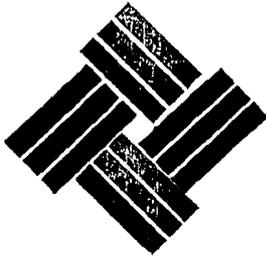


881209

14
20j.

UNIVERSIDAD ANAHUAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.



CONTRATO DE MADRES INCUBADORAS

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A

TAMARA KOLANGUI NISANOF

MEXICO, D. F.

1987

FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

CONTRATO DE MADRES INCUBADORAS

I N D I C E

	Páq.
INTRODUCCION.....	I
CAPITULO I	
Antecedentes	1
CAPITULO II	
Estudio Preliminar Sobre los Nuevos Métodos de Concep- ción Artificial.....	14
2.1 Descripción general de los métodos más utilizados	19
2.1.1 Fertilización In Vitro	19
2.1.2 Inseminación Artificial.....	24
2.1.3 Madres Incubadoras.....	24
2.1.4 Donación de Ovulo.....	25
2.1.5 Embrionación Artificial.....	25
2.1.6 Adopción de Embrión.....	26
2.1.7 Congelamiento de Embriones.....	26
2.1.8 Factores y consecuencias implícitos.....	27
2.1.9 Reacciones y críticas	29
2.2 Consecuencias legales de los métodos más utiliza- dos.....	32
2.2.1 Fertilización In Vitro.....	32

2.2.2 Inseminación Artificial.....	36
------------------------------------	----

CAPITULO III

Contrato Sobre Madres Incubadoras.....	48
--	----

3.1 Concepto	48
--------------------	----

3.2 Procedimiento de ejecución del contrato	54
---	----

3.3 Obligaciones y derechos de las partes	57
---	----

3.3.1 Obligaciones y derechos de la madre incubadora...	57
---	----

3.3.2 Obligaciones del esposo de la madre incubadora...	63
---	----

3.3.3 Obligaciones del padre natural	64
--	----

3.3.4 Obligaciones de la esposa infértil.....	67
---	----

3.3.5 Obligaciones del médico	68
-------------------------------------	----

3.3.6 Obligaciones del abogado	69
--------------------------------------	----

3.4 Violación del contrato de madres incubadoras.....	71
---	----

3.4.1 Violación del contrato por la madre incubadora...	71
---	----

3.4.2 Violación del contrato por el padre natural.....	79
--	----

3.5 Compensación	82
------------------------	----

3.6 Política pública e interés público	92
--	----

CAPITULO IV

Concepto de Madre Incubadora en el Derecho Mexicano.....	102
--	-----

4.1 Definición	103
----------------------	-----

4.2 Clasificación del contrato	105
--------------------------------------	-----

4.3 Elementos de existencia	112
-----------------------------------	-----

	Pág
4.4 Elementos de validez	116
4.5 Autonomía de la voluntad	122
4.6 Obligaciones de las partes	122
4.7 Consecuencias del contrato	123
4.7.1 Filiación	123
4.7.2 Patria potestad	127
4.7.3 Adopción	130
CONCLUSIONES.....	135
BIBLIOGRAFIA	141

INTRODUCCION

La familia es una agrupación natural por excelencia, pero -- además constituye un grupo con bases psicológicas, económicas, religiosas, éticas y políticas.

Al hablar del aspecto "natural" de la familia, nos referimos a los vínculos biológicos que en gran medida determinaron su formación en los tiempos primitivos y que indudablemente influyen en el acercamiento de la pareja y en el principio de su organización.

Pero al ir evolucionando y perfeccionando sus sentimientos, -- el hombre dió a su unión un contenido espiritual y psicológico -- que le confirió su trascendencia y jerarquía y que determinó su -- permanencia. Esta trascendencia se vió coartada al no existir -- descendencia y es por eso que la necesidad lo orilló a buscar métodos para perpetuarse, ya que el porqué, cómo y cuándo se forma un hijo ha sido siempre uno de los temas de candente interés y sobre lo que muchos han escrito.

En éste estudio mostraremos un panorama general sobre los -- nuevos métodos de concepción artificial, la necesidad de poder -- instituirlos dentro de nuestra vida diaria, entenderlos y aceptar los. Ya que no es lo mismo entender la maternidad en alguien que puede y tiene la capacidad de concebir y traer al mundo a sus hijos, que de una mujer infértil que ha tratado incansablemente de buscar un remedio para combatir su esterilidad.

Uno de los métodos artificiales utilizados es la concepción por medio de una madre incubadora. En el capítulo respectivo analizaremos el acto jurídico por medio del cual se contratan los -- servicios de una madre incubadora, las consecuencias médicas, psicológicas y legales que trae implícito dicho contrato y los beneficios que se nos presentan.

Como último punto analizaremos los impactos que puede llegar a tener el contrato en el Derecho Mexicano. Para poder integrar éste nuevo método en nuestra legislación nos es importante entender los principios generales que regulan nuestro Derecho, así como redefinir lo que es la maternidad, paternidad y darle un enfoque más amplio y flexible a la familia pero, sin perder los valores y fundamentos que constituyen la célula de nuestra sociedad, porque dentro de la familia y, a su vez de una determinada sociedad, se encuentra la identidad de un individuo dentro de un grupo social. Si la sociedad acepta la práctica de algo que amenaza la estabilidad de la familia entonces la sociedad debe sustituir a la familia con un nuevo concepto de socialización. El fracaso -- del empleo de éste nuevo concepto puede ocasionar la pérdida de la identidad social y un colapso eventual de tal sociedad. Esto último no es lo que el mundo científico y jurídico pretenden con la implementación de los métodos de concepción artificial y es -- por eso que mediante el mejor entendimiento de sus beneficios y consecuencias los legisladores podrán proponer proyectos legislativos que regulen tales prácticas, protegiendo los intereses de la familia, las relaciones armoniosas entre sus integrantes y --

principalmente el bienestar del niño que será producto de la concepción por medio de los distintos métodos artificiales, principalmente el método de madres incubadoras que es el tema de esta tesis.

CAPITULO I

A N T E C E D E N T E S

Vivimos en un mundo en donde la ansiedad del hombre por el conocimiento, desarrollo y ciencia han alcanzado parámetros incalculables. Día con día el hombre va avanzando en la tecnología, y este avance nos implica a nosotros como seres humanos, pues es el hombre mismo en que vivirá este proceso científico y sus consecuencias. Todos estos cambios traen avances implícitos en el mundo legal, ya que debemos regular jurídicamente los impactos que conllevan estos cambios científicos y tecnológicos. Dentro del inmenso mundo del Derecho, pondremos especial atención en el Derecho Civil, ya que junto con la Genética Experimental están viviendo un movimiento de transformación.

Me refiero a los diferentes métodos de concepción artificial, procedimientos fisiológicos que han venido a poner en crisis a la moral y al Derecho, especialmente en este último a las disposiciones sobre paternidad, maternidad, filiación, matrimonio, sucesión entre otras. En general, han venido a reformar todo el concepto-tradicional de FAMILIA que desde hace varios siglos hemos tenido como fundamento de la institución del matrimonio, dando un enfoque diferente y redefiniendo los conceptos de madre, padre legal, padre biológico e hijos; ya que la Biología y la Genética están determinando severos cambios en la vida del hombre, y al cambiar éstas al derecho se debe preocupar por regular y orientar los nue

vos modos de vida presentados en una sociedad determinada.

Sin olvidar que la función del Derecho no debe ser sólo regu- lar los cambios que ya se presentaron, sino que debe estar alerta como un "ojo avizor", para preveer esos cambios que habrán de pre- sentarse y dictar medidas anticipadamente al cambio de vida de -- las personas.

Son varios los nuevos métodos de concepción artificial, sien- do uno de los más importantes el de inseminación artificial, con- sidero que es importante conocer un poco de sus orígenes históri- cos para poder entender su evolución, ya que estos métodos no só- lo tienen impacto en el campo de la Ciencia y del Derecho, sino - en el campo de la Medicina y la Psicología entre otros.

La causal más importante que dió origen a la implementación- y utilización de estos métodos fué la incapacidad de poder conce- bir hijos, conocida comúnmente como infertilidad, y que se puede- presentar tanto en el hombre como en la mujer.

William Mosher del Centro Nacional de Estadísticas sobre la- Salud, localizado en Estados Unidos, comparó dos exámenes, uno -- aplicado en 1965 y otro en 1976, siendo los exámenes más reciente- mente realizados a nivel nacional sobre el tópico de la fertili- dad, en la población norteamericana. El encontró un 83% de aumen- to de infertilidad entre parejas casadas, en donde la mujer fluc- tuaba entre los 20 y los 24 años de edad, siendo éste tradicional- mente un grupo fértil. En el examen se encontró que alrededor -- del 10% de las parejas casada eran infértiles. Actualmente se es- tima que la infertilidad presentada en la población está alrede--

dor de un 15%. El doctor Martin OConnell declaró que actualmente la infertilidad es mucho mayor pues dichos exámenes sólo comprueban la infertilidad en mujeres que trataban de tener hijos y fracasaron, sin incluir a aquellas que siendo infértiles ellas no lo sabían porque todavía hasta ese momento no habían tratado de concebir. Las estadísticas sobre el porcentaje de infertilidad presentada en términos generales, nos dicen que, ésta se debe en un 40% por infertilidad en la mujer, un 40% por infertilidad en el hombre y un 20% por problemas de infertilidad en ambos; enfatizando que la corriente actual social presente consistente en posponer el embarazo por medios anticonceptivos, ha jugado un papel importante en las parejas, afectando su capacidad para concebir (1).

Empecemos por definir en qué consiste el método de Inseminación Artificial. El maestro Ernesto Gutiérrez y González nos dice que la Inseminación Artificial tomada como un género la definimos como:

el encuentro del espermatozoide y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra-útero por la introducción del espermatozoide del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es sin necesidad de contacto carnal (2).

Aunque este procedimiento tecnológicamente hablando sólo recientemente ha hecho grandes avances, tiene sus raíces y antecedentes en el pasado.

-
- 1 Cfr. LORI B. ANDREWS: New Conceptions (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); 1a. ed., St. Martin's Press, Nueva York, 1984, p. 3.
 - 2 ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ: El Patrimonio Pecuniario y Moral y Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio; 2a. ed., -- Cajica, S. A., México, 1982, p. 627.

Alrededor de los años 300 A.C., los estudiantes del Talmud ya contemplaban la posibilidad de que una mujer concibiera sin tener ningún contacto físico o directo con el hombre. En 1420 Don-Ponchom exitosamente utilizó la inseminación artificial en peces. Más tarde, los mismos experimentos se practicaron sin éxito en -- 1680, y en 1742 se reanudaron las investigaciones obteniendo resultados sobresalientes. En 1785 el psicólogo italiano Lazzaro - Spallanzani inseminó artificialmente con resultados positivos a un insecto, un anfibio y un mamífero. Existen ciertas pruebas de inseminación artificial en los seres humanos a mediados del siglo XVI, pero la primera inseminación artificial practicada en seres humanos fué en 1799 cuando el cirujano doctor John Hunter pudo in-seminar a una mujer con el semen de su marido. En Estados Unidos de América este método fué utilizado por primera vez en seres humanos y con resultados positivos en 1866 cuando el doctor J. Marrian Sims inseminó a seis mujeres con el semen de sus respectivos maridos (3).

Otros autores hablan sobre los antecedentes históricos de la práctica de este método y nos dicen que en 1462 Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla, se dice fué inseminada artificialmente y da a luz a "Juana de beltraneja", mas no hay pruebas definitivas al respecto. Se dice que en 1868 la "Abeja Médica", - revista médica dedicada a la divulgación científica, publica 10 - casos en donde la inseminación artificial se practicó con resultados positivos.

3 Cfr. BRENT J. JENSEN "Artificial Insemination and the Law" - - (Trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Brigham - - Young University Law Review, copyright Brigham Young University Law Review, Utha, 1982, pp. 937 y 938.

En 1911 Roelheder, da a conocer 65 experimentos, de los cuales 31 resultaron positivos. Más tarde en 1942 Seymour y Koerner, interrogaron a 30 000 médicos en los Estados Unidos de América, y lograron saber de 9,489 embarazos logrados por medios artificiales. En 1950 en Francia se reportaron 1000 embarazos anuales, -- 6000 en Inglaterra y 20 000 en Estados Unidos, todos ellos como producto de la utilización de métodos artificiales de concepción. En esta misma fecha los médicos del cuerpo de sanidad del ejército de los Estados Unidos practicaron en más de 1000 personas la teleinseminación, con semen de soldados acantonados en Corea. En 1968 se establecen los llamados "Bancos de Semen" en países como Francia y Alemania, en donde se obtiene semen de diversos donadores, guardando absoluto secreto sobre su identidad. Por último tenemos que en 1969 el doctor Georg Sillo-Seidel, de nacionalidad alemana, presenta un informe sobre una mujer que dió a luz a un niño, resultando éste de un semen congelado (4).

Los primeros antecedentes de carácter legal que se registraron nos dicen que en 1951 Suecia legisló sobre esta materia a raíz de la necesidad de una regulación a los experimentos ya practicados. En 1958 la Lic. Hilda Cortés Obregón, publicó la traducción de la ley de Suecia en materia de inseminación artificial.

El primer record judicial referente a un caso sobre inseminación artificial ocurrido en Francia, fué en 1883.

En 1905 un alemán debatió la legitimidad de un niño nacido,-

4 Cfr. E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: op. cit., p. 620 y 629.

concebido por su esposa en 1904, demandándola por adulterio, arguyendo que no había tenido relaciones con su esposa considerando el tiempo necesario para la concepción. La esposa alegó que el hijo concebido era resultado del semen secretado por el marido en una emisión nocturna y que la mujer lo había tomado y depositado dentro de su vagina. Más tarde en 1908 la Suprema Corte de Alemania -- afirmó que un niño concebido a través de una inseminación artificial usando la mujer el semen de su marido debía ser considerado como hijo legítimo (5).

El primer caso discutido en la Corte de los Estados Unidos sobre la inseminación artificial, se decidió en 1945, siendo éste -- denominado Hoch vs. Hoch.

Pero a pesar de estos indicios, una verdadera legislación sobre reproducción, puede decirse que floreció después de 1945, como reacción a las políticas nacionales de la década anterior imponiendo esterilización involuntaria en lo que fué el movimiento -- del genocidio; no siendo ésta la época de su origen pero sí la de su utilización, y observando el alcance obtenido en la práctica -- de dichas pruebas, la conciencia humana consideró de gravedad urgente regular el punto (6).

El movimiento internacional en contra del control estatal sobre los deseos del individuo en materia de reproducción se inició en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos. --

5 BRENT J. JENSEN: op. cit., p. 939.

6 Cfr. BERNARD M. DICKENS: "Reproduction Law and Medical Consent" (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en University of Toronto Law Journal; University of Toronto Press, Toronto, Vol. 35, No. 3, verano 1985.

Aquí se reconoció el derecho de todo individuo de tener hijos, - sin preveer la participación de una persona o autoridad para ofrecer sus servicios y ayudar a una pareja infértil a superar su problema, más bien se refiere a la iniciativa de cada individuo de tener sus propios hijos.

Esta Declaración Universal tuvo mayor impulso y mayor obligatoriedad a partir de la expedición de dos convenios, ambos promulgados en 1976 y ratificados en Canadá. Estos convenios son:

- a) Convenio sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales; y
- b) Convenio sobre los Derechos Civiles y Políticos.

En ambos podemos observar el énfasis hecho hacia la protección de las decisiones de la pareja con respecto a la planeación familiar y la aprobación de la investigación científica en materia de reproducción (7).

Una vez mencionados brevemente los antecedentes del método de inseminación artificial podemos hacer mención de algunos antecedentes de los demás métodos artificiales, para terminar con la remisión a los orígenes del método de madres incubadoras, que es el tópico de esta tesis.

Los informes que se tienen en la actualidad reportan la existencia en los Estados Unidos de 200 a 250 Clínicas de Fertilización "In Vitro" operante. Existen clínicas de este tipo en Japón

7 Cfr. BERNARD M. DICKENS: op. cit., p. 256.

Singapur, Canadá, Australia, Inglaterra, Nueva Zelanda entre - - otras. Sur Africa tuvo como resultado de estas prácticas, en enero de 1984, su primer bebé de probeta.

Tenemos que el primer bebé concebido por el método de Transferencia de Embrión, nació en California; el embrión fué trasladado de un útero, cinco días después de concebido, e implantado en otro.

En Australia, un embrión, después de concebido pasó dos meses congelado, fué implantado en el útero de su madre y más tarde traído al mundo.

Todos estos métodos traen implicaciones legales difíciles de resolver con cuestionamientos que envuelven interrogantes morales, éticas y principalmente jurídicas, estas últimas, son las que en nuestra exposición trataremos de clarificar.

Uno de los métodos más controvertidos es el método de "Madres Incubadoras" método que analizaremos a lo largo de esta tesis, que consiste en que una pareja, en donde la mujer a causa de su esterilidad es incapaz de concebir a un niño, contrata a una madre incubadora que más tarde será inseminada artificialmente -- con el semen del esposo de la mujer infértil; ésta cargará al bebé los nueve meses de la gestación y a su nacimiento la madre incubadora entregará al bebé cediendo los derechos parentales que la unen al bebé y que ya habían sido pactados al momento de contratar. Más tarde la mujer infértil adoptará al bebé no quedando ningún nexo entre la madre incubadora que llevó en su vientre al niño los nueve meses y la pareja contratante, que serán considerada

dos como los padres legales del niño, siendo en este caso particular el padre legal también el padre natural.

La utilización de este procedimiento parece reciente y novedosa pero doctrinarios y especialistas en la materia han investigado los antecedentes del método para poder entender su origen y estructura, citando como fuente de su antecedente más remoto a la Biblia. A continuación mencionaremos los distintos versículos -- que nos dan la pauta de la práctica de este método.

Sarai, la mujer de Abraham no tenía hijos. - Pero tenía una esclava egipcia de nombre -- Agar, y dijo a Abraham: "Mira, Yahvé me ha hecho estéril; entre, pues, a mi esclava, a ver si por ella puedo tener hijos". Escuchó Abraham a Sarai. Tomó, pues, Sarai, la mujer de Abraham, a Agar, su esclava egipcia, - al cabo de diez años de habitar Abraham en - la tierra de Canán, y se la dió por mujer a su marido, Abraham. Entró éste a Agar, que concibió... (8).

Parió Agar a Abraham un hijo, y le dió Abraham el nombre de Ismael (9).

Hace 4000 años Abraham deseoso de tener un hijo, y Sarah su mujer a causa de su esterilidad no pudiendo dárselo, para compensar su incapacidad mandó a Abraham con su esclava Hagar, para que ella concibiese y diere un heredero a Abraham, al que más tarde - llamaron Ismael. La afirmación de que este suceso es antecedente de las madres incubadoras provocó polémica entre los estudiosos - de la materia, ya que Hagar había concebido bajo una relación se-

8 Biblia Sagrada: Génesis 16: 1 al 4 .

9 Biblia Sagrada: Génesis 16: 15.

xual directa y en el tema que estamos tratando, el procedimiento tiene su fuente no en una relación sexual directa sino en métodos artificiales. Pero según nuestro antecedente podemos decir que la intención de las partes se semejante a la intención presentada por los contratantes en un contrato de madres incubadoras.

En el estado de Topeka, Kansas, existe un instituto que designa sus servicios al empleo de madres incubadoras llamado Instituto Haqar, nombre que lleva por la referencia al antecedente bíblico antes citado.

Otro antecedente bíblico al que podemos hacer referencia es el caso de Raquel que no pudiendo darle hijos a Jacob a causa de su infertilidad le da a sus esclavas para que conciban por ella.- La Biblia nos dice lo siguiente:

Raquel, viendo que no daba hijos a Jacob, estaba celosa de su hermana, y dijo a Jacob: "Dame hijos o me muero". Airóse Jacob contra Raquel, y le dijo: "¿Por ventura soy yo Dios, que te ha hecho estéril?". Ella le dijo: "Ahí tienes a mi sierva Bila; entra a ella, que para sobre mis rodillas, y tenga yo prole por ella". Dióle, pues, su sierva por mujer, y Jacob entró a ella. Concibió Bila, y parió a Jacob un hijo, y dijo Raquel: "Dios me ha hecho justicia, me ha oído y me ha dado un hijo"; por eso le llamó Dan (10).

Una vez mencionados algunos de los antecedentes de este método, es importante recordar que a lo largo de su trayectoria en la actualidad, la práctica de este procedimiento ha tenido muchos -- obstáculos y su regulación jurídica es deficiente y controvertida. En 1978, estudios realizados nos indican que tres de un número

ro de 3.5 millones de nacimientos eran concebidos en base al programa de madres incubadoras. Actualmente tenemos más de 500 nacimientos concebidos en base a este método artificial y adoptados - con posterioridad por la pareja contratante (11).

En Estados Unidos de América los estados más avanzados en cuanto a organización y legislación sobre el contrato de madres - incubadoras son Kentucky y Michigan, contando con organismos especializados para el manejo de todas las implicaciones que trae aparejado un contrato de este tipo.

Los organismos a los que nos referimos con anterioridad son: "Surrogate Parenting Associates, Inc. (SPA) "en Louisville Kentucky, y el "Surrogate Family Services, Inc. (SFS)" localizado en Dearborn, Michigan. Son dos organismos independientes que proveen básicamente el mismo servicio: ellos conectan y relacionan - (compaginando las distintas necesidades) parejas infértiles con - madres incubadoras potenciales; teniendo cada uno de ellos sus metas y principios filosóficos, que es lo que ha hecho que sobrevivan a los distintos obstáculos.

SPA fué formado por el Dr. Richard M. Levin, especialista en problemas de infertilidad, en abril de 1980. El Dr. Levin dice - que todos tienen derecho a la procreación y por lo tanto el organismo acepta a todo solicitante. Cada pareja deberá presentarse - con una lista de las características de la madre incubadora que - potencialmente se desea contratar. Más adelante se le brinda a -

11 Cfr. CAROLEA GOLOFARB: "Two Mothers, one Baby, no Law" (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Human Rights; Section of Individual Rights and Responsibilities American Bar Association, Chicago, Vol. 11, No. 2, Verano 1985, p. 27.

la pareja tres opciones sobre madres incubadoras distintas de las cuales tendrá que elegir a una basándose en los rasgos físicos, - intelectuales y psicológicos que se están solicitando y que se de sea sean los que presente la madre incubadora elegida.

Para aceptar a una madre incubadora, el Dr. Levin establece como requisito primordial, el que la madre incubadora sea casada y que tenga por lo menos un hijo, además de haber aprobado los -- exámenes médicos y psicológicos respectivamente. La madre incubadora debe tener también un representante legal (12).

Por otro lado tenemos al SFS localizado en el estado de Michigan. Fué creado por el Lic. Noel Keane, abogado destacado que tramitó varios contratos sobre madres incubadoras, y por la Lic. Katie Brophy, abogado de Louisville quien trabajó con el Dr. Levin por algún tiempo. Este organismo funciona algo distinto al SPA. Aquí se dan servicios a parejas infértiles localizadas fuera del estado de Kentucky y el tratamiento médico lo brinda el médico del lugar de origen de la madre incubadora. Aquí no es necesaria la elaboración de un contrato formal entre las partes contratantes. La pareja solicitante del servicio y la madre incubadora firman un acuerdo breve que delimita las obligaciones de las partes y establece la actual situación y posterior custodia del niño. Sólo se le cubren a la madre incubadora los gastos médicos, que la prestación de sus servicios es voluntaria y en forma al -

12 Cfr. JOHN W. PHILLIPS and SUSAN D. PHILLIPS: "In Defense of Surrogate Parnting: A Critical Analysis of the Recent Kentucky Experience" (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Kentucky Law Journal; Kentucky Law Journal, Kentucky, Vol. 69, 1981-1982, pp. 881 y 882.

truista (13).

Estos dos organismos han brindado lineamientos, para que en varios estados de la Unión Americana, se instituya este tipo de organizaciones y prácticas, claro que todo depende del tipo de legislación que al respecto opte el estado en cuestión, pues cada estado tiene principios legislativos diferentes.

A pesar que el método de madres incubadoras propone una alternativa viable para contrarrestar la infertilidad, es un tema rodeado de controversias. Un gran número de principios legales, morales y éticos se ponen en cuestión los cuales no son fáciles de resolver, principalmente porque no existe un sistema legislativo uniforme que requiera este contrato ni un entendimiento pleno del mismo, así también como de todos aquellos métodos de concepción artificial. De lo que sí estamos concientes es que se estima que por el método de inseminación artificial se conciben de 50 000 a 250 000 niños, y otros 100 000 en países extranjeros (14).

Estas cifras van en aumento pues cada vez es mayor el porcentaje de la población que tiene conocimiento y puede recurrir a la utilización de estos métodos. Consecuentemente cada vez son mayores las consecuencias y la problemática a resolver.

-
- 13 Cfr. JOHN W. PHILLIPS and SUSAN D. PHILLIPS: op. cit., p. 883.
14 Cfr. REBECCA LEVINE: "My Body, My Life, My Baby, My Rights" (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Human Rights (American Bar Association); Published by American Bar Association Press, New York, Vol. 12, No. 1, primavera 1984, p. 27.

CAPITULO II

ESTUDIO PRELIMINAR SOBRE LOS NUEVOS
METODOS DE CONCEPTO ARTIFICIAL

Ver una ilustración de los raros vestidos de hace tan sólo - cincuenta años, leer la historia de las peregrinas costumbres e - ideas que prevalecieron en otros tiempos y en otros lugares de la tierra, leer las predicciones que antaño se hicieron de las maravillas por venir, cumplidas con crece superlativas en el mundo de hoy, oír el anuncio de los portentos que se espera ver realizados en el próximo mañana, todo esto nos pone de manifiesto el incesante cambio de la sociedad humana.

El hombre es en cada lugar y en cada tiempo diferente de como es en otros lugares, de como ha sido en otras épocas, y de como será en el futuro. El hombre recorre un mecanismo de historicidad, y es cambiante porque cada generación toma necesariamente como punto de apoyo para su vida, el legado cultural que recibe - de la generación precedente, pero en el decurso de su vida va introduciendo modificaciones en esa herencia cultural, añadiendo nuevos conocimientos en base a nuevas experiencias. Esta historicidad no sólo se queda en el campo de lo individual, sino que trasciende a todas las actividades e instituciones del hombre, tales como la FAMILIA.

La Familia como se ha dicho tantas veces, ha sido y será la verdadera célula de la sociedad, base y piedra angular del ordena

miento social, no sólo porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por esencial misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones y de los siglos, sino además porque es en su seno donde se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas, las fuerzas y virtudes que necesita para mantenerse saludable y próspera la comunidad política.

Si bien la institución del grupo familiar, tiene un origen biogénético que se prolonga en la protección y crianza de la prole, no debe olvidarse que aun en los grupos domésticos primitivos, la familia cumple una función de sustento y educación de los miembros del agregado familiar, que se resume en la procreación y supervivencia de la especie.

La familia en la actual sociedad industrial y urbana ha sufrido los efectos de la expansión del industrialismo, por cientos de años esta institución ha sido un núcleo fuerte, estable y con una regulación estricta. Pero sabemos que todos estamos sujetos a la evolución, porque vivimos en un mundo de constante transformación, y nos estamos refiriendo específicamente al avance tecnológico que muchas veces se escapa de nuestras manos, y va más allá de nuestra capacidad de conocimiento y regulación.

Dentro de toda esta gama de adelantos, ubicamos a todos aquellos nuevos métodos de concepción artificial, métodos que dan a parejas infértiles la posibilidad de tener sus propios hijos o si no, por lo menos, la posibilidad de que uno de los cónyuges tenga parentesco directo con el niño. Todo esto ha tenido serias reper

cusiones en la tradicional institución familiar.

Es rápido y radical el progreso, pues una vez conocido y -- practicado en nuevo procedimiento es muy difícil el retroceso, lo tenemos en la puerta y nuestro papel es afrontarlo.

Tenemos repercusiones en distintos campos profesionales tales como el psicológico, el médico y el legal; así como implicaciones éticas y morales que junto con las implicaciones jurídicas son las que en última instancia, van a regular la relación y entendimiento de los participantes en los diferentes procedimientos, su interacción con la sociedad, su legitimidad y su aceptación y respetabilidad.

Por ser algo novedoso y a la vez escalofriante existen muchos países que carecen de regulación al respecto, siendo uno de ellos México. Pero existen otros en donde la actividad de los -- nuevos métodos de concepción se ha intensificado, y la necesidad de afrontar los problemas suscitados ha creado, si no una legislación uniforme, proyectos legislativos en donde se regulan las implicaciones legales que ocasiona la práctica de dichos métodos, o por lo menos, la conciencia de la trascendencia de los problemas que se pueden llegar a suscitar en el futuro si no existe un ordenamiento jurídico que regule las consecuencias esperadas; ya que la familia ha dejado de ser un núcleo social autárquico frente al Estado, a quien compete la vigilancia del cumplimiento de los deberes impuestos, particularmente a los que ejercen la patria potestad.

Hoy en día, el Derecho interfiere profundamente en la organización y funcionamiento de la familia, ya que ésta es una institución social fundamental, y el Estado tiene interés, o debe tenerlo, en el sano desarrollo y en la conservación de la familia; - - prestando cuando sea necesario su autoridad y auxilio para fortalecer al grupo familiar.

La familia, como casi todas las instituciones jurídicas que tenemos en la actualidad presenta dos aspectos: a) un aspecto individual, y b) un aspecto social; porque la familia puede ser considerada en su conjunto de relaciones que se traducen en derechos y deberes recíprocos, establecidos entre los individuos que la -- forman para crear relaciones personales entre ellos y realizar fines individuales, o, puede la familia ser considerada desde el -- punto de vista social, como una entidad sociológica formada por -- un conjunto de personas que tienen fines sociales que realizar y -- que deben mantener latentes relaciones entre ese grupo llamado Familia y el Estado.

No se puede hacer un estudio completo de la familia si no se consideran tanto su aspecto individual como social. Para efectos del análisis de esta tesis, tomaremos a los elementos de la familia considerados desde un aspecto individual y más tarde analizaremos el aspecto social, que será cuando el Estado presenta una -- participación desde el punto de vista de su regulación jurídica y su intervención como regulador de las relaciones, fungiendo como -- autoridad (15); ya que las disposiciones legales aplicables a la-

15 Cfr. IGNACIO GALINDO GARFIAS: "Tres cuartos de siglo en el -- Derecho Civil Mexicano"; en LXXV años de evolución jurídica -- en el mundo; U.N.A.M., Vol. V. 1979, p. 75.

familia, no tienen como finalidad proteger el interés del individuo considerado aisladamente, sino como un miembro del grupo social familiar; pero es evidente que tampoco pueden identificarse con los fines propios del Estado, aunque no se opongan, con los fines y las necesidades que pretenden llenarse a través del núcleo familiar.

Todo tiene un proceso de evolución y dentro de la institución de la familia los métodos de concepción artificial han tenido un impacto determinante, nos estamos refiriendo a métodos que pueden dar como resultado el que un niño llegue a tener hasta dos padres y tres madres diferentes: la donadora del óvulo, el donador del semen, la mujer que provee de un útero solamente durante el período de gestación del bebé, y los padres que crían al bebé. Todo esto ha traído grandes cuestionamientos con respecto a la institución de la Familia, sus valores y fundamentos en los que se asientan sus principios, así como una serie de dudas sobre el ordenamiento jurídico que la regula y que, solamente con el tiempo y, el entendimiento de los beneficios de dichos métodos, se podrán aclarar.

La información que a continuación expondré se basa en estadísticas y proyectos legislativos de Derecho Comparado, principalmente provenientes de los Estados Unidos de América, ya que por su adelanto y progreso en dicha materia, han marcado directrices que son resultado de sus experiencias y que algún día nosotros tomaremos como punto de partida.

Una de las causas más importantes por las que se ha implemen

tado la utilización e investigación de dichos métodos, es la infertilidad presentada tanto en mujeres como en hombres.

Actualmente tenemos varios métodos de concepción artificial, entre los más importantes podemos mencionar los siguientes:

- A) Fertilización "In Vitro";
- B) Inseminación Artificial;
- C) Madres Incubadoras;
- D) Donación de Ovulo;
- E) Transferencia de Embrión, (Embrionación Artificial), y
- F) Adopción del Embrión.

Antes de entrar a describir el procedimiento y consecuencias legales de algunos de los métodos antes enumerados, es importante hacer mención de la necesidad de una pareja de consultar e investigar el programa que presenta cada uno de los métodos y analizar sus implicaciones respectivamente. Generalmente en las clínicas donde se desarrollan dichos métodos, existen programas previamente elaborados, y uno de los incisos más importantes es el referente a la consulta y orientación psicológica, médica y legal que se le brinda a la pareja. Existe una interrelación entre abogados, médicos y psicólogos que enfrentan junto con la pareja infértil, la concepción de una criatura por medios artificiales.

2.1. DESCRIPCION GENERAL DE LOS METODOS MAS UTILIZADOS

2.1.1. FERTILIZACION "IN VITRO":

En 1958 "Aldoux Huxley" en su conocido libro "Un Mundo Fe-

liz", nos contrasta dos mundos diferentes: uno, el nuestro, en -- donde el hombre se guía por sus emociones, sus pasiones, y sobre-- todo, se reproduce como vivíparo, conjugando los elementos macho-- y hembra; otro, en donde el hombre a través de una educación psi-- cológica que se le imparte desde su nacimiento, carece de pasio-- nes, sentimientos y afectos, pero sobre todo, no recurre al proce-- so dual de conjunción de sexos, para lograr su reproducción, sino recurre a una especie de partenogénesis realizada en un estableci-- miento industrializado, denominado "Centro de Incubación y Acondi-- cionamiento", en el cual la fecundación del óvulo femenino se lo-- gra sumergiéndolo en un baño de espermatozoides, y continúa todo-- su proceso de gestación a través de diversas cámaras o pabellones ubicados en el mismo Centro. En ese mundo se llega a mirar con - temor el nacimiento individual, excluyendo de nuestro léxico las-- palabras padre y madre.

Esta obra nos presenta un mundo del mañana en donde se apli-- can intensamente la procreación por medios artificiales.

Este mundo pintado por Huxley no fué tan utópico, ya que ac-- tualmente el fenómeno de estos métodos se presenta frente a noso-- tros.

El primer antecedente sobre el procedimiento de la Fertiliza-- ción "In Vitro" fué el nacimiento de Louise Brown en Inglaterra el-- 25 de julio de 1978, es el primer resultado viviente de una con-- cepción fuera del cuerpo de la madre. Poco después clínicas "In-- Vitro" se establecieron en el estado de Virginia y Australia. El primer bebé "In Vitro" anunciado en Estados Unidos, nació el 28 -

de diciembre de 1981. A fines de 1982, casi veinte clínicas "In-Vitro" ya se habían establecido alrededor del mundo (16).

El procedimiento de este método es el siguiente: el médico-procede a elaborar una intervención quirúrgica muy sencilla, para remover de la mujer solicitante un óvulo de uno de sus ovarios, - más tarde procede a colocarlo en una Caja de Petri, creando un ambiente óptimo para el desarrollo y consumación de la fertilización. Una vez cubiertos estos pasos el médico añade el semen del marido. Si la fertilización tiene éxito el médico por unos días-cuidará del huevo fertilizado hasta que las células empiecen a dividirse y se desarrolle el embrión. Entonces se removerá el embrión del laboratorio y se implantará en el útero de la mujer solicitante, así, ella después de nueve meses, dará a luz a un bebé que será resultado, de un óvulo y un espermatozoide, pertenecientes cien por ciento a la pareja solicitante. Aquí, por lo tanto, las consecuencias legales son mínimas, pues el bebé es resultado-de células reproductoras pertenecientes a la pareja solicitante,- sin la intervención de un tercero ajeno a la relación.

Sería tonto pensar que todo esto, no tendría repercusiones a nivel internacional.

En México el 4 de enero de 1972, en las noticias publicadas-en el periódico se afirmaba:

NACERA UN NIÑO DE LABORATORIO. Londres, 4 - de enero (EFE).- El primer ser humano salido

16 Cfr. KATHRYN VENTURATOS LORIO: "Alternative means of Reproduction: Virgin Territory for Legislation" (Trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Louisiana Law Review; Copyright by Louisiana Law Review, Louisiana, Vol. 44, 1984, p. 1665.

de una probeta de laboratorio puede nacer en el presente año, según ha manifestado el doctor Bavis, científico británico que logró -- mantener un embrión vivo por espacio de una semana en un tubo de ensayo.

El doctor Bavis, que ha invertido muchos años en este tipo de investigaciones, manifestó que se halla ya preparado para implantar un embrión vivo en el útero de una mujer.

En estos momentos--declaró el investigador estoy buscando una paciente adecuada para -- llevar adelante el experimento; cuando la en cuentre lo llevará a cabo.

Interrogando sobre el tiempo que podría tardar, respondió que ello podría ocurrir en la próxima semana o algún tiempo después (17).

Este es el antecedente inmediato del dato antes citado del -- primer nacimiento de la niña de probeta, el domingo 30 de julio de 1978 los periódicos decían:

VERSION DE QUE HAY VARIOS NIÑOS DE PROBETA EN ITALIA. (AFP. AP Y UPI) Roma, 29 de julio.--

El primer bebé--probeta oficial Luisa Brown, nacida en Gran Bretaña el martes pasado, tiene probablemente unos 50 "hermanos" mayores -- en Italia, según publicó hoy la prensa italiana.

El acontecimiento científico ocurrido en el Hospital de Oldham puso al descubierto los -- trabajos del doctor Daniele Petrucci, uno de los pioneros de la fecundación "in vitro" fallecido en 1973 a la edad de 51 años...

Mientras tanto, la criatura aclamada como el primer bebé de probeta de la historia cumplió hoy 4 días de nacida y dormía tranquila en una cuna plástica del hospital general de Oldham, Inglaterra.

Amamantada por su madre, Luisa Brown ha aumentado 113 gramos desde su nacimiento 43 minutos antes de la media noche del martes.

Por otro lado decenas de mujeres se pusieron en contacto con los centros médicos de California ante la posibilidad de tener hijos -- concebidos en tubos de ensayo, según informa--

17 E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: El Patrimonio...; en El Universal -- Gráfico, México, D.F., martes 4 de enero de 1972, p. 15.

ron hoy algunos funcionarios en San Francisco.

Los funcionarios de las universidades de California y Stanford informaron a quienes -- llamaban que en ningún punto de ese Estado se lleva a cabo ese tipo de investigaciones en embriones humanos (18).

Existen programas diversos en clínicas dedicadas a la fertilización "In Vitro" en Estados Unidos de América, Canadá, Inglaterra, Australia, Italia, Suecia, Alemania, Singapur etc. Cada uno de estos programas tiene requisitos diferentes y es importante -- que cada pareja escoja el que más le convenga en base a sus necesidades.

Este método, se ha dicho, es tan seguro como una fertilización directa (dentro del cuerpo), pero ésta, a su vez, en base a una investigación realizada, tiene sólo 32% de probabilidad de -- que resulte la fecundación de un óvulo con un espermatozoide. De una base de cien posibilidades en el proceso de la fecundación, -- en dieciséis el huevo puede no fertilizarse, en quince el huavo -- puede no ser implantado, en veintisiete el embrión puede ser abortado antes de que, inclusive, la mujer se dé cuenta de su embarazo, y en diez se puede llegar a dar un aborto espontáneo (19).

Es por eso que en algunos programas se llega a delimitar el número de veces a tratar para lograr fertilizar un huevo, porque -- no hay nada garantizable, todo depende tanto de la respuesta -- del organismo de la mujer, como de las políticas de la clínica -- y de las estipulaciones convenidas por la pareja.

18 E. GUTIERREZ Y GONZALEZ: El Patrimonio...; en Periódico "El Día", México, D.F., Domingo 30 de julio de 1978, p. 16.

19 Cfr. LORI B. ANDREWS: op. cit., p. 137.

2.1.2. INSEMINACION ARTIFICIAL:

Una de las más viejas y comunes alternativas de concepción artificial es este método de inseminación artificial. En este proceso, si existe la intervención de un tercero ajeno a la relación, y es esto, lo que provoca la existencia de consecuencias legales importantes. Este tercero ajeno a la relación dona su semen para inseminar a una mujer cuyo marido es infértil. La inseminación se realiza dentro del cuerpo de la mujer receptora por medio de la utilización de diversos instrumentos médicos. Existen así, tres métodos de inseminación artificial: inseminación homóloga, inseminación heteróloga e inseminación combinada; métodos que más adelante explicaremos.

2.1.3. MADRES INCUBADORAS:

Aquí la tercera persona ajena a la relación y participante activo en el proceso, no es un hombre donador, sino una mujer que presta sus servicios. La madre incubadora es una mujer que acepta ser inseminada con el semen del marido cuya esposa es infértil o, no puede cargar al bebé durante el período de gestación. Ella carga al bebé durante nueve meses y después del nacimiento, se tramitará un procedimiento de adopción, para entregar al niño a la pareja que contrató con la madre incubadora, cediendo ésta sus derechos parentales que tiene con la criatura, rompiendo cualquier lazo que pudiese existir. Muchas veces en el contrato pactado se acuerda la entrega de una compensación a la madre incubadora por la labor realizada.

2.1.4. DONACION DEL OVULO:

En este procedimiento el óvulo de una mujer es donado a otra que es infértil o, que no puede utilizar sus células reproductoras por temor a ser la transmisora de un mal congénito. Se espera que después de ser introducido el óvulo en la mujer receptora, y bajo la estimulación de un ambiente óptimo, el marido vía una relación sexual normal lo fertilice y así, se dé como resultado un embarazo normal.

2.1.5. TRANSFERENCIA DE EMBRION

También llamado Transferencia de Embrión. En este método si la mujer solicitante es infértil o sus trompas de Falopio están atrofiadas, todavía tiene posibilidades de tener hijos propios. El marido y su esposa pagan a una mujer fértil una suma de dinero para que a cambio esta mujer acepte ser inseminada con el semen del marido solicitante. Cuatro o cinco días después de la fertilización, los médicos extraen el embrión y lo implantan en el aparato reproductor de la mujer infértil, ésta llevará al bebé en su vientre los nueve meses de la gestación para concluir con la concepción de un bebé que será legalmente de la pareja solicitante.

El 3 de febrero de 1984, el doctor John E. Buster del Centro Médico Harbor de U.C.L.A., anunció el nacimiento del primer bebé humano resultado de la práctica del método de transferencia de embrión (20).

20 Cfr. KATHRYN VENTURATOS LORIO: op. cit., p. 1672.

2.1.6. ADOPCION DEL EMBRION:

En este procedimiento no existe relación entre las células reproductoras de los solicitantes. La mujer voluntaria es inseminada con el semen de un donador anónimo. El embrión, resultado de dicha fertilización, es extraído cinco días después e implantado en el útero de la esposa solicitante, asegurándose de que las condiciones del útero de ésta sean las óptimas. El embrión no tiene genes que lo ligen a ninguno de los dos cónyuges, y es por esta razón que asemejan este procedimiento, al procedimiento de la adopción, con la salvedad de que la esposa infértil tiene la posibilidad de llevar en su vientre al producto, y traerlo al mundo después de nueve meses de gestación.

2.1.7. CONGELAMIENTO DE EMBRIONES:

Una inseminación "In Vitro", nos puede dar como resultado más de un huevo fertilizado. Este procedimiento consiste en dejar que se desarrollen los cigotos y una vez alcanzada la etapa de embrionación, congelar los embriones resultantes. Estos se conservarán congelados, hasta que la pareja determine que uno de ellos sea implantado otra vez en el útero de la mujer infértil. Este método se recomienda muchas veces cuando se va a someter a la mujer estéril a un tratamiento médico que puede llegar a afectar sus ovarios o puede causar mutaciones genéticas que se pueden llegar a transmitir por medio de sus células reproductoras.

2.1.8. FACTORES Y CONSECUENCIAS IMPLICITOS

Es necesario para la pareja antes de solicitar o ser participante en algunos de estos programas, analizar sus propios sentimientos y la manera de canalizar sus reacciones con respecto a la infertilidad presentada, ya que de no hacerlo se puede llegar a presentar un rechazo inconsciente en el hijo concebido. Algunas de las reacciones más típicas son: culpabilidad, agresividad, enojo, rencor, decepción etc. Todo esto se debe a varias razones -- que a continuación enumeraremos:

a) Infertilidad en la pareja: La palabra infertilidad tiene varias acepciones, todo depende desde el punto de vista que la veamos. Desde el punto de vista médico, una pareja es considerada infértil, si una mujer tratando de concebir un hijo a lo largo de un año no lo logra. Estudios demográficos han definido a la pareja como infértil si después de cinco años la mujer no ha podido concebir a un bebé. La infertilidad incluye la fecundidad, es to es, el no poder concebir o el no poder dar a luz a un bebé al término del período de gestación a causa de un aborto, a pesar de que la concepción si se haya consumado (21).

La infertilidad puede ser causada por tensión nerviosa, constante contacto con sustancias químicas tóxicas, por un bloqueo psicológico inconsciente, a causa de la contaminación, el uso de métodos anticonceptivos por un período prolongado de tiempo, in--

21 Cfr. BERNARD M. DICKENS: op. cit., p. 280.

gestión de determinadas drogas, estar expuesto a la radiación, -- etcétera;

b) imposibilidad de uno de los cónyuges para concebir, por-- que sus genes pueden ser transmisores de defectos congénitos en -- la criatura, o pueden ser portadores de alguna enfermedad venérea;

c) por la avanzada edad de uno de los cónyuges, principal-- mente la mujer, ya que en ella existe mayor posibilidad de conce-- bir a un niño con Síndrome de Down, entre otros males.

Otro de los factores que tienen especial importancia en rela-- ción a la pareja y a sus reacciones es la "Sociedad", ya que a -- través de ella la pareja puede proyectar sus sentimientos. La -- reacción de la sociedad en estos casos ha pasado por distintas -- etapas: negación total, horror, curiosidad, estudio, evaluación -- gradual y aceptación lenta y desconfiada; ya que una sociedad uní-- forme debe contener organismos para coordinar las actividades de-- sus miembros, de tal suerte, que para que se logre a través de -- ellos una adecuada regulación del desempeño de las funciones tie-- nen que disponer de medios para controlar la conducta antinormati-- va de sus miembros, con la finalidad de defender a la organiza-- ción de las amenazas crónicas que la atacan y para asegurar la -- continuidad de sus principios de organización y de la organiza-- ción considerada en sí misma. Los métodos de concepción artifi-- cial vienen a romper con este equilibrio y hasta que no exista -- una aceptación parcial, la sociedad se sentirá amenazada en sus -- valores, en sus principios y en sus instituciones.

2.1.9. REACCIONES Y CRITICAS

Muchos alegan que el proceso de inseminación artificial es innecesario, egoísta, antinatural y peligroso. Otros argumentan que con el desarrollo de estas técnicas la sociedad perderá el valor a la vida y el respeto que siempre le ha tenido. El doctor - Howard Jones del estado de Virginia dice estas técnicas son una - manipulación auténtica a la naturaleza.

A lo largo de la historia dos instituciones de la sociedad - han tratado afanosamente de frenar el desarrollo de estos métodos: los Ordenamientos Religiosos y el Sistema Legislativo.

La Ciencia sigue su camino, en constante desarrollo, pero - hoy día este desarrollo implica la manipulación de la vida humana, y esto conlleva la invasión de terrenos tales como el moral y el - ético. Es por eso que se deben regular las prácticas experimentales con material genético, pues el desarrollo de este material -- puede dar como resultado a un ser humano igual a cada uno de nosotros, que de estar en el aparato reproductor, puede pasar a una - caja de Petri, a un laboratorio, a un congelador y por fin a un - vientre materno, sí es que este material es designado para su fin. Entre las leyes que presentan obstáculos con respecto a la inves- tiguación y experimentación con fetos, tenemos que 23 estados de - Norteamérica previenen la aprobación de dichas leyes, 11 de ellos - permiten dicha experimentación pero solamente cuando exista la posibilidad de un aborto o que la investigación se efectúe con pos- terioridad al aborto. Minnesota y Michigan aceptan la experimen- tación siempre y cuando se garantice la salud del feto y no se al.

tere su estado natural.

Pero a la vez estas leyes prohíben implícitamente la investigación sobre fertilización "In Vitro" ya que el procedimiento no estipula la existencia de un aborto, pues no es parte de una investigación extrauterina, sino que es un desarrollo intrauterino durante el período de gestación. Asimismo, el método de transferencia de un embrión, está prohibido en 18 estados de la Unión -- Americana. Aunado a todo esto existen prohibiciones en el caso -- de que compense a una mujer por donar su óvulo o que permita que la fertilización se ejecute dentro de su aparato reproductor y -- después, el embrión resultante, se transfiera a otro cuerpo. Esto se ha equiparado a la venta de bebés. En el estado de Massa-- chusetts, en mayo de 1983, un Juez de Distrito del estado de Bos-- tón, argumentó que la fertilización "In Vitro", no sería violato-- ria de las leyes de dicho estado si todos los huevos fertilizados, utilizados en el procedimiento, serían implantados de nuevo en la mujer receptora, sin desperdiciar material genético (22).

Howard Jones, quien con su esposa Georgeanna Jones fundaron la Clínica Norfolk, manifiesta su opinión en el sentido de que el método de fertilización "In Vitro" es un método no ético, porque la ciencia no tiene derecho de manipular a la naturaleza (23).

Existen otros casos en donde las leyes específicamente no -- prohíben el método pero dejan entrever que el practicante de di--

22 Cfr. WILLIAM W. HANDEL: "Surrogate Parenting, In Vitro Insemination" (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en -- Whittier Law Review; Copyright by Whittier Law Review, Cali-- fornia, Vol. 6, 1984, p. 792.

23 Cfr. LORI B. ANDREWS: op. cit., p. 141.

chos métodos puede llegar a ser acreedor de múltiples responsabilidades, tales como, por ejemplo, en el estado de Illinois le adjudican la custodia de un niño, resultado de una fertilización "In Vitro", al médico practicante de tal método.

El investigador Dr. R.F. Harrison, originario de Dublín Irlanda, ve a un embrión como a un ser humano. A él le preocupa -- que si se hace un experimento de transferencia de un embrión, obteniendo para éste, un embrión que se encuentra en un estado de desarrollo donde la división es de 6 a 8 células, y al intentarlo trasladar, el traslado se interrumpe, ¿podría esto considerarse como si se matara a una vida humana? (24).

En contravención a esto, el profesor de Filosofía de la Universidad de Maryland, Samuel Gorovitz, dice:

el "status" de un embrión no es equivalente -
al de una persona, un niño, un infante o un -
feto... (25).

El opina que la protección de la persona, legalmente hablando, no empieza sino hasta que el feto desarrolla la capacidad de responder a los estímulos sensoriales, y esto sucede entre la octava y la décima semana de gestación (26).

Así como éstas, existen un sin fin de opiniones, unas a favor y otras en contra, en relación a los métodos de concepción artificial, pero espero que al término de la exposición de esta investigación cada uno de nosotros podamos tener una base informativa que nos permita formar nuestro propio criterio.

24 Cfr. Ibid., p. 143.

25 Ibid.

26 Cfr. Ibid.

2.2. CONSECUENCIAS LEGALES DE LOS METODOS MAS UTILIZADOS

2.2.1. FERTILIZACION "IN VITRO"

Para determinar si una pareja es infértil, se ha tomado como parámetro el que después de un año de haber tratado de embarazar una mujer no lo haya logrado. Estudios han comprobado que la mayor parte de las veces, esta infertilidad se debe a la existencia de una atrofia o anomalía en las Trompas de Falopio de la mujer, no dejando, por lo tanto, pasar el óvulo para que se consume la fecundación.

Para ingresar a una clínica donde se practica este procedimiento se necesita una edad máxima de 35 a 39 años. Actualmente existen clínicas en Inglaterra, Australia, Italia, Francia, Suiza, Alemania, Estados Unidos y Canadá, entre otras.

Existen muchos opositores a este procedimiento; las principales críticas se refieren a que es un proceso destructivo de la familia ya que atenta en contra de los valores y definiciones de la familia tradicional; dicen que el bebé debe ser concebido en un momento de amor y, éste es un procedimiento artificial; que todas estas prácticas son antiéticas y van en contra de toda moral. El doctor John Marlow, del Hospital de Mujeres de Columbia en Washington D.C., argumenta en contra de las críticas antes mencionadas - diciendo que a los bebés prematuros se les mantiene en un ambiente artificial, una incubadora, por más de veinte semanas para completar su desarrollo, y que este período es mayor al promedio de seis días en los que un embrión "In Vitro" esta en un am -

biente artificial, como es la caja de Petri en el laboratorio (27).

Otros, centrándose en el aspecto legal, se cuestionan: ¿Cómo regular tal situación? y, alegan que la calidad de un embrión no es la misma que la de una persona. Pero aquí tenemos que irnos a la consideración de establecer en qué momento principia la vida: - si desde el momento de la fertilización, de la implantación, desde que se forma el embrión o cuando adquiere las características de un feto.

Con todo esto se ha llegado a la conclusión de que es necesaria la protección del producto y por lo tanto es importante ver - desde qué momento es sujeto de derechos y obligaciones. Relacionada con este punto, sería interesante releer la teoría del profesor Samuel Gorovitz ya antes citada.

Considero importante señalar que en nuestra opinión cualquier experimento fetal, en caso de ser aprobado, debe ser supervisado por una autoridad competente en la materia en este caso específico en relación a la fertilización "In Vitro", se deben diseñar lineamientos para evitar cualquier abuso, tales como:

- a) sólo un médico autorizado puede ejercer la práctica de tales experimentos;
- b) no deben fertilizarse más huevos que los necesarios;
- c) no se puede desperdiciar ni matar vida humana, ya que no debemos olvidar ni por un momento que el valor más importante a proteger es "la vida".

27 Cfr. Ibid., p. 141.

Estadísticas nos revelan que en los últimos seis años se han dado casi 700 nacimientos en base al método de fertilización "In-Vitro" en aproximadamente 200 clínicas que se han establecido alrededor del mundo. Al lado de esto, tenemos que se tienen 56 pares de gemelos de probeta, 8 sets de triates y 2 sets de cuádruples nacidos bajo el procedimiento también denominado "los niños-de probeta" (28).

Si se suscitase el caso de que después de fertilizado el huevo, la mujer receptora fallece, o no está capacitada para recibir la implantación, el problema sería: ¿qué medidas tomar? Aunque los huevos pueden ser congelados por un determinado tiempo, la cuestión sería, ¿dónde implantarlos después? o, quién sería el responsable de ellos, si partimos de la idea de que dichos huevos fertilizados ya constituyen vida humana. Otra interrogante se suscita cuando a consideración del médico se destruye el producto fertilizado o por negligencia de él se invalide el procedimiento. ¿Qué tipo de acciones legales pueden tomar los padres con respecto al médico?

En 1978 el resultado de un proceso de "In Vitro" se deshechó sin el consentimiento de los donadores ya habiendo tenido el huevo fertilizado. Los donadores demandaron al médico por angustia-emocional sufrida por la pérdida del cigoto, y a la vez, lo que pudo haber sido una solución al problema de su infertilidad.

28 Cfr. CLAUDIA WALLIS: "The New Origins of Life". (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Time; Time Inc., Chicago, Vol. 124, No. 37, septiembre 10 1984, p. 32.

Así como este caso tenemos muchos más que se han presentado en los distintos países donde la práctica del procedimiento de -- fertilización "In Vitro" está autorizado, y donde cada vez más la complejidad de esta problemática social, legal y ética traerá con sigo un sin fin de interrogantes que sólo una legislación adecuada, aunada a la experiencia, logrará resolver, ya que entre otras cosas es de vital importancia determinar los derechos de los descendientes, al igual que las obligaciones de los padres y de los profesionistas en dicha práctica.

Reiterando sobre el punto de la necesidad de un ordenamiento legal, el proceso de "In Vitro" afecta dos tipos de leyes:

- a) las que estaban en los libros antes de que el proceso se desarrollara, y
- b) las que se aprobaron con el método en cuestión; ya que con estos nuevos avances tecnológicos hay principios de Derecho que se tienen que redefinir, y de no hacerlo tendríamos contradicciones legales tanto en las instituciones como en las apreciaciones y fundamentos éticos y valorativos, bases importantes de cualquier Derecho.

Ante tantas críticas y opiniones sobre la práctica de este método una resolución de la Corte Norteamericana expresó que el derecho de la procreación es un derecho civil básico de los derechos del hombre. Matrimonio y procreación son fundamentales para la expansión y supervivencia de la raza humana.

Una resolución posterior, agrega, que el derecho a la priva-

cia es un derecho individual, no importando el estado civil de la pareja, y que el Estado no debe entrometerse en lo que son derechos individuales del hombre. Pero a todo lo expuesto, se suscita la siguiente pregunta:

¿Qué tan amplio es este derecho?

La pareja tiene toda libertad de decidir cuándo procreará, - cuando la concepción es por medios normales, pero ¿podrá decidir también, cómo?

2.2.2. INSEMINACION ARTIFICIAL

Una de las más viejas y más comunes formas de procreación -- por métodos artificiales es la Inseminación Artificial, o sea, la inyección del semen, ya sea del marido o de un donador, dentro -- del aparato reproductor de la mujer con fines procreativos. Este procedimiento permite a parejas infértiles que el hijo concebido tenga un parentesco biológico con uno o con los dos padres.

Para poder entender mejor las consecuencias legales que este procedimiento trae aparejado tenemos primero que familiarizarnos con el método. Son tres los tipos de inseminación artificial que existen, dependiendo, cada uno, de la identidad del donador del - semen.

Las parejas que considerasen someterse al programa deben elegir el tipo que a sus necesidad más convenga. Los tipos de inseminación artificial son:

- a) inseminación artificial del marido;
- b) inseminación artificial combinada; e
- c) inseminación artificial por donador.

a) Inseminación artificial del marido: ésta también es denominada inseminación artificial homóloga. Aquí se utiliza el mismo semen del marido para inseminar a su esposa, y es utilizado -- cuando las parejas no pueden concebir por medio de una relación sexual normal, por padecer de dificultades físicas o a causa de infertilidad parcial en el marido.

Una de las ventajas de este método, es que el hijo, resultado de la inseminación artificial, es hijo biológico de la pareja y las consecuencias legales presentadas son mínimas, así como las implicaciones psicológicas presentadas en el marido debido a su infertilidad parcial pues de esta manera si se llega a consumir el proceso de reproducción.

b) Inseminación artificial combinada: este tipo de inseminación consiste en mezclar o combinar semen del marido y semen de un donador anónimo, debido a causas fisiológicas y psicológicas. Combinando el semen del marido, que no siendo completamente infértil padece de baja motilidad en los espermias, padecimiento llamado "oligozoospermia", con el semen de un donador anónimo puede -- llegar a darse la impregnación y fecundación del óvulo con el semen del marido. Así podemos contar con el beneficio de la duda y sólo con una prueba médica se podrá determinar quién es el padre biológico.

Este procedimiento al igual que la inseminación artificial - del marido puede aliviar los sentimientos de inferioridad que a veces se pueden desarrollar en el marido a causa de su insuficiencia. Igualmente, aquí las consecuencias legales que se pueden -- presentar son mínimas, ya que siempre se conservará el anonimato del donador y por lo tanto el hijo será considerado como hijo de la pareja.

c) Inseminación artificial por donador: este método también es conocido como inseminación heteróloga. Aquí solamente se utiliza el semen de un donador anónimo y que no tiene ningún nexo de filiación con las partes.

Este tipo de inseminación se utiliza cuando el marido carece de células reproductoras, padecimiento denominado "azoospermia", - y que da como resultado la absoluta esterilidad en el marido, o - en su caso una oligospermia avanzada.

Este tipo de inseminación es recomendable y conveniente cuando el marido puede ser el transmisor de algún mal hereditario o - congénito vía sus células reproductoras, o, en su caso, cuando no exista compatibilidad con el Rh necesario para el desarrollo de - un embarazo normal.

Este procedimiento a pesar de que le da a la pareja la oportunidad de que uno de los padres tenga un parentesco directo con el neonato, también puede producir repercusiones psicológicas severas, ya que un tercero ajeno a la relación está tomando el lugar que le corresponde al marido en lo que es el proceso de la --

reproducción; así como repercusiones legales que más tarde comentaremos.

Entre los tres tipos diferentes de inseminación artificial, este último tipo, es el que trae aparejado más consecuencias legales, porque ya no estamos hablando de una pareja, constituida por marido y mujer, sino de una pareja más un tercero ajeno a la relación (donador) que en un futuro podría reclamar los derechos que tendría con el concebido.

Para poder proceder con una inseminación por donador, debemos estar bajo la supervisión de un médico que haya agotado todos los medios de investigación sobre el historial del donador, y haya explicado a la pareja todas las consecuencias que conlleva la sujeción de dicho método, porque de no agotar estos caminos el médico podría ser acreedor de una responsabilidad contraída por negligencia o distorsión de información.

La investigación que se le practica al donador principia con averiguar la posibilidad de que padezca alguna enfermedad venérea, revisar sus cromosomas para comprobar que no es portador de un defecto o mal congénito que pueda llegar a transmitir al nonato, verificar la compatibilidad de su Rh con el Rh de la mujer receptora, compaginar las características físicas del donador con las -- del marido solicitante, para que el niño sea físicamente similar. También deberá investigar si el donador tiene antecedentes con -- respecto a la ingestión de drogas, alcohol, u otro elemento parecido y verificar si estuvo expuesto a la radiación o a sustancias químicas peligrosas que hayan podido tener alguna repercusión --

en sus cromosomas.

Para la utilización de los donadores, el 62% de los médicos-utilizan estudiantes o residentes de Medicina, un 10.5% utilizan estudiantes universitarios o graduados y un 17.8 utilizan una combinación de ambos (29).

Una de las principales condiciones para ser participantes de este método, es el "anonimato del donador". La pareja nunca debe rá saber quién es el donador del semen utilizado y, el donador -- nunca sabrá cuál fué el destino de su semen donado. Pero no debe mos descartar la existencia de un expediente y records en donde - se reporte toda la información médica del donador y de la pareja-receptora del semen, preveyendo que en caso de posteriores enfermedades o complicaciones médicas en el bebé, se tenga un antecede-- dente de ayuda médica. Estos expedientes solamente podrán ser -- utilizados y requeridos por medio de una orden judicial si exis-- tiese alguna implicación legal y, bajo la estricta supervisión de un médico y un abogado. Algunos abogados opinan que los expedien-- tes se deben conservar solamente algunos años, otros dicen que se deben guardar hasta que el niño llegue a la mayoría de edad.

Todas estas disposiciones varían según sea el criterio y regulación legal de Estado o país al que se someta tal procedimiento, pues de no guardarse tal discrecionalidad, presuntos donado-- res, podrían reclamar después de algunos años la paternidad de -- los hijos, productos del semen que donaron, y esto aparte de - -

29 Cfr. KATHRYN VENTURATOS LORIO: op. cit., p. 1651.

traer consecuencias legales de importancia trascendental ocasionaría impresiones y traumas psicológicos en el niño así como una -- crisis de identidad que le sería muy difícil de resolver y que representaría un obstáculo para el desenvolvimiento y desarrollo -- normal en la vida.

Para evitar todas aquellas implicaciones mencionadas, el Estado deberá regular ciertos aspectos pues su principal prioridad es el mejor y más satisfactorio interés del niño, su protección y su seguridad.

Otro requisito importante es, que el consentimiento del marido de la mujer inseminada debe constar por escrito, todo esto hará prueba plena de que el marido será el padre legalmente reconocido y que asume la custodia y derechos que le corresponden con respecto al niño. También deberá constar por escrito el consentimiento de la mujer y del médico, practicante del método. Se ha -- llegado a decir, que a falta del consentimiento del esposo, el acto se clasificaría como infidelidad, o que puede llegar a existir adulterio y que dicha inseminación daría como resultado la concep -- ción de un hijo ilegítimo.

Solamente 16 estados de Norteamérica proveen en su legisla -- ción la necesidad y constancia de un consentimiento por escrito, -- aunque los demás estados sí mencionan la necesidad de alguna forma de consentimiento. De estos 16 estados, sólo 9 mencionan que el consentimiento debe mantenerse en los expedientes. Existe en este sentido, el cuestionamiento sobre la durabilidad del consentimiento y, si es o no necesario renovarlo después de cierto tiem

po. Se cuestiona si el marido después de determinado tiempo puede retirar su consentimiento o, una vez dado, es válido en cualquier momento.

La Corte de los Estados Unidos de América afirmó que una vez dado el consentimiento por el marido, es prueba suficiente para presumir la paternidad, y solamente se negará la existencia del lazo paternal cuando el marido tenga pruebas fehacientes de la negación o retracción de dicho consentimiento. Hay que tener presente que una vez emitido el consentimiento del marido de la mujer receptora, se rompe toda relación y obligaciones subsecuentes del donador con respecto al concebido. A pesar de la existencia de esta última disposición, existen algunos estados como el de Louisiana que se mantienen en silencio al respecto.

Los estados de Washington, Montana, Nevada y California aceptan que el donador no sea considerado como el padre natural a menos que la mujer y el donador asienten por escrito que el donador será considerado como el padre del niño asumiendo todos los derechos y responsabilidades que esto implica (30).

Ligado a este punto, es de vital importancia definir cual es el status del niño nacido en un proceso de inseminación artificial por donador. Aunado a todo esto, el médico y un abogado en su caso deberán asesorar a la pareja sobre todas las consecuencias que se puedan llegar a suscitar.

El primer punto a tratar es determinar si el hijo será consi

30 Cfr. Ibid. p. 1648.

derado legítimo o no. En un principio diversas resoluciones de la Corte apoyaron el hecho de que el niño se considerara como ilegítimo; pero no fué sino hasta 1973 cuando se alegó que a partir de que la esposa y su marido emiten su consentimiento autorizando su sometimiento al procedimiento, ellos asumen todas las responsabilidades con respecto a la criatura, ésta es considerada como hijo ilegítimo y la manutención y custodia del niño queda a cargo de la pareja, como obligaciones inherentes a cualquier padre de familia (31).

Existe en Estados Unidos un ordenamiento legal denominado -- "Uniform Parentage Act", que en su sección quinta establece: si bajo la supervisión de un médico debidamente autorizado y competente, y con el consentimiento previo de su marido, una mujer es inseminada artificialmente con el semen de un hombre distinto a su marido, el marido es considerado jurídicamente como si fuera el padre natural del niño concebido. El consentimiento del marido debe constar por escrito y estar firmado por él y por su esposa. El médico certificará sus firmas y registrará la fecha en la que se llevó a cabo la inseminación, así también archivará en el Departamento de Salubridad dicho escrito, en donde se conservará en forma confidencial. En caso de que el médico no acate las normas de dicho procedimiento, las consecuencias sólo serán a nivel formal, más no afectará la relación padre e hijo, que se dará pos

31 Cfr. LINDSEY E. HARRIS: "Artificial Insemination and Surrogate Matherhood- A Nursery full of Unresolved Questions" (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Willamette Law -- review; American Bar Association and Willamette University -- College of Law, Oregon, Vol. 17, december 1981.

terior al nacimiento del concebido, pudiendo en su caso ratificar la formalidad necesaria, sin descartar el punto de que el donador del semen será tratado jurídicamente como si no fuera el padre natural del niño concebido, perdiendo todo nexo afectivo y jurídico (32).

El ordenamiento antes mencionado, fué la base de una legislación adoptada por casi todos los estados de la Unión Americana, - en donde se aceptaba que el hijo concebido mediante este procedimiento era considerado como hijo legítimo. Entre los estados que lo anexaron a su sistema legal tenemos los siguientes:

Alaska, ordenamiento aprobado en 1979.
Arkansas, ordenamiento aprobado en 1971.
California, ordenamiento aprobado en 1980.
Colorado, ordenamiento aprobado en 1978.
Connecticut, ordenamiento aprobado en 1980.
Florida, ordenamiento aprobado en 1979.
Kansas, ordenamiento aprobado en 1974.
Michigan, ordenamiento aprobado en 1980.
Minnesota, ordenamiento aprobado en 1980.
Nevada, ordenamiento aprobado en 1979.
Nueva York, ordenamiento aprobado en 1977.
Oklahoma, ordenamiento aprobado en 1980.
Tennessee, ordenamiento aprobado en 1980.
Texas, ordenamiento aprobado en 1975.

32 Cfr. Ibid., p. 925.

Wisconsin, ordenamiento aprobado en 1980; etc. (33).

En el estado de Oregón existe especial atención en el ordenamiento que regula la protección del niño y demás consecuencias -- suscitadas en la aplicación de este procedimiento.

Analizando los puntos sobre la legitimidad y los ordenamientos que han tomado partida en el establecimiento de su aplicación, observamos que es un punto crucial, ya que en caso de divorcios - posteriores, será la pauta para determinar los derechos hereditarios, de custodia, de visita y alimentos que tendrán los padres - con respecto a los hijos. Ya que la legitimidad es el reconoci-- miento tácito de la fusión de dos actos jurídicos importantes, a- saber, el matrimonio y el reconocimiento de responsabilidades y - derechos asumidos con respecto a los hijos, y esto a su vez, añado al establecimiento de la maternidad y la paternidad trae como- consecuencia la patria potestad, que son cargas, facultades y de- beres que deben ser cumplidos conjuntamente por el padre y por la madre, siempre con miras a la educación y formación positiva del- hijo, ya que el derecho objetivo tomó en cuenta consideraciones - de orden natural, ético y social, para hacer de los padres perso- nas idóneas para el cumplimiento de dicha misión.

Otro de los problemas que la aplicación de este método trae- aparejado, es la condenación de la madre que se somete a la inse- minación artificial al cometimiento del delito de adulterio. Se- ha debatido esta consideración pues, en este caso no existe una -

33 Cfr. Ibid., p. 924.

relación sexual directa, ni abuso, y al constar el consentimiento del marido, queda excluída la presunción de infidelidad. Podemos agregar, que el médico que practica tal procedimiento puede ser - una mujer o, el mismo marido que insemina personalmente a su esposa por medio de una jeringa y que por lo tanto la conducta delictiva del adulterio no tendría lugar. Pudiendo profundizar más al respecto, no lo haré por no estar éste, relacionado directamente con el tópicó principal de esta tesis.

Todos los puntos mencionados, son importantes de considerar, porque para que una mujer pueda ser una madre incubadora, debe -- existir forzosamente un procedimiento de inseminación previo y muchos de los lineamientos y consecuencias legales aquí mencionadas, ejercerán gran impacto en el contrato a tratar.

Continuando con la enunciación de las situaciones que pueden presentarse y tener un impacto legal, tenemos que, doce estados - de Norteamérica actualmente, exigen la intervención de un médico - o profesionista especializado en su área y, si este punto no es - respetado, se pueden suscitar acciones legales en contra de los - médicos por mala práctica o negligencia en el desempeño de su profesión. Los estados de Georgia y Maryland ponen mucho énfasis en este punto. Otros estados como Oklahoma y Connecticut remarcan - que la práctica de dicho método sólo se aplicará a parejas casadas.

Cuando una pareja se somete a este procedimiento, muchas veces solicita que se congele parte del semen del donador, para que

se utilice el mismo, en ulteriores inseminaciones y así los hijos posteriores tengan similitudes físicas. Con respecto a esto debemos de hacernos el siguiente cuestionamiento:

¿Cuántos embarazos se permite producir por cada donador?

Esta pregunta es importante, porque en una zona geográfica - pequeña, y con pocos donadores, existe la posibilidad de que a la larga los hijos, producto de la práctica de este procedimiento, - puedan tener contacto con el donador o con sus "medios hermanos"- (si así los podríamos llamar), también producto de la inseminación del mismo semen pero con parejas diferentes, consumándose en este caso, el delito de incesto.

Para evitar esto, la Sociedad Americana sobre la Fertilidad estableció parámetros diciendo, que sólo puede inseminarse hasta cinco personas diferentes con el semen de un mismo donador. En algunas partes, para eliminar este tipo de problemas se congela - el semen de un donador que se encuentre en una región geográfica-lejana a la región en donde se practicará la inseminación y así - se evitaría el riesgo, de que en el futuro, dos personas concebidas por el semen de un mismo donador llegasen a tener contacto.

Estas y muchas otras más son las implicaciones, limitaciones y consecuencias que la práctica del método de inseminación artificial puede llegar a provocar. En este breve estudio sólo citamos aquellas que están relacionadas directamente con el contrato de - madres incubadoras y que pueden llegar a tener una repercusión, - pero en la actualidad, todavía existen muchas lagunas a resolver, porque estamos tratando con una problemática muy virgen desde el punto de vista legislativo.

CAPITULO III

CONTRATO SOBRE MADRES INCUBADORAS

3.1. CONCEPTO

Los contratos son fuente ordinaria o normal de las obligaciones, que no están limitados a los bienes sino que se extienden a las personas y a la familia, pues en el orden extrapatrimonial el matrimonio y la adopción son considerados como contratos. El contrato que analizaremos en este capítulo, encuentra sus principales bases y lineamientos en el orden familiar y esto es lo que lo hace ser interesante y a la vez aterrador, pues la vida y la evolución del pueblo, su progreso económico y su situación política están supeditados al bienestar y perfección de la vida familiar, ya que se considera a la familia como fuente constante de renovación del cuerpo social.

Trataremos un contrato único en su especie (sui generis), -- porque en éste las partes crean y modelan ellas mismas su ley, -- pues dan al lazo obligatorio que las une el carácter que ellas de sean; determinan el objeto, la duración y las modalidades del mis mo, decidiendo la combinación de obligaciones a las que se obliga rán, regulando el modo de ejecución y las consecuencias del incum plimiento, y todo esto como resultado inevitable de la carencia - de un ordenamiento jurídico que marque las directrices de este ac to jurídico.

Este tipo de contrato es prueba fehaciente de que la vida jurídica y social no se fosiliza en formas o moldes inmutables, sino que aún bajo el aspecto técnico está en constante movimiento y evolución. El desenvolvimiento de esta figura obedece al nacimiento de nuevas necesidades sociales, que requieren por lo tanto, de nuevas figuras contractuales.

La necesidad más importante que mueve a la familia a la concertación de tales contratos, es el deseo de tener hijos y no tener la capacidad para hacerlo. En este caso específico nos referimos a las mujeres infértiles, que no pueden concebir o que no tienen la capacidad para cargar al bebé los nueve meses de gestación. Anteriormente estas parejas tenían la opción de resolver su problema, sometiéndose a un proceso de adopción, pero actualmente la adopción se ha convertido en un recurso difícil y muy tardado. A causa de esto, la única alternativa de estas parejas es buscar una "MADRE INCUBADORA" que conciba y/o engendre un bebé por ellos, teniendo también la ventaja de que existirá con el neonato un lazo consanguíneo directo con uno de los contratantes.

Ya habiéndolo hecho, anteriormente, pero para la mejor comprensión de nuestro análisis, volveremos a definir en qué consiste el Contrato de Madres Incubadoras. Este es un contrato en virtud del cual se contrata a una madre incubadora. La madre incubadora es una mujer fértil que acepta ser inseminada artificialmente con el semen del marido de una mujer infértil, o que no puede cargar al bebé durante el período de gestación. La madre incubadora acepta cargar al bebé los nueve meses de la gestación hasta

el nacimiento del niño; y una vez concluidos éstos cederá los derechos parentales que la ligan al bebé para que la señora infértil adopte con posterioridad a la criatura. El donador del semen probará su paternidad y así la pareja contratante, quedará considerada como los padres legítimos del niño, siendo en su caso, el padre legal también padre natural del concebido (34).

Este procedimiento se puede subdividir en dos tipos diferentes:

- a) la madre incubadora, sólo proporciona sus servicios, cargando al bebé durante el período de gestación, sin aportar su célula reproductora; y
- b) cuando además de proporcionar sus servicios, es donadora del óvulo que servirá para inseminar artificialmente con el semen del marido de la mujer infértil (35).

Estos dos tipos son utilizados dependiendo de las deficiencias y padecimientos de la pareja solicitante. Para efectos de esta tesis, nos avocaremos al estudio minucioso del segundo tipo, no descartando la posibilidad de que varias consideraciones sean aplicables a los dos casos.

Las partes participantes en este contrato son:

- a) la pareja solicitante, aquí tanto el marido como la esposa infértil son acreedores de distintas obligaciones;

34 Cfr. BRENT J. JENSEN: op. cit., p. 978.

35 Crr. GEORGE P. SMITH TI: "The razor's edge of Human Bonding: Artificial Fathers and Surrogate Mothers" (trad. del inglés -- por Tamara Kolangui Nisanof); en Western New England Law Review Association, Inc., Massachusetts, Vol. 5, 1982-83, p. 649.

- b) la madre incubadora;
- c) el esposo de la madre incubadora; y
- d) el médico y el abogado, en su función de practicante del método y asesor legal, respectivamente.

Las dos primeras partes mencionadas son el pilar de este contrato, teniendo implicaciones y participaciones anexas las personas posteriormente mencionadas, sin excluir su respectiva responsabilidad en caso de violación o contravención de las estipulaciones del contrato, o de las normas a las que se deben someter durante el período de concertación.

Para poder ingresar al programa de madres incubadoras que es ofrecido en clínicas especializadas, debe la pareja someterse a la asesoría de un médico y un abogado previamente. El médico se encargará del proceso de inseminación e implantación del cigoto en el aparato reproductor de la madre incubadora, investigará minuciosamente el historial genético y físico de la madre incubadora para verificar que no ha estado expuesta a la radiación, alcohol, drogas o alguna sustancia química peligrosa que pueda llegar a tener algún impacto en sus cromosomas y así poder afectar al concebido. Además, el médico, analizará los antecedentes familiares para ver si la madre incubadora no es portadora de algún mal congénito, en caso de ser donadora del óvulo. También se elaborará un estudio similar a la pareja solicitante del servicio.

El abogado, fungirá como asesor y regulador de todo el trámite legal del contrato y señalará las obligaciones y derechos de -

cada una de las partes contratantes.

La pareja al someterse a este programa no debe descuidar el aspecto psicológico. Deben, en su caso someterse a un previo análisis psicológico, o si no, analizar sus sentimientos y reacciones así como su posición dentro del programa. Deben estar seguros que aceptarán al niño como si fuera de ambos, a pesar de que otra mujer haya donado el óvulo o, en su caso, haya cargado al concebido durante los meses de gestación. Será importante cuestionarse si los sentimientos de celos, no impedirán el sano desenvolvimiento de una relación amistosa entre la pareja y la madre - incubadora, ya que en muchas legislaciones se considera conveniente la existencia de un acercamiento entre las partes, ésta es una manera indirecta, donde la pareja solicitante puede vivir de cerca el embarazo del bebé que al término de los nueve meses será entregado a ellos.

Los estados de Kentucky, Michigan, California, Maryland y -- Arizona ya cuentan con centros especializados que proporcionan -- servicios de madres incubadoras.

Los estados de Michigan, California y Carolina del Sur señalan en su ordenamiento jurídico la necesidad de un estudio psicológico de cada una de las partes contratantes, para asegurar la - estabilidad futura del niño, interés prioritario en el cumplimiento de este contrato.

En términos generales y poniendo especial atención a las - - principales partes, participes de este contrato, a reserva de pro

fundizar sobre las obligaciones de las partes más adelante, tenemos que la madre incubadora aceptará:

- a) someterse a un procedimiento de inseminación artificial;
- b) cargar al bebé hasta el término del embarazo; y
- c) ceder los derechos parentales a la pareja solicitante, al nacimiento del niño.

El esposo de la pareja solicitante aceptará:

- a) donar su semen para que sea utilizado en la inseminación artificial practicada en la madre incubadora;
- b) ser identificado como el padre biológico y legal del niño en el momento del nacimiento del niño; y
- c) aceptar la responsabilidades económicas, alimentarias y de custodia del bebé.

La esposa infértil aceptará:

- a) tratar al bebé como si fuera propio; y
- b) adoptar al bebé siguiendo los lineamientos legislativos de la jurisdicción bajo la cual se encuentren (36).

Además de estas obligaciones, existen muchas otras que enumeraremos en posteriores incisos, analizando la cláusula de la cual provienen y el alcance que tendrán.

36 Cfr. LISA J. GREENBERG and HAROLD L. HIRSH, M.D.: "Surrogate-Motherhood and Artificial Insemination: Contractual Implications" (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Medical Trial Technique Quarterly; Callaghan and Company, Illinois, 1983 annual, pp. 153 y 154.

3.2. PROCEDIMIENTO DE EJECUCION DEL CONTRATO

Llenados los requisitos antes mencionados positivamente, las partes procederán a firmar el contrato. Una vez firmado éste, el procedimiento a seguir, según disposiciones del estado de Michigan y Kentucky, es el siguiente: la madre incubadora es inseminada por un médico debidamente autorizado con el semen del marido de la mujer infértil. Después de la concepción y antes del nacimiento, el padre reclamará la paternidad del niño. La Corte turnará la petición a la madre incubadora, y si ella no niega la reclamación el donador se presume como padre natural y legítimo del niño que nacerá. Aquí cabe hacer la mención, de que en muchas legislaciones el hijo nacido dentro del matrimonio se considera hijo del matrimonio y en este caso el padre tendría que rebatir la paternidad con respecto al esposo de la madre incubadora y comprobar que él es el padre natural y que pide se le considere padre legítimo del niño. Comprobada la paternidad, al momento del alumbramiento el nombre del padre es el que se registra en el acta de nacimiento, así como el de la madre incubadora que es la madre natural y legal del neonato. Al renunciar a sus derechos o al cederlos la madre incubadora, los derechos sobre la custodia pasarán directamente al padre legal. El siguiente paso, según lo estipula la legislación del estado de Michigan, es que la esposa infértil hará la petición de adopción.

En el estado de Kentucky el procedimiento es similar, sólo que aquí la ley permite la voluntaria terminación de los derechos parentales respectivos cinco días después del nacimiento de la --

criatura, así como la administración de pruebas de sangre para asegurar la paternidad del presunto padre natural. Todo esto trae un problema, ya que si el contrato es firmado antes de la concepción del niño, y en el estado de Kentucky, sólo después de cinco días a partir del nacimiento se puede renunciar a los derechos parentales, quedan sin validez varias de las estipulaciones a las que se obligó en un principio la madre incubadora, influyendo esto a la vez en la obligatoriedad de dichas estipulaciones.

En la petición de renuncia de los derechos, la madre incubadora nombrará al donador del semen como la persona que asumirá la custodia del niño. Al igual que en el estado de Michigan, una vez completado el proceso, la esposa infértil pedirá la adopción del bebé. Una vez consumada ésta, se extenderá una nueva acta de nacimiento con los nombres de los padres legítimos, la cual contendrá el fallo de la resolución sobre la adopción (37).

Si llegase a darse el caso de que el padre natural fallece antes del nacimiento del bebé, su esposa estará obligada a proporcionar la manutención del hijo, que en un principio, los dos aceptaron que se concibiera. Puede darse también el caso de que el esposo de la madre incubadora, a pesar de haber dado su consentimiento sobre el procedimiento desentendiéndose de toda obligación subsecuente para con el concebido, sea requerido para mantener al niño mientras se decide sobre el caso.

37 Cfr. ELLEN LASSNER VAN HOFTEN: "Surrogate Motherhood in California: Legislative Proposals" (trad. del inglés por Tamara-Kolanqui Nisanof); en San Diego Law Review; Copyright San Diego Law Review Association, California, Vol. 18, 1981, pp. 343 a 345.

El niño nunca estará desprotegido, por eso, éste nunca entrará dentro del procedimiento de adopción, sino hasta que la esposa del padre natural haga la petición. Durante este período la madre natural fungirá como la madre legal, asumiendo todos los derechos y responsabilidades correspondientes, a pesar de que el padre natural conserve la custodia; y sólo hasta que se emita el fallo sobre la adopción, cambiará su situación jurídica (38).

Como dato informativo, cabe mencionar que en el estado de -- Virginia, el consentimiento de uno de los padres para la autorización de la adopción no será válido, sino sólo si es emitido diez días después de nacido el niño; como el acuerdo que se firma con la madre incubadora es firmado antes de la concepción del bebé, -- éste por lo tanto no será válido (39), y aquí la seguridad del -- pleno cumplimiento del contrato es dudosa, ya que este término de diez días, se aprobó con la finalidad de que la madre tuviese el suficiente tiempo de reconsiderar su decisión, entonces aquí puede existir el riesgo de que al término del procedimiento la madre incubadora decida conservar a la criatura, no autorizando la adopción; en este caso existen varias implicaciones legales que serán analizadas en el inciso referente a la violación del contrato por parte de la madre incubadora, pero la importancia de haber remar-

38 Cfr. CYNTHIA A. RUSHEVSKY: "Legal Recognition of Surrogate -- Gestation" (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); -- en Women's Rights Law Reporter; Rutgers Law School, State University of New Jersey, New Jersey, Vol. 7, No. 2, invierno -- 1982, pp. 133 a 135.

39 Cfr. MARGARET D. TOWNSEND: "Surrogate Mother Agreements: Contemporary Legal Aspects of a Biblical Notion" (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en University of Richmond Law Review; University of Richmond Law Review Association, -- Virginia, Vol. 16, 1981-82, p. 479.

cado el punto, es la incertidumbre que se presenta sobre el plencumplimiento del contrato. Más adelante nos iremos dando cuenta, que es de gran importancia buscar un estado que cuente con una legislación favorable para las partes contratantes, antes de someterse a un contrato de este tipo.

3.3. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES

3.3.1. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA MADRE INCUBADORA

Para que la madre incubadora sea acreedora de las obligaciones que implica el contrato, debe llenar previamente los requisitos necesarios que cada clínica o agencia, en su caso, exige. Ya habiendo aprobado el examen médico y el psicológico, se exige como requisito primordial que la candidata a madre incubadora haya tenido hijos con anterioridad al contrato, esto para preveer el arrepentimiento ocasionado por las consecuencias patológicas que la maternidad puede ocasionar, dando como resultado, que siendo primeriza, podría rehusarse a entregar al bebé al término del embarazo, violando el contrato pactado.

Además de las obligaciones antes mencionadas a las que se compromete la madre incubadora, tenemos las siguientes:

- 1) ser inseminada artificialmente con el semen del marido de la mujer infértil;
- 2) cuidar de la salud del niño y de su persona;
- 3) se compromete a no fumar, ingerir alcohol, drogas u otro medi

camento que pudiese perjudicarla o al niño, sin la autorización del médico;

- 4) visitar al médico regularmente, cumpliendo al pie de la letra las especificaciones y cuidados recetados;
- 5) someterse a un examen médico prenatal;
- 6) en caso de pactarse por las partes someterse al procedimiento de amniosíntesis, procedimiento por el cual se puede detectar cualquier anomalía en el feto;
- 7) no abortar, a menos que el médico que la inseminó lo considere necesario para la salud de la madre incubadora, o porque el bebé puede venir anormal o con algún defecto. Aquí existen (40) dos consideraciones importantes. La madre incubadora a pesar de que sabe que el bebé viene deforme y tiene la autorización de abortarlo, se negase, ella asumirá todos los riesgos que su decisión implica, y se dará por terminado el contrato en ese momento. La segunda consideración es que en varias legislaciones se establece que los primeros tres meses de embarazo la madre incubadora es libre de tomar la decisión que desee sobre el futuro del niño, a esto nos referimos si conservarlo o abortarlo, una vez transcurridos los tres meses, esta decisión queda a cargo del médico que está supervisando el embarazo y en base a las estipulaciones pactadas (41).

(40) Cfr. LINDSEY E. HARRIS: op. cit., p. 950.

(41) Cfr. PHYLLIS COLEMAN: "Surrogate Motherhood: Analysis of the Problem and Suggestions for Solution" (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Tennessee Law Review; Copyright Tennessee Law Review Association Inc., Tennessee, Vol. 50, - No. 1, 1983, p. 110.

- 8) aceptar ser internada en un hospital al momento del parto;
- 9) abstenerse de formar una relación padre-hijo con el concebido;
- 10) asumir todos los riesgos que implica la concepción y el embarazo;
- 11) después del parto ceder los derechos parentales que la ligan al bebé, a la pareja adoptiva, así como dar su consentimiento al padre natural sobre la custodia del niño. El consentimiento o aprobación legal entre el padre natural y la madre incubadora sobre la custodia del niño se centra principalmente en el consentimiento de la madre incubadora. Al respecto son tres los factores que se deben considerar:
 - a) naturaleza del consentimiento (que es lo que la madre incubadora acepta hacer);
 - b) calidad del consentimiento (bajo qué circunstancia se -- dió tal consentimiento); y
 - c) la habilidad de revocar el consentimiento (bajo qué circunstancias la Corte permitirá revocarlo).

A continuación explicaremos brevemente cada uno de los incisos.

a) Naturaleza del consentimiento: este consentimiento puede -- otorgarse por ceder los derechos parentales o por renunciar a tales derechos, o por autorizar la adopción y conceder la custodia al padre natural. A este respecto, es importante fijar el tiempo

de otorgamiento del consentimiento, pues en algunos estados, este tipo de consentimiento no se puede dar sino posterior al nacimiento del niño.

b) Calidad del consentimiento: el objetivo principal es evitar la comercialización y la actividad lucrativa que se puede suscitar - al ceder los derechos y entregar al niño, ya que en muchos de estos contratos existe una compensación, que se entrega a la madre incubadora a cambio de sus servicios, pero como veremos más adelante, este punto ha sido tema de muchas controversias porque se alega que la compensación representa una venta y compra de bebés- (venta de vida humana).

c) Revocación del consentimiento: aquí la pregunta importante es considerar el hecho de que una vez firmado el contrato, y emitido el consentimiento de entregar al bebé, puede o no la madre incubadora revocar su consentimiento y conservar al niño. Se considera, que para resolver esta cuestión, se debe determinar el tiempo o momento en el que se emitió tal consentimiento, ya que en muchas legislaciones la adopción no se consuma totalmente sino hasta que se emite el decreto o constancia en la que se autoriza totalmente; en caso de no haberse emitido dicho decreto, la madre incubadora tiene la posibilidad de cambiar de opinión, es por eso que - bajo ciertas circunstancias es aceptado por la Corte el que se revoque tal consentimiento. Si la madre incubadora se negase a entregar al bebé, se tendrá por no emitido el consentimiento y el siguiente paso será una inevitable batalla de custodia entre los padres naturales (42).

42 Cfr. CYNTHIA A. RUSHEVSKY: op. cit., pp. 127 a 131.

Decisiones sobre el otorgamiento de la custodia son consideradas de alguna manera más fáciles de tomar que las decisiones -- con respecto a la terminación de los derechos parentales, porque la custodia no altera las relaciones existentes entre padres e hijos, y la cesión o renuncia de los derechos parentales sí. Aunque la ley inglesa da preferencia al padre en lo referente a la responsabilidad para asumir la custodia de sus hijos, la ley norteamericana siempre da preferencia a la madre, pues se considera que existe un nexo más fuerte entre madre e hijo (43). Todo esto, es discutible y depende desde qué punto de vista lo veamos y cuales sean las circunstancias que rodean a los contratantes, para poder juzgar.

- 12) Se compromete a abstenerse de tener relaciones sexuales con su cónyuge durante el período de la fertilización, para evitar que el marido fertilice el óvulo, que está destinado a -- ser fertilizado con el semen del marido solicitante;
- 13) si después de las pruebas de la paternidad se comprueba que el donador del semen no es el padre natural del niño, la madre incubadora se compromete a devolver todo el dinero invertido en sus gastos hasta ese momento, ya que se está violando uno de los fines principales de dicho contrato (44);

43 Cfr. PHYLLIS COLEMAN: op. cit., pp. 104 y 105.

44 Cfr. SUZANNE M. PATTERSON: "Parenthood by Proxy: Legal Implication of Surrogate Birth" (trad. del inglés por Tamara Kolanqui Nisanof); en Iowa Law Review; Copyright The University of Iowa, Iowa, Vol. 67, 1982, p. 394.

14) se puede llegar a pactar que la madre incubadora se compromete a no averiguar nunca la identidad del niño que ella llevó en su vientre los nueve meses, así como nunca tratar de poner se en contacto con él (45).

La madre incubadora en algunos contratos exige, que durante las 24 horas siguientes al parto, ella conservará todos los derechos sobre el bebé, en caso de que se lleguen a presentar complicaciones médicas en las que sea necesaria una decisión urgente o consentimiento para tomar ciertas medidas, ella pueda proporcionarlo. En otro contrato se estipula que una vez nacido el niño inmediatamente pasa la responsabilidad a la pareja contratante.

Se puede llegar a dar el caso de que en un primer intento no se logre la fertilización del óvulo, en caso de pactarse, la madre incubadora puede someterse a dos o tres intentos más; asimismo en caso de aborto prematuro, se puede llegar a estipular que la madre incubadora se someta de nueva cuenta al procedimiento, siempre y cuando no afecte su salud física y mental.

Las obligaciones que mencionamos son las que generalmente se presentan en todos los contratos, pero dejo abierta la puerta para incluir cualquier otra obligación para la madre incubadora, ya que este tipo de contratos se caracteriza porque las partes pacten a su conveniencia las cláusulas que más les convengan, y esto depende de las circunstancias que las rodean.

45 Cfr. Ibid., p. 395.

En cuanto a los derechos de la madre incubadora, son todos - aquellos que se derivan de las obligaciones contraídas en las estipulaciones y obligaciones que la pareja solicitante se compromete a cumplir, y que la madre incubadora tiene derecho de exigir, - y que más adelante enumeraremos.

3.3.2. OBLIGACIONES DEL ESPOSO DE LA MADRE INCUBADORA

El marido de la madre incubadora no tiene una participación activa en la concertación de este contrato, pero es sujeto de varias obligaciones, emanadas principalmente del consentimiento que él emite en el sentido de no reclamar la paternidad del niño que su esposa lleva en el vientre, y dar la autorización a su esposa para someterse a tal procedimiento sin que el resultado de éste - lo comprometa o lo ate a una relación no deseada. El esposo de - la madre incubadora también se compromete a:

- 1) no formar una relación padre-hijo con la criatura que su esposa lleva en el vientre;
- 2) asumir junto con la madre incubadora todo los riesgos que se - deriven de la concepción y embarazo;
- 3) reembolsar al padre natural todos los gastos erogados en el -- cumplimiento de las estipulaciones del contrato, en caso de -- ser violada alguna de ellas;
- 4) reembolsar al padre natural todos los gastos erogados en el -- cumplimiento del contrato, si los resultados de la prueba de - la paternidad comprueban que el padre natural no es en reali--

- dad el padre biológico del niño (46);
- 5) se obliga a no reclamar la custodia del niño ni ostentarse - como el padre natural del mismo, ya que en varias legislaciones existe la presunción de que hijo nacido dentro del matrimonio es hijo de la pareja, y en este caso el hijo no tiene - ningún nexo con el marido de la madre incubadora. El esposo - debe asegurarse de que hará la declaración adecuada en la que expresará no reclamar al niño ni su custodia (47);
 - 6) consentirá en la adopción del niño;
 - 7) no concederá ninguna entrevista, al igual que la madre incubadora, sin la autorización del abogado y los padres adoptivos;
 - 8) no intentará averiguar la identidad del niño en el futuro, ni tratará de ponerse en contacto con él.

3.3.3. OBLIGACIONES DEL PADRE NATURAL

La figura del padre natural es uno de los pilares de la relación contractual que se origina en la pactación de este contrato, porque éste debe asumir obligaciones y responsabilidades antes de la concepción del niño y además la actuación de la madre incubadora está supeditada al alcance de los compromisos que contraiga el padre biológico del niño y su esposa. El padre natural -

46 Cfr. Ibid.

47 Cfr. THERESA M. MADY: "Surrogate Mothers: The Legal Issues"; - en American Journal of Law and Medicine (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); American Society of Law and Medicine, Inc. and The Boston University School of Law, Boston, Vol. 7, No. 3, otoño 1983, pp. 332 y 333.

del niño se compromete a:

- 1) sufragar los gastos que se originen con la concertación del contrato. Estos gastos se refieren a: gastos médicos antes del embarazo, durante todo el embarazo y después de éste; gastos de los exámenes psicológicos aplicados a la madre incubadora antes de la concepción y después del parto, estos últimos para ayudarle a canalizar los sentimientos de culpabilidad o aquellos que se presenten con la maternidad; gastos de traslado o viáticos de la madre incubadora en caso de ser necesarios; gastos sobre alimentos, ropa y aquellos que sean necesarios para su cuidado y el del niño;
- 2) pagarle a la madre incubadora, en caso de haberse pactado, la compensación prometida, que será depositada con el abogado del padre natural y éste la administrará según lo estipulado;
- 3) pago de un seguro de vida para la madre incubadora y para el niño, pues en caso de fallecer alguno de los padres adoptivos, por lo menos de esta manera el niño no quedará desamparado económicamente. En algunos contratos se estipula que el seguro que protege a la madre incubadora se prolongará hasta seis semanas posteriores al parto, para asegurar a la madre incubadora de cualquier complicación que se pueda llegar a presentar a consecuencia del alumbramiento;
- 4) pago de todos los gastos resultantes de la aplicación de las pruebas de paternidad, a las que el padre natural debe someterse para comprobar que él es el padre biológico de la criatura-

y rebatir la presunción de que un hijo nacido dentro del matri
monio es hijo del matrimonio;

- 5) preveer en su testamento la manutención indefinida del niño en caso de fallecimiento;
- 6) aceptar a todos los niños nacidos como consecuencia del cump
limiento de este contrato, en caso de que se presente un embara-
zo múltiple;
- 7) compensar a la madre incubadora con una pequeña suma en caso -
de presentarse un aborto necesario o inesperado;
- 8) aceptar y asumir todas las responsabilidades que le son inhe--
rentes, en el caso de que el niño nazca con algún defecto o --
con algún mal congénito;
- 9) no tratar de investigar la identidad de la madre incubadora, -
en caso de que durante todo el procedimiento se haya pactado -
mantenerse las partes contratantes en el anonimato;
- 10) reclamar la custodia del niño, aquí el padre natural tiene dos
tareas importantes: debe comprobar la paternidad, y debe demos
trar que es, en base al mejor interés del niño, el que él ten-
ga la custodia y no la madre incubadora;
- 11) emitir su autorización para que en el momento adecuado, su es-
posa proceda a tramitar la adopción del niño;
- 12) asumir todas aquellas responsabilidades que sean inherentes a-

las obligaciones antes enunciadas (48).

Complementarias a estas obligaciones, se pueden llegar a pagar otras dependiendo de las necesidades y compromisos estipulados por las partes contratantes.

3.3.4. OBLIGACIONES DE LA ESPOSA INFERTIL

La esposa del padre natural se compromete a:

- 1) en caso de presentarse cualquier incapacidad al padre natural que le imposibilite el cumplimiento de algunas de las estipulaciones, su esposa se obliga a cumplirlas en la medida de sus posibilidades;
- 2) apoyar a su marido en todas sus obligaciones y responsabilidades;
- 3) adoptar al bebé al concluir el embarazo;
- 4) siempre mirar por el mejor interés del niño y siempre tratarlo como si fuera propio (49);
- 5) en caso de que se conserve el anonimato de la madre incubadora durante el procedimiento, nunca deberá buscar la identidad de ésta ni antes ni después del parto;
- 6) en caso de fallecer el padre natural, su esposa se compromete-

48 Cfr. SUZANNE M. PATTERSON: op. cit., pp. 334 y 335.

49 Cfr. KATIE MARIE BROPHY: "A Surrogate Mother Contract to Bear a Child" (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en -- Journal of Family Law; University of Louisville School of Law, Kentucky, Vol. 20, 1981-1982, pp. 266 a 291.

49 Cfr. KATIE MARIE BROPHY: op. cit., p. 278.

a recibir al bebé al momento del parto y proseguir con el trámite del contrato, pues ella estuvo en un principio de acuerdo en la concepción del niño y por lo tanto deberá asumir las responsabilidades que de dicho compromiso emanen (50).

Las partes antes mencionadas aceptan dar por terminado el -- contrato si la concepción no se consuma y no dar ninguna información que pueda identificar a los contratantes.

Las cláusulas en su mayoría deben dejarse a la libre negociación de las partes, más que someterlas a una legislación estricta. La pareja adoptante y la madre incubadora elaborarán tal contrato de acuerdo a sus circunstancias y necesidades. Esto último varía de individuo a individuo, es por eso que la regulación estricta - de sus cláusulas podría llegar a ser contraproducente y en su caso no ser de la total satisfacción de los contratantes.

3.3.5. OBLIGACIONES DEL MEDICO

Las obligaciones del médico que practica el procedimiento de inseminación artificial y supervisa todo el desarrollo del embarazo, son las siguientes:

- 1) Debe comprobar tener el permiso necesario, en caso de ser exigido por la ley, para poder practicar la inseminación artificial;
- 2) se obliga a aconsejar a la pareja sobre todos los riesgos que-

50 Cfr. Ibid., pp. 278 a 282.

- trae implícito este procedimiento, implicaciones de salud, implicaciones psicológicas, la posibilidad de concebir a un niño anormal así como la necesidad de tener un asesor legal;
- 3) se compromete en forma personal, investigar por su propia cuenta las leyes existentes en el momento de practicar el procedimiento, porque en muchas legislaciones existen ciertos requisitos y prohibiciones para los médicos, y de no conocerlos podría incurrir en una falta grave o inclusive en un delito;
 - 4) deberá practicar en forma honesta todos los exámenes médicos necesarios, y en la misma forma proporcionar los resultados;
 - 5) mantener los records o expedientes en caso de que sea necesario;
 - 6) no incurrir en prácticas lucrativas, ni tomar un interés personal en el caso, para evitar cualquier consecuencia ulterior; y
 - 7) aceptar cualquier responsabilidad que se derive de su negligencia o mala práctica en sus actividades (51).

3.3.6. OBLIGACIONES DEL ABOGADO

El abogado o consultor legal de las partes se compromete a:

- 1) asesorar de manera honesta y minuciosa cual es la legislación existente bajo la jurisdicción en la que se practicará la inse

51 Cfr. M. TIMOTHY PALM and HAROLD L. HIRSH M.D.: "Legal Implications of Artificial Conceptions". (trad. del inglés por Tamara-Kolangui Nisanof); en Medical Trial Technique Quarterly; - - Callaghan and Company, Illinois, 1982, pp. 407 a 410.

minación artificial y se dará cumplimiento al contrato, ya que muchas veces, tanto la pareja como la madre incubadora, se trasladan a otro lugar donde las leyes les son más favorables para el mejor cumplimiento del contrato pactado y para la mejor satisfacción de sus necesidades;

- 2) debe revisar las leyes sobre adopción, consecuencias que trae aparejado el entregar una compensación a cambio de la adopción, y derecho familiar del estado o país donde resida la madre incubadora;
- 3) mantener al corriente a las partes sobre todo lo que acontezca en la consecución del contrato;
- 4) elaborar un contrato minucioso que satisfaga las necesidades y requerimientos de la pareja y la madre incubadora, así como la persecución del mejor interés del niño; y
- 5) no tener nunca una representación dual, pues ésta sería perjudicial para las partes, ya que cada contratante trata de obtener el mejor beneficio personal, y con la representación de un abogado mutuo se podría caer en la especulación y lucro personal por parte de dicho asesor legal (52).

Las obligaciones de cada una de las partes, referidas ante--

52 Cfr. THERESA M. MADY: op. cit., pp. 341 y 342.

Cfr. BERNARD A. SHERWYN: "Attorney Duties in the Area of New-Reproductive Technologies" (trad. del inglés por Tamara Kolanqui Nisanof); en Whittier Law Review; Copyright By Whittier Law Review, Los Angeles (California), Vol. 6, 1984, pp. 799 a 804.

Cfr. Katie Marie Brophy: op. cit., pp. 266 a 284.

riormente, son algunas de las más importantes, pero como mencionamos con anterioridad, pueden presentarse muchas otras, en función de las circunstancias y necesidades que rodean a las partes contratantes, así como a la adecuación de la legislación imperante en el lugar y momento de la concertación del contrato.

3.4. VIOLACION DEL CONTRATO DE MADRES INCUBADORAS

3.4.1. VIOLACION DEL CONTRATO POR LA MADRE INCUBADORA

Cada una de las obligaciones antes mencionadas puede traer implícita una violación a las mismas, y es aquí donde se originan las principales consecuencias jurídicas.

Las violaciones a este contrato por la madre incubadora se pueden dividir en tres momentos diferentes:

- 1) antes de la inseminación artificial;
- 2) durante el período del embarazo; y
- 3) después del nacimiento del bebé.

1) Antes de la inseminación artificial: una vez negociado el contrato y firmado, la madre incubadora se rehusa a someterse al procedimiento de inseminación artificial. En este caso deberá devolver a la pareja solicitante todos los gastos erogados a su favor hasta ese momento, o en su caso no recibir la compensación prometida por falta de cumplimiento del contrato. El Estado no puede involucrarse haciendo obligatorio tal contra--

to, porque estaría obligando a alguien a prestar un servicio de manera forzosa, y de hacerlo obligatorio la madre incubadora no cuidaría ni de su persona ni del concebido por no tener ningún interés y por estar prestando un servicio no deseado.

Se puede llegar a dar el caso de que la madre incubadora, -- después de varios intentos, no haya podido concebir, en este caso no se considerará como una violación al contrato, porque esto no está en manos de la madre incubadora; y por lo tanto se dará por terminado el contrato (53).

- 2) Durante el período de embarazo: una vez que la madre incubadora logra concebir, nueve meses de duración del contrato se -- concentrarán en ella. La madre incubadora para evitar cualquier lazo afectivo que se pudiera formar se descuida y por lo tanto no sigue las especificaciones estipuladas en el contrato, ta les como abstenerse de ingerir drogas y alcohol, visitar al - médico con regularidad, no exponerse a situaciones que puedan afectar al niño, etc., aquí la pareja podrá demandar indemniza ción por el daño causado, tanto físico, si existiese y emocio nal, con la salvedad de que al tratarse de vida humana es dif fcil la cuantificación pecuniaria de un daño. Por eso es im portante que el padre o su esposa supervisen a la madre incubadora para que no descuide su salud ni afecte la salud del niño, - en caso de haberse pactado anonimato, se debe designar a la au

53 Cfr. NOEL P. KEANE: "Legal Problems of Surrogate Motherhood" - (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Southern -- Illinois University Law Journal; Board of Trustees of Southern Illinois University, Vol. 1980, No. 2, 1980, pp. 167 y 168.

toridad o al médico la tarea de la supervisión.

Por negligencia de la madre incubadora, se puede llegar a ocasionar un daño al feto, en este caso por medio de exámenes médicos se comprobará el daño causado si no existiese una cláusula que regule esta situación en el contrato. La pareja al - - igual que en el caso anterior, pedirá una remuneración por el daño causado. Si la pareja no puede comprobar la negligencia de la madre incubadora, deberá continuar con lo pactado y pagarle la compensación que hasta ese momento le corresponde.

Otra violación importante a las estipulaciones pactadas, es el deseo de la madre incubadora de abortar al feto. En este caso la única solución posible es pedir que la madre incubadora - - reembolse a la pareja todos los gastos erogados a su favor hasta ese momento, no haciéndose acreedora de ningún tipo de compensación. En Estados Unidos la regulación sobre el aborto varía de estado a estado. En cada país se reglamenta de distinta manera. El manejo de esta violación depende de como esté legislado el acto, pues si está prohibido por las leyes estatales, el Estado tendrá una injerencia activa al respecto (54).

La madre incubadora al firmar el contrato se compromete a abstenerse de tener relaciones sexuales con su marido durante el período de la concepción, para evitar que sea su marido el que fertilice el gameto femenino en vez del semen inseminado artificialmente, si se viola esta cláusula, la violación no se de-

54 Cfr. THERESA M. MADY: op. cit., pp. 332 a 338.

tectará sino al nacimiento del niño, cuando el padre natural - tenga que someterse a la prueba de paternidad y ésta no sea po sitiva; en este caso la madre incubadora no recibirá la compen sación prometida, debe reembolzar todos los gastos erogados -- por la pareja a su favor hasta dicho momento, conservará al be bé pues es hijo de ella y de su marido y la pareja puede deman darla por daño emocional sufrido pidiendo además una indemniza ción cuantiosa.

Estas violaciones son las que con mayor frecuencia se pueden - llegar a presentar, pero no descartamos el hecho de que se pre senten muchas más con respecto a cada una de las obligaciones- estipuladas en el contrato. Cada caso específico tiene impli- caciones muy particulares y a falta de una legislación unifor- me, para emitir un dictamen habrá que revisar cada caso en con creto.

- 3) Después del nacimiento del bebé: es aquí donde se presenta la- violación más trascendental del contrato. El no querer la ma- dre incubadora ceder al bebé o renunciar a sus derechos paren- tales en favor de la pareja solicitante. Es muy difícil exi-- gir el cumplimiento obligatorio de esta disposición, ya que la madre incubadora es la madre natural del niño y es inconcebi-- ble hacer que una madre se desprenda de un hijo que ella trajo al mundo y desea conservar. En este caso se presenta una bata lla entre la madre incubadora y el padre natural sobre la cus- todia del niño, así como manutención y derechos de visita. El padre biológico deberá comprobar: que es el padre natural del-

niño, por medio de las pruebas sobre paternidad y, que el niño se encontrará mejor bajo su custodia que bajo la custodia de la madre incubadora, ya que él en un principio quiso al bebé y la madre incubadora sólo lo trajo al mundo como obligación prestando un servicio que le solicitaron, y bajo las estipulaciones de un contrato (55).

En las normas que regulan la inseminación artificial se estipuló que el donador del semen no tendrá ninguna relación con el concebido y será un ajeno que no podrá reclamar ningún derecho posterior, todo esto con el fin de regular las consecuencias implicadas en un procedimiento de inseminación artificial pero nunca con miras a regular una situación suscitada en un contrato de madres incubadoras, pues en este caso el donador es el padre natural y él asume toda la responsabilidad que implica la práctica de tal hecho jurídico reclamando asimismo todas las obligaciones y derechos inherentes a su calidad de padre biológico. Es aquí donde se debe hacer una adaptación a la legislación y es en contra de esta disposición que el padre natural debe luchar y comprobar su paternidad para poder exigir la custodia de su hijo (56).

Otro obstáculo es la presunción existente en algunas jurisdicciones de que un hijo nacido de una mujer casada, será considerado hijo legítimo de ella y su marido. Esta presunción es acep-

55 Cfr. NOEL P. KEANE: op. cit., p. 168.

56 Cfr. RALPH D. MAWDSLEY: "Surrogate Parenthood: A Need of Legislative Directions" (Trad. del inglés por Tamara Kolanguin-Nisanof); en Illinois Bar Journal; Illinois State Bar Association, Illinois, Vol. 71, No. 7, marzo 1983, p. 415.

table en cualquier contexto normal, pero es desfavorable para el padre natural en una situación donde existe una madre incubadora, pues el padre natural deberá de luchar contra esta presunción para comprobar que el hijo concebido es hijo suyo y no del esposo - de la madre incubadora, cosa que es muy difícil en el caso de que la madre incubadora decida quedarse con el bebé y su marido decida asumir todas las responsabilidades que esto implica (57).

La semejanza principal entre una batalla sobre la custodia - en un caso general y una custodia de caso en la intervención de - una madre incubadora, es que el conflicto se presenta entre padres naturales. Pero la distinción es que muchas veces en un caso general pueden presentarse modificaciones sobre la resolución final, y en el caso de la madre incubadora, el padre natural persigue una resolución final y permanente por todas las implicaciones psicológicas y de fondo que se pueden presentar en caso de - que la figura de la madre incubadora quede latente dentro del caso. Para tener una resolución favorable sobre la custodia del niño, el objetivo principal es la persecución del mejor interés del niño, tanto su estado físico, intelectual y moral. Si el niño se queda bajo la custodia del padre natural y más tarde surge el conflicto sobre ésta, impugnado por la madre incubadora, esto podría traer severas consecuencias psicológicas para el niño, porque la identificación que tiene el niño en sus primeros meses de vida en relación a la figura materna y paterna son decisivos para el desa

57 Cfr. DAVID K. MARTIN: "Surrogate Motherhood: Contractual - - Issues and Remedies under Legislative Proposals", (trad. del inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Washburn Law Journal; Washburn Law School Association, Kansas, Vol. 23, 1983-84, pp. 613 a 618.

rollo sano del niño y la formación de su personalidad, así como el sentimiento de seguridad, amor e identidad, que son muy importantes en el comportamiento posterior del niño, y que todo esto mal manejado podría ser perjudicial para el mismo, cuestión que la Corte deberá manejar y prevenir (58).

Si en una disputa de custodia, la madre incubadora pierde el caso, ésta a su vez deberá renunciar a los derechos parentales -- que la unen al niño en su calidad de madre natural, porque de no ser así, podrá exigir más adelante los derechos de visita que le corresponden (59).

En este inciso podríamos diferenciar otra violación por parte de la madre incubadora, ya que ella puede negarse a ceder al bebé al término del embarazo o revocar su consentimiento sobre la adopción por parte de la pareja solicitante; ya que en muchas legislaciones el consentimiento para la autorización de tal adopción sólo será válido si se emite unos días después de nacido el bebé, y en caso de ser emitido antes será considerado como inválido. En el caso de la revocación del consentimiento para la adopción, es importante ver en qué momento se otorgó porque las consecuencias legales derivadas de tal consentimiento son definitivas -- así como las consecuencias psicológicas que se ocasionarían en caso de que el cambio de familia y reajuste del niño no fueren fruc

58 Cfr. PHYLLIS COLEMAN: op. cit., pp. 103 a 107.

59 Cfr. Ibid.

tíferos ni positivos para él (60).

Los estados de Arkansas y Pennsylvania enfatizan el punto de que la maternidad y la paternidad no son un derecho de propiedad, sino un roll y un status, que se tomarán como base para definir - en tales jurisdicciones la custodia del niño tomando en cuenta el mejor interés y beneficios del mismo (61).

Dentro de las estipulaciones del contrato, se le pide a la madre incubadora que se abstenga de tener relaciones sexuales con su marido durante el período de la concepción, ya que de no cumplir con tal estipulación el óvulo de la madre incubadora podría ser fecundado por las células reproductoras de su marido en vez de ser fecundado por las células reproductoras del donador, siendo éste el principal objetivo. En este caso la madre incubadora violaría el contrato, pero esta violación sólo se detectaría cuando al nacer el bebé, el padre natural procedería con las pruebas de paternidad y éstas resultaran negativas; en tal caso la madre incubadora y su marido serán los responsables del bebé concebido, deberán quedarse con el niño, no podrán exigir el pago de la compensación pactada y estarán obligados a devolver a la pareja solicitante todos los gastos erogados en su favor para la consecución del objeto del contrato. A su vez la pareja solicitante la podrá demandar por daño emocional sufrido o engaño por violación del -- contrato (agravios que en legislaciones de Norteamérica se pueden demandar).

60 Cfr. CYNTHIA A. RUSHENVSKY: op. cit., pp. 131 a 135.

61 Cfr. *ibid.*, pp. 127 y 128.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

3.4.2. VIOLACION DEL CONTRATO POR EL PADRE NATURAL

Al hablar en éste inciso del padre natural también nos estamos refiriendo a su esposa, que de alguna manera junto con su marido (padre natural) pueden violar el contrato.

La primera obligación que se puede presentar es que después de haber negociado y firmado el contrato el padre se niegue a someterse al procedimiento de inseminación artificial o, que la pareja se niegue a someterse al contrato. En este caso la Corte no puede obligar el cumplimiento del mismo pero la madre incubadora estará en todo su derecho de pedir se le dé parte de la compensación pactada.

El padre a su vez, una vez nacido el niño puede negarse a recibirlo. La Corte en este caso sería improbable que la obligara a recibir al niño, porque esto no sería en beneficio de la criatura. En este caso la madre incubadora está en completa libertad de quedarse con el bebé o darlo en adopción. El padre natural deberá terminar sus derechos parentales haciéndolo constar por escrito, para prevenir el caso de que en un futuro pueda demandar a la madre incubadora la custodia del niño, no descartando la posibilidad de que en un futuro el niño busque a su padre y quiera en tablar una relación con él. Si el padre natural no quiere la cus todia del niño, estará en todo su derecho de demandar derechos de visita; la madre incubadora podrá demandarle al padre natural una pensión alimenticia para el niño o en general todos los gastos de su manutención. En caso de que el niño se dé en adopción los gas

tos del procedimiento corren a cargo de la pareja solicitante (62).

Si el niño nace con alguna deformidad y la pareja no lo quiere, la manutención y cuidados médicos del mismo le corresponden a la pareja solicitante (63).

En todos los casos arriba mencionados la madre incubadora -- tiene todo el derecho de exigirle al padre natural se le pague la compensación pactada.

El padre natural y su esposa pueden violar el contrato, si -- al entregárseles el bebé ellos se rehusan a pagar la compensación prometida a la madre incubadora. En este caso el conflicto se resolverá como si se tratará de una deuda entre acreedores y -- deudor (64).

En el estado de Illinois existe la disposición de que el esposo de la mujer que se somete a un procedimiento de inseminación artificial, está obligado a su sostenimiento y por lo tanto al -- sostenimiento de la criatura concebida. En el caso de un contrato de madre incubadora el padre natural debe refutar tal presunción y comprobar su paternidad, ya que la comprobación de la paternidad es prueba esencial para que en un futuro la madre incubadora pueda demandar la manutención y pensión alimenticia para el niño, cuando según el caso, el padre natural niega la custodia -- del mismo (65). En Kansas y New Jersey el caso es similar, pues

62 Cfr. RALPH D. MAWDSLEY: op. cit., pp. 415 y 416.

63 Cfr. THERESA M. MADY: op. cit., pp. 338 y 339.

64 Cfr. PETER BOWAL: "Surrogate Procreation: a Motherhood Issue in Legal Obscurity" (trad. del Inglés por Tamara Kolangui Nisanof); en Queen's Law Journal; Rogers Bereskin and Parr, -- Ontario, Vol. 9, No. 1, otoño 1983, pp. 26 a 29.

65 Cfr. RALPH D. MAWDSLEY: op. cit., p. 416.

si el padre natural viola el contrato el niño seguirá siendo legítimo, ya que las obligaciones y responsabilidades sobre la criatura recaerán en la madre incubadora y su marido. A este respecto se argumenta que sin el consentimiento del esposo de la madre incubadora y sin su participación activa en el procedimiento el niño no hubiese sido concebido. Todas estas disposiciones fueron elaboradas para darle legalidad al procedimiento de inseminación artificial, pero en su aplicación al contrato de madres incubadoras el enfoque en vez de ser positivo es negativo y desfavorece a las partes contratantes (66).

Siempre ha sido interés del Estado que el niño dentro de este procedimiento nunca quede desamparado en caso de que alguna de las partes no lo acepte y éste es el enfoque principal que se le quiere dar a las normas que regulan los procedimientos de concepción artificial, y principalmente la inseminación artificial y el contrato de madres incubadoras.

Dentro del plano natural es la familia donde el hombre encuentra la plenitud de su existencia. Alcanzando su completo desarrollo psíquico y físico en la familia, puede el hombre realizar no sólo su personalidad, sino transmitir su vida física y su vida moral a otros seres humanos. La familia es el camino natural por donde el hombre puede entregarse a los demás, justificando así su propia existencia. Si el hombre carece de identidad por el impacto sufrido al saber la manera en la que fué concebido,

66 Cfr. DAVID K. MARTIN: op. cit., pp. 613 a 618.

se verá coartada su proyección en la sociedad por falta de identidad. No olvidando que el hombre al que me refiero tuvo que ser - alguna vez niño, y que este niño es el móvil de todo método de -- concepción artificial así como su bienestar es el móvil de toda- norma jurídica que regulará tales métodos.

La familia es el elemento más importante en la formación de- una persona, y si hay crisis en la familia y en sus conceptos, és ta se refleja en la inestabilidad de la persona, porque depende - de las fuerzas creadoras de una familia lo que determine la acep- tación de la práctica de los métodos de concepción artificial.

3.5. COMPENSACION

Dentro de las cláusulas pactadas por las partes en un contra- to de madres incubadoras existe la estipulación de pagar a la ma- dre incubadora una compensación por el servicio prestado a la pa- reja infértil. Esta estipulación no es obligatoria, ya que en mu chas ocasiones la madre incubadora acepta someterse al contrato - movida por motivos altruistas sin aceptar ninguna remuneración a- cambio. En aquellos contratos en que si se acuerda el pago de es ta remuneración, la compensación ha sido uno de los puntos más -- controvertidos para poder legitimar este contrato porque los que - están en contra asemejan el pago de esta remuneración a la "venta de bebés"; la comercialización efectuada con una vida humana va - en contra del interés público y por lo tanto el contrato es consi derado ilegal. Más adelante expondremos los puntos a favor y en con

tra del pago de esta compensación.

En Ontario, Canadá la compensación de una madre incubadora se puede interpretar desde varios puntos de vista, en base a los criterios jurídicos en los que se fundamenta su legislación, -- siendo éstos los siguientes:

- 1) pago a cambio del bebé;
 - 2) pago a cambio del consentimiento de la madre incubadora para dar al niño en adopción;
 - 3) pago por la promesa de la madre incubadora de que voluntariamente cederá o renunciará a los derechos parentales que la -- unen al niño; y
 - 4) pago por los servicios de la madre incubadora.
-
- 1) La noción de otorgar un pago a cambio de un bebé no es aceptada por la sociedad desde la abolición de la esclavitud, ya que los individuos no pueden ser considerados como bienes in muebles sujetos a la comercialización y lucro. El mejor interés del niño está muy lejos de estar en manos del comercio, siendo éste el objetivo principal y fin último del contrato de madres incubadoras pues siempre se persigue mantener la -- estabilidad y unidad familiar.
 - 2) En Ontario, la madre no puede dar su consentimiento para autorizar la adopción de un niño sino siete días después del -- nacimiento del mismo; a pesar del tiempo transcurrido, el -- otorgamiento del consentimiento será cuestionable si la ma--

dre se encuentra débil física o emocionalmente, o está presionada por motivos económicos. Un consentimiento dado bajo estas circunstancias será inválido porque va en contra del interés público perjudicando la unidad e interés familiar. Considerando a la adopción con el único fin de beneficiar al niño, no es concebible que el único móvil que la motivó fuese una suma de dinero porque va en contra de todo principio moral. -- Por lo tanto está prohibido el otorgamiento del consentimiento de adopción a cambio de una suma de dinero.

- 3) En cuanto a la custodia, aquí la intromisión judicial es requisito primordial y por eso no queda al arbitrio de los padres o partes contratantes. Las autoridades analizarán cuáles son los motivos que darán origen a la adopción y cuál, en su caso, es el mejor interés del niño.
- 4) En relación a este punto, se le compensa a la madre incubadora por proporcionar un servicio y no por la venta de un bien que pueda comercializarse. Podemos decir que a la madre incubadora se le paga por cargar al bebé de la pareja durante el período de gestación, pero no por vender a su propio bebé. -- Por políticas estatales, el Estado tiende a prohibir la prestación de cierto tipo de servicios, ya que la vida de un niño y su bienestar deberán estar asegurados para que el Estado no tome la política de prohibir la proporción de dicho servicio, de tal manera que la prestación de este servicio represente un beneficio en vez de un agravio (67).

67 Cfr. PETER BOWAL: op. cit., pp. 20 a 23.

En los estados de Oregón, Michigan y Kentucky encontramos - la prohibición de pagar una compensación a cambio de la recep- - ción de un bebé. Ellos equiparan la entrega de la compensación- a la compra-venta de bebés. En Oregón se prohíbe la compensa- - ción porque puede llegar a viciar el consentimiento inicial para la adopción, ya que este consentimiento asentado por escrito es- un prerequisite importante para la terminación de los derechos - que ligan a la madre incubadora (madre natural) con el niño (68).

El estado de California sigue las mismas directrices que -- los estados antes mencionados, considerando la entrega de la com- pensación como medio para obtener la adopción o renuncia de los- derechos parentales y una ofensa al valor de la vida. Agregan que el pago por los gastos erogados en favor de la madre incubadora- para dar cumplimiento al contrato es independientes de la com- pensación que se deberá otorgar con posterioridad al nacimiento- del niño; tal pago puede llegar a autorizarse siempre y cuando - su principal destino no sea el obtener el consentimiento del - - otorgamiento de la custodia o renuncia y cesión de los derechos- parentales en cuestión. Se argumenta que los niños no deben ser- tratados como bienes muebles que se pueden comprar o vender y, - es aquí donde nos encontramos con la injerencia del Estado para- regular tal contrato, evitando que utilidades económicas sean el

68 Cfr. LINDSEY E. HARRIS: op. cit., pp. 946 y 947.

móvil de un padre para renunciar a los derechos que lo ligan a su hijo (69).

Ciertas legislaciones asemejan el pago de la compensación a una conducta delictiva y dicen que cometerá un delito el que pague cualquier cosa de valor a un padre con miras a obtener su -- consentimiento para la adopción del niño o para obtener la custodia del mismo. Todo esto para evitar el llamado "mercado negro" en operaciones de adopción. Tales legislaciones considerarán al contrato de madres incubadoras como ilegal y por lo tanto inválido.

Otras legislaciones argumentan en contra de la afirmación anterior, que la compra-venta de bebés y el caso de una madre incubadora es muy distinto, dicen que en una situación típica en donde se presenta la compra-venta de un bebé, tenemos a una madre soltera que involuntariamente ha embarazado y por lo tanto dará a luz a un hijo ilegítimo donde su padre biológico generalmente no tiene ningún interés en responsabilizarse de la situación. Aunque la madre soltera desee quedarse con el niño no tiene los medios económicos para hacerlo y es entonces cuando recurre a un intermediario que le ayudará a solucionar su problema encontrando de alguna manera alguna pareja que desee adoptar al niño. Los móviles del intermediario son puramente lucrativos y comerciales, asemejando la situación a un contrato entre comprador y vendedor en base al deseo desesperado del comprador por adquirir un niño y la frustrante necesidad económica del vendedor. Los padres adoptivos en este caso, no tendrán ningún nexo consan

69 Cfr. ELLEN LASSNER VAN HOFTEN: op. cit., p. 371.

guíneo con el adoptado. El hogar que le ofrecerán no siempre puede ser el hogar y familia que la madre desee para su hijo. Al entregar al niño la madre experimentará sentimientos de culpabilidad y dolor por haber entregado a su hijo, sentimientos que le serán muy difíciles de manejar.

En cambio, en el caso de una madre incubadora la situación es diferente, aquí una pareja de casados que no pueden concebir un bebé, deseosos de tenerlo entra en un acuerdo con una madre incubadora, no con el fin de comprar a un niño, sino con el fin de traer a un niño al mundo que tenga un nexo biológico con uno de los contratantes y en base a un embarazo planeado preveyéndolas múltiples complicaciones que se pueden ocasionar y evitando cualquier agravio que resulte de éstas. Sin una relación sexual directa el esposo contratante por medio de una inseminación artificial se convertirá en el padre biológico de la criatura. La madre incubadora por su parte, acepta someterse al contrato libremente, sin ninguna presión ni de tipo sentimental ni económico, en el entendido de que ella cargará al bebé los nueve meses del período de la gestación y al término de éste, entregará al bebé a la pareja contratante. Esta decisión de entregar al niño no es resultado de circunstancias adversas que orillaron a la madre a renunciar a su hijo por presiones económicas. Al nacer el niño, en el caso de la madre incubadora, ya existe un hogar formado que lo espera impaciente, y una pareja que tiene un nexo biológico con la criatura. En este último caso la promesa de entregar una compensación a la madre hace más fácil el encontrar a

madres incubadoras voluntarias que si sólo se moviera por motivos altruistas, pero no representa una venta de bebés porque sería injustificado pensar que el propio padre comprara a su propio hijo, además que en este caso existen sentimientos de afecto y móviles morales excluyendo cualquier consideración lucrativa y comercial (70).

Concluyendo sobre este punto podemos decir que es importante determinar el momento en el que las partes contratan. Un mercado negro de bebés se presenta con un embarazo involuntario, -- una necesidad económica y un intermediario ajeno a la relación -- que presiona a la madre obligándola a que ceda al niño y renuncie a los derechos que la ligan a él. La pareja adoptante no se someterá a la investigación previa de las agencias de adopción -- para asegurarse del hogar en el que será colocado el niño, y tam poco tendrá ningún nexo biológico con el niño. En contraste los niños nacidos en un contrato de madres incubadoras tiene un nexo biológico y afectivo con el padre y son concebidos por un acuerdo premeditado en donde la madre incubadora se embaraza voluntariamente y conoce los pormenores del procedimiento previamente. En base a esto, el pago no es por el niño sino por el servicio -- brindado, ya que éste implica sacrificios físicos, emocionales y económicos para la madre incubadora (71).

Varios críticos sobre la materia argumentan que el contrato de madres incubadoras, así como la compensación que en él se es-

70 Cfr. LISA J. GREENBERG and HAROLD L. HIRSH: op. cit., p. 155.

71 Cfr. Ibid., p. 156.

tipula debería considerarse legal y válida, porque si el hombre tiene derecho de vender su semen para ayudar a hombres infértiles, porque una mujer no puede vender sus servicios en calidad de madre incubadora y ayudarle a las mujeres infértiles que no pueden cargar o concebir. A este respecto se alega en contra -- que, la venta del semen del hombre se equipara a la venta de un óvulo en la mujer y no a la función de cargar el bebé durante -- los nueve meses de gestación del mismo, cediendo los derechos y autorizando su adopción al concluir tal periodo (72).

El punto más crítico para definir esta situación es: ¿qué es lo que se paga, a quién se le paga y por qué?.

Estas han sido las tres interrogantes que se han preguntado sobre los juristas de la materia, pero cada uno de ellos emite un criterio diferente basado en sus distintas legislaciones de origen y en los valores que cada uno de ellos considera ser el más importante. En 1980 la Corte del estado de Michigan resolvió el primer caso ventilado en los Estados Unidos que involucra a una madre incubadora. El caso se llamó "Doe vs. Kelley". -- John y Jane Doe contrataron a Mary Roe para que ella fungiera como madre incubadora ya que Jane Doe no podía concebir niños.

En el contrato habían acordado que Mary Roe se sometería a un procedimiento de inseminación artificial, por medio del cual

72 Cfr. KAREN MARIE SLY: "Baby-Sitting Consideration: Surrogate Mother's Right to 'Rent her Womb' for a Fee" (trad. de Tamara Kolangui Nisanof); en Gonzaga Law Review; Gonzaga Law Review Association, Washington, Vol. 18, 1982-83, p. 558.

concebiría un hijo que cargaría durante los nueve meses de gestación y al nacimiento de éste, lo entregaría a los Doe, otorgándoles la custodia del niño, y a cambio Mary recibiría la suma de \$5000.00 dólares más gastos médicos y la cobertura de un seguro. Al nacimiento del niño, la madre incubadora y la pareja se unieron y extendieron una petición a la Corte para que ésta declarara y confirmara la legalidad del contrato por ellos pactado, ya que en uno de los estatutos de la legislación de Michigan se prohíbe ofrecer, dar o recibir dinero o cualquier objeto de valor en relación a la autorización de dar un niño en adopción. La pareja junto con la madre incubadora argumentaban que este estatuto violaba su derecho de privacidad pues ellos podían y tenían una garantía constitucional que los respaldaba en el sentido de evitar cualquier intromisión del Estado en relación a la toma de sus decisiones de procreación y formación de una familia. La Corte emitió su fallo en el sentido de que el derecho de privacidad de las personas no era absoluto y que el Estado tenía especial interés en prevenir la comercialización que podría afectar la decisión de una madre en el sentido de consentir sobre la adopción de su hijo. La Corte declaró que el trueque de bebés iba en contra del interés y política pública del Estado. Esta decisión emitida por la Corte, no prohíbe la concepción de un bebé por el método de madres incubadoras, lo que prohíbe es el pago de una compensación en relación a la adopción de un niño con-

cebido, producto de la práctica de este procedimiento (73).

Con respecto a este punto se ha sugerido que en vez de estipular una compensación para la madre incubadora, se le dé un regalo en forma voluntaria a la madre incubadora en agradecimiento a su colaboración para la consecución y cumplimiento del contrato. De esta manera no se interpretaría que el pago o regalo representaría una conducta delictiva o afectaría la decisión de la madre o que inclusive representa una venta de bebés (74).

Nosotros sabemos que la actividad comercial se contempla -- desde el punto de vista de la prestación de un servicio, pues el lucro de un intermediario provendría de tal fuente, a la vez no podríamos negar que la custodia de un niño estipulada y decidida en base a una relación contractual va en contra de toda política pública y en especial del interés público ya que la regulación y moderación de este tipo de decisiones se hacen por medio de la participación de las autoridades especialistas en la materia, y por el solo hecho de ser deliberado en un contrato lo haría ilegal e inválido.

Son muchos los criterios emitidos a este respecto y muchas las deliberaciones, pero sólo con el mejor entendimiento de los objetivos y fines de este contrato se podrá encontrar su natura-

73 Cfr. ANGELA R. HOLDER, LL. M.: "Surrogate Motherhood: Babies for Fun and Profit"; (trad. de Tamará Kolanqui Nisañof); "en Law Medicine and Health Care; Publication of the American Society of Law and Medicine, Boston, Vol. 11, No. 6, diciembre 1984, p. 116.

Cfr. BRENT J. JENSEN: op. cit., p. 951.

74 Cfr. DAVID K. MARTIN: op. cit., p. 607.

leza y en base a ésta, decidir sobre su objeto.

3.6. POLITICA PUBLICA E INTERES PUBLICO

La función del Estado con relación a la familia ha variado mucho en las distintas épocas. En algunas de ellas ha encarnado en la familia la idea del Estado, o sea el poder o sea el poder-supremo. En otras, aún estando separados la familia y el Estado, ha gozado aquella de gran relieve y de amplia libertad dentro de la organización general de éste.

La familia está entre el individuo y el Estado. Mediante aquélla y dentro de éste, se forma y estructura la personalidad individual y en ella encuentra su complemento. Históricamente es la institución de la familia anterior al Estado, siendo más antigua que él. Es la célula germinal de la comunidad estatal y en ella ha encontrado satisfacción el innato espíritu social.

No puede el Estado conformarse con una orientación natural, dada la importancia que la familia reviste para el bienestar del individuo y de la comunidad. Las relaciones familiares han de someterse pues, también a una reglamentación jurídica, otorgándoles la protección correspondiente. El Estado al proteger a la familia trata, en primer término, de velar por lo que constituye el adecuado desarrollo y complemento del individuo, ya que es la vida y la evolución del pueblo, su progreso económico y su situación política los que están supeditados al bienestar y perfección de la vida familiar, porque la familia es fuente constante-

de renovación del cuerpo social.

Existen dos concepciones de la relación de la familia con el Derecho: unos defienden el principio de la autarquía familiar, y consideran que debe huírse de toda intromisión del Estado en la vida de la familia y robustecer los vínculos que de ella nacen; asimismo implementar y ampliar la esfera de sus atribuciones. Otros creen, por el contrario, que cada día debe ampliarse más la esfera del Estado en cuanto a su control, y que éste ha de venir a realizar muchas de las funciones antes encomendadas a la familia, y, sobre todo, que la misión más alta, la del cuidado de los hijos, no puede en absoluto encomendarse a la actuación familiar, pues el Estado tiene un interés decisivo en que sus ciudadanos futuros sean para él hombres útiles, siempre velando por el mejor interés de los hijos, y no tiene garantía suficiente de que, por la sola actuación de sus familiares, pueda llegar a serlo, pues como nos hemos referido en incisos anteriores, muchas veces la actitud y decisión de los padres no va encaminada a proteger el mejor interés del niño y es aquí donde nos encontramos con la intervención del Estado, como principio básico de una política pública a seguir (75).

Podríamos definir dentro de este contexto a la política pública como un principio legal que declara un acto ilegítimo, esto es, alimentando y creando corrupción e inmoralidad o, que tie

75 Cfr. RAFAEL ROJINA VILLEGAS: Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia; Tomo I, Porrúa, México, 1980, p. 213.

ne una tendencia perjudicial para la sociedad, tendencia que va encaminada al perjuicio del bienestar, salud y moralidad del público (76).

Para velar por el interés público e interés de la criatura concebida por métodos artificiales, específicamente por medio de una madre incubadora, el Estado enfrenta un problema político -- que se plantea en el sentido de determinar si el Estado debe tener injerencia en la organización de la familia y, en el caso de resolverse esta cuestión en sentido positivo, precisar cuál es la intervención del Estado en el seno del grupo familiar.

La primera cuestión se debe resolver en sentido afirmativo: el Estado sí debe tener intervención en la organización jurídica de la familia, por múltiples razones:

- a) porque de la solidaridad familiar depende en gran medida la solidaridad política, de tal manera que peligraría la existencia misma del Estado si ocurriera la disolución de la familia o ésta estuviese organizada de manera deficiente o incompleta por el Derecho.
- b) Porque el Estado debe tutelar un conjunto de intereses de orden público que existen en el seno de la familia, armonizando intereses individuales e intereses generales representados por el grupo familiar.
- c) Porque el Estado debe intervenir a través de sus órganos a fin de que se celebren determinados actos jurídicos del dere

76 Cfr. GEORGE P. SMITH, II: op. cit., p. 651.

cho de familia, tales como el matrimonio, la adopción, el re conocimiento de hijos, etc., a efecto de dar autenticidad a los citados actos y proteger los derechos de las partes evitando hasta donde sea posible que puedan ocurrir después problemas de nulidad.

- d) Porque el Estado debe controlar la actividad de los que ejercen la patria potestad y la tutela, mediante la intervención del juez, para impedir que se realicen actos perjudiciales a los intereses de los menores o incapacitados (77), siendo éste el punto más importante dentro del tópico que estamos tratando pues, el Estado debe velar siempre por el mejor interés de cada uno de los integrantes de la familia y principalmente de los hijos, que no siendo responsables de su procreación muchas veces son los personajes más perjudicados dentro del seno familiar.

El Estado, dentro de un contrato de madres incubadoras, tiene interés en velar por tres tópicos importantes y por lo tanto pugna por una regulación dentro del derecho sobre la procreación:

- a) la familia como unidad o núcleo dentro de la sociedad;
- b) padres naturales o padres prospecto;
- c) hijos

En el caso de la madre incubadora se debe proteger a tres padres diferentes:

77 Cfr. RAFAEL ROJINA VILLEGAS; op. cit., pp. 212 y 213.

madre natural, padre natural y esposa del padre natural.

La madre incubadora tiene libre decisión sobre la procreación de un bebé, pero el cómo y de quién se concebirá tal bebé son asuntos que requieren un control estatal. La decisión de una gestación por medio de una madre incubadora implica no sólo la decisión personal sino la de un acuerdo de voluntades de aquellos participantes o personas afectadas por la práctica de tal procedimiento. Si la madre incubadora se contrata por medio de una publicación de algún medio de comunicación, esta relación más que ser de carácter privado le da un enfoque de carácter público. Si en tal procedimiento se utilizan los servicios de un intermediario, la decisión personal de tener al bebé se convierte en la decisión de un tercero ajeno a la relación y por lo tanto es justificable la intervención del Estado para dirimir cualquier controversia. En algunas legislaciones de Estados Unidos de América se dice que después del tercer mes de embarazo la madre incubadora deja de tener pleno control de decisión sobre su embarazo y es aquí donde su decisión está supeditada a la decisión de otros participantes involucrados en tal contrato, correspondiéndole al Estado la última decisión sobre el mejor interés del niño, así como su bienestar y desarrollo (78).

Son tres los factores principalmente que se deben considerar para determinar si el contrato de madres incubadoras viola -

78 Cfr. CYNTHIA A. RUSHEVSKY: op. cit., pp. 112 y 113.

la política pública o interés público, a saber:

- a) Se debe considerar el lazo existente y afecto de la madre in cubadora hacia el niño, ya que la ley reconoce el instinto - de maternidad y el derecho natural existente entre madre e - hijo ya que muchas veces la Corte favorece a la madre en - - cuanto a los derechos para con los hijos, cuando ella y el - padre se encuentran en igualdad de circunstancias.
- b) Consideración importante es la compensación o remuneración - que se le da a la madre incubadora y el hecho de que ella -- puede ser víctima o propiciar la explotación comercial que - emana de la práctica de tal contrato, existiendo por otro la - do, móviles simplemente altruistas. La remuneración puede - convencer a mujeres necesitadas económicamente a vender sus - facultades de reproducción por una cantidad de dinero y es - esto lo que el Estado pretende evitar. Si la cantidad es -- atractiva la prestación del servicio no será voluntario e in - clusive podemos caer en la acusación de que la madre incuba - dora está vendiendo a su propio hijo por una cantidad de di - nero. Todo esto, podría fomentar un mercado negro de bebés, que irían en contra de la política pública adoptada por el - Estado.
- c) El último punto a considerar es el interés de la sociedad -- por preservar los fundamentos e institución de la familia -- tradicional, ya que ésta ha sido identificada como el pilar - y sostén de la sociedad. Se debe meditar sobre si la intro - misión de un tercero ajeno a la relación amenaza la estabili

dad que por años el Estado y los mismos integrantes del seno familiar han tratado de preservar. Si el Estado decide considerar que la madre incubadora amenaza esta estabilidad, este contrato será considerado ilegal por ir en contra de la política pública e intereses protegidos por el Estado (79).

Atendiendo a todo lo mencionado, podemos decir que las madres incubadoras pueden ser prohibidas por el Estado no por ser un tipo de procreación novedosa y desconocida, sino por ser una manera de procreación prohibida, ya que dentro de las garantías de cada individuo se encuentra la libertad y derecho de procreación y planeación libre de la familia deseada por cada uno de los miembros que integran la sociedad.

Actualmente a pesar de la controversia y conflictos que se suscitan a raíz de la existencia del contrato de madres incubadoras, el Estado ha tomado una política proteccionista en favor del niño, resultado de la concepción y gestación llevada a cabo dentro del aparato reproductor de la madre incubadora, el Estado en todo momento ha velado por la política y lineamientos públicos que son el fundamento de su legislación y todo lo que vaya en -- contra de ellos estará prohibido. La práctica de este contrato invita al Estado a extenderse en sus fronteras, a redefinir conceptos que ya no son aplicables, a ampliar su criterio y dar cabida legislativamente a la práctica de los nuevos métodos de concepción artificial, que más que perjudicar beneficiarían a una -

79 Cfr. PERRY J. VIETH: "Surrogate Mothering: Medical Reality - in a Legal Vacuum" (trad. del inglés de Tamara Kolangui Nisanof); en Journal of Legislation; Copyright University of -- Notre Dame, Indiana, Vol. 8, 1981, pp. 146 y 147.

parte de la población que por medios naturales no puede cumplir con uno de los objetivos del matrimonio que es la procreación.

El Estado se mantiene al margen, no prohíbe la práctica del contrato de madres incubadoras, pero tampoco lo hace obligatorio. Existen varias razones por las que el Estado se mantiene al margen en cuanto a la obligatoriedad del contrato, entre las cuales tenemos las siguientes:

- a) La madre inseminada artificialmente y que lleva en su vientre al bebé no puede ser forzada para ceder los derechos que la ligan con el niño en su calidad de madre natural, ni puede ser obligada a renunciar al bebé porque la política e interés público es proteger a la familia, y según los principios tradicionales de ésta, la que gesta al bebé es la madre natural y legal del niño y el obligarla a renunciar a algo que por ley y por naturaleza le pertenece atentaría en contra del interés público y principios fundamentales que el Estado siempre ha tratado de proteger y conservar.
- b) Una segunda causa sería el considerar la compensación que se le da a la madre incubadora como ilegal y perjudicial para el interés público, ya que se considera que dicha remuneración es otorgada a cambio de la adopción del niño, o por renunciar o ceder los derechos que ligan a la madre natural con el bebé. Esto propicia de cierto modo el mercenarismo, comercialismo y mercado negro de bebés, prácticas que atentan contra la política pública e interés general de la población. En el estado de Kentucky, estos contratos han sido

declarados ilegales, ya que en dicho estado la adopción o cesión de derechos opera cinco días después de haber nacido el niño, y en el caso de madres incubadoras esta renuncia de derechos o cesión de los mismos está pactada antes de concebir a la criatura, dándola por aceptada una vez firmado el contrato, concepto que irfa en contra de los ordenamientos establecidos en tal estado. Es por esto, que las autoridades no pueden hacer obligatoria una disposición que fué pactada en contraposición a los términos establecidos en la legislación correspondiente, pudiendo en este caso prohibir la cláusula y solamente permitir que se convalide la disposición si el consentimiento se emite cinco días después a partir del nacimiento del niño.

- c) Una última consideración sería el asentamiento en el contrato de cláusulas que por su contenido están prohibidas por el ordenamiento legislativo o van en contra de la política pública, como serían: cuestión sobre el aborto, adopción a cambio de una compensación, emitir un consentimiento antes del tiempo previsto por la ley, autorizar que un bebé sea concebido y gestado en el cuerpo de una mujer que no es la madre natural del niño, decisiones de custodia que en algunos estados le corresponden exclusivamente a las autoridades, sin dejarlo al arbitrio o libre decisión de las partes, etc.

Una vez analizados y estudiados los puntos anteriores, es urgente la intervención del Estado en materia de madres incubadoras, ya que una legislación adecuada permitiría conservar los --

principios básicos de política pública e interés público sin dar cabida a violaciones que estarían fuera del control de cualquier jurisdicción. Es importante dentro de estos conceptos poder ser flexibles, ya que uno de los fundamentos y motivos de este contrato son las necesidades y circunstancias que orillan a una pareja a someterse a dicho acuerdo, siempre y cuando existan limitantes que supervisen las autoridades. El establecimiento de estas limitantes permitirán al Estado prevenir cualquier abuso, -- violación y establecer una obligatoriedad necesaria en caso de -- que alguna de las partes no cumpla con las cláusulas pactadas, -- que hasta la fecha ha sido un punto cuestionable e incierto. A manera de comentario consideramos que dicho contrato no debe ser prohibido, pero si definitivamente regulado, de esta manera poco a poco la aceptación de la sociedad y su seguridad en cuanto a validez será más palpable. Es el Estado el que por medio de una legislación fidedigna asegurará a los contratantes sus derechos y obligaciones.

CAPITULO IV

CONTRATO DE MADRES INCUBADORAS EN EL DERECHO
MEXICANO

En un periodo histórico como el actual, cuando el creciente individualismo parece amenazar la familia, minar su tradicional jerarquía y debilitar su efectividad funcional es conveniente entender este proceso de evolución para poder regularlo en función de la conveniencia y necesidades sociales.

Durante mucho tiempo la Ciencia no se atrevió a entrar en los modos de funcionamiento de la institución familiar. Esta, sancionada por la tradición y la religión, portadora y trasmisora de la cultura, tenía que idealizarse forzosamente: cada uno de sus miembros cumplía la función que le atribuía la ideología de las pautas culturales vigentes, puesto que el amor es el imperativo categórico de nuestra cultura, se consideró que el amor es la emoción fundamental que regula las relaciones interpersonales dentro de la familia.

Todo esto no ha cambiado, el fundamento es el mismo pero la forma en la que se nos presenta es diferente, el adelanto científico y tecnológico en el área de la Genética y Reproducción traen consigo cambios y reacciones que el derecho debe advertir y regular.

El contrato de madres incubadoras es una práctica que se ha-

dato en países como Estados Unidos, Canadá, Australia, etc. México todavía no ha sido receptor de tales prácticas y, es por eso - que en esta exposición, y después de haber tenido un panorama más amplio en cuanto a los lineamientos que rigen al contrato en el - Derecho Comparado, trataremos de adecuar en la medida de lo posible algunos principios y conceptos de nuestro Derecho Civil para que en un futuro pueda llegar a contemplarse lo que es el fenómeno de madres incubadoras y su regulación jurídica.

4.1. DEFINICION

El contrato de madres incubadoras es un contrato de muy especial naturaleza, y una vez consumado atribuye a las partes una situación jurídica muy particular, situación que a lo largo de este capítulo expondremos.

Para poder analizar la naturaleza jurídica del contrato debemos partir primeramente de que es un acto jurídico, pues es la manifestación de la voluntad sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas.

Surge por un acuerdo de voluntades entre las partes y con la intención de que dichas consecuencias determinen las obligaciones y derechos que repecruten en la esfera de los contratantes.

El Código Civil en el artículo 1792 nos dice:

Convenio es el acuerdo de dos o más personas-

para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (77).

Y en su artículo 1793 establece que:

Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de -- contratos (78).

De donde resulta que el Contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones. En base a esto podemos decir que el acto jurídico realizado entre -- las partes en un proceso de madres incubadoras constituye un contrato, y lo podemos definir de la siguiente manera: Es un contrato en virtud del cual una mujer llamada madre incubadora acepta -- ser inseminada con el semen del marido cuya esposa es infértil o, no tiene la capacidad para cargar al bebé durante el período de -- gestación. Ella carga al bebé durante nueve meses y después del nacimiento, se tramitará un procedimiento de adopción para entregar al niño con la pareja contratante, cediendo la madre incubado -- ra los derechos parentales que la ligan a la criatura a causa del nacimiento, rompiendo cualquier lazo que pudiese existir. Muchas veces en el contrato pactado se acuerda la entrega de una compen -- sación a la madre incubadora por los servicios prestados.

Las partes en este contrato son:

- a) la madre incubadora
- b) la pareja contratante: padre natural y su esposa;

77 Art. 1792 del Código Civil para el Distrito Federal; Porrúa - México, 1981, p. 325.

78 Ibid., art. 1793.

c) el marido de la madre incubadora.

Tenemos también las figuras del médico y el abogado, que aunque no son partes integrantes directas del contrato, influyen en su consumación.

Ya definido el contrato, tiene una serie de elementos de - - existencia y validez y precisa además de ciertos requisitos para que esté en aptitud de surtir la plenitud de sus efectos jurídicos.

4.2. CLASIFICACION DEL CONTRATO

Para poder entender mejor este contrato tenemos que estudiar su clasificación jurídica tanto doctrinaria como de derecho positivo.

- 1) Es un contrato bilateral, ya que atendiendo al momento en que se forma es un acuerdo de voluntades que dan nacimiento a derechos y obligaciones recíprocos (Art. 1836), tanto la madre incubadora como el padre natural y su esposa se obligan mutuamente y de estas obligaciones emanan derechos recíprocos.
- 2) Es un contrato oneroso porque impone provechos y gravámenes - recíprocos (Art. 1837). En este caso se recibe el provecho - del servicio durante el período de gestación que brinda la madre incubadora y al término de éste la entrega del bebé, asf - en caso de pactarse, la entrega de la compensación estipulada por la prestación de dicho servicio. Existen contratos en -- los que el móvil principal es una razón altruista y por lo --

tanto no existe compensación alguna. En este último caso estaremos frente a un contrato gratuito, sin olvidar que el - - acuerdo de una compensación se da en la mayoría de los casos.

- 3) Dentro de los contratos onerosos podemos decir que éste es un contrato conmutativo porque los provechos y gravámenes son conocidos y ciertos desde la celebración del contrato y su ex-tinción es a la conclusión del mismo (Art. 1838).
- 4) Consideramos a este contrato, como un contrato formal, pero - hasta el momento no lo es porque tal disposición no deriva de ninguna ley existente. - Esta formalidad debe ser un elemento de validez. Este precepto encuentra su fundamento en la afirmación de que la voluntad tanto de la madre incubadora como - el padre natural y su esposa se asienten por escrito. Este - contrato será una guía para las partes en el cual se delinea- rán sus responsabilidades así como la delimitación de linea- mientos legales que regirán al contrato en caso de presentar- se cualquier controversia y por lo tanto cada una de las par- tes sabrá cuando ha incurrido en acciones civiles o crimina- les.

Para que la pareja le pueda exigir a la madre incubadora una conducta determinada, ésta debió haber estado prevista en el contrato y solamente estando escrito el contrato puede llegarse a exigir tal conducta.

- 5) Es un contrato principal porque su validez y cumplimiento - no dependen de la existencia de un contrato anterior, sino -

que puede existir a la vida jurídica por sí mismo.

- 6) Es un contrato de tracto sucesivo, ya que perfeccionado el acto el contrato no concluye, sino que las partes se hacen prestaciones periódicas hasta la extinción del mismo. El padre natural y su esposa están obligados a efectuar en favor de la madre incubadora una serie de erogaciones pactadas durante el período de gestación y hasta el nacimiento del niño, así como el pago de la compensación según se haya pactado.
- 7) Es un contrato "intuitu personae" porque después de una serie de estudios practicados se considera una determinada madre incubadora como la persona apta para someterse a tal contrato y en caso de que dicha persona no sea la contratante el contrato no se firma por las partes. La prestadora del servicio debe ser una persona específica y de no ser ella el contrato no se cumple.
- 8) Después de haber analizado todas las características podemos concluir que éste, es un contrato de prestación de servicios remunerados, cuyo objeto se divide en tres fases:
 - a) que la madre incubadora sea inseminada;
 - b) que cargue en su vientre al producto los nueve meses de gestación; y
 - c) que no presente objeción alguna al momento de nacer el niño - consintiendo de esta manera la adopción del mismo por la esposa del padre natural. Consentimiento que ya había emitido al momento de firmar el contrato.

Estas tres fases constituyen la unidad del objeto, pero sólo la tercera fase estará sujeta a una condición suspensiva, que no se dará si la madre incubadora decide conservar al niño; y por lo tanto el objeto del contrato no culminará porque al fallar la tercera fase de un objeto unitario sujeto a condición suspensiva, -- provoca el incumplimiento del objeto en general. En caso de realizarse dicha condición hará exigible el contrato y lo dará por terminado.

La remuneración que se le entrega a la madre incubadora depende de si es pactada por las partes o no, ya que la finalidad principal es el servicio que presta la madre incubadora a la pareja infértil, de llevar en su vientre al bebé durante el período de gestación. No es, por lo tanto un contrato traslativo de dominio porque la madre incubadora no está vendiendo al bebé ni trasladando la propiedad del mismo a la pareja contratante, simplemente al nacimiento la madre incubadora no presenta objeción en ceder al bebé dando por cumplida la condición suspensiva. No es un contrato en virtud del cual cada una de las partes transmite a la otra la propiedad de una cosa a cambio de otra como sucede en la permuta, mutuo o compra-venta.

En este contrato su objeto es la prestación del servicio en donde su motivo o finalidad primordial es proveer a una pareja infértil de un hijo que por medios naturales no lo pueden tener. Este motivo sólo podrá consumarse si la madre incubadora cede al bebé a su nacimiento y como acto continuo se tramita un procedimiento de adopción.

La adopción es una consecuencia de la tercera fase del objeto del contrato y por lo tanto este contrato de prestación de servicios, como lo mencionamos con anterioridad, estará sujeto a la condición suspensiva de que al nacimiento del niño no exista objección alguna por parte de la madre incubadora, por querer conservar al niño, violando de esta manera el cumplimiento del contrato, ya que el nacimiento marca el límite del contrato y momento en donde la madre natural puede presentar algún impedimento para la correcta consumación del mismo. Consumada la condición suspensiva, o sea, la no objeción por parte de la madre incubadora, se procederá a la adopción del niño para que así forme parte de una familia con un padre y una madre que desean darle lo mejor.

El contrato se perfecciona reuniendo las formalidades requeridas y se da por terminado cuando se cumple el fin, o sea, se cumple la condición de que la madre antes del nacimiento del niño no desee conservarlo, pues al cederlo se retrotraen los efectos al momento de la celebración del contrato en donde la madre incubadora cede sus derechos parentales y renuncia a cualquier lazo que la una al niño, aceptando la adopción por parte de la esposa infértil.

Consideramos el nacimiento como el momento en que se da cumplimiento a la condición suspensiva, porque mientras el bebé está dentro del vientre de la madre natural ella lo siente y la posibilidad de que desee conservarlo es mayor que, al momento del nacimiento, cuando ya no volverá a verlo y no estará en contacto directo con él. De esta manera se evita la formación de lazos afec

tivos, ya que si la madre lo tiene entre sus brazos, lo amamanta etc., hace conciencia de la existencia del niño, pero si no hace conciencia del mismo por medio de la realidad poco a poco esos lazos formados en el vientre se guardan en el recuerdo sin trascendencia alguna.

Si no se cumple con la condición suspensiva y no se procede a la adopción ya que la madre incubadora desea conservar al niño, las obligaciones emanadas del contrato y los derechos respectivos en cuanto a la prestación del servicio, sí se dieron porque la madre incubadora permitió ser inseminada, se erogaron gastos a favor y a la vez hubo hechos que ella permitió se realicen en su persona para que el bebé se conservara, pero no se cumplió la tercera fase del objeto, o sea, cumplimiento de la condición y por lo tanto consumación de la adopción. Al no cumplirse el objeto no se cumple el contrato, pero si se dieron consecuencias de derecho no derivadas del contrato; el contrato si existió y creó situaciones para las partes no derivadas del mismo.

Dentro de la clasificación doctrinaria podemos decir que ésta es la condición potestativa pues su cumplimiento depende de la voluntad de una de las partes, pero no exclusivamente de ella, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1944 del Código Civil que a la letra dice:

Cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula (79).

Aquí la condición no depende exclusivamente de la voluntad - del deudor (madre incubadora), sino que existe una activa participación de la pareja y psicólogos asesores para evitar que de alguna manera la madre natural forme lazos afectivos con la criatura - y esto la orille a no querer ceder al bebé a la pareja contratante.

En cuanto al proceso de adopción y la calidad de este neonato, podemos decir, que si se da el proceso de adopción el hijo será adoptivo para la mamá y natural para el papá, si no hay adopción por el arrepentimiento de la madre incubadora y su deseo de conservar al niño, el niño será legítimo, porque es hijo nacido - dentro del matrimonio, como lo confirma el Código Civil en su capítulo respectivo, hasta que el padre natural impugne la paternidad, entonces el hijo se convierte en hijo ilegítimo, siempre y cuando el esposo de la madre natural niegue cualquier lazo que lo vincule a él y se compruebe la paternidad del padre natural. Si el marido de la madre incubadora adopta al niño, éste para él será hijo adoptivo y la madre incubadora será la madre natural.

No podemos negar que esta calidad afectará de alguna manera al niño cuando esté en posibilidades de entender el origen de su concepción, el porqué su madre gestadora ya no lo es o porqué en su caso no lo cedió y su padre en realidad es su padre adoptivo.- En el futuro, si no existe una explicación que llene las dudas del hijo, tendrá problemas de identidad y posiblemente de rechazo por parte de la sociedad. Por eso la mejor manera de evitar todo este tipo de consecuencias es sometiéndose las partes al compromiso

contraído y cumpliendo con las obligaciones que de dicho compromiso emanen, siempre teniendo como principal objetivo el bienestar- y mejor interés del niño.

Confirmando una de las clasificaciones mencionadas por Rafael Villegas podemos decir que es un contrato con una naturaleza jurídico-económica porque contamos con la utilización de la presta- -ción de un servicio y que implica una remuneración, siendo la fi- nalidad jurídica los derechos que emanan para cada una de las partes a causa del nacimiento del niño (derechos que ligan a la ma--dre incubadora, y que cederá, y al padre natural) (79).

4.3. ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Para que nazca y exista el contrato a la vida jurídica se --precisan dos elementos:

- a) Consentimiento o acuerdo de voluntades; y
- b) Objeto.

A) CONSENTIMIENTO

El consentimiento es un elemento muy importante en este con- trato. La madre incubadora debe emitir su consentimiento por es- crito, expresando que acepta:

- 1) someterse al procedimiento de inseminación artificial;

79 Cfr. RAFAEL ROJINA VILLEGAS: Compendio de Derecho Civil-Con-tratos; T. IV. 14a. ed., Porrúa, México, 1982. p. 18.

- 2) respetar todas y cada una de las restricciones médicas;
- 3) respetar todas las estipulaciones pactadas en el contrato;
- 4) ceder los derechos parentales; y
- 5) entregar al bebé al nacimiento y no reclamar derechos posteriores.

Es necesario a su vez el consentimiento del marido de la madre incubadora aprobando el ingreso de su esposa al programa, asumiendo como ya indicamos en el capítulo anterior todas las consecuencias que este consentimiento implica y aceptando no reclamar la paternidad del niño nacido en función al principio de que hijo nacido dentro del matrimonio es hijo del matrimonio. Esto con el fin de que el padre natural pueda reclamar la paternidad del niño y más tarde su esposa poder adoptarlo.

Deberá presentarse por escrito el consentimiento de la pareja solicitante del servicio, aceptando el padre natural:

- 1) someterse a un proceso de inseminación artificial;
- 2) una vez nacido el bebé reclamar la paternidad del niño;
- 3) cumplir con todas las estipulaciones aprobadas por las partes en el contrato.

La esposa del padre natural se comprometerá a adoptar al niño y tratarlo como si fuera suyo siempre.

Estos consentimientos se basan en el acuerdo de las partes de someterse al contrato, pero no debemos olvidar al médico y al abogado o asesor legal que de no desempeñar con honestidad sus funciones podrían, por negligencia o mala fe, ser acreedores de -

responsabilidades. Las partes pueden exigir que tanto el médico como el abogado otorguen su consentimiento por escrito afirmando haber asesorado y prevenido a las partes sobre todos los riesgos e implicaciones que la práctica de este contrato conlleva, y que de no ser así, serían acreedores de responsabilidades, según sea el caso.

Entendiendo este último consentimiento como una derivación - del acuerdo de voluntades principal, que es el de las partes para someterse al contrato.

Se necesita que las voluntades exteriorizadas sean: reales, serias y que tengan un contenido determinado (81).

Las partes tienen completa libertad de aceptar cualquier disposición siempre y cuando sean lícitas, esto es, no contravengan el orden y la política pública, no contravengan la ley ni las buenas costumbres y siempre estén encaminadas para satisfacer el mejor interés del niño.

B) OBJETO

El objeto de este contrato consiste en la prestación de servicios que brinda la madre incubadora a la pareja solicitante. Este objeto que se forma por obligaciones de hacer está dividido en tres fases:

- a) someterse la madre incubadora al proceso de inseminación artificial;

81 Cfr. RAMON SANCHEZ MEDAL: De los Contratos Civiles; 6a. ed., - Porrúa, México, 1982, p. 14.

- b) cargar al concebido en su vientre los nueve meses del período de gestación hasta el nacimiento del mismo; y
- c) no reclamar al momento del nacimiento o antes el deseo de conservar al bebé.

Esta tercera fase está sujeta a la condición suspensiva de - que la madre incubadora al momento del nacimiento o antes no manifieste su deseo de conservar al niño, y así no contravenir lo pactado en el contrato, porque de no darse la condición suspensiva, - no se daría cumplimiento a su objetivo.

Esta prestación de servicios debe llenar los requisitos que - a la letra nos menciona el artículo 1827 del Código Civil:

El hecho positivo o negativo objeto del con--
trato, debe ser:
I. Posible;
II. Lícito (82).

El hecho debe ser física y jurídicamente posible y esto sucede cuando va de acuerdo a las leyes de la naturaleza y las leyes ju-
rídicas de orden público, precepto que confirma el Art. 1828. La
realización de este contrato no es físicamente imposible ya que -
la madre incubadora está prestando un servicio que le es posible-
y cuya finalidad es producir vida y darle a una pareja infértil -
la posibilidad de tener un hijo que tenga por lo menos con uno -
de los cónyuges un nexo consanguíneo, sin afectar en ningún senti-
do a la persona prestamista del servicio.

En cuanto a la posibilidad jurídica que también menciona el-

82 C.C.D.F., Art. 1827, p. 330.

Art. 1828; no existe tal norma jurídica que prohíba la realización del contrato. Fundamentándose en el principio general de -- que "Lo que no está prohibido está permitido", concluimos que es válido ya que dicho principio se desprende de nuestro sistema jurídico, es decir, no es un principio creado arbitrariamente por -- la voluntad humana, sino que el legislador nos está autorizando para poder actuar lícitamente en todo aquello que no prohíbe o -- que no ordena. Este contrato se mueve dentro del ámbito de lo -- potestativo lícito que le ha dejado el legislador, pero que la -- ley puede dado el caso restringir o aumentar dicho ámbito (83).

En cuanto a la licitud del objeto del contrato, la analizaremos dentro de los elementos de validez del contrato.

4.4. ELEMENTOS DE VALIDEZ

El Art. 1795 nos dice los siguiente:

- El contrato puede ser inválido:
- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
 - II. Por vicios del consentimiento;
 - III. Porque su objeto, o su motivo o fin, -- sea ilícito;
 - IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece (84).

Una vez enunciados los elementos de validez, analizaremos ca da uno en función del contrato de madres incubadoras.

83 Cfr. RAFAEL ROJINA VILLEGAS: Derecho Civil Mexicano-Obligaciones; T.V., Vol. I, 4a. ed., Porrúa, México, 1981, p. 124.

84 C.C.D.F., Art. 1795, p. 325.

I. CAPACIDAD

La madre incubadora debe tener una capacidad de goce y de ejercicio. No estar en ninguno de los supuestos de incapacidad mencionados por la ley en su artículo 450 del Código Civil. Por tratarse de un contrato "sui generis" no sólo es necesaria la capacidad que se exige para un desarrollo sexual adecuado de las personas como sería la pubertad, sino una madurez física y mental y una especial preparación psicológica para poder someterse a este procedimiento. Esta madurez y preparación serían determinadas por los médicos y psicólogos encargados de la selección de madres incubadoras, fundamentándose en los estudios que se exigen como requisito importante para el ingreso al programa.

Consideramos que siendo un contrato de especial naturaleza debería tener una capacidad especial. Proponemos que sea necesario que la madre incubadora debe ser una mujer casada y que por lo menos haya tenido un hijo. Estas limitaciones encuentran su fundamento en el aseguramiento y bienestar del niño en un futuro, ya que en el primer caso si la madre incubadora no estuviese casada y viviese en unión libre o concubinato, si ella decidiese conservar al bebé al término del embarazo, no tendríamos ninguna certeza de que un futuro no se disuelva tal unión y la pregunta sería: ¿qué seguridad tendría el niño?, porque de haber existido un lazo matrimonial de por medio que uniese a la pareja, al disolverse, la madre podría exigir legalmente a su marido responsabilidades y obligaciones para la manutención del niño, asegurando la madre de esta manera la educación y próspero desarrollo de su hijo.

En cuanto a la segunda limitación no consideramos conveniente que una madre soltera se someta a este programa ya que la estabilidad, ejemplo y educación que le podría dar una pareja unida - en matrimonio a un niño sería diferente al que le daría una madre, que aparte de educarlo debe soportar por si sola la carga de trabajar para mantenerlo; no olvidando que la imagen de un padre en la infancia de un niño es importante para el desarrollo de su personalidad. La necesidad de que haya tenido un hijo anteriormente la consideramos para contrarrestar de cierta manera los sentimientos de maternidad que experimenta una madre primeriza y que pueden ser la causa del arrepentimiento de la madre incubadora y por lo tanto ocasionar el no cumplimiento del contrato.

No deberá ser menor de 18 años ni mayor de 35, esto último - debido a las múltiples consecuencias que se pueden presentar en - el embarazo de una mujer de edad avanzada.

El padre natural deberá tener capacidad de goce y de ejercicio. Deberá tener la aprobación de los médicos basada en los exámenes practicados, para evitar que a través de su semen sea transmisor de alguna enfermedad o deficiencia a la criatura. Deberá - estar casado con una mujer infértil o que no tenga la capacidad - de cargar en su vientre al bebé. De no darse esta condición el - semetimiento a este tipo de programas por la pareja no tendría razón de ser.

La esposa del padre natural deberá tener una capacidad de goce y de ejercicio, ser una mujer casada con el donador del semen - y ser infértil, incapacitada para concebir o cargar al bebé o - -

transmisora de un mal a través de sus genes. Esta última característica nos ayudará a diferenciar en estos casos el móvil de la pareja para solicitar los servicios de una madre incubadora, pudiendo ser necesidad o conveniencia. Para efectos de este estudio el único móvil importante es la necesidad de la pareja.

II. FORMA

La única formalidad que exige este contrato es que conste por escrito, circunstancia que ya explicamos en incisos anteriores.

III. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

El error, dolo, violencia y la lesión son muy difíciles que se den en este tipo de contratos, porque es obligatorio para las partes someterse a una serie de estudios médicos y psicológicos que determinarán la disponibilidad y posibilidad de participación en tal programa. Además las partes cuentan con una asesoría médica y legal que de alguna manera evitaría se de algún tipo de vicio. Si alguno de los asesores es participe en la consumación de algún vicio de la voluntad, incurriría en responsabilidades como profesionalista y esto es algo que no sería conveniente.

IV. LICITUD

Dentro de este inciso, debemos entender a la licitud desde -

dos puntos de vista:

- a) objeto lícito;
- b) fin o motivo lícito.

Nuestro Derecho Positivo (Código Civil) entiende la licitud como todo aquello que va conforme a las leyes de orden público y las buenas costumbres.

El contrato de madres incubadoras da libertad a las partes - para pactar las cláusulas que les convengan con la única limitante de no contravenir las disposiciones de orden público y las buenas costumbres. Las disposiciones de orden público siempre estarán fundamentadas en la protección y mejor interés del niño, así como proteger y velar por la conservación de la unidad familiar.

El Lic. Ramón Sánchez Medal define a las buenas costumbres - como:

las directivas y los conceptos morales en que se inspira nuestro actual derecho positivo y que coinciden con el sentir del común de las personas equilibradas, intelectual y emocionalmente maduras y de criterio sereno, (85).

El Lic. Ernesto Gutiérrez y González nos dice que las buenas costumbres son:

El conjunto de hábitos prácticos e inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar o momento determinado y a las cuales deberán atender el juzgador para sancionar o no el acto (86).

85 R.S. MEDAL: op. cit., p. 27.

86 ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ: Derecho de las Obligaciones; 5a. ed., Editorial Cajica S.A., México, 1981, p. 266.

Este contrato no va en contra de las buenas costumbres, ya que éstas son consecuencias cambiantes de época a época y de pueblo en pueblo, así como lo es el Derecho en función de los cambios tecnológicos y necesidades sociales; y con un amplio entendimiento del contrato, sus fines y consecuencias, podemos concluir que el beneficio de las partes es el principal móvil de dicho acto jurídico.

El objeto no es ilícito porque toda mujer tiene el derecho de desarrollar su maternidad, y en estas prácticas consideramos que la madre incubadora no está vendiendo su cuerpo, ni perdiendo su dignidad o amor propio, no va en contra de los preceptos que siempre han rodeado a lo que significa la concepción de un niño ya que como lo comprobamos no se está traficando ni comercializando con vida humana ni se está haciendo forzosa una situación a la que las partes se someten exclusivamente en forma voluntaria, sin perjuicio de la sociedad en general.

El motivo o fin de este contrato, es lícito, ya que el motivo principal es proveer a una mujer infértil de un hijo que será parte de la formación de un hogar óptimo para su mejor desarrollo, y que esto dará cumplimiento a uno de los principales fines del matrimonio: la procreación. Esto último reafirma la postura definida de que dicho contrato no va en contra de las buenas costumbres y confirma el precepto y valor perseguido por generaciones, es decir, crear matrimonio que produzcan descendencia y ésta sea el orgullo de un hogar feliz creando hombres útiles para la sociedad.

4.5. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Las partes son libres para crear derechos y obligaciones - siempre y cuando procedan lícitamente y además se propongan un objeto posible, es decir, el principio de la posibilidad y de la licitud son las únicas limitantes a la autonomía de la voluntad de los contratantes, respetando estas dos limitantes las partes pueden crear toda clase de derechos y obligaciones (87).

El mejor interés del niño, su bienestar, su seguridad física y económica y su sano desarrollo en la vida diaria constituyen el elemento primordial, determinante del orden público y principal-limitante de la autonomía de la voluntad de los contratantes, y es aquí donde radica la intervención del Estado en caso de no respetar dichos lineamientos, porque la seguridad social es una necesidad en presencia de la imposibilidad en que se encuentra la familia moderna de poder garantizar la seguridad de sus miembros, pero debe ser siempre un auxiliar de la familia; debe respetar -- los principios fundamentales. La función de la seguridad social, lo mismo que la del Estado, no es sustituir a la familia, sino -- ayudarla a cumplir su misión.

4.6. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Las obligaciones de las partes respectivamente coinciden con

87 Cfr. R. ROJINA VILLEGAS: Derecho Civil..., p. 187.

las obligaciones mencionadas en el capítulo anterior. Para no caer en repeticiones, bastará consultar lo expuesto en el capítulo referente al contrato de madres incubadoras.

4.7. CONSECUENCIAS DEL CONTRATO

4.7.1. FILIACION

El segundo dato biológico que configura el Derecho de Familia es la procreación. La regulación de este fenómeno natural lo establece el Derecho a través de la institución llamada "Filiación".

Podemos definir a la Filiación como:

La relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre - hijo o hija (88).

La norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación (filiación consanguínea) para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores, por una parte; y el hijo, por la otra. De aquel hecho biológico se desprende un complejo de deberes y obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las partes de dicha relación.

En la filiación encontramos una situación permanente que regula el derecho y que se origina no sólo por virtud de la procreación sino que supone otros elementos. Una vez conocida la filia-

88 SARA MONETERO DUHALT: Derecho de Familia; 2a. ed., Porrúa, México, 1985, p. 266.

ción de una persona, ésta tiene derecho a exigir:

- nombre de su progenitor;
- alimentos;
- está facultado para disfrutar de los derechos derivados de la patria potestad; y
- es llamado a la sucesión hereditaria de sus progenitores.

Trasladando estos conceptos a nuestro contrato, veremos que es muy importante distinguir, investigar y definir la maternidad y paternidad respectivamente.

El concepto amplio de filiación toma los conceptos específicos de maternidad y paternidad en razón de la persona a quien se refiere en un determinado momento esta relación. Así se llama maternidad a la relación que tiene la madre tanto biológica como legal con respecto a sus hijos; y se llama paternidad a la relación del padre tanto biológica como legal que tiene con respecto a sus hijos.

La maternidad es un hecho indubitable derivado de los datos comprobables del embarazo y - del parto, se da la misma dentro o fuera del matrimonio... (89).

La paternidad es siempre una presunción jurídica *Juris tantum*, admite prueba en contrario. Surge con certeza relativa dentro del matrimonio. *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre. La paternidad habida fuera del matrimonio es incierta por principio y sólo puede establecerse por reconocimiento vo--

luntario por parte del padre o por sentencia-
que así lo declare en un juicio de investiga-
ción de la paternidad (90).

En cuanto al principio de que el hijo de mujer casada es hi-
jo del marido de su madre; éste es un principio que tenemos que -
modificar porque en el caso de madres incubadoras el marido de és
ta acepta que su esposa ingrese al programa, pero desconoce todo-
nexo que lo ligue con el concebido, ya que él no es el padre natu-
ral y tampoco estará en posibilidad de reclamar la paternidad del
niño como parte de lo pactado en el contrato.

En este caso la maternidad es un hecho evidente y comproba-
ble, la filiación entre madre e hijo resulta del sólo hecho del -
nacimiento, ya que dicho lazo se crea por razones biológicas, mig-
mas que recoge el Derecho para establecer entre ambos las conse-
cuencias jurídicas, principio que en nuestro caso no será aplica-
ble ya que la madre incubadora cederá sus derechos parentales a -
la madre adoptiva y el lazo de filiación se formará entre el hijo
y la madre adoptiva extinguiendo totalmenté derechos y obligacio-
nes que puedan haberse emanado de la filiación habida con la ma-
dre incubadora.

Esto no sucede con respecto al padre natural. Este para pro-
ducir consecuencias jurídicas en base a la paternidad y filiación
necesita el reconocimiento voluntario que en este caso el progeni-
tor hará de su hijo, comprobar la paternidad y/o en su caso en --
una sentencia que impute la paternidad ha determinado varón, como

90 Ibid., p. 267.

lo menciona el Derecho Mexicano.

El contrato de madres incubadoras presenta la problemática de que tanto el concepto de madre como los principios que rigen a la paternidad no pueden ser aplicados en este caso concreto. Por lo tanto para una mejor comprensión proponemos se diferencie entre madre natural y madre legal. La madre natural o biológica será la que lleve en su vientre los nueve meses de duración del período de gestación y la madre legal será la que posteriormente -- adopte al bebé y se ostente como tal en el acta de nacimiento.

La madre incubadora al contratar cede y renuncia a todos los derechos que la unirán con el bebé una vez nacido, por lo tanto -- ella no podrá aparecer como "madre" del niño en el acta de nacimiento, y la madre adoptiva, que no es la gestora del niño, pero que dedicará toda su vida a él, lo tratará como suyo, hará lo mejor para conseguir su sano desarrollo y su bienestar, para efectos legales será considerada como la única madre de la criatura.

A la madre biológica no se le puede negar totalmente, ya que en caso de presentarse alguna enfermedad en el niño y necesitarse para analizar sus antecedentes los expedientes de los progenitores, se debe contar con la información para beneficio de la criatura.

Por lo tanto sugerimos que exista una acta especial anexa a la de nacimiento en donde se asiente el procedimiento artificial -- por medio del cual fué concebido el niño y que solamente sea pública su existencia en caso de necesitarse los expedientes que -- quedarán bajo custodia de la autoridad correspondiente y sólo se divulgará de ellos bajo la mayor discrecionalidad y mediante orden --

judicial. De esta manera estaremos protegiendo el mejor interés del niño y evitando que de haberse asentado en el acta de nacimiento que fué hijo de una madre incubadora le pudiese provocar un trauma psicológico, una incertidumbre existencial o una falta de identidad; así también se deja a la discrecionalidad de los padres el decirles a la mayoría de edad, el origen de su concepción.

El padre natural, siempre se presentará como tal, previo cumplimiento de los requisitos de pruebas de paternidad y aceptación de la madre incubadora, y así será registrado en el acta de nacimiento, negando de esta manera todo nexo y derecho del esposo de la madre incubadora que pueda tener con el concebido.

Una vez analizados estos puntos podemos proponer que para efectos del contrato de madres incubadoras como para cualquier método de concepción artificial, se diferencie entre filiación legal y filiación biológica, ya que en última instancia para efectos jurídicos y frente a la sociedad el padre natural y su esposa son los verdaderos padres del bebé.

4.7.2. PATRIA POTESTAD

La patria potestad y los principios que la regulan necesitan someterse a ciertas consideraciones y cambios para poder ser compatibles con las disposiciones y lineamientos del contrato de madres incubadoras.

Se define a la patria potestad como:

Es la institución derivada de la filiación - que consiste en el conjunto de facultades y - obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad (91).

El cuidado y protección de los menores, que corresponde desempeñar de manera original y por decirlo así, natural, al padre y a la madre, atribuye un complejo de facultades y derechos a los progenitores para que en el ejercicio de esa autoridad puedan cumplir esa función ético-social que actualmente es la razón que funda la autoridad paterna.

En este sentido el concepto de patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. Esta autoridad es propiamente una función inherente a la paternidad y a la maternidad (92).

Para el logro de las finalidades propuestas, existe evidentemente el interés de los padres que debe coincidir con el interés general del grupo social.

En la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de Derecho Privado, se ejerce en función del interés público. Siendo ésta una característica de la patria potestad, también es irrenunciable, imprescriptible, temporal y -exclusable.

91 Ibid., p. 339.

92 Cfr. IGNACIO GALINDO GARFIAS: Derecho Civil; 7a., ed., Porrúa, México, 1985, p. 668.

Dos de estas características son las que trataremos:

- a) es un cargo de interés público; y
- b) es irrenunciable.

El Art. 448 del Código Civil nos dice lo siguiente:

La patria potestad no es renunciable; ... (93).

El Art. 6 del Código Civil nos dice:

...Sólo pueden renunciarse los derechos
privados que no afecten directamente al
interés público... (94)

La patria potestad es un cargo de interés público y nuestro Código señala que en caso de adopción la patria potestad es renun-
ciable, por lo que sugerimos que en caso de legislarse este con-
trato debe hacerse la mención de que en el caso de madres incuba-
doras la patria potestad es renunciable ya que la madre incubado-
ra cede sus derechos parentales renunciando a cualquier nexo que-
la una con el bebé.

Consideramos que es de interés público el mejor interés del-
niño y por lo tanto es para su conveniencia y beneficio el que la
madre incubadora pueda renunciar a la patria potestad que le co-
rresponde para ser transferida a la madre adoptante y así junto -
con el padre natural constituir una verdadera familia, desempeñan-
do en su caso cada quién la función que le corresponde.

93 C.C.D.F., Art. 448, p. 128

94 Ibid., Art. 6, p. 42.

La madre incubadora y el padre natural no están unidos en matrimonio pero a cada uno en su función de progenitores les es implícita la patria potestad, y en caso de que la madre incubadora se arrepienta y no quiera ceder al niño al nacimiento de éste, el padre natural estará en todo su derecho de pelear la patria potestad del niño.

Todo lo anterior lo podemos fundamentar en la siguiente afirmación: la patria potestad tiene un contenido natural (la procreación), y a veces afectivo (la adopción), de carácter ético (el deber de mirar por el interés de los hijos) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad).

4.7.3. ADOPCION

La adopción es la relación jurídica de filiación creada por el derecho entre dos personas que no son biológicamente ni por afinidad, -- progenitor (padre o madre) e hijo (95).

Su fundamento estriba en los fines que persigue la adopción, fines que han sido cambiantes en el transcurso de la historia pero que siempre han estado impregnados de un profundo sentido ético. Para efectos de este contrato la adopción ha sido instituida para dar satisfacción a los anhelos paternos de las personas a quienes les ha sido negada por la naturaleza la propia descendencia.

Es el proceso por el cual la esposa del padre natural establecerá un nexo con el niño traído al mundo por la madre incubadora, dándole a ésta el carácter de madre legal del niño.

El Art. 403 del Código Civil nos dice lo siguiente:

Los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, no se extinguen por la a
dopción, excepto la patria potestad que será
transferida al adoptante...(96).

Consideramos deberfa agregarse una cláusula en donde se estableciera que para el caso de un contrato de madres incubadoras lo dispuesto en el artículo antes mencionado no proceda, ya que la madre incubadora al contratar la prestación de sus servicios, lo hace con la intención de dar la posibilidad a una pareja infértil de tener un hijo y, no con el propósito de tener ella - - otro hijo que más tarde dará en adopción y del cual no perderá - sus derechos y obligaciones. La madre incubadora al momento de contratar y renunciar a sus derechos parentales renuncia a todo nexo que la une al bebé y por lo tanto a todo derecho y obligación implícito en tal relación. Bajo esta condición, el padre natural reclama la paternidad del niño y su esposa lo adopta registrándolo como propio, porque éste es el motivo principal del contrato. Por lo tanto, en este caso, proponemos que los derechos y obligaciones que resulten de un parentesco consanguíneo y natural, según sea el caso, se extingan con la adopción. La - - adopción tiene un carácter constitutivo, ya que hace surgir la -

filiación entre adoptante y adoptado y da lugar a la patria potestad entre los mismos como derivación del lazo de filiación. - Los requisitos del adoptado como del adoptante son aplicables en este contrato, según señala el Art. 390 del Código Civil para el Distrito Federal.

Este tipo de nexo filial ocasionado como resultado de un -- contrato de madres incubadoras, no debe ser revocable, ya que de no haber deseado al bebé en primera instancia no hubiese la pareja contratante consentido en su concepción.

Por la especialidad de este contrato y de las consecuencias que produce, nos atrevemos a sugerir que la adopción resultante de un procedimiento con madres incubadoras debería asimilarse a una "adopción plena", como la llaman varios autores, ya que no sería justo que el niño sólo tuviese un nexo con los adoptantes, porque a pesar de todo, su padre es el padre natural y el motivo de su concepción es poderle dar un hijo a una pareja infértil, - un hijo que por lo menos por un lado tuviese un nexo consanguíneo, y que sería siempre tratado como propio. Aquí la madre legal que padece la esterilidad, sería también discriminada al no concederle la ley derecho a establecer un parentesco completo -- con todos los miembros colaterales.

De considerarse una adopción plena, ésta sería irrevocable; el adoptado estará totalmente desconectado de su madre natural o de su familia de origen; estará como hijo de matrimonio de la pareja o como hijo consanguíneo de la persona adoptante; en el acta de nacimiento se borraría toda huella de origen del adoptado -

(a excepción del escrito anexo, con anterioridad mencionado, que expresa el método por el cual fue concebido el niño y que sólo servirá para efectos médicos y cuestiones de suma importancia para el bienestar del niño, previa consideración de una autoridad competente); y adquirirá lazos de parentesco con todos los parientes del adoptante como acontece en la filiación consanguínea (97).

El momento de culminación en el contrato de madres incubadoras es al nacimiento del niño, es aquí donde la cesión de derechos surte sus efectos porque entre más rápido se coloque al bebé una vez nacido es mejor, por lo que se refiere a la identificación maternal y consecuencias psicológicas que se desarrollan en el neonato. Si consideramos como punto de consumación, el momento en que se aprueba la adopción, el cambio de identidades maternales sería importante, dando de esta manera oportunidad a la madre incubadora de que establezca lazos afectivos con el niño, cosa que se trata de evitar, por salud mental de la progenitora y conveniencia de las partes, porque es aquí donde la madre incubadora podría arrepentirse y no ceder al niño. Si la madre incubadora se arrepiente, el padre natural sólo podrá pelear la patria potestad, la custodia o los derechos de visita que le corresponden.

En caso de que la pareja contratante al nacer el bebé no lo desee, la madre podrá demandar del padre natural los gastos de -

97 Cfr. SARA MONTERO DUHALT: op. cit., p. 335.

alimentos, según lo confirma el Art. 303 del C.C.D.F., y en caso de que nadie lo quiera al bebé se dará en adopción, quedando de esta manera bajo la protección del Estado, asumiendo cualquier gasto hasta el momento de la adopción, la pareja contratante entre otras consecuencias legales (ya analizadas en el capítulo anterior).

Ser protagonista de una concepción por medio de una madre incubadora es difícil y conlleva muchas consecuencias negativas, es por eso que entre menos diferencias se hagan con respecto al trato del producto de tal concepción y principalmente al trato legal y social será mejor para el bienestar e interés del niño, metas que persigue la pareja como el Estado, porque ante todo se persigue incorporar al niño como un auténtico hijo de matrimonio, ya que la vida jurídica de un país debe responder con eficacia a los requerimientos de la vida social a la cual regula y, aún más, debe adelantarse a los mismos y crear las condiciones de idealidad en el sentido más justo y pleno para el mayor número de personas y su mejor desarrollo para así en un futuro contar con hombres útiles a la sociedad.

CONCLUSIONES

1. Vivimos en una época influenciada por intensos cambios tecnológicos que han tenido un fuerte impacto en la Genética y la Reproducción Experimental. Estos cambios se reflejan en el campo del Derecho y éste deberá regular aquellas prácticas que afecten al hombre como individuo, a la unidad familiar y su conservación, y a la sociedad en general como grupo social, para el pacífico y mejor desarrollo de las relaciones humanas.
2. Específicamente nos referimos a los métodos de concepción artificial, en donde la infertilidad encuentra su posible solución, siendo uno de los fines de la práctica de dichos métodos, consumir una de las metas de la institución del matrimonio: la procreación de hijos y la formación de una familia.
3. La inseminación artificial fué el primer método de concepción artificial practicado con resultados positivos en un pasado, aunque el reflejo de dichas prácticas sea actual, novedosa y escalofriante. Este método es el paso previo y necesario para poder consumir un contrato de madres incubadoras.
4. La familia es la célula de nuestra sociedad y no evoluciona únicamente desde el punto de vista de sus proyecciones económicas como base primera de la producción, ni de sus proyecciones políticas, sociales o religiosas; sino que todas estas prácticas implican un cambio fundamentalmente en su organización interna y en el carácter de sus relaciones que mantenían los --

miembros entre sí. Estos métodos pueden llegar a dar como resultado que un niño tenga dos padres y tres madres a la vez: la donadora del óvulo, el donador del semen, la mujer que provee de un útero al bebé durante el período de gestación y los padres que crían al niño.

5. Existen distintos métodos de concepción artificial practicados con resultados sobresalientes en la actualidad: fertilización "In Vitro", inseminación artificial, madres incubadoras, donación de óvulo, embrionación artificial y adopción de embrión. Todos ellos responden a las necesidades de los distintos miembros que componen nuestra sociedad.
6. Estos adelantos parecen ser una amenaza y manipulación disfrazados para la sociedad, ya que siempre los adelantos tecnológicos han causado shock, pero por otro lado existen procedimientos y adelantos que permitieron a niños vivir en vez de morir y que también por su novedad fueron rechazados por la sociedad. Antes del desarrollo de la leche pasteurizada y las fórmulas que sustituyen a la leche materna, los hijos nacidos de mujeres que no podían producir leche morían. Caso similar ocurre antes del desarrollo y aceptación de la cirugía de cesárea, cuando una mujer tenía una pelvis muy estrecha, funcionalmente se les consideraba infértiles. Sólo a la llegada de las incubadoras, mujeres que sólo tenían bebés prematuros, nunca podían convertirse en madres biológicas porque después de un período de tiempo el bebé fallecía.

Estos adelantos posiblemente son sustitutos de ciertos aspectos

característicos de la maternidad pero proveen felicidad a familias desesperadas por tener hijos y que no tienen la capacidad, como sucede en la práctica de los métodos de concepción artificial.

7. Nos oponemos en la práctica de los métodos señalados a lo largo de la tesis y, principalmente en el de madres incubadoras, a la experimentación de fetos y desperdicio a causa de tales investigaciones, de vida humana, ya que la procreación dentro de una vida matrimonial es fundamental para la expansión y supervivencia de la raza humana, siendo la vida el valor primordial.
8. Un hijo nacido bajo un método de inseminación artificial y posteriormente en un método de madres incubadoras debe ser considerado legítimo, en base a una legislación adecuada y que favorezca como fin principal el mejor interés y bienestar del niño, -- porque de no ser así sería perjudicial para la estabilidad de la criatura y por ende del núcleo familiar.
9. El método de madres incubadoras es una posible solución al problema de la infertilidad en mujeres, siempre y cuando no se mate sin razón vida humana y bajo la estricta vigilancia de un ordenamiento legal adecuado, apoyamos la práctica de dicho método.
10. La obligatoriedad del contrato antes de que la madre incubadora se embarace es dudosa ya que no convendría que ella llevase en su vientre un bebé que ella misma no desea, porque los cuidados a su persona y al concebido serían nulos y esto deterioraría el fundamento regulador de tal contrato: siempre ver por el bienestar y seguridad así como mejor interés del niño.

11. Reprobamos la consideración de que la remuneración o compensación hecha a la madre incubadora por los servicios prestados se asemeje al pago de una cuota con el fin de una venta de bebés, ya que el objeto de este contrato es la prestación de un servicio personal y no una compra-venta de un bebé.

No tenemos un embarazo involuntario y por lo tanto el deseo de la madre incubadora de someterse al programa es libre y voluntario sin que la entrega del niño represente una actuación forzada. Por eso sujetamos nuestro contrato a que el acto jurídico basado en la entrega del niño esté sujeto a una condición suspensiva. A una madre no se le puede obligar a que entregue a su hijo, afirmaciones demostradas en los capítulos correspondientes.

12. Estructuramos este contrato con un objeto compuesto de tres fases, cada una de ellas no menos importante, pero enfatizamos que la que reviste la mayor trascendencia tanto moral como jurídica es la tercera fase, la no objeción por parte de la madre incubadora al momento del nacimiento del niño, de continuar con lo pactado y proceder a la adopción. Esta fase la sujetamos a una condición suspensiva porque puede darse el caso de que la madre incubadora desee conservar al bebé. En este caso se desata una batalla legal entre el padre natural y la madre incubadora, pero definitivamente vamos en contra de la obligatoriedad de cumplir el contrato y despojar a una madre de un hijo que ella desea, no obstante, no debemos olvidar que el ingreso a este programa fué voluntario y la madre-

incubadora, como persona adulta, madura y conciente de las im
plicaciones que ésto conlleva debió haber previsto todas y ca
da una de las consecuencias.

13. Es fundamental legislar este tipo de prácticas y principalmen
te el contrato de madres incubadoras basándonos en la necesi-
dad y motivos que orillaron a las partes a contratar y el im-
pacto y reacción social que pueda llegar a tener éste proce--
der. Debemos analizar los roles que tienen en la actualidad--
cada uno de los integrantes de la familia principalmente el -
papel de la mujer y su desenvolvimiento en la actualidad.
14. Como lo hemos demostrado en el capítulo inmediato anterior el
contrato de madres incubadoras puede llegar a ser integrado -
al Derecho Mexicano considerando, aparte de todas aquellas -
afirmaciones que citamos en dicho capítulo y que hacemos par-
te de esta conclusión, los siguientes supuestos:
 - Debe velarse siempre por el cumplimiento de su fin: entre--
gar un niño a una pareja infértil.
 - Las cláusulas pactadas por las partes no deben contravenir--
disposiciones de orden público y nunca deben perjudicar a -
terceros.
 - El bienestar, seguridad y mejor interés del niño deben ser--
siempre el móvil y fundamento de una legislación adecuada.
 - Las partes contratantes deben tener la suficiente madurez y
deben tomar conciencia del compromiso contraído.
 - Por ningún motivo se debe disponer de la vida humana por --

capricho, ya que ésta es el valor supremo a tutelar.

15. Cualquier punto relacionado con la procreación dentro de un núcleo familiar, mientras no lesione a terceros, a las partes ni al interés público velado por el Estado, debe quedar a total y plena discreción de la pareja, por ser parte de una vida íntima y un derecho de privacidad que corresponde a todo individuo, en este caso concreto a aquellos que están unidos en matrimonio, porque reprobamos la práctica del contrato de madres incubadoras en aquellos que no han contraído dicho compromiso.
16. Para la práctica de este contrato se necesita pleno conocimiento del mismo y responsabilidad para soportar las cargas y obligaciones que el mismo implica. El Estado juega un papel importante en la realización de esta práctica legal porque será el supervisor y regulador jurídico, evitando de esta manera el perjuicio y deterioro de la sociedad. Pero considerando debe darse a las partes libertad de contratar porque negar la libertad de tomar decisión significa negar responsabilidad y negar responsabilidad implicaría negar nuestra humanidad.

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION CONSULTADA:

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; 49a. ed., Porrúa S.A., México, 1981.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 85a. ed., Porrúa S.A., México, 1985.

PUBLICACIONES PERIODICAS CONSULTADAS:

American Bar Association Journal; ABA Journal Editorial, E.U.A., Vol. 70, agosto 1984.

American Journal of Law and Medicine; American Society of Law and Medicine, Inc. and the Boston University School of Law, Boston, Vol. 7, No. 3, otoño 1981.

Brigham Young University Law Review; copyright Brigham Young University Law Review, Utha, 1982.

Capital University Law Review; copyright by the Capital University Law Review, Washington, Vol. 11, No. 3, 1981-82.

LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo; UNAM, México, Vol. V, 1979.

Gonzaga Law Review; Conzaga Law Review Association, Washington, Vol. 18, 1982-83.

Harvard Women's Law Journal; Harvard Women's Law Journal, Boston, Vol. 8, primavera 1985.

Human Rights (American Bar Association); Published by American - Bar Association Press, Nueva York, Vol. 12, No. 1, primavera 1984.

Human Rights, Section of Individual Rights and Responsibilities; American Bar Association, Chicago, Vol. 11, No. 2, verano 1985.

Illinois Bar Journal; Illinois State Bar Association, Illinois, Vol. 71, No. 7, marzo 1983.

Interviu; Ediciones Zeta S.A., España, Año 10, No. 483, 14 agosto 1985.

Iowa Law Review; copyright the University of Iowa, Iowa, Vol. 67, 1982.

Journal of Family Law; University of Louisville School of Law, Kentucky, Vol. 20, 1981-82.

Journal of Legislation; copyright University of Notre Dame, Indiana, Vol. 8, 1981.

Kentucky Law Journal; Kentucky Law Journal, Kentucky, Vol. 69, 1980-81.

Law Medicine and Health Care; Publication of the American Society of Law and Medicine, Boston, Vol. 11, No. 6, diciembre 1984.

Louisiana Law Review; copyright by Louisiana Law Review, Louisiana, Vol. 44, 1984.

Medical Trial Technique Quarterly; Callaghan and Company, Illinois, 1982 anual.

Medical Trial Technique Quarterly; Callaghan and Company, Illinois, 1983 anual.

Newsweek; Newsweek Inc., E.U.A., No. 11, 18 marzo 1985.

Psychology Today; St. Martin's Press, E.U.A., diciembre 1984.

Queen's Law Journal; Rogers, Bereskin and Parr, Ontario, Vol. 9, No. 1, otoño 1983.

San Diego Law Review; copyright San Diego Law Review Association, California, Vol. 18, 1981.

Santa Clara Law Review; Santa Clara Law Review, Kentucky, Vol. 22, 1982.

Scripps Clinic and Reserch Fundation; Scripps Clinic and Reserch Fundation, E.U.A., Vol. 78, No. 3, 1 septiembre 1985.

Southern Illinois University Law Journal; Board of Trustees of -
Southern Illinois University, Vol. 1980, No. 2, 1980.

TAXES-The Tax Magazine; Publishe by Commerce Clearing Huuse Inc.,
Vol. 60, No. 9, septiembre 1982.

Tennessee Law Review; copyright Tennessee Law Review Association,
Inc., Tennessee, Año 1982-83, Vol. 50, No. 1, otoño 1983.

The Australian Law Journal; The Law Book Company Limited and --
Contributors, Nueva Zelanda, Vol. 50, junio 1976.

Time; Time Inc., E.U.A., No. 37, 10 septiembre 1984.

Time; Time Inc., E.U.A., No. 37, 10 septiembre 1984.

Time; Time Inc., Chicago, Vol. 124, No. 37, 10 septiembre 1984.

Time; Time Inc., E.U.A., No. 38, 22 septiembre 1986.

Time; Time, Inc., E.U.A., No. 3, 19 enero 1987.

University of Richmond Law Review; University of Richmond Law --
Review Association, Virginia, Vol. 16, 1981-82.

University of South Wales Law Journal, Medicine and the Law;
Hogbin Poole (printers) Pty. Ltd., Kensington (N.S.W.), Vol. 6,
No. 1, 1983.

University of Toronto Law Journal; University of Toronto Press,
Toronto, Vol. 35, No. 3, verano 1985.

Washburn Law Journal; Washburn Law School Association, Kansas,
Vol. 23, 1983-84.

Western New In gland Law Review; copyright by Western New England
Law Review Association, Inc., Massachussetts, Vol. 5, 1982-83.

Whittier Law Review; copirynth by Whittier Law Review, Califor--
nia, Vol. 6, 1984.

Whittier Law Review; copirynth by Whittier Law Review, Califor--
nia, Vol. 6, 1985.

Willamette Law Review; American Bar Association and Willamette University College of Law, Oregon, Vol. 17, diciembre 1981.

Women's Rights Law Reporter; Rutgers Law School, State University of New Jersey, Nueva Jersey, Vol. 7, No. 2, invierno 1982.

OBRAS CONSULTADAS

ANDREWS, LORI B.: New Conceptions; (trad. de Tamara Kolangui Nisanof); St. Martin's Press, Nueva York, 1984 (326 páginas).

AZEVEDO, FERNANDO DE: Sociología de la Educación; 10a. reimpression, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

AZUARA PEREZ, LEANDRO: Sociología; 4a. ed., Porrúa, México, 1980 (354 páginas).

BURGOA, IGNACIO: Las Garantías Individuales; 14a. ed., Porrúa, México, 1981 (732 páginas).

CARRANCA Y RIVAS, RAUL: El Drama Penal; Porrúa, México, 1982 (449 páginas).

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA; T. XI, XII, XXI, Driskill S.A., Buenos Aires, 1981.

FROMM, ERICH y otros: La Familia; Ediciones Península, Barcelona, 1970.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO: Derecho Civil; 7a. ed., Porrúa, Mexico, 1985 (754 páginas).

GARCIA HOZ, VICTOR: Principios de Pedagogía Sistemática; 10a. ed., Ediciones Rialp S.A., Madrid, 1981.

GUTIERREZ Y GONZALES, ERNESTO:

Derecho de las Obligaciones; 5a. ed., Cajica S.A., México, 1981 (946 páginas).

El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio; 2a. ed., Cajica S.A., México, 1982 957 páginas.

IBARROLA, ANTONIO DE: Derecho de Familia; 3a. ed., Porrúa, Mexico, 1984 (606 páginas).

- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO: Introducción al Estudio del Derecho; 32a. ed., Porrúa, México, 1980 (444 páginas).
- MONTERO DUHALT, SARA: Derecho de Familia; 2a. ed., Porrúa, Mexico, 1985 (429 páginas).
- MORITZ, HANZ: La Familia y sus Valores Formativos; Editorial Herder, Barcelona, 1969
- PLANIOL, MARCEL: Tratado Elemental de Derecho Civil; T.I. Cajica, S.A., México, 1983 (567 páginas).
- RECASENS, SICHES: Sociología; 3a. ed., Porrúa, México, 1980 (682-páginas).
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL:
- Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia; T.I. Porrúa, México, 1980 (509 páginas).
- Compendio de Derecho Civil, Contratos; T. IV, 14a. ed., Porrúa, México, 1982 (510 páginas).
- Derecho Civil Mexicano, Obligaciones; T.V. Vol. I, 4a. ed., -- Porrúa, México, 1981 (613 páginas).
- SAGRADA BIBLIA: (traducción de Eloiño Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto O.P.), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, - MCMLXXI.
- SANCHEZ MEDAL, RAMON: De los Contratos Civiles; 6a. ed., Porrúa, México, 1982 (524 páginas).
- TORRESCANA, JOSE MARIA y Otros: El Bebé y el Niño-Enciclopedia Femenina Nauta; Ediciones Nauta S.A., Barcelona.
- VILLORO TORANZO, MIGUEL: Introducción al Estudio del Derecho; 4a., ed., Porrúa, México, 1980 (486 páginas).