanos", en: *Medicina y ética. Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, vol. 10, no. 1, Universidad Anáhuac, 1999, pp. 35 y 39.

éticos que protejan al individuo así como su capacidad para disponer sobre los materiales biológicos de su cuerpo, ya sea en el sentido de admitir o prohibir la patrimonialidad de los mismos, recordando la concepción aristotélico-tomista de que el cuerpo humano implica la idea de que la persona *es cuerpo*, y no *tiene un cuerpo*; y que existen valores invaluablees que el discurso patrimonialista olvida tales como la 'dignidad, caridad, distribución, vida, comunidad, entre otros (debido a) que estos valores no se pueden traducir al lenguaje del mercado'.⁶⁷

La importancia de adoptar una postura coherente proporcionará 'certeza a las instituciones y compañías que utilicen los materiales en investigación científica y médica',⁶⁸ pero lo que es aún más importante asegurará que los individuos mantengan el control sobre los materiales separados de su cuerpo. El legislador mexicano debe de elegir la supremacía de las personas sobre las cosas, asumiendo las repercusiones sociales y económicas que esto podría conllevar. Y por ello es necesario adoptar una clasificación de los componentes de origen humano, misma que analizaré a continuación.

V. CLASIFICACIÓN DE LOS COMPONENTES DE ORIGEN HUMANO

Al comienzo de este trabajo comenté la clasificación de los componentes del cuerpo humano en el sistema jurídico actual en México, sin embargo, no desarrollaré la clasificación de los distintos componentes de acuerdo con sus funciones en el cuerpo humano. No todos los componentes de origen humano son iguales; sus caracte-

⁶⁷ Gold, "Owning Our Bodies", pp. 1167 y 1224.

⁶⁸ Hardcastle, op. cit., p. 145.

terísticas, funciones y capacidades son diversas, por lo que el individuo puede decidir sobre ellos de diversas maneras. Derivado de lo anterior, diversos académicos y autoridades han propuesto criterios que clasifican los materiales del cuerpo y que tienen como finalidad agrupar en categorías los componentes para otorgarles el tratamiento apropiado de acuerdo con sus funciones y características, por lo tanto en este apartado identificaré algunos de estos criterios.

El Office for Technology Assessment (OTA) de los Estados Unidos de América emitió un análisis donde clasificó los elementos del cuerpo entre: tejidos de ser vivo o de cadáver; sustancias reproducibles y partes no reproducibles; órganos vitales o, en cierto sentido, vendibles, así como partes sanas y enfermas.⁶⁹ Rodotà por su parte, catalogó: 'a) cuerpo masculino y femenino; b) cuerpo vivo y muerto; c) cuerpo de los mayores y de los menores de edad, de los capaces y de los incapaces, de los jóvenes y de los ancianos; d) cuerpo de los familiares y de los extraños; e) cuerpo sano y enfermo; f) cuerpo antes y después del nacimiento, cuerpo potencial (embrión) y actual; g) cuerpo terminal y recuperable; h) cuerpo de los órganos únicos o dobles; i) cuerpo de los tejidos regenerables y no regenerables; j) cuerpo de los tejidos fetales y no fetales; k) cuerpo de las células somáticas o germinales'.⁷⁰ Richardson y Turner propusieron como alternativa distinguir en tres categorías: primero, la totalidad del cuerpo humano; segundo, las partes del cuerpo (como órganos); y, tercero, las 'partículas' de los cuerpos (códigos de ADN, material genético y material

⁶⁹ Tallachini, op. cit., pp. 35 y 46 citando a U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *New developments in Biotechnology: ownership of human tissues and cells - Special Report*, OTA-BA-337, Washington D.C., US Government Printing Office, 1987.

⁷⁰ Ibid, pp. 35 y 46 citando a Rodotà, S., *Tecnologie e diritti*, Bolonia, Il Mulino, 1995, p. 191 y ss.

para la reproducción humana).⁷¹ Otros autores como Manrique han optado por restringir sus estudios a ciertas partes del cuerpo que en este caso calificó como 'vitales' siendo 'aquéllas que permiten la conservación o la reproducción de la vida humana de un tercero',⁷² considerando dentro de ellas ciertos órganos, la sangre y las células reproductivas.

De las clasificaciones mencionadas anteriormente encontramos que en su mayoría coinciden en otorgar una categoría para los órganos vitales, para las partes que permiten la reproducción y para las partes que provienen de seres humanos vivos o muertos. La importancia de los órganos vitales radica en el hecho de que su existencia garantiza el derecho a la vida. Asimismo, es significativa la división de componentes del cuerpo humano que generan vida ya que los embriones no generan vida por sí mismos, sin embargo la capacidad de que a través de procesos tecnológicos o naturales se pueda generar vida con ellos hace que su tratamiento sea distinto y evidentemente delicado.⁷³ Y por último, las partes que provienen de personas vivas o muertas difiere ya que los intereses protegidos son distintos en función de la vida o muerte de los sujetos.

Sin embargo, para elaborar una clasificación es necesario determinar los parámetros que la delimitarán, la variedad de criterios aquí descrita demuestra la dificultad para fijarlos e indica 'la posibilidad de elaborar mapas múltiples de la corporeidad, en los que, (...) las partes reaparecen según configuraciones diversas',⁷⁴ por lo que es menester establecer los fundamentos y razones de la clasificación para, a partir de ellos identificar los

⁷¹ Richardson y Turner, op. cit., p. 39.

⁷² Manrique, op. cit., pp. 49 y 52.

⁷³ Ford, op. cit., p. 22.

⁷⁴ Tallachini, op. cit., pp. 35 y 48.

componentes del cuerpo humano y de acuerdo a dichas categorías otorgar el tratamiento jurídico adecuado y evitar caer en el error de tratar igual a los desiguales. Asimismo, en función de esta categorización los sujetos podrían otorgar el consentimiento para disponer sobre los componentes. A continuación, analizaré el consentimiento informado en el ordenamiento jurídico mexicano como fundamento que autoriza la disposición de los individuos sobre su cuerpo, así como sus componentes biológicos.

VI. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO FUNDAMENTO PARA LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO Y SUS COMPONENTES

En México, la Ley General de Salud concede a los individuos el derecho de 'otorgar o no su consentimiento válidamente informado y a rechazar tratamientos o procedimientos'⁷⁵ y requiere el consentimiento de forma expresa en el caso de investigación,⁷⁶ donación,⁷⁷ trasplantes⁷⁸ e inseminación artificial.⁷⁹ De ahí que el consentimiento informado (en adelante 'CI') se pueda definir como el proceso a través del cual un sujeto expresa su voluntad, después de haber sido debidamente informado, para participar en investigaciones o procedimientos médicos,⁸⁰ la Norma Oficial Mexicana (NOM) sobre el

⁷⁵ Ley General de Salud, Artículo 77 bis 37 fr. IX.

⁷⁶ Ibid, Artículo 100 fr. IV.

⁷⁷ Ibid, Artículo 321. En el caso de donación de órganos, tejidos, células y cadáveres.

⁷⁸ Ibid, Artículo 333 fr. V.

⁷⁹ Ibid, Artículo 466.

⁸⁰ García Castillo, Zoraida, "El consentimiento informado para la atención médica, como proceso de corresponsabilidad jurídica y ética en la toma de decisiones: Análisis en la legislación mexicana", en: *Medicina y ética. Revis-*

expediente clínico define al CI como el conjunto de documentos signados por los pacientes para aceptar un procedimiento terapéutico o de investigación, entre otros.⁸¹ En una tesis aislada la Suprema Corte de Justicia de la Nación indicó que el CI tiene una finalidad dual, primero, la autorización de la persona a someterse a procedimientos médicos y, segundo, el cumplimiento del médico en su deber de informar al paciente acerca del procedimiento médico.⁸² Derivado de lo anterior se puede decir que el concepto otorgado en el ordenamiento jurídico mexicano contempla el CI únicamente como un 'requisito legal (...) más que una característica nuclear de la realidad legal',⁸³ un 'blindaje (...) respecto de los hechos que pueden suceder en una intervención médica'.⁸⁴ Sin embargo, más que un blindaje o un seguro para médicos o investigadores, el CI debe de considerarse primeramente como el 'derecho humano vinculado a la libertad y la autonomía de cada persona para disponer de su cuerpo'⁸⁵ con la información necesaria para decidir,

ta internacional de bioética, deontología y ética médica, vol. 28, no. 4, Universidad Anáhuac, 2017, pp. 723 y 725. Alonso-Que, H.T., Aja-Canales, J., Castillo-Urbe, L., et al., "El consentimiento informado en la actualidad, su evolución y el punto de vista del experto jurídico", en: *Anales de Radiología México*, vol. 14, no. 2, Órgano Oficial de la Sociedad Mexicana de Radiología e Imagen, 2015, pp. 172 y 174.

⁸¹ NOM-004-SSA3-2012 Del Expediente Clínico, Artículo 4.2.

⁸² Amparo Directo 51/2013, Alfonso Franco Ponce, Primera Sala Suprema Corte de Justicia de la Nación 'Consentimiento informado en materia médico-sanitaria. Sus finalidades y supuestos normativos de su excepción.'

⁸³ Hoppe, op. cit., p. 161. Hoppe critica el CI debido a que lo considera como una inteligente maniobra de relaciones públicas -un chaleco antibalas en contra de la responsabilidad de los médicos.

⁸⁴ García Castillo, op. cit., pp. 723 y 740. García Castillo reconoce el CI como un blindaje sano, claro y transparente.

⁸⁵ Rodríguez Almada, Hugo, "Cuatro aplicaciones del consentimiento informado", en: *Anales de la Facultad de Medicina*, vol. 4, supl. 2, Universidad de la República Uruguay, 2017, p. 5.

es decir, el derecho humano fundamental⁸⁶ que protege la autodeterminación del individuo sobre los componentes de su cuerpo.⁸⁷

Para efectos del derecho civil, el consentimiento es fundamental por lo que los vicios del mismo tienen como consecuencia la nulidad relativa o absoluta del acto y su ausencia provoca la inexistencia de éste último, dejándolo sin efectos legales.⁸⁸ El CI es entonces el instrumento que materializa el consentimiento del individuo para permitir el uso de sus componentes y evitar vicios en el consentimiento o la inexistencia del acto. Es menester que el CI cumpla con cuatro condiciones: 'inteligibilidad, veracidad, honestidad y corrección',⁸⁹ ello con la finalidad de garantizar al sujeto la información verdadera sin discrepancia entre lo dicho, lo pensado y lo hecho. 'La toma de decisión mediante un consentimiento debidamente informado, es base fundamental para el ejercicio de la libertad individual y (en su caso) la imputación de responsabilidad consecuente'.⁹⁰

⁸⁶ Alonso-Que et al., op. cit., pp. 172 y 173. Contradicción de Tesis, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito 'Consentimiento informado. Derecho Fundamental de los Pacientes.'

⁸⁷ Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Consentimiento válidamente informado*, Secretaría de Salud, 2016 (2004), p. 13. 'Por su parte, la noción de autonomía está vinculada al concepto de autodeterminación y se entiende como la capacidad de regirse por una ley propia y de tomar decisiones por uno mismo, sin influencia de los demás; la capacidad de ser responsable de nuestro propio comportamiento y de conducir la propia vida, de acuerdo con la propia conciencia.'

⁸⁸ González Ruiz, Samuel Antonio, "Consentimiento", en: Carpizo, Jorge (ed.): *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pp. 255-256. Código Civil Federal, Artículos 1812, 1818 y 2224.

⁸⁹ Comisión Nacional de Arbitraje Médico, op. cit., p.10

⁹⁰ García Castillo, op. cit., pp. 723 y 742.

Por lo tanto, el consentimiento del individuo permite a los investigadores y médicos disponer de materiales biológicos de la persona, sin embargo queda la incertidumbre del alcance de esta autorización. En el caso de intervenciones médicas o investigaciones específicas en las que se conoce el proceso y finalidad de la recolección de materiales biológicos es sencillo, no obstante el dilema surge en el caso de biobancos, donde la finalidad de la obtención de los componentes del cuerpo humano puede variar después de haber sido recolectados⁹¹ e inclusive existe la posibilidad de que el material genético 'contenga información cuya importancia es no necesariamente conocida en el momento de recoger y almacenar dichos componentes'⁹² por lo que esta alteración afectaría de forma negativa el consentimiento previamente otorgado. Igualmente, en el caso de biobancos y almacenamiento de materiales biológicos surgen problemas asociados con la confidencialidad de la información, la autorización para el uso de información con diversos fines de investigación,⁹³ la transmisión de la información, la posible discriminación genética⁹⁴ e inclusive la revocación del consentimiento.⁹⁵

Debido a la proliferación de bases de datos y biobancos se ha dicho que es necesario armonizar el derecho y la

⁹¹ Sánchez, Delia; Carracedo, María y Abraham, David, "Consentimiento informado en Biobancos y Bases de Datos", en: *Anales de la Facultad de Medicina*, vol. 4, supl. 2, Universidad de la República Uruguay, 2017, pp. 31 y 33.

⁹² Mullen, Caroline, "Decisions, consent and expectations of the individual", en: Widdows, Heather y Mullen, Caroline (eds.): *The Governance of Genetic Information. Who decides?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 51 y 55.

⁹³ Sánchez, Carracedo y Abraham, op. cit., pp. 31 y 33.

⁹⁴ Mullen, op. cit., pp. 51 y 56.

⁹⁵ Harris-Short, Sonia, "Regulating Reproduction: Frozen Embryos, Consent, Welfare and the Equality Myth", en: Smith, Stephen W. y Deazley, Roman (eds.): *The Legal, Medical and Cultural Regulation of the Body. Transformation and Transgression*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 48.

ética a través de estándares internacionales que consideren todo el problema a resolver.⁹⁶ Inclusive se ha relacionado el problema de la gestión de los biobancos con un problema de agencia y para proteger los intereses de los donadores se ha propuesto la participación de algunos de ellos en los consejos de directores de los Biobancos.⁹⁷

Las nuevas tecnologías presentan un desafío y una oportunidad para los legisladores e investigadores en el siglo XXI,⁹⁸ otorgar el consentimiento ya no es tan simple. Es fundamental que el legislador mexicano adapte la legislación actual a un modelo que considere no solo este tipo de componentes del cuerpo de forma integral, sino que proteja el consentimiento y el derecho de los individuos para decidir en todo momento para participar o no en un proyecto de investigación, evaluando el valor potencial de la investigación⁹⁹ con la información

⁹⁶ Chadwick, Ruth y Strange, Heather, "Harmonisation and standardisation in ethics and governance: conceptual and practical challenges", en: Widdows, Heather y Mullen, Caroline (eds.): *The Governance of Genetic Information. Who decides?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 201-213.

⁹⁷ Hunter, Kathryn G. y Laurie, Graeme T., "Involving publics in biobank governance: moving beyond existing approaches", en: Widdows, Heather y Mullen, Caroline (eds.): *The Governance of Genetic Information. Who decides?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 151 y 176.

⁹⁸ Brownsword, Roger, "Rights, responsibility and stewardship: beyond consent" en: Widdows, Heather y Mullen, Caroline (eds.): *The Governance of Genetic Information. Who decides?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 99 y 125. En Evans v Amicus Healthcare Ltd and Others, la existencia del consentimiento se puso en duda, la demandante y su expareja se habían sometido a un tratamiento de fertilización in vitro, posteriormente terminaron su relación y Evans quería utilizar los embriones para embarazarse, sin embargo su expareja no autorizó el uso de su material revocando su consentimiento, el caso era relativamente trágico debido a que le habían removido los ovarios a Evans y esa era su última oportunidad para procrear. El caso llegó hasta la Corte Europea de Derechos Humanos donde se determinó que el individuo tenía derecho a revocar su consentimiento. Este caso *sui generis* muestra la dificultad de legislar el consentimiento sobre componentes del cuerpo humano.

⁹⁹ Mullen, op. cit., pp. 51 y 72.

necesaria,¹⁰⁰ y bajo la protección de la información de los sujetos protegida como datos personales.¹⁰¹ Respecto al segundo supuesto que abordaré en el presente trabajo, estas innovaciones tecnológicas han provocado que conceptos como maternidad, gestación y familia se modifiquen. A continuación, plantearé lo anterior y sus implicaciones respecto a la disposición del cuerpo humano.

VII. LA GESTACIÓN POR OTROS Y LA CONFUSIÓN DE SU DENOMINACIÓN

Se conoce como gestación por otros a la 'forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente',¹⁰² es decir, una mujer porta un niño para entregarlo¹⁰³ a una tercer parte comitente.¹⁰⁴

¹⁰⁰ García Castillo, op. cit., pp. 723 y 743 citando a "Tratamientos médicos. necesidad de información previa al paciente o sus familiares, de los riesgos y beneficios esperados", *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XXVIII, octubre de 2008, Tesis: I.4°C.31K, Reg. 168530. Existen tesis en México que protegen el derecho del paciente de ser debidamente informado.

¹⁰¹ Hardcastle, op. cit., p. 97. Hardcastle pone en duda la cuestión de la clasificación de los materiales biológicos como 'datos personales' por sí mismos.

¹⁰² Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2013, p. 24.

¹⁰³ Vélez Correa, Luis Alfonso, *Ética Médica. Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte*, Medellín, Corporación para Investigaciones Biológicas, 1999 (1987), p. 202. 'Se da cuando una mujer asume la gestación de un embrión genéticamente ajeno, o de un óvulo propio no fecundado por el esposo, con el compromiso de entregar el hijo después del nacimiento a quienes han contratado la gestación.'

¹⁰⁴ Cannell, Fenella, "Concepts of Parenthood: The Warnock Report, the Gillick Debate, and Modern Myths", en: *American Ethnologist*, vol. 17, no. 4, American Anthropological Association, 1990, pp. 667 y 673.

Otra de las denominaciones que ha recibido es *maternidad subrogada*, sin embargo rechazamos el término maternidad debido a que 'la maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación',¹⁰⁵ la maternidad no se sustituye, es la gestación la que se hace por otro¹⁰⁶ y nos referimos a *gestación* ya que ese es el 'fin perseguido por las partes de la relación jurídica'.¹⁰⁷ En el mismo sentido consideramos que la palabra subrogada no es apropiada ya que, si bien conforme el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española *subrogar* significa sustituir o poner a alguien en el lugar de otra persona, para efectos jurídicos la subrogación no solo es la sustitución, sino que conforme el Código Civil Federal¹⁰⁸ implica 'una forma de transmisión de las obligaciones, como cuando se sustituye un acreedor por otro, algo que no puede adjudicarse a la *maternidad subrogada* ya que la mujer que contrata no puede ser sustituida por otra mujer contratante',¹⁰⁹ la idea es de cambiar o sustituir de ubicación la gestación y no la transmisión de obligaciones, por lo que utilizar el término subrogar 'origina

¹⁰⁵ Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 26.

¹⁰⁶ Consideramos lo mismo respecto al término 'madre gestante' otorgado por López Faugier, Irene, "Los métodos de reproducción asistida y su impacto en la filiación", en: Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (eds.): *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de Profesores de Derecho Civil*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 147.

¹⁰⁷ González Martín, Nuria y Alborno, María Mercedes, "Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución", en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, pp. 1 y 3.

¹⁰⁸ Código Civil Federal, Artículos 2058 y 2059.

¹⁰⁹ Mir Candal, Leila, "La 'maternidad intervenida'. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada", en: *Revista Redbioética/UNESCO*, vol. 1, no. 1, Redbioética, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2010, pp. 1 y 5.

confusiones e imprecisiones en los ordenamientos jurídicos'.¹¹⁰

Igualmente no admitimos el término *alquiler de vientre* 'como coloquialmente se refieren a ella los medios, puesto que tras esta terminología se intuye un lucro que no siempre existe, además de no traslucirse con certeza el alcance del problema'.¹¹¹ En consecuencia, consideramos que el término más adecuado para denominar a esta técnica de reproducción asistida es de gestación por otros. Sin embargo, la confusión no se limita a determinar su denominación, sino que también existe en torno a determinar su naturaleza como derecho que garantice la gestación por otros, a continuación discutiremos brevemente el tema.

VIII. ¿EXISTE UN DERECHO QUE GARANTIZA LA GESTACIÓN POR OTROS?

Existe un amplio debate para determinar si existe un *derecho a la procreación* 'absoluto o relativo',¹¹² el cual se basa en establecer si la procreación asistida puede homologarse a la procreación natural y si la gestación por otros se incluye dentro del derecho a la procreación absoluta.¹¹³ A favor de considerar la gestación por otros

¹¹⁰ Contreras López, Raquel Sandra, "La maternidad sustituta y el contrato de prestación de servicios gestacional" en: Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (eds.): *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de Profesores de Derecho Civil*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 58.

¹¹¹ Durán Ayago, Antonia, "Recensión del libro *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres* de E. Lamm", en: *Revista Electrónica De Estudios Internacionales*, no. 27, Universitat de Barcelona, 2013, pp. 1-2, <http://www.reei.org/index.php/revista/num27/recensiones/lamm-gestacion-sustitucion-maternidad-subrogada-alquiler-vientres-universitat-barcelona-publicacions-i-edicions-2013-336-pp>, consultado el 13 de septiembre de 2019.

¹¹² Mir Candal, op. cit., pp. 1 y 9.

¹¹³ Ibid.

como un derecho a la procreación¹¹⁴ argumentan que está 'implícito en los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a crear una familia',¹¹⁵ que se fundamenta en 'la autonomía y libertad en las decisiones'¹¹⁶ de los individuos, y afirman que este *derecho reproductivo* implica la salud reproductiva que engloba 'las nuevas tecnologías reproductivas',¹¹⁷ tales como la gestación por otros. Las repercusiones de lo anterior son amplias ya que en caso de encontrarse en ese supuesto el Estado debería garantizar a los ciudadanos la posibilidad de recurrir a este tipo de técnicas.¹¹⁸

En contra de dicha visión se ha dicho que la 'libertad reproductiva como derecho humano implica igualdad de expectativas y oportunidades'¹¹⁹ y que en el caso de la gestación por otros, en muchas ocasiones, el derecho reproductivo de la gestante se ve motivado por cuestiones económicas más que por voluntad propia de realizar este tipo de prácticas, provocando una 'desigualdad estructural que coloca a las mujeres en una posición de máxima vulnerabilidad'¹²⁰ y que en ese supuesto no existe igualdad de oportunidades, derivado de lo anterior no puede hablarse de un verdadero derecho de reproducción respecto de la gestante.

¹¹⁴ Igareda, Noelia "La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana", en: *Revista de Bioética y Derecho*, no. 44, Universitat de Barcelona, 2018, pp. 57 y 65.

¹¹⁵ Salazar Benítez, Octavio, "La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos", en: *Revista de Derecho Político*, no. 99, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2017, pp. 79 y 84.

¹¹⁶ Mir Candal, op. cit., pp. 1 y 9.

¹¹⁷ Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 230.

¹¹⁸ Mir Candal, op. cit., pp. 1 y 8.

¹¹⁹ Ibid., pp. 1 y 12.

¹²⁰ Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 113.

En México la Constitución consagra el derecho a la familia, a la decisión del número de hijos, y a la salud.¹²¹ Si bien el derecho a la reproducción no se encuentra de forma expresa en dicho ordenamiento, se puede interpretar que se deriva de los derechos antes mencionados y que el Estado Mexicano debe garantizarlo.¹²² Sin embargo, permanece incierta la existencia de una obligación del Estado de garantizar el acceso a la gestación por otros para que los ciudadanos ejerzan el derecho a la procreación. En caso de que no exista esta obligación, la gestación por otros será únicamente un acto de disposición del cuerpo humano y no un acto que ejerza un derecho del hombre.

IX. INSTRUMENTOS UTILIZADOS PARA FORMALIZAR LA GESTACIÓN POR OTROS

La formalización de la gestación por otros se ha llevado a cabo a través de diversos instrumentos jurídicos, a continuación, discutiremos los mismos así como sus críticas. Como contrato de arrendamiento de matriz o de útero,¹²³ que conforme el sistema jurídico mexicano dicha institución es incompatible con la gestación por otros debido a que conforme el Código Civil Federal¹²⁴ los derechos personales no son susceptibles de arrendamiento, luego entonces el derecho reproductivo por

¹²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4.

¹²² Ruiz Balcázar, Mónica Victoria y Valdés Martínez, María del Carmen, "Dilemas sobre la Maternidad Subrogada en México", en: *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 7, no. 1, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2017, pp. 230 y 241.

¹²³ Contreras López, op. cit., p. 58.

¹²⁴ Código Civil Federal, Artículo 2400: 'Son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales.'

tratarse de un derecho personal no es susceptible de transmitir su uso y goce por medio de arrendamiento. Por otra parte, Contreras López propone la celebración de un 'contrato de prestación de servicios gestacionales'¹²⁵ y argumenta que la prestación de servicios incluye la naturaleza jurídica de la gestación por otros y aplica la analogía de contratos atípicos contenida en el Código Civil Federal¹²⁶ y señala que la mujer gestante adquiere obligaciones de hacer (ser fecundada y gestar el niño) y de dar (entregar el niño) mientras que la mujer contratante de pagar la contraprestación,¹²⁷ la objeción a esta figura se basa en el hecho de que la obligación de entregar el niño se asimila a la mercantilización de una persona. La Conferencia de la Haya diferencia el acuerdo de subrogación con el acuerdo de gestación, el primero donde el óvulo es proporcionado por la gestante, mientras que en el último no tiene relación con ella, asimismo separa los acuerdos con fines lucrativos de los de fines altruistas;¹²⁸ la crítica al término subrogación ya fue mencionada. De igual manera se ha recurrido a crear un nuevo instrumento denominado contrato de gestación por sustitución, criticado ya que tendría por objeto la gestación que es 'indisponible, intransferible y persona-

¹²⁵ Contreras López, op. cit., p. 61.

¹²⁶ Código Civil Federal, Artículo 1858 y 1859.

¹²⁷ Contreras López, op. cit., p. 61.

¹²⁸ Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, "Annexe A – Revised Glossary", en: *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation / maternité de substitution*, doc. prel. no. 3 B, Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, p. i, <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf> y <https://assets.hcch.net/docs/ea542cde-9665-48bd-ab90-2c88339ac020.pdf>, consultado el 20 de septiembre de 2019. Es interesante la traducción que se hace de dichas figuras en las versiones inglés y francés, donde en inglés se habla de subrogación tradicional o gestacional mientras que en francés se habla de procreación o gestación por otros.

lísima¹²⁹ y el niño que está fuera del comercio, en el mismo sentido, que es contrario al orden público por atentar en contra de la dignidad humana contemplada en la Constitución Mexicana de los Estados Unidos Mexicanos.¹³⁰

Es evidente que la gestación por otros 'se presenta como una realidad que supera las previsiones de muchos de los ordenamientos jurídicos y trae como resultado diferentes tintes problemáticos,¹³¹ derivado de lo anterior es necesario que en el sistema jurídico mexicano se adopte un instrumento que no contravenga las instituciones existentes y que regule las condiciones que surgen derivado de acuerdos para la gestación por otros. Asimismo, es importante identificar qué competencia legislativa ha de regular esta cuestión, el derecho civil o de la salud, si se encuentra en la primer rama entonces se regularía estatalmente¹³² lo cual conlleva a falta de uniformidad a nivel nacional, pero si se ubica en el área de la salud el tema sería federal,¹³³ y se limitaría a la parte médica, debiendo dejar de lado los efectos en materia de filiación, patria potestad, alimentos y sucesiones.¹³⁴ Asimismo es necesario identificar las repercusiones en el derecho de familia, mismas que discutiremos más ade-

¹²⁹ Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 215.

¹³⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 25.

¹³¹ González Martín y Alborno, op. cit., pp. 1 y 3 citando a Rubaja, Nieve, "El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero", en: Moreno Rodríguez, José Antonio y Lima Marques, Claudia (coords.): *Los servicios en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre, Gráfica Editora, 2014, pp. 281 y ss.

¹³² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 124.

¹³³ Ibid, Artículo 73 fr. XVI es facultad del Congreso legislar en materia de salubridad general.

¹³⁴ Alborno, María Mercedes y López González, Francisco, "Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos", en: *Revista del Instituto de Investigaciones de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 11, no. 39, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2017, pp. 173 y 178.

lante.¹³⁵ Para regular la gestación por otros es necesario tomar en cuenta diversos aspectos, mismos que estudiaremos a continuación.

X. OTROS ASPECTOS RELACIONADOS PARA REGULAR

Las razones por las que los sujetos recurren a la gestación por otros varían, desde problemas para concebir¹³⁶ como imposibilidad física,¹³⁷ infertilidad o motivos médicos¹³⁸ hasta cuestiones estéticas, vanidad, circunstancias laborales, homosexualidad o condiciones económicas,¹³⁹ sin embargo, de forma mayoritaria las motivaciones que no tienen conexión con imposibilidad física han sido rechazadas y consideradas ilícitas.¹⁴⁰ Derivado de lo anterior es necesario determinar si se deben identificar los motivos que fundamentan el uso de esta práctica y, en su caso, si dichas razones deben satisfacer ciertos requisitos para admitir su uso en México.¹⁴¹ En ese sentido es menester recordar que nuestros códigos civiles no son causalistas, por lo que la expresión de causa no es necesaria para la existencia y validez de los actos jurídicos.

¹³⁵ Ibid, pp. 173 y 179.

¹³⁶ Salazar Benítez, op. cit., pp. 79-80.

¹³⁷ García Monge, Juan Guadalupe, "La gestación subrogada en México", en: López Adame, Ángel Gilberto (ed.): *Homenaje al doctor Julián Güitron Fuentevilla*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 167: Dentro de la imposibilidad física se encuentran: la ausencia de útero, malformaciones del útero o del cérvix, sinequia uterina, enfermedades somáticas y reiterados intentos fallidos de fecundación *in vitro*.

¹³⁸ Alborno y López González, op. cit., pp. 173 y 178.

¹³⁹ Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?", en: Brena Sesma, Ingrid (ed.): *Reproducción asistida*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 139 y 156.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Alborno y López González, op. cit., pp. 173 y 179.

Asimismo, respecto a los sujetos que asumirán después 'la paternidad-maternidad del hijo habido'¹⁴² existen legislaciones que permiten la gestación por otros para individuos solteros o parejas ya sea dentro de matrimonio o en concubinato y, en su caso, únicamente heterosexuales o igualmente homosexuales.¹⁴³ Al respecto, es menester establecer los supuestos en los que los sujetos pueden recurrir a la gestación por otros así como la nacionalidad, si se limitará a nacionales mexicanos (residentes en México) o si se permitirá para extranjeros y mexicanos no residentes, ya que de ello dependerá que el país se convierta, o no, 'en una gran incubadora'.¹⁴⁴

De igual manera es importante regular si el acuerdo será gratuito u oneroso 'o, dicho de otra manera, altruista o comercial'.¹⁴⁵ La gestación de forma gratuita implica únicamente el pago de los gastos incurridos durante y después del embarazo, el cual es el más aceptado por los expertos y las legislaciones, un 'contrato benévolo o con fines altruistas'¹⁴⁶ en el que se pretende mostrar la 'solidaridad gestacional'¹⁴⁷ por parte de la gestante hacia la mujer que no puede tener hijos,¹⁴⁸ y en el que se proteja a 'la madre gestante y a los comitentes...', (y que se vele)

¹⁴² Garibo Peyró, Ana-Paz, "El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada", en: *Cuadernos de Bioética*, vol. 28, no. 93, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2017, pp. 245 y 250.

¹⁴³ Brena Sesma, op. cit., pp. 139-140.

¹⁴⁴ Ruiz Balcázar y Valdés Martínez, op. cit., pp. 230 y 250.

¹⁴⁵ López San Luis, Rocío, "La gestación por sustitución altruista no elimina el aspecto contractual de la gestación del así nacido", en: *Revista Jurídica de Castilla y León*, no. 49, Junta de Castilla y León, 2019, pp. 107 y 125.

¹⁴⁶ Martínez Martínez, Verónica Lidia, "Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México", en: *Dikaion*, vol. 24, no. 2, Universidad de La Sabana, 2015, pp. 353 y 363.

¹⁴⁷ López Guzmán, José, "Dimensión económica de la maternidad subrogada ('Habitaciones de alquiler')", en: *Cuadernos de Bioética*, vol. 28, no. 2, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2017, pp. 199 y 202.

¹⁴⁸ Brena Sesma, op. cit., pp. 139-140.

por el interés superior del menor a lo largo del proceso de gestación'.¹⁴⁹

La gestación será onerosa 'cuando exista un pago de por medio',¹⁵⁰ esta postura ha sido ampliamente criticada, a favor y en contra, las posturas a favor argumentan que es un rescate económico para gestantes que necesitan el dinero,¹⁵¹ mientras que en contra se ha dicho que 'donde hay remuneración existe tráfico de niños, instrumentalización, trata y explotación de la mujer',¹⁵² se considera que se cosifica no sólo a la mujer gestante, sino también al niño, lo cual atenta contra la dignidad del ser humano.¹⁵³ Por lo tanto, es importante determinar la onerosidad, o no, de la gestación por otros.

Existen diversos supuestos o modalidades en los que se puede dar la gestación por otros, a continuación describiremos los mismos:

Gestación por otros tradicional: La gestante aporta sus gametos para que sean inseminados con el esperma del comitente o de un donante.¹⁵⁴ Conforme algunos autores, esta última no es considerada como gestación por otros ya que la madre biológica (o genética) es, a su vez, la gestante.¹⁵⁵

Gestación por otros gestacional: Cuando la gestante no aporta sus óvulos, los cuales son aportados por la comitente o una donante y se recurre a la fertilización *in vitro*.¹⁵⁶ Esta modalidad se puede llevar a cabo con mate-

¹⁴⁹ López San Luis, op. cit., pp. 107 y 135.

¹⁵⁰ Brena Sesma, op. cit., pp. 139 y 140.

¹⁵¹ López Guzmán, op. cit., pp. 199 y 202.

¹⁵² López San Luis, op. cit., pp. 107 y 135.

¹⁵³ Martínez Martínez, op. cit., pp. 353 y 364.

¹⁵⁴ Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 27.

¹⁵⁵ Brena Sesma, op. cit., pp. 139-140. López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p.148.

¹⁵⁶ Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 28. López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p.148.

rial genético de los comitentes o con material genético donado de un hombre o una mujer, o ambas partes. 'En este tipo de gestación por sustitución pueden llegar a intervenir seis personas: el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, su marido —si tiene— y el y la comitente (o los comitentes o, excepcionalmente, las comitentes)'.¹⁵⁷

En la práctica, se recurre más frecuentemente a la segunda modalidad ya que se pretende evitar problemas derivados de los gametos de la mujer gestante ya sean físicos, como sucedió en el caso de *Baby Gammy*,¹⁵⁸ o jurídicos, ya que la 'evidencia y la jurisprudencia demuestran que las disputas y los problemas son más frecuentes'¹⁵⁹ en la primera modalidad.

Es fundamental que se delimiten todos y cada uno de los aspectos mencionados en este apartado a fin de establecer un marco jurídico en México que ofrezca seguridad y certeza jurídica a los comitentes, a la gestante y al niño. Los efectos de la gestación por otros repercuten en instituciones tan importantes para la sociedad como la familia y la filiación, por lo tanto, a continuación abordaremos el tema.

XI. EFECTOS DE LA GESTACIÓN

POR OTROS EN LA FAMILIA Y LA FILIACIÓN

La gestación por otros pone en entredicho y en peligro uno de los conceptos estructurales del mundo occi-

¹⁵⁷ Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 28.

¹⁵⁸ ABC News, "Baby Gammy: Surrogacy row family cleared of abandoning child with Down syndrome in Thailand", en: *ABC News*, <https://www.abc.net.au/news/2016-04-14/baby-gammy-twin-must-remain-with-family-wa-court-rules/7326196> consultado el 2 de octubre de 2019. En este caso la corte sentenció que los padres australianos no habían abandonado al bebé, sin embargo es un ejemplo que muestra las situaciones *sui generis* que esta realidad genera.

¹⁵⁹ Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 28.

dental: la familia.¹⁶⁰ La importancia de la familia no se limita a ser la célula de la sociedad, sino que derivado de su existencia se originan derechos y obligaciones de alimentos, educación o sucesión hereditaria¹⁶¹ entre sus miembros. Los principios que establecían que la 'madre es quien ha parido' y que 'padre es el marido de la madre' se ven mermados, y la filiación de un descendiente¹⁶² ya no es tan clara como lo fue hasta 1980. El Código Civil Federal indica que el 'parentesco por consanguinidad se determina en función de que una persona descienda de la otra, o esté vinculado a ella por tener un pariente o tronco común',¹⁶³ sin embargo en la gestación por otros la gestante no tiene intención de ser madre del niño ni tiene lazo genético con él, mientras la comitente además de tener la intención tiene relación genética (en la mayoría de las ocasiones).

En la gestación por otros tradicional la madre genética y la gestante es la misma persona y se entregará el niño a la madre jurídico-convencional. El Código Civil prohíbe cualquier tipo de transacción respecto a la filiación,¹⁶⁴ la gestante madre genética que entregue el niño podría asimilarse a transmitir su descendiente. Actualmente, dentro del derecho mexicano esta modalidad también podría encuadrar en el delito de abandono de

¹⁶⁰ López Guzmán, op. cit., pp. 199 y 215.

¹⁶¹ Chirino Castillo, Joel, "El derecho de familia en el Código Civil de la Ciudad de México", en: Adame López, Ángel Gilberto (ed.): *Homenaje al Doctor Othón Pérez Fernández del Castillo*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, p. 100.

¹⁶² Contreras López, op. cit., p. 12.

¹⁶³ Barroso Figueroa, José, "Maternidad, Paternidad y Genética (Un problema de libertad)", en: Cárdenas Uribe, Filiberto (ed.): *Estudios jurídicos que en homenaje a Antonio Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 30.

¹⁶⁴ Código Civil Federal, Artículo 338.

una persona,¹⁶⁵ lo cual impone una pena de un mes a cuatro años de prisión y se priva de la patria potestad a la gestante.¹⁶⁶

En la gestación por otros gestacional 'existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y gestante'¹⁶⁷ por lo que se pretende generar una filiación legal en favor de la mujer comitente. En este caso, para la imputación de la maternidad es necesario determinar si el nexo biológico con la comitente o el nexo biosíquico con la gestante ha de prevalecer. La generalidad privilegia el nexo biológico.¹⁶⁸ No obstante, en una tesis aislada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ('SCJN') superó la necesidad del vínculo biológico y determinó que la 'voluntad para concebir o voluntad procreacional' de los comitentes así como la voluntad libre de vicios de la madre gestante (que deberá ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio) son suficientes para que el juez pueda atribuir la filiación a los comitentes. Todo ello basado en el 'derecho a la identidad y la protección a su interés superior'¹⁶⁹ del menor, y sus derechos 'alimentarios y sucesorios, así como a recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo'.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Código Penal Federal, Artículo 335.

¹⁶⁶ López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p. 157.

¹⁶⁷ López Faugier, Irene. "Filiación por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción", en: Sánchez Barroso, José Antonio (ed.): *Cien años de derecho civil en México 1910-2010. Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 156.

¹⁶⁸ López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p. 152.

¹⁶⁹ "Filiación de un menor de edad nacido bajo la técnica de maternidad subrogada. Es deber del juez establecerla, aun ante la ausencia de regulación específica", *Semanario Judicial de la Federación*. Tesis Aislada. Décima Época. Instancia: Primera Sala. 11 de octubre de 2019 10:21hrs. Tesis: 1a. LXXXVI-II/2019 (10a.).

¹⁷⁰ Ibid.

Para remediar la entrega del niño y crear un vínculo de filiación con los comitentes se ha hablado de (i) entregar al menor por medio de adopción; (ii) el reconocimiento del niño por los comitentes; (iii) impugnación de la paternidad cuando la gestante está casada; (iv) por medio del reconocimiento en el acta de nacimiento; (v) a través de un contrato privado.¹⁷¹

La gestación por otros ha disociado la procreación de la actividad sexual completamente, por lo cual es necesario precisar si la maternidad y la paternidad 'dependen primariamente de la genética, de la gestación, del estado civil de las personas, o del acuerdo de voluntades suscrito por las partes'.¹⁷² Lamm considera que actualmente el punto de partida para que cualquier concepto de familia pueda surgir es la voluntad de las partes.¹⁷³ Es imprescindible que se establezca un marco jurídico uniforme a nivel nacional con la finalidad de fijar la atribución de la filiación ya sea en favor de los contratantes o de la gestante, 'es necesaria una regulación específica en el Código Civil'.¹⁷⁴ 'Se requieren pues reformas legales de manera que los principios clásicos que sirven para establecer la filiación, parto y presunciones, se flexibilicen y no se apliquen a los participantes'¹⁷⁵ de la gestación por otros. Únicamente cuatro artículos del Código Civil de la Ciudad de México contemplan someramente la reproducción asistida y la gestación por otros y son los siguientes:

¹⁷¹ Baffone, Cristiana, "La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México", en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 137, Universidad Autónoma de México, 2013, pp. 441, 458-460.

¹⁷² López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p. 166.

¹⁷³ Lamm, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", en: *Revista de Bioética y Derecho*, no. 24, Universitat de Barcelona, 2012, p. 90.

¹⁷⁴ Baffone, op. cit., p. 461 citando a Brena, op. cit., p. 11.

¹⁷⁵ Brena Sesma, op. cit., pp. 139 y 152.

Art. 325. *Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquéllas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.* (Énfasis añadido)

Art. 326. *El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.* (Énfasis añadido)

Art. 329. *Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.* (Énfasis añadido)

Art. 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 hayan 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. En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste*

*y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.*¹⁷⁶ (Énfasis añadido)

XII. ESTATUS JURÍDICO DE LOS NIÑOS Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La obligación del Estado de garantizar el interés superior del menor¹⁷⁷ se consagra en la Constitución Política de México, por lo tanto el Estado tiene el deber de satisfacer las necesidades de los menores para alcanzar su desarrollo integral. La interrogante en el caso de la gestación por otros radica en el hecho de determinar si este método de reproducción asistida afecta o no el interés superior de los menores.

Las posturas al respecto varían, por un lado autores como Lamm consideran que regular la gestación por otros 'es la solución que mejor satisface el interés superior del niño'¹⁷⁸ ya que no existen estudios que comprueben que este tipo de reproducción afecta a los niños.¹⁷⁹ En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aras de proteger el interés superior del menor, ha reconocido los convenios de gestación subrogada a fin de reconocer y mantener los vínculos familiares generados a partir de dichos convenios.¹⁸⁰

Por otro lado, autores como Garibo consideran que la gestación por otro afecta el interés superior del menor al separarlo de la gestante, mercantilizarlo, generarle posibles problemas de identidad y psicosociales,¹⁸¹ sin em-

¹⁷⁶ Código Civil de la Ciudad de México, Artículos 293, 325, 326 y 329.

¹⁷⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4.

¹⁷⁸ Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 228.

¹⁷⁹ Ibid, pp. 224-227.

¹⁸⁰ Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 87.

¹⁸¹ Garibo Peyró, op. cit., pp. 245 y 258.

bargo cabe mencionar que estos problemas no han sido comprobados. Asimismo, se dice que en la gestación por otro se *crea* un menor el cual, a diferencia de la adopción, no se encontraba en situación de vulnerabilidad, por lo que es dudoso que se proteja el interés superior del menor.¹⁸² En la práctica el interés del menor no siempre es protegido ya que existen casos 'de rechazo a los niños cuando éstos han presentado alguna enfermedad grave o malformación o cuando han ocurrido nacimientos múltiples'.¹⁸³ Como analicé aquí la práctica de la gestación por otros tiene consecuencias en diversas áreas externas pero poco discutimos respecto al alcance de la disposición de la mujer sobre su propio cuerpo, por lo tanto a continuación analizaré el consentimiento de la gestante y de los comitentes.

XIII. DEL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES INVOLUCRADAS

El fundamento del consentimiento de la gestante se basa en su autonomía y en su derecho a disponer sobre su cuerpo y su capacidad reproductora.¹⁸⁴ Sin embargo, el consentimiento informado de la gestante es insuficiente ya que no es cualquier tratamiento o intervención sobre su cuerpo y sus efectos no solo afectan a la mujer y su capacidad de reproducción, sino que también repercute en los terceros que se 'benefician' y en el niño que nace,¹⁸⁵ sin olvidar los riesgos y efectos secundarios que pueden derivarse de este método en la misma gestante.¹⁸⁶

¹⁸² Martínez Martínez, op. cit., pp. 353 y 376.

¹⁸³ Brena Sesma, pp. 139 y 148.

¹⁸⁴ Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 83.

¹⁸⁵ Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 95.

¹⁸⁶ Velázquez, Lourdes, "Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada", en: *Dilemata, Revista Internacional de Éti-*

Como mencioné anteriormente, en este tipo de prácticas existen desigualdades estructurales que sufren las mujeres gestantes cuando participan en estos contratos por necesidades económicas, un tipo de explotación,¹⁸⁷ por lo que se considera que esas situaciones impiden a las mujeres actuar de manera autónoma. La asimetría entre las partes conlleva a la invalidez del acto,¹⁸⁸ debido a que en México, el consentimiento no es válido cuando existe error, violencia o dolo,¹⁸⁹ y esta situación podría asimilarse a violencia estructural.¹⁹⁰

Respecto a la paternidad de los hijos nacidos mediante gestación por otros, es necesario el consentimiento expreso del padre,¹⁹¹ el cual deberá manifestarse verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología.¹⁹² La Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la 'voluntad procreacional' es el consentimiento del padre que expresa su 'deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea',¹⁹³ en el mismo sentido,

cas Aplicadas, no. 26, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2018, pp. 15 y 18. Estos riesgos y efectos van desde el aumento de la posibilidad de un tumor de mama hasta la pérdida de la fertilidad, pasando por el aumento del riesgo de complicaciones vasculares, hasta la placenta previa, la pérdida del útero y (en el 11% de los casos) incluso la muerte.

¹⁸⁷ Fernández Muñoz, Pablo Ignacio, "Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?", en: *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, no. 26, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2018, pp. 27 y 33.

¹⁸⁸ Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 114.

¹⁸⁹ Código Civil Federal, Artículo 1812.

¹⁹⁰ Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 114.

¹⁹¹ Martínez Martínez, op. cit., pp. 353 y 365.

¹⁹² Código Civil Federal, Artículo 1803.

¹⁹³ "Voluntad procreacional. Constituye un factor determinante en la filiación de un niño o una niña que nació bajo un procedimiento de inseminación artificial heteróloga", *Semanario Judicial de la Federación*. Tesis Aislada. Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tomo II, junio de 2018. Tesis: 1a. LXXVIII/2018 (10a.). Página: 980. Si bien esta tesis trata de inseminación artificial heteróloga, se puede aplicar de forma análoga.

en otra tesis expresó que la 'voluntad procreacional' es el elemento determinante para la filiación de la paternidad, sin importar 'la inexistencia del lazo biológico para efectos del reconocimiento voluntario del hijo de la pareja (...) que no proporcionó material genético para la procreación'.¹⁹⁴ Si bien en estas tesis aisladas se reconoce el consentimiento en caso de parejas en las que una de las partes gesta y establece un lazo genético con el menor, la SCJN adoptó una postura en la que subsana la ausencia del nexo biológico con una de las partes a través del reconocimiento de la voluntad de esta última.

Existen varias propuestas para formalizar el consentimiento de las partes involucradas en el proceso de gestación por otros. La primera consiste en establecer un proceso judicial que garantice la existencia del consentimiento previo, informado y libre de todas las partes, 'este consentimiento debidamente homologado, junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes debería otorgarse ante el oficial del Registro Civil para la correspondiente inscripción del nacido'.¹⁹⁵ También se ha sugerido otorgar el consentimiento a través de escritura pública otorgada ante notario.¹⁹⁶ Asimismo respecto a la gestante, se propone la existencia de un consentimiento informado preconcepción, para autorizar la gestación, y otro posparto, para entregar el menor y 'garantizar un período tras el parto en el que ella (la gestante) tuviera la posibilidad de, sin ningún tipo de presión, confirmar su voluntad'.¹⁹⁷

¹⁹⁴ "Reconocimiento voluntario de hijo en la partida de nacimiento o en acta especial posterior. Es viable la filiación jurídica en el contexto de una unión familiar homoparental, con motivo de la comaternidad". *Semanario Judicial de la Federación*. Tesis Aislada. Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tomo II, agosto de 2019. Tesis: 1a. LXVII/2019 (10a.). Página: 1324. Esta tesis se refiere a parejas homosexuales de mujeres, sin embargo, la utilizamos de forma análoga para efectos de la gestación por otros.

¹⁹⁵ Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 109.

¹⁹⁶ Martínez Martínez, op. cit., pp. 353 y 368.

¹⁹⁷ Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 111.

Derivado de lo anterior en caso de que se acepte la gestación por otros en nuestra legislación es menester tener como fundamento el consentimiento informado que construya el marco ético legal de este proceso, establecer 'las formalidades legales conforme las cuales debe obrar la voluntad o el consentimiento, para hacer uso de' ¹⁹⁸ la gestación por otros. 'Sin embargo, no hay que olvidar que es muy difícil constatar en un consentimiento informado los riesgos sobre la libertad, la dignidad y aquellos de tipo emocional'.¹⁹⁹ Por otro lado, la disposición del cuerpo de la mujer no se limita al otorgamiento del consentimiento, sino que también implica que el objeto del proceso sea jurídicamente posible y lícito como lo establece el Artículo 1827 del Código Civil Federal: 'Art. 1827. El hecho positivo o negativo objeto del contrato debe ser: I. Posible II. Lícito'.²⁰⁰

XIV. LICITUD DEL OBJETO DE LA GESTACIÓN POR OTROS

Como mencioné anteriormente, existe el obstáculo en nuestro derecho para determinar si el óvulo y los embriones²⁰¹ pueden estar en el comercio,²⁰² dichos materiales por sí mismos no tienen capacidad de dar vida, sin embargo, la finalidad con la que son utilizados en la gestación por otros es precisamente para generar

¹⁹⁸ López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p. 165.

¹⁹⁹ López Guzmán, op. cit., p. 216.

²⁰⁰ Código Civil de la Ciudad de México, Artículo 1827

²⁰¹ Algunos países como el Reino Unido permiten e inclusive regulan la disposición de embriones para investigación y para fertilización e incluye los 'embriones mezclados,' el cual si bien prohíbe su colocación en mujeres, no limita el estudio de embriones que pueden provenir de una mezcla entre humanos y animales. (Reino Unido Human Fertilisation and Embryology Act 2008 Section 4).

²⁰² Barroso Figueroa, op. cit., p. 31.

vida y procrear. Algunos consideran que la disposición de embriones o de un ser humano vulnera las normas de orden público y las buenas costumbres,²⁰³ y por lo tanto es ilícita. Asimismo, creen que al tratarse de *res extra commercium* el contrato de gestación por otros es inexistente.²⁰⁴ La Convención para los derechos del niño establece que los acuerdos para gestación por otros contribuyen para que los menores sean tratados como productos objeto de compra y venta, y que se perjudica su desarrollo y bienestar al quitar la posibilidad de tener un vínculo con la persona que los trajo al mundo.²⁰⁵ Widdows propuso como antídoto a la mercantilización o cosificación de los niños evitar normalizar las prácticas que cosifican la gestación por otros (como la elección del sexo y las características físicas por decisión de los padres).²⁰⁶

Para efectos del derecho civil, como ya lo observé, el objeto de los contratos debe ser posible y lícito, es decir, no contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.²⁰⁷ Por lo tanto, para regular este medio de reproducción es necesario superar estos problemas doctrinales, y teniendo en cuenta que el objeto de la gestación por otros es un niño, deberá de asegurarse la protección de los menores que nacen de estos procesos,²⁰⁸ sin omitir la dificultad de encontrar soluciones satisfactorias.²⁰⁹

²⁰³ Martínez Martínez, op. cit., pp. 353 y 375.

²⁰⁴ Martínez Martínez, op. cit., pp. 353 y 375.

²⁰⁵ Velázquez, op. cit., pp. 15 y 18.

²⁰⁶ Widdows, Heather, "Persons and Their Parts: New Reproductive Technologies and Risks of Commodification", en: Smith, Stephen W. y Deazley, Roman (eds.): *The Legal, Medical and Cultural Regulation of the Body. Transformation and Transgression*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 78-87. Asimismo señaló que esas actitudes repercutirían no solo en esos niños sino en la niñez en general.

²⁰⁷ Código Civil Federal, Artículo 1827 fr. II y 1829.

²⁰⁸ Fernández Muñoz, op. cit., pp. 27 y 36.

²⁰⁹ Velázquez, op. cit., pp. 15 y 23.

XV. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR OTROS A NIVEL ESTATAL

En México a nivel federal, el Código Civil no regula la gestación por otros, sin embargo, algunos estados la han regulado en diferente sentido. Las legislaciones de Coahuila²¹⁰ y San Luis Potosí²¹¹ consideran inexistente la maternidad subrogada y atribuyen la maternidad a la gestante sin importar que el material genético no provenga de ella. En Querétaro,²¹² la legislación aplicable señala la prohibición del uso de una tercera mujer para la gestación de un embrión a parejas adoptantes de embriones.

Por otro lado, el estado de Tabasco²¹³ reconoce la gestación por otros y atribuye la maternidad a la contratante y no a la gestante, sin embargo su regulación es insuficiente²¹⁴ al no establecer 'cómo o bajo qué condiciones o circunstancias se haría'.²¹⁵ Sinaloa²¹⁶ permite la 'gestación subrogada' y la regla de forma amplia y detallada, incluyendo temas del consentimiento de las partes, tipos de gestación subrogada, condiciones para que se dé la gestación e inclusive admite tanto la gestación altruista como la onerosa. La Ciudad de México propuso la emisión de una Ley de Gestación Subrogada la cual no fue aprobada y fue criticada al considerarse más adecuada su regulación dentro del Código Civil debido a sus implicaciones en la filiación.²¹⁷

²¹⁰ Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, Artículo 491.

²¹¹ Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, Artículo 243.

²¹² Código Civil del Estado de Querétaro, Artículo 400.

²¹³ Código Civil para el Estado de Tabasco, Artículo 347.

²¹⁴ Contreras López, op. cit., p. 62.

²¹⁵ Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 159.

²¹⁶ Código Familiar para el Estado de Sinaloa, Artículos 282-297.

²¹⁷ Contreras López, op. cit., pp. 63-64.

Valencia Monge considera que la regulación de esta materia por parte de estos estados es inconstitucional y sobrepasan sus facultades al regular la materia desde la salubridad general,²¹⁸ que es exclusiva del Congreso de la Unión.²¹⁹ Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 146/2007²²⁰ respecto de la facultad de la Ciudad de México para despenalizar el aborto, se centró 'exclusivamente en la detección de obligaciones y prohibiciones'²²¹ del legislador de penalizar o despenalizar conductas, más que en la atribución de facultades en materia de salubridad de los estados. Derivado de lo anterior, podría considerarse que de forma análoga los legisladores estatales están facultados para regular respecto a la gestación por otros. Lo preocupante es que en la actualidad no existe uniformidad en la legislación en México, por lo que es recomendable y necesario establecer un marco que genere certeza y seguridad jurídica a los sujetos involucrados en la gestación por otros. Algunos países han legislado sobre el tema y a continuación analizaré brevemente las disposiciones contenidas en estas regulaciones.

XVI. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR OTROS EN DISTINTOS PAÍSES²²²

Se pueden catalogar las regulaciones en tres secciones, primero, las que expresamente prohíben la gesta-

²¹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 73 fr. XVI.

²¹⁹ García Monge, op. cit., 182.

²²⁰ Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, en la que se reconoce la facultad del Distrito Federal para despenalizar el aborto dentro de las primeras doce semanas de gestación.

²²¹ Pou Jiménez, Francisca, "El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal", en: *Anuario de Derechos Humanos*, no. 5, Universidad de Chile, 2009, pp. 137 y 150.

²²² Lamm, *Gestación por sustitución*, pp. 118-185.

ción por otros sin importar si es gratuita u onerosa, tales como Francia, Alemania,²²³ Suiza, Italia y Austria. Segundo, los países en que se permite la gestación por otros altruistas, donde encontramos a Canadá, Reino Unido, Australia, Grecia, Brasil, Israel y Sudáfrica. Y tercero, las jurisdicciones que admiten la gestación que permite la remuneración de la gestante (o no la prohíben), que son encabezadas por Rusia, Ucrania, India,²²⁴ y ciertos estados de los Estados Unidos de América ('EUA').²²⁵ A continuación describiré algunas de las características más comunes e importantes que contienen las regulaciones.

En los países donde se permite la gestación por otros en forma altruista se requiere que los comitentes únicamente cubran los gastos razonables incurridos, aunque algunos países,²²⁶ facultan al tribunal para autorizar el pago de gastos adicionales, otros admiten el pago de una indemnización razonable, mientras que otros no establecen nada al respecto y por tanto se recomienda no entregar pagos adicionales a los esenciales para la gestación.

Los órganos jurisdiccionales tienen gran influencia respecto a la gestación por otros, en algunos países es preciso recibir autorización previa del tribunal competente para someterse al proceso. Conforme ciertas legis-

²²³ Alemania sanciona a quien lleva a cabo estos métodos, pero no a la gestante ni a los comitentes.

²²⁴ India se encuentra en el proceso de aprobación del proyecto de Reglamento de la Subrogación 2019 el cual limita este método únicamente a nacionales indios, determina reglas específicas y prohíbe la gestación por otros comercial. Lok Sabha, "The Surrogacy (Regulation) Bill, 2019", en: *Parliament of India, Lok Sabha*, http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/PassedLok Sabha/156-C_2019_LS_Eng.pdf, consultado el 29 de octubre de 2019.

²²⁵ Algunos estados tienen regulación que la autorizan como Illinois, Utah, Texas, Florida y New Hampshire. Otros estados por jurisprudencia la permiten como California, Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts y Ohio.

²²⁶ Reino Unido.

laciones los tribunales tienen la facultad de atribuir la filiación del niño a los comitentes,²²⁷ en otras se debe recurrir a la adopción para estos fines,²²⁸ y en otros lugares se establece de forma automática posterior al nacimiento del niño.²²⁹ Asimismo, se ha implementado como requisito que la gestante otorgue su consentimiento para inscribir al niño como hijo de los comitentes.²³⁰ La tendencia de los tribunales es evaluar en favor del interés superior del menor y resolver siempre a su favor.²³¹

Todos los participantes, es decir, gestante y comitentes, deben otorgar su consentimiento informado.²³² En el caso de gestantes casadas es requerido el consentimiento del marido también.²³³ Respecto de los comitentes, en su mayoría, se solicita que sean dos personas,²³⁴ hombre y mujer,²³⁵ casados,²³⁶ algunos prohíben a las parejas homosexuales²³⁷ mientras que otros autorizan a cualquiera.²³⁸ En su mayoría solicitan que la comitente sea físicamente

²²⁷ En Reino Unido y Australia el juez establece la filiación una vez solicitada por los comitentes. En Brasil por orden judicial ya se han establecido relaciones paterno-filiales. En Israel una orden judicial autoriza la filiación.

²²⁸ Canadá (en específico Quebec) es el caso.

²²⁹ Grecia.

²³⁰ Rusia y Ucrania.

²³¹ Reino Unido, Canadá, Israel, Sudáfrica, New Hampshire (EUA) protegen en todo momento el interés de los menores. Francia, inclusive cuando en su legislación se prohíbe la gestación por otros.

²³² Brasil, Rusia (sin embargo, la ley no establece nada respecto al hombre soltero).

²³³ Grecia, Brasil, Sudáfrica, Rusia, EUA (Texas y Utah. En Virginia la mujer debe estar casada).

²³⁴ Australia no especifica que sean marido y mujer o el sexo de los mismos.

²³⁵ Israel.

²³⁶ Reino Unido permite matrimonios, uniones civiles o dos personas que vivan como familia. Ucrania. New Hampshire (EUA).

²³⁷ En Grecia no importa si son parejas homosexuales de hombres o de mujeres. Ucrania lo prohíbe.

²³⁸ Brasil, Sudáfrica, Rusia e Illinois (EUA).

incapaz de llevar a cabo un embarazo.²³⁹ Existen países que piden por lo menos a uno de los comitentes aportar el material genético,²⁴⁰ mientras que otras leyes requieren que el esperma sea del padre comitente.²⁴¹ Inclusive hay países que prohíben la donación anónima de espermas.²⁴² Respecto de la edad de los comitentes las legislaciones difieren, algunos solicitan que los comitentes sean mayores de 18,²⁴³ 21,²⁴⁴ o 25 años,²⁴⁵ y tengan un máximo de 50 años.²⁴⁶

Entre los requisitos de la gestante se encuentra que haya tenido hijos previamente,²⁴⁷ y que goce de buena salud física y psíquica.²⁴⁸ Mientras que algunos países prohíben que la gestante tenga relación genética con el niño,²⁴⁹ otras jurisdicciones permiten que la gestante aporte los óvulos.²⁵⁰ Algunos países otorgan un periodo de reflexión a la gestante para ratificar su decisión antes de otorgar la filiación a los comitentes,²⁵¹ pero no en todas

²³⁹ Grecia, Florida (EUA), Australia (en la mayoría de las regiones), India, Israel y Ucrania.

²⁴⁰ Reino Unido, Sudáfrica (exceptuando cuando por razones válidas no sea posible), Ucrania, EUA (Illinois, Virginia y New Hampshire).

²⁴¹ Israel.

²⁴² Israel.

²⁴³ Reino Unido, Australian Capital Territory y South Australia (Australia), Florida (EUA).

²⁴⁴ New Hampshire (EUA).

²⁴⁵ Queensland y Western Australia (Australia).

²⁴⁶ Grecia.

²⁴⁷ Israel, Sudáfrica, Rusia, Ucrania y EUA (Texas, Utah, Virginia, y New Hampshire).

²⁴⁸ Grecia, Ucrania, Estados Unidos (Illinois), Rusia e India.

²⁴⁹ Australia, Grecia, Israel, Rusia, Ucrania, India y EUA (Illinois).

²⁵⁰ Canadá y New Hampshire (EUA). Esta modalidad ya no sería propiamente gestación por otros.

²⁵¹ Reino Unido establece un periodo de 6 semanas para que la gestante reflexione su decisión. Western Australia (Australia) determina un periodo de

las jurisdicciones es así.²⁵² Respecto a la edad de la gestante hay países que permiten a las mujeres mayores de 18,²⁵³ 20,²⁵⁴ 21,²⁵⁵ 22,²⁵⁶ o 25 años,²⁵⁷ y como límite la edad de 35,²⁵⁸ 38,²⁵⁹ 45,²⁶⁰ o 50²⁶¹ años.

Con la finalidad de disminuir el turismo reproductivo algunos países requieren que los comitentes sean nacionales del país,²⁶² o por lo menos uno de los comitentes²⁶³ y la gestante²⁶⁴ tenga domicilio en ese país; no obstante, legislaciones no contienen nada al respecto.²⁶⁵ Existen países que permiten a sus ciudadanos realizar este método fuera de su territorio,²⁶⁶ sin embargo, en los países en que se permite la modalidad altruista se prohíbe

3 semanas. En Israel no existe un plazo pero si la posibilidad de que el tribunal decida resolver el contrato previa solicitud de la gestante. En Sudáfrica existe un plazo de 60 días cuando la gestante aportó sus óvulos también. En New Hampshire (EUA) el plazo es de 72 horas posteriores al nacimiento del niño.

²⁵² En Grecia la gestante no tiene derecho a cambiar de opinión. En el estado de Virginia (EUA), la gestante en caso de aportar sus óvulos tiene derecho a retirar su consentimiento dentro de los 180 días posteriores al comienzo del embarazo. En Florida (EUA), la gestante se compromete a entregar el niño una vez nacido.

²⁵³ Florida (EUA).

²⁵⁴ Rusia.

²⁵⁵ Canadá, Illinois y New Hampshire (EUA).

²⁵⁶ Israel.

²⁵⁷ Queensland, Western Australia, Victoria y New South Wales (todos ellos en Australia) e India.

²⁵⁸ Rusia.

²⁵⁹ Israel.

²⁶⁰ India.

²⁶¹ Brasil.

²⁶² Grecia (ya sean ciudadanos o residentes permanentes).

²⁶³ Como sucede en el Reino Unido y Sudáfrica.

²⁶⁴ Sudáfrica.

²⁶⁵ Ucrania.

²⁶⁶ Israel y Australia.

la modalidad comercial extraterritorialmente.²⁶⁷ A continuación comentaré algunos casos significativos relacionados con turismo reproductivo.

XVII. EL TURISMO REPRODUCTIVO Y SUS IMPLICACIONES

El turismo reproductivo en el caso de la gestación por otros se entiende como el fenómeno en el cual las personas acuden a otro país para someterse a métodos de reproducción asistida ya sea porque en su país los costos son muy elevados o porque están prohibidos algunos métodos de reproducción asistida existentes.²⁶⁸ Diversos estudios demuestran que existen 'nuevos tipos de redes de reproducción entre países de ingresos altos de capital y países pobres con 'exceso' de mano de obra reproductiva.'²⁶⁹ Los casos internacionales o transfronterizos tienen consecuencias de derecho internacional privado, y conllevan dificultades en especial cuando se involucran países en donde está prohibida o no está regulada la gestación por otros. Dichos casos impactan en las cuestiones relativas a la filiación, padres internacionales (nacionalidad y país de residencia),²⁷⁰ la emisión de documentos de identidad para el niño, el derecho a las prestaciones derivadas de la paternidad/maternidad de los comitentes, y en general, todos los efectos de los acuerdos de gestación por otros llevados a cabo en otro país. Esta 'tensión entre la soberanía que tiene cada país para regular internamente la subrogación (o gestación

²⁶⁷ New South Wales (Australia).

²⁶⁸ Velázquez, op. cit., pp. 15 y 21.

²⁶⁹ Deomampo, Daisy, "Gendered Geographies of Reproductive Tourism", en: *Gender & Society*, vol. 27, no. 4, Sociologists for Women in Society, 2013, pp. 514 y 519.

²⁷⁰ Alborno y López González, op. cit., pp. 173 y 179.

por otros) y la necesidad de dar solución a casos que presentan un elemento de internacionalidad²⁷¹ ha sido resuelta de diversas maneras por los tribunales.

En España el Tribunal Supremo, basado en la situación de facto que ya existía entre los menores (nacidos en Estados Unidos) y los comitentes, resolvió otorgar la filiación en favor de estos últimos (en este caso homosexuales); atribuyó la filiación del padre biológico de forma natural y la del otro varón a través de adopción, previa autorización de la gestante.²⁷² Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ('TEDH') resolvió en contra de Francia; consideró que ésta última había violado el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos al negar la inscripción en el registro de menores nacidos por medio de gestación subrogada en Estados Unidos.²⁷³ El TEDH situó el interés superior del menor por encima del orden público y reconoció un contrato de subrogación celebrado fuera de Francia.²⁷⁴ Asimismo, el TEDH en *Paradiso y Campanelli c. Italia*²⁷⁵ declaró culpable a Italia 'puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al estado con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo...'²⁷⁶ Estas sen-

²⁷¹ Serra Alcega, Marta, "Reconocimiento de la maternidad subrogada en el derecho internacional privado español", en: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, no. 32, Universidad Autónoma de Madrid, 2015, pp. 285 y 287.

²⁷² Garibo Peyró, op. cit., pp. 245 y 253.

²⁷³ Courduriès, Jérôme, "At the nation's doorstep: the fate of children in France born via surrogacy", en: *Elsevier*, vol. 7, Elsevier, 2018, pp. 47 y 51. Casos Labassé y Mennesson.

²⁷⁴ Mennesson y Labassé c. Francia (asuntos 65192/11 y 65941/11, Sec. 5^a 26.6.2014). En este caso existía un vínculo genético con uno de los comitentes.

²⁷⁵ Asunto 25358/12, Sec. 2^a 27.1.2015).

²⁷⁶ Farnós Amorós, Esther, "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*",

tencias demuestran cómo los tribunales (en especial las instancias internacionales), más allá de tomar en consideración la voluntad de los comitentes o la soberanía de los estados, pretenden proteger el interés superior de los menores que nacen como objeto de los acuerdos de gestación por otros, en los cuales las gestantes otorgan su consentimiento para entregar el(los) niño(s) a los comitentes, quienes a su vez otorgan su consentimiento para asumir los derechos y obligaciones derivados de la paternidad/maternidad.

Ruiz y Valdés consideran que existe una amplia posibilidad de que se propicie el turismo reproductivo en México debido a la pobreza en la que se encuentran millones de mujeres en el país por lo que sugieren regular ya sea a favor o en contra la gestación por otros a fin de proteger los derechos de todos los involucrados en este proceso.²⁷⁷ El impacto de la ausencia de ley a nivel nacional es tan grave que, como Pennings asevera 'en países sin legislación..., cada doctor y clínica decide de forma autónoma si proporciona un cierto tipo de tratamiento y si ofrece un servicio a cierto tipo de paciente,'²⁷⁸ y la labor del reconocimiento de los efectos de los contratos de gestación por otros celebrados en el extranjero se atribuye a los tribunales, quienes ante la ausencia de ley se ven obligados a dictar sentencias que en ocasiones carecen de uniformidad y conllevan a falta de certeza jurídica para los menores, los comitentes y la gestante. Ante este problema Serra propone como solución 'admitirse el reconocimiento de las filiaciones derivadas de contratos de subrogación (gestación por otros) celebrados en el

en: *Revista de Bioética y Derecho*, no. 36, Universitat de Barcelona, 2016, p. 105.

²⁷⁷ Ruiz Balcázar y Valdés Martínez, op. cit., pp. 230 y 239-240.

²⁷⁸ Pennings, G., "Reproductive tourism as moral pluralism in motion", en: *Journal of Medical Ethics*, vol. 28, no. 6, Institute of Medical Ethics, British Medical Journal, 2002, p. 337.

extranjero en la ley, garantizando así el respeto de los derechos del menor'.²⁷⁹ No obstante, la solución implica tanto 'medidas nacionales como internacionales... para prevenir este tipo de *turismo*'.²⁸⁰ A continuación menciono brevemente los esfuerzos de la Conferencia de la Haya para armonizar internacionalmente la filiación en el caso de la 'maternidad subrogada,' como se define en el proyecto.

XVIII. CONFERENCIA DE LA HAYA
Y SU LABOR PARA ARMONIZAR LA FILIACIÓN
EN LA GESTACIÓN POR OTROS

Armonizar el derecho no es una tarea fácil, acordar principios en los que diversos sistemas jurídicos coincidan es complicado, ello se puede 'alcanzar si los principios son definidos de forma amplia,'²⁸¹ estableciendo condiciones mínimas y dejando a cada país la facultad de decidir sobre normas sustantivas.²⁸² 'Frente a la posibilidad de poner límites al "turismo reproductivo" que entren en conflicto con los derechos fundamentales, se impone la necesidad de aprobar directrices generales e instrumentos internacionales que garanticen que el acceso a las técnicas de reproducción asistida tiene lugar en unas condiciones mínimas'.²⁸³ Para ello la Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado (la

²⁷⁹ Serra Alcega, op. cit., pp. 285 y 294.

²⁸⁰ Pennings, op. cit., p. 337.

²⁸¹ Ibid, p. 339.

²⁸² Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, *Council on General Affairs and Policy of the Conference - March 2019*, doc. prel. no. 2 B, Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, marzo 2019, p. 2, <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>, consultado el 4 de noviembre de 2019.

²⁸³ Farnós Amorós, op. cit., p. 109.

'Conferencia') pretende fijar reglas de derecho internacional privado que ayuden a los estados a resolver problemas de filiación derivados de 'maternidad subrogada,' respetando las reglas sustantivas de cada estado en dicha materia, considerando la Convención de las Naciones Unidas en Derechos del Niño, y en especial, el interés superior del menor.²⁸⁴ La Conferencia subrayó que un instrumento que regule la filiación derivada de la gestación por otros 'no debe de considerarse como una aprobación de esta práctica, sino como un mecanismo para dirigir de forma práctica la filiación resultante de acuerdos internacionales de subrogación'.²⁸⁵

Desde 2011 la Conferencia a través de un grupo de expertos, ha realizado reuniones, investigaciones, estudios y cuestionarios para alcanzar directrices comunes. El grupo de expertos en la última de las reuniones indicó que la filiación en la gestación por otros podría establecerse por decisión judicial, por cumplimiento de la ley, por la acción o consentimiento de un individuo, o por un contrato. Dentro de las características sugeridas, se acordó que una de las garantías imprescindibles es el consentimiento informado y libre de la gestante. Asimismo uno de los requisitos acordados fue la conexión genética del niño con por lo menos uno de los comitentes.²⁸⁶ La mayoría de los expertos concordaron en que la labor sucesiva deberá enfocarse en desarrollar 'un instrumento general de derecho internacional privado para el reconocimiento de sentencias extranjeras en materia de filiación; y un protocolo separado para el reconocimiento de sentencias extranjeras en materia de filiación derivadas

²⁸⁴ Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, *Council on General Affairs*, p. 2.

²⁸⁵ Ibid.

²⁸⁶ Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, *Council on General Affairs*, p. 4.

de acuerdos de subrogación'.²⁸⁷ La separación antes mencionada para el caso de acuerdos de subrogación enfatiza la dificultad de llegar a acuerdos generales en esta materia, por lo que el grupo de expertos consideró que alcanzaría un mayor número de ratificaciones del instrumento general si se separaba la materia de gestación por otros debido a la sensibilidad del tema. El grupo de expertos aún no concluye el tipo de instrumento que elaborará, por un lado, una convención, vinculante para los países que se adhieran a ella que propone uniformidad en su aplicación, o por otro lado, principios o una ley modelo, no obligatoria para los países que los ratifiquen que ofrecen mayor flexibilidad.

El trabajo que está realizando la Conferencia para armonizar el derecho en materia de gestación por otros y filiación continúa en proceso, y el grupo de expertos ha recomendado una posterior reunión para continuar con la discusión de estos temas, sin embargo, una vez se alcance un régimen normativo internacional el reto será que lo ratifiquen tanto 'países proveedores' como 'países demandantes'²⁸⁸ de la gestación por otros, así como su implementación, es decir, 'la instrumentación y la viabilidad'.²⁸⁹ Se espera que este instrumento 'actúe como disuasor de aquellos que quisieran beneficiarse de las personas involucradas en los acuerdos transfronterizos de gestación por otros, tales como las gestantes así como los comitentes'²⁹⁰ sin olvidar a los niños que nacen deriva-

²⁸⁷ Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado, "The Parentage / Surrogacy Project", en: HCCH, <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, consultado el 5 de noviembre de 2019.

²⁸⁸ Trimmings, Katarina y Beaumont, Paul, "International Surrogacy Arrangements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level", en: 7 *Journal of Private International Law*, vol. 7, no. 3, Taylor & Francis, 2011, pp. 627 y 637.

²⁸⁹ Albornoz y López González, op. cit., pp. 173 y 181.

²⁹⁰ Trimmings y Beaumont, op. cit., pp. 627 y 647.

dos de estos acuerdos. Ante la amenaza de que la prohibición de la gestación por otros conlleve a su celebración en el mercado negro es necesario regular esta realidad, especialmente a fin de proteger a los niños nacidos a través de estos contratos,²⁹¹ 'que son los únicos que no han elegido voluntariamente encontrarse envueltos en un entramado jurídico tan complejo.'²⁹²

²⁹¹ Ibid.

²⁹² González Martín y Albornoz, op. cit., pp. 1 y 15.