

394
2ej'



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**CONTRATO DE MATERNIDAD
DELEGADA**



T E S I S
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
LAURA CORAL HURTADO PEREZ



México, D. F.

1990



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 MATERNIDAD DELEGADA

I N D I C E

	págs.
INTRODUCCION.	2
CAPITULO PRIMERO.	
ORIGENES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	
1. Antecedentes y Evolución Histórica.	5
2. Problemática de la Infertilidad.	12
Citas Bibliográficas.	19
CAPITULO SEGUNDO.	
METODOS DE PROCREACION HUMANA ARTIFICIAL.	
1. Inseminación Artificial por Esposo (Homóloga).	
1.1. Introducción.	23
1.2. Concepto.	25
1.3. Argumentos a Favor y Objeciones.	25
1.4. Problemas Legales.	26
2. Inseminación Artificial por Donante (Heteróloga).	
2.1. Introducción.	29
2.2. Concepto.	31

	págs.
2.3. Argumentos a Favor y Objeciones.	31
2.4. Problemas Legales.	33
3. Fertilización in Vitro.	
3.1. Introducción.	37
3.2. Concepto y Procedimientos.	39
3.3. Argumentos a Favor y Objeciones.	40
3.4. Problemas Legales.	43
4. Donación de Ovulo.	
4.1. Introducción.	47
4.2. Concepto y procedimiento.	48
4.3. Argumentos a Favor y Objeciones.	50
4.4. Problemas Legales.	51
5. Donación de Embrión.	
5.1. Introducción.	53
5.2. Concepto.	54
5.3. Argumentos a Favor y Objeciones.	54
5.4. Problemas Legales.	55
6. Maternidad Delegada.	
6.1. Introducción y Concepto.	56
6.2. Argumentos a Favor y Objeciones.	61
6.3. Problemas Legales.	65

	págs.
Citas Bibliográficas.	69
 CAPITULO TERCERO	
ANALISIS Y NATURALEZA JURIDICA DE LA MATERNIDAD DELEGADA.	
Introducción	77
1. Análisis de las Diferentes Denominaciones.	78
1.1. Maternidad Subrogada.	79
1.2. Alquiler o Renta de Matriz.	83
1.3. Madre Sustitutiva.	85
1.4. Maternidad Delegada.	86
2. Figuras Jurídicas Afines.	
2.1. Arrendamiento.	90
2.2. Compraventa.	93
2.3. Prestación de Servicios Profesionales.	96
2.4. Obra a Precio Alzado.	98
2.5. Mandato.	99
2.6. Adopción.	100
3. La Maternidad Delegada.	
3.1. Concepto.	103
3.2. Clasificación.	104
3.2.1. Madre Gestante Delegada.	105
3.2.2. Madre Delegada.	106

4. Contrato Principal y Contratos Accesorios.	
4.1. Contrato Principal de Maternidad Delegada.	107
4.2. Contratos Accesorios.	110
5.- Naturaleza Jurídica del Contrato.	
5.1. Elementos Personales.	113
5.2. Requisitos de Existencia.	
5.2.1. Consentimiento	114
5.2.2. Objeto	115
5.3. Requisitos de Validez.	116
5.3.1. Capacidad	116
5.3.2. Vicios del consentimiento	117
5.3.3. Forma	118
5.3.4. Licitud en el objeto, motivo o fin del acto que se celebra	119
5.4. Clasificación del Contrato.	120
5.5. Obligaciones y Derechos de las Partes.	121
5.6. Terminación del Contrato.	124
5.6.1. Normal.	124
5.6.2. Anticipada.	125
5.7. Incumplimiento del Contrato Principal y de los Contratos Accesorios.	
5.7.1. Causas y efectos.	
a).- Contrato Principal.	126

	págs.
b).- Contratos Accesorios.	127
Citas Bibliográficas.	129
 CAPITULO CUARTO.	
LA MATERNIDAD DELEGADA EN ALGUNOS PAISES.	
1. Estados Unidos de América.	
1.1. Antecedentes.	135
1.2. Legislación.	137
1.3. Proyectos de Ley	141
1.4. Problemas Legales.	144
2. España.	
2.1. Legislación.	150
3. Inglaterra.	
3.1. Antecedentes.	152
3.2. Problemas Legales.	153
3.3. Proyecto de Ley.	154
Citas Bibliográficas.	156
 CONCLUSIONES Y PROPUESTAS LEGALES	 158
 BIBLIOGRAFIA.	

I N T R O D U C C I O N

INTRODUCCION

Los actuales descubrimientos en la ciencia reproductiva han dado lugar a numerosos problemas médicos, éticos , religiosos y legales respecto a los nuevos métodos de la concepción humana.

Las recientes técnicas de reproducción asistida han logrado modificar conceptos antiguos y definidos que no se habían cambiado desde la época de los romanos, como son los temas de la filiación, la maternidad, y la paternidad.

Todas estas cuestiones han originado una serie de preguntas en todos los ámbitos, que aún no se han logrado contestar ni mucho menos definir, manteniendo una confusión, un retraso o una falta de actualización en la regulación de estas nuevas figuras.

Se ha llegado a decir que la ciencia jurídica en algunos aspectos se encuentra atrasada, pero el Derecho tiene la tarea de regular las necesidades de la sociedad, así como de sus intereses; por lo que los juristas deberán mantenerse unos pasos atrás, siempre a la expectativa, para poder darse cuenta de la realidad, del pensar de la sociedad y de sus inquietudes respecto al nacimiento de cualquier figura jurídica, teniendo así, la obligación y el reto de crear las normas adecuadas para proteger a los interesados.

La problemática de la reproducción médica asistida es muy amplia, por lo que únicamente en este trabajo me dedicaré principalmente a las mujeres que prestan su matriz para dar vida

a un nuevo ser. El motivo por el que escogí este tema, es porque en él se presentan múltiples dudas y es en donde existe mayor incertidumbre jurídica. La sola denominación de la figura ocasiona controversias y así algunos tratadistas la llaman alquiler de matriz, otros madres subrogadas, o madres sustitutivas, etc.; en este estudio yo la designo maternidad delegada, denominación que posteriormente la fundamentaré.

Esta tesis se dedica en primer lugar a las parejas infértiles y en ningún momento se hará mención a la solicitud de este servicio para parejas homosexuales o lesbianas, por ser mi punto de vista contrario a estos casos.

Asimismo, independientemente de mi opinión personal que a lo largo de este trabajo expondré, creo de vital importancia plantear soluciones a estos problemas jurídicos que han surgido recientemente y a los cuales es necesario darles una solución ya sea positiva o negativa, para lograr que se fijen lineamientos a fin de redactar leyes que regulen la maternidad delegada y que protejan a las partes que en ella intervienen, y en especial, al mas indefenso y en el que menos se piensa y algunas veces se olvida: "el niño".

CAPITULO PRIMERO

ORIGENES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- 1.- Antecedentes y Evolución Histórica**
- 2.- Problemática de la Infertilidad**

CAPITULO PRIMERO

ORIGENES Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. ANTECEDENTES Y EVOLUCION HISTORICA

La maternidad delegada y la inseminación artificial son métodos que se han practicado desde hace siglos; en especial el primero, que ya se contempla en la Sagrada Biblia en donde se narra la leyenda de Sarai, de Raquel y de Lía:

" Y Sarai, mujer de Abram, no tenía hijos. Pero tenía una esclava egipcia, de nombre Agar, y dijo a Abram: <<Mira, Yavé me ha hecho estéril; entra, pues, a mi esclava, a ver si por ella puedo tener hijos>>. Escuchó Abram a Sarai. Tomó, pues, Sarai, la mujer de Abram, a Agar, su esclava egipcia, al cabo de diez años de habitar en la tierra de Canán, y se la dio por mujer a su marido, Abram. Entró éste a Agar, que concibió, y viendo que había concebido, miraba con desprecio a su señora.

Parió Agar a Abram un hijo, y le dio Abram el nombre de Ismael. Tenía ochenta y seis años cuando Agar le parió a Ismael." (1)

La leyenda de Sarai no es la única que se presenta en la Sagrada Biblia sobre la maternidad delegada, también se registra la de Raquel y Jacob, que en el mismo caso que el de Sarai, confía a su sierva la función de tener hijos para su marido:

" 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 Bala; entra a ella, que para sobre mis rodillas, y tenga yo prole sobre ella>>. Dióle, pues, su sierva por mujer, y Jacob entró en ella. Concibió Bala, 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. Concibió otra vez Bala, sierva de Raquel, y parió un segundo hijo a Jacob, diciendo Raquel: <<Lucha de Dios he luchado con mi hermana, y la he vencido>>; por eso le llamó Neftalí." (2)

La Sagrada Biblia posteriormente nos menciona que Lía, hermana de Raquel, al encontrarse en competencia con su hermana por ver quién engendraba más hijos a Jacob, y al darse cuenta que no podía seguir concibiendo después de haber dado tres hijos, decide darle a su marido a Zelfa su sierva;

" Viendo Lía que había dejado de tener hijos, tomó a Zelfa, su esclava, y se la dió por mujer a Jacob. Zelfa, esclava de Lía, parió a Jacob un hijo, y Lía dijo: <<¡Que buena fortuna!>>; y le llamó Gad. Parió Zelfa, esclava de Lía, un segundo hijo a Jacob, y dijo Lía: <<Por dicha mía, pues los hijos me han hecho feliz>>, y le llamó Aser." (3)

Por lo expuesto, nos podemos dar cuenta que la figura de la maternidad delegada, no es un concepto moderno ni sofisticado

como se ha querido plantear actualmente; los problemas de infertilidad siempre han existido, así como el deseo de formar una familia y de poder tener hijos.

Estos son los tres primeros ejemplos que registra la historia, pero cuántos casos más se presentaron y jamás se mencionó nada; probablemente debido a que se realizaban clandestinamente con amigas, hermanas, pariente o mujeres que se prestaron a realizar el servicio por interés, o por amistad.

Por lo anteriormente comentado, históricamente se justifica la denominación de maternidad delegada, ya que como Raquel, Lía y Sarai no pudieron desempeñar debidamente su papel de madres, éstas delegaron su facultad a sus siervas para que pudieran llevar al cabo la función procreadora.

La inseminación artificial también ha aparecido a lo largo de la historia. El primer caso que tenemos registrado fue en 1332, fecha en que se empezó a experimentar la fecundación en ejemplares femeninos con semen extraído de los órganos masculinos de los animales que, mediante preparaciones llevadas al cabo en los laboratorios, conservan el poder fecundizante.(4)

Fueron muchos los experimentos de inseminación artificial que se realizaron sin éxito, hasta que en 1785 se logra por medio de un científico italiano, Abad Lazaro Spallanzia inseminar una perra, la que posteriormente da a luz tres cachorros.(5)

Se dice que Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla, fué inseminada artificialmente y que dió a luz a Juana

de Beltraneja; este dato no es comprobado ni realmente se sabe que sea cierto, lo interesante sería saber como y por quién fue realizado y bajo qué circunstancias se efectuó.(6)

En 1799, el científico escocés John Hunter, con un gran éxito, logra en Inglaterra la primera inseminación artificial de que se tiene certeza en una mujer.(7) Varios investigadores del siglo pasado, entre otros, Girauld (1838) y Gijón(1871) en Francia, buscaron aplicar este método como un remedio para los matrimonios estériles.(8) Posteriormente, se siguió practicando con gran interés este tipo de investigaciones con el objeto de poder perfeccionar un procedimiento que solucionará la infertilidad resgistrándose cada vez más casos que incrementaron las estadísticas positivas.

En 1868, en la revista la "Abeja Médica", dedicada a la divulgación científica, se dan a conocer 10 casos en donde la inseminación artificial se practicó con todo acierto.(9)

En 1911, el doctor Roelheder realizó 65 experimentos en seres humanos, de los cuales 31 tuvieron éxito; y en 1928, Schrowa reportó 88 experimentos con 33 resultados favorables. En 1941, los doctores Seymour y Koerner en los Estados Unidos, interrogaron a más de treinta mil médicos, y lograron saber de 9489 embarazos logrados por la inseminación artificial.(10)

El número de casos acertados se incrementó en el transcurso de los años, gracias al perfeccionamiento de la inseminación artificial y es en 1950 cuando se reportan en Francia 1,000

embarazos anuales; 6,000 en Inglaterra y 20,000 en Estados Unidos, utilizando los mismos métodos.(11)

Se ha logrado que más de 250,000 niños son concebidos cada año por medio de la inseminación artificial por donante, y actualmente es el sistema que más se practica y que más aceptación tiene.(12)

En 1963, una Corte de Nueva York dictó sentencia en el sentido de que el nacimiento de un niño por medio de inseminación artificial por donante se considera ilegítimo, aun cuando se haya tenido la aceptación del esposo.(13)

En lo que se refiere a la fertilización "in vitro", debemos señalar que a finales del siglo XIX ya se realizaban experimentos en animales; pero es en este siglo, cuando el zólogo británico Gregory Goodwin Pincus logró fecundar artificialmente el óvulo de una coneja, y obtener así el primer parto de un conejo vivo de probeta.

Posteriormente, se empiezan a realizar experimentos con seres humanos, y es entonces cuando los científicos Rock y Menkin, Landium y Schettles, Petrov y Moricard, logran fecundaciones in vitro de embriones que vivieron solo 5 o 6 días.

Patrick Steptoe y Robert Edwards en Inglaterra, son los investigadores responsables del nacimiento del primer niño por fecundación in vitro, Louise Brown nacido en 1978; seis años después, se comprobó un incremento considerable, que aumentó la cifra aproximadamente a 1,000 nacimientos por año de niños de

probeta. (14)

A medida que ha pasado el tiempo, los métodos se han ido perfeccionando y se han hecho más sofisticados, dando origen al procedimiento de la donación de óvulo el cual obtuvo su primer éxito en enero de 1984.

El doctor John Buster, de la Escuela de Medicina de UCLA ha trabajado desde el año de 1979, en una técnica para desarrollar trasplantes de embrión a mujeres que no están aptas para concebir, pero sí para llevar una gestación a término; los primeros dos bebés que se han producido por medio de este método nacieron el año de 1984. (15)

El 3 de febrero de 1984 se comunica el nacimiento del primer niño producto de un trasplante de embrión; cinco días después, un experimento similar se efectúa en una mujer infértil a la cual se le implantó un embrión y que da como resultado el nacimiento de un niño saludable nueve meses después. (16)

En marzo de 1984, en Melbourne, Australia, nace una niña que antes de ser implantada en el vientre de su madre, permaneció durante dos meses, congelada como embrión. (17)

En Estados Unidos, los contratos de maternidad delegada surgen alrededor de 1976; al terminar el año de 1981, aproximadamente 100 niños habían nacido como consecuencia de estos contratos, y para finales de 1986 eran 500 los casos contemplados. (18)

En la actualidad, conforme a lo establecido por the American Infertility Society, más de 500 parejas infértiles, 138 de

Estados Unidos, se someten a los auspicios de esta sociedad a fin de celebrar los contratos de maternidad delegada con otra mujer que llevará a cabo la gestación de un niño. (19)

Muy recientemente se tiene conocimiento de un nuevo método de procreación humana artificial, el cual tiene poco tiempo de practicarse, pero que ha obtenido buenos resultados en América Latina.

El doctor John Paulson, director del Instituto de Medicina Reproductiva, de Virginia le dió el nombre de "Vaginal Gift", sigla en inglés de "transferencia de gametos intra falopios"; el doctor Elkin Lucena, director del Centro Colombiano de Fertilidad y Estirilidad, dijo que se trata de una cierta modificación al procedimiento in vitro, presentando un grado menor de dificultad ya que se puede realizar sin anestesia y no requiere incisión quirúrgica en el vientre para insertarlo en el útero.

El nuevo método consiste en una sonda que se introduce por vía vaginal para colocar directamente en las trompas de falopio el óvulo y espermatozoides en lugar de su fecundación en laboratorio.

Actualmente se tiene conocimiento de 14 parejas en Colombia, sometidas al Vaginal Gift, solamente siete lograron quedar embarazadas; cuatro pudieron terminara con éxito la gestación y tener hijos saludables, y las otras tres sufrieron abortos espontáneos no relacionados con el tratamiento. (20)

2. PROBLEMATICA DE LA INFERTILIDAD

La problemática de la infertilidad siempre ha existido y se ha tratado de resolver; sin embargo, es hasta este siglo cuando se han desarrollado técnicas muy perfeccionadas para lograr un remedio a esta situación.

En la antigüedad, debido a la ignorancia, se llegaba a pensar que las causas de infertilidad siempre derivaban de la mujer y que era élla la causante de no poder crear una familia; ocasionalmente y en casos muy raros, se imputaba el problema al hombre.

Hace mucho tiempo, en ciertas religiones o culturas, la infertilidad era considerada una causa fundamental para el divorcio, ya que la familia se ha pensando que es el origen de la sociedad, y una institución que siempre debe prevalecer. (21)

La adopción se presentó como una solución alternativa para aquellas parejas que no podían tener hijos y formar la familia deseada; pero muchos matrimonios no lo consideraron así, ya que los hijos significan perpetuar los genes y este deseo no se puede realizar mediante la adopción.

En la actualidad, la aceptación que tienen las técnicas de procreación humana artificial, se debe a que el procedimiento para la adopción en varios países es muy complicado, lleva tiempo, y comprende estudios psicológicos; económicos y

sociales; por lo que cada vez más parejas prefieren estos nuevos métodos.

" Alexander Morgan Capron, profesor de derecho de la Universidad de Georgetown, escribió por medio de símbolos, diez posibles fórmulas para poder tener un niño a base de los nuevos métodos de reproducción artificial. La cuarta fórmula que sostuvo es la siguiente:

Xm & Yd por IA (inseminación artificial) con gestación M (M significa que una mujer casada es inseminada artificialmente por un donador). La quinta la describe así: Xd & Ym por FIV (fertilización in vitro) con gestación M (M significa que la gestación se realizó en un laboratorio, mediante fertilización in vitro, por medio de una donación de óvulo y con el esperma del marido de la mujer infértil). La última versión de Capron es: X1 & Y2 por FIV o / IA w / natural / transplante de embrión con gestación 3 y padres sociales 4 & 5, esto nos demuestra como un niño teóricamente puede tener cinco "diferentes padres". (1 y 2 padres genéticos, 3 madre gestante, 4 y 5 padres contratantes.)

La razón por la que Alexander Morgan Capron manifiesta que tuvo que recurrir a fórmulas, es debido a que la biología ha creado conceptos sobre el nacimiento y la paternidad que todavía el vocabulario normal de un idioma no los ha definido adecuadamente." (22)

" Según la opinión de Claudia Wallis , para las parejas que presentan alguna causa de infertilidad, se ha estudiado que por

medio de la inseminación existen las siguientes cuatro posibilidades:

1.- De padre infértil: óvulo de la madre + espermatozoides de donador = niño gestado por la madre.

2.- Madre infértil e imposibilitada para llevar a término la gestación: óvulo de donadora + espermatozoides del padre = niño gestado por una madre portadora.

3.- Ambos padres infértiles, pero la madre facultada para llevar al cabo la gestación: óvulo de donadora + espermatozoides de donador = niño gestado por la madre.

4.- Madre infértil pero capacitada a llevar a término la gestación: óvulo de donadora + espermatozoides del padre = niño gestado por la madre.

Las ocho posibilidades que se presentan en la fecundación in vitro según Caludia Wallis son las siguientes:

1.- Madre fértil pero incapaz de concebir: óvulo de la madre + espermatozoides del padre = niño concebido por FIV y gestado por la madre.

2.- Padre infértil, madre fértil pero incapaz de concebir: óvulo de la madre + espermatozoides de donante = niño concebido por FIV y gestado por la madre.

3.- Madre infértil pero capacitada a llevar la gestación: óvulo de donadora + espermatozoides del padre = niño concebido por FIV y gestado por la madre.

4.- Ambos padres infértiles, pero la mujer capacitada a llevar

la gestación: óvulo de donadora + espermatozoides de donador = niño concebido por FIV y gestado por la madre.

5.- Madre infértil e incapacitada para llevar la gestación: óvulo de donadora + espermatozoides del padre = niño concebido por FIV y gestado por una madre portadora.

6.- Ambos padres infértiles y madre incapacitada para llevar la gestación: óvulo de donadora + espermatozoides de donador = niño concebido por FIV y gestado por una madre portadora.

7.- Ambos padres fértiles pero incapacitada la madre a llevar al cabo la gestación: óvulo de la madre + espermatozoides del padre = niño concebido por FIV y gestado por una madre portadora.

8.- Madre fértil, padre infértil y madre incapacitada a llevar al cabo la gestación: óvulo de la madre + espermatozoides de donante = niño concebido por FIV y gestado por una madre portadora."(23)

Es necesario hacer notar que se han presentado diversas críticas en contra de estos nuevos métodos por causa de la ignorancia sobre la problemática de la infertilidad, las más importantes son:

1.- Se afirma que el mundo ya presenta una sobrepoblación, y que es erróneo buscar otros procedimientos para crear nuevas vidas y fomentar que nuestro planeta siga estando excesivamente poblado(24)

Considero que el número de niños que nacen por estos métodos de tratamiento a la infertilidad, es mínimo comparado con el incremento mundial de población en una forma natural.

2.- Otros autores afirman también que no se debe estar en contra de la naturaleza (25)

Este segundo argumento, no convence por su ambigüedad respecto al término de lo natural y lo no natural, pues lo único artificial es el método que se utiliza, mediante una asistencia o una ayuda, ya que los elementos son los mismos: un óvulo y un espermatozoide.

3.- Otra crítica que se hace, es que el tener hijos solo implica un deseo y no constituye ninguna necesidad. (26)

Se ha comprobado que la infertilidad afecta aproximadamente a una pareja de cada diez, pero ocasiona un grave daño psicológico que puede llegar a fomentar recriminaciones del hombre a la mujer, o viceversa, y además causar desarmonía, y quizá hasta el divorcio.(27)

Se ha llegado a la conclusión que una de las causas más frecuentes de infertilidad es el psicológico, el cual mediante tratamientos se puede remediar.

Por otra parte, por medio de procedimientos quirúrgicos o tratamientos a base de hormonas, es posible solucionar esta problemática y sólo cuando no se tiene éxito, es cuando se requiere la utilización de las nuevas técnicas.

Conforme a estudios realizados en Estados Unidos por el "National Center for Health Statistics", el índice de infertilidad en mujeres casadas entre los 20 y 24 años, considerada una de las edades más fértiles, aumentó un 177% entre los años de 1965 a 1982.(28)

Para la mujer, la causa más común de infertilidad es el bloqueo en las trompas de falopio, donde ocurre la fecundación. Este problema se puede resolver por medio de una microcirugía, restaurando la fertilidad en un 70%.

Para quienes las trompas de falopio se encuentran bloqueadas totalmente, la posibilidad de solucionar su infertilidad se encuentra entre el cero y el veinte por ciento y si no pueden obtener curación, estas personas serán las candidatas para la fertilización in vitro.(29)

Normalmente una mujer se encuentra embarazada, cuando el óvulo sale del ovario, realiza su recorrido por las trompas de falopio, lugar donde ocurre la fecundación y ya fecundado se implanta en el útero.

Otra de las causas más frecuentes de infertilidad es que una mujer no pueda producir óvulos, o que como había mencionado anteriormente, las trompas se encuentren dañadas u obstruidas, o bien que se le haya realizado la histerectomía. Por otra parte, algunas mujeres no pueden embarazarse por problemas de diabetes que les podría ocasionar un gran riesgo de muerte.(30)

Avi Katz en su artículo " SURROGATE MOTERHOOD AND THE BABY-SELLING LAWS " establece las siguientes tres causas importantes para que una mujer decida solicitar la maternidad delegada:

1.- La más común es que la madre sea infértil, por alguno de los motivos anteriormente mencionados.

2.- Aunque la mujer sea fértil, presenta defectos genéticos que

podría transmitir; por ejemplo, no desea que su hijo adquiriera hemofilia.

3.- La tercera se presenta cuando la mujer siendo fértil, un embarazo ocasionaría un gran riesgo a su salud que le podría causar hasta la muerte; por ejemplo, las mujeres que son diabéticas o que tienen la presión arterial muy alta.(31)

Una última razón para solicitar la maternidad delegada, aunque no es causa de infertilidad, es cuando la mujer es reconocida en el mundo de los negocios o es una importante funcionaria o una gran ejecutiva, y no desea perder el ritmo de su trabajo o descuidarlo durante los meses del embarazo.

Desde mi punto de vista personal, no estoy de acuerdo en que se utilice esta excusa para solicitar la maternidad delegada, opino que es injustificada y egoísta.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 1.- Sagrada Biblia. Versión directa de las lenguas originales por Eloíno Nácar Fuster y Alberto Colunga, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1965. Génesis 16,1-4;15-16.pag.43
- 2.- Ibid, Génesis 30,1-8. pág 57
- 3.- Ibid, Génesis 30,9-13. pág 57
- 4.- Borrell Maciá, Antonio: "La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres." Bosh, Casa Editorial, Barcelona 1954, pág.81.
- 5.- Di Cio, Alberto. La inseminación artificial y el derecho de familia . Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1984, pág. 8.
- 6.- Gutiérrez y González, Ernesto. " El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad". Editorial José M. Cajica Jr., S.A., Puebla, Pue, México 1971, pág. 603.
- 7.- Ibid, pág.603.
- 8.- Soto Reyna, René. "Aspectos Médico legales de la Inseminación artificial en seres humanos." Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango, Durango, Octubre 1985-Marzo 1986, pág. 38.
- 9.- Gutiérrez y González, op. cit. pág. 603.

- 10.- Soto Reyna, René. op. cit. pág. 38
- 11.- Gutiérrez y González, op. cit. pág 604.
- 12.- Friedrich Otto, " A legal, Moral, Social nighthmare". Society seeks to define the problems of the birth revolution. Time, September 10, 1984, pág.39.
- 13.- Ibid, pág 39
- 14.- Wallis Claudia, "The new origins of life". How the science of conception brings hope to childless couples. Time, september 10, 1984, pág.32.
- 15.- Friedrich Otto, op. cit. pág 41
- 16.- Andrews Lori, "The Stork Market: The Law of the new reproduction tecnologies". pág. 50
- 17.- Ibid, pág. 50
- 18.- Field A. Martha, "Surrogate Motherhood" Everest House, New York, 1981, pág. 5.
- 19.- Rust Mark, "Whose baby is it? Surrogate after baby M." Family Law, Aba Journal, June 1, 1987. pág 54.
- 20.- El Universal, " Nuevo Método de Fertilidad: colocan óvulo y espermatozoides en las trompas de falopio ". Miercoles 27 de Junio de. 1990, México, D.F. Sección Aviso Oportuno, pág. 1.
- 21.- Warnock Mary. "A question of life". The Warnock Report on Human Fertilization & Embriology. Basil Blackwell, Great Britain 1985. pág. 8.
- 22.- Friedich Otto, op. cit. pág. 39.
- 23.- Wallis Claudia, op. cit. pág 35

- 24.- Ibid, pág. 9.
- 25.- Ibid, pág. 9.
- 26.- Ibid, pág. 9
- 27.- Glover Jonathan and others, " Fertility & Family" The
Glover Report on Reproductive Technologies to the
European Commission, Fourth Estate Ltd, Great Britain
1989, pág.45.
- 28.- Wallis Claudia, op. cit. pág 32
- 29.- Ibid, pág. 32.
- 30.- Katz Avi. " Surrogate Motherhood and the Baby-Selling
Laws" Columbia Journal of Law and Social Problems, 20
(1986) 1-53, pág. 3.
- 31.- Ibid, pág. 3.

CAPITULO SEGUNDO

METODOS DE PROCREACION HUMANA ARTIFICIAL

- 1.- Inseminación Artificial por Esposo (Homóloga)**
- 2.- Inseminación Artificial por Donante (Heteróloga)**
- 3.- Fertilización in vitro**
- 4.- Donación de Ovulo**
- 5.- Donación de Embrión**
- 6.- Maternidad Delegada**

CAPITULO SEGUNDO

METODOS DE PROCREACION HUMANA ARTIFICIAL

Es conveniente realizar ahora un estudio de los diferentes métodos de procreación humana artificial, su concepto, argumentos a favor, en contra y los diferentes problemas legales que han surgido y que pueden afectar a las partes interesadas.

El análisis se iniciará con las diferentes clases de inseminación, para después estudiar la fertilización in vitro, la donación de óvulo o de embrión y llegar finalmente a la maternidad delegada; la secuencia se justifica en razón de que por medio de estos métodos, anteriores a la maternidad delegada, se puede llegar a ésta, mediante el procedimiento que se ajuste a la problemática de cada pareja.

1. INSEMINACION ARTIFICIAL POR ESPOSO (HOMOLOGA)

1.1. INTRODUCCION

Zannoni en su libro Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina, señala a la inseminación artificial como el método que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y

mujer. (32)

Estas técnicas son utilizadas por parejas donde el hombre no es completamente infértil, y presenta problemas para poder procrear, o por casos que atañen exclusivamente a la mujer, que sin ser estéril, no puede superar esos trastornos mediante un tratamiento terapéutico y tiene que recurrir a la inseminación artificial de su marido. (33)

La inseminación artificial por esposo también se puede realizar cuando el marido, por causa de alguna enfermedad, congela el semen y su mujer es inseminada posteriormente; esto se utiliza cuando el cónyuge tiene que recibir quimioterapia o radiaciones que pueden afectarlo y probablemente quedar infértil. (34)

Este problema se puede presentar también cuando el marido está físicamente imposibilitado para tener un contacto sexual, o bien tiene un nivel cuantitativo de espermatozoides inferior al normal, y en algunos casos, por tener la mujer una hostilidad cervical que provoca que el esperma muera debido a la mucosidad del cuello de la matriz. (35)

Otras situaciones podrían ser alteraciones o anomalías psíquicas, tanto de la mujer como del hombre; por ejemplo la frigidez, hiperexcitación, ningomanía o erotomanía, y en el esposo, la impotencia coeundi y la eyaculación prematura. (36)

El término de inseminación artificial es usado para referirse a la introducción del semen dentro de la vagina o del útero de la mujer, por medio de la utilización de instrumentos médicos.

1.2. CONCEPTO

La inseminación artificial homóloga se podría definir como: "la obtención via masturbación de una muestra de líquido seminal del marido de la mujer y su introducción en la cavidad uterina de dicha mujer en el período fecundo." (37)

Para reducir el margen de fracaso, la mujer que va a ser inseminada debe tratársele previamente con hormonas. Una vez terminada la inseminación, o sea al haberse depositado el semen en la cavidad uterina, finaliza la manipulación artificial, para que posteriormente aparezcan los indicios de un embarazo normal. (38)

1.3. ARGUMENTOS A FAVOR Y OBJECIONES

La mayoría de los médicos establecen que la inseminación artificial por esposo, es un tratamiento indicado por las clínicas de fertilidad y el cual no representa ningún riesgo para la pareja, ni les afecta en el aspecto sentimental o de su relación conyugal.

Este método es aceptado por las parejas, ya que el niño es hijo de los dos, biológicamente son los padres, y solo requirieron de la ayuda de un tercero para poder realizar la concepción.

Son pocas las objeciones que se presentan en contra a éste procedimiento, y generalmente de tipo religioso o ético. El principal argumento que se expone consiste en que es una desviación del proceso natural de procreación, el cual nunca debe ir separado del sexual. También reprobaban que el semen se obtenga por medios antinaturales como la masturbación. (39)

La prohibición de "la inseminación artificial entre esposos" dictada por Pío XII el 29 de octubre de 1951, establece que "la naturaleza personal del acto conyugal es la procreación humana". y señala que solamente es lícita la intervención médica, cuando ésta no substituya el acto conyugal. (40)

Antonio Borell Maciá sostiene que la fecundación artificial en el matrimonio, producida por la participación activa de un tercero, es inmoral y debe reprobarse, y sostiene que solo los esposos tienen un derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una vida nueva, derecho exclusivo e imposible de ceder. (41)

1.4. PROBLEMAS LEGALES

Diversos conflictos jurídicos pueden surgir cuando el semen del esposo es congelado y depositado en un banco de esperma, a fin de que posteriormente la viuda sea inseminada en caso que el fallezca. Esto trae como consecuencia situaciones legales

difíciles de resolver para la madre y el hijo.

Uno de los principales problemas jurídicos es determinar si el niño será considerado como hijo de matrimonio o fuera de él y si tendrá todos los derechos hereditarios y el apellido del padre.

Las consideraciones en torno al status filiación-paternidad del hijo creado por inseminación artificial homóloga, son las siguientes:

El fundamento biológico y el jurídico de la procreación coinciden en ambos aspectos, ya que la filiación matrimonial se basa en dos pilares fundamentales: Uno, de naturaleza biológica: un hijo es legítimo cuando es concebido por marido y mujer. El otro, de naturaleza legal: el hijo es legítimo porque fué concebido por los cónyuges durante el matrimonio (42).

En lo referente a la problemática de la inseminación artificial post mortem, el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

"Art. 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio:

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. (43)

Para determinar si un hijo se considerará de matrimonio y a su vez si tendrá todos los derechos hereditarios, conforme al artículo antes transcrito, se tendrá una paternidad genética

demostrable, pero jurídicamente, el hijo será considerado fuera de matrimonio y no podrá tener derechos hereditarios ni a usar el nombre de su padre.

En Francia fué ampliamente conocido el caso de inseminación post mortem de Corinne Parpalaix, de 22 años de edad, secretaria en el Departamento de Policía de Marsella. Esta señora, un año después de que falleció su marido de cáncer, solicitó inseminación artificial con el semen de su difunto esposo y el banco de esperma se negó a efectuarlo, porque el difunto no había dejado instrucciones para la utilización del semen.

Finalmente, se le otorgó el derecho de ser inseminada, cuando el tribunal competente determinó que el semen es una "segregación que contiene semillas de vida" y le corresponde a la viuda. (44)

En Australia, la Comisión Jurídica de Nueva Gales del Sur, en el ante-proyecto de la ley que acompaña a su informe ARTIFICIAL CONCEPTION: HUMAN ARTIFICIAL CONCEPTION, emitido en 1986, recomienda que la inseminación post mortem sea aceptada. (45)

2. INSEMINACION ARTIFICIAL POR DONANTE (HETEROLOGA)

2.1 INTRODUCCION

La inseminación artificial por donante se puede presentar en dos situaciones:

- 1.- Cuando el esposo es completamente infértil y no existe tratamiento alguno que pueda solucionar su problema y
- 2.- En las mujeres solteras que anhelan la maternidad.

El primer caso ocurre cuando en vez de inyectar el semen del marido, se utiliza el de un donador, ajeno a la relación matrimonial. Se recurre a este procedimiento cuando el marido es totalmente infértil, es impotente, padece de azoospermia, oligospermia, puede ser transmisor de un defecto congénito al producto o presenta hiperespermia. (46)

Para poder proceder a la inseminación artificial por donador se debe estar bajo la supervisión de un médico que va a explicar a la pareja todas las consecuencias que se van a derivar.

Es obligación del médico realizar o tener la historia clínica del paciente para verificar que no tenga o haya padecido alguna enfermedad venérea, presente un mal congénito, o haya utilizado drogas.

En caso de que el médico no haya tenido la precaución de efectuar todos estos estudios previamente, puede ser acreedor a

una responsabilidad civil contraída por descuido o negligencia.

La inseminación artificial por donante implica tres requisitos que ha continuación se enunciarán:

1.-La inseminación debe ser realizada con el consentimiento del marido por escrito, para que sea legalmente reconocido como el padre.

2.-La confidencialidad del expediente médico en la inseminación por donante, es de significativa importancia.

3.-Es indispensable el total anonimato del donante. (47)

La inseminación artificial por donante realizada a una mujer soltera, es una alternativa para aquellas personas que no han encontrado una relación estable para poder crear una familia, y desean ansiosamente poder tener un hijo.

En Estados Unidos solo 1 de cada 10 médicos, aceptan realizar la inseminación a mujeres no casadas, de las cuales 1,500 son inseminadas por año. (48)

Al igual que en la inseminación artificial por esposo efectuada a una mujer casada, el doctor debe tener los mismos cuidados y verificar que el expediente del donador se encuentre en orden.

Es importante establecer que la clínica, hospital o el centro de fertilización, no debe usar al mismo donante para más de cinco inseminaciones y debe mantener un registro de sus donadores para poder tener un control sobre ellos. (49)

En relación a los donadores, la estadísticas señalan que aproximadamente el 62% de los médicos utilizan estudiantes o residentes de medicina, 10.5% estudiantes universitarios o

graduados y el 17.8% combinan ambos. (50)

2.2 CONCEPTO

La inseminación artificial por donante o heteróloga se puede definir como "la obtención vía masturbación de una muestra de líquido seminal de un donador y su introducción en la cavidad uterina de la receptora en el período fecundo." (51)

Al igual que en la inseminación artificial por esposo, se debe tener un control médico sobre el ciclo de la receptora para que se pueda lograr con éxito la inseminación y no resulte un fracaso para la pareja o la mujer soltera, en su caso.

2.3 ARGUMENTOS A FAVOR Y OBJECIONES

El principal argumento que se hace valer a favor de la inseminación artificial por donante, consiste en que las parejas que no tienen hijos, quieren sentir la emoción de poder llevar al cabo todo el desarrollo del embarazo y de que por lo menos la mujer pueda ser realmente la madre; mientras que si adoptaran a un niño, ninguno de los dos sería el verdadero progenitor.

Otro punto de vista que se sostiene, es que un niño producto de la inseminación artificial por donante, es una criatura deseada

con gran emoción y la pareja va a disfrutar el proceso del embarazo.

Un argumento más que se hace valer, es el de que se une más la pareja al saber que van a poder tener un hijo y formar una familia.

Respecto a la oportunidad que se puede dar a las mujeres solteras para tener un hijo por medio de la inseminación artificial, se considera que es un derecho la concepción y la maternidad, con el que toda mujer nace. (52)

Finalmente, se dice que este método contribuye a la perpetuación de la especie.

Los puntos de vista contrarios a la inseminación por donante son muy variados, los más importantes son los siguientes:

La primera crítica que se hizo en contra de este procedimiento, tuvo lugar en Inglaterra en 1948, por el Arzobispo de Canterbury en su publicación "Artificial human insemination: the report of a Commission appointed by his Grace the Archbishop of Canterbury", en él sostuvo que es una gran ofensa para la humanidad la inseminación artificial por donante, e hizo severas críticas al respecto. (53)

Mary Warnock, en su libro "A Question of Life" nos señala una serie de argumentos que se encuentran en contra de la inseminación artificial por donante:

El primero y que muchos autores lo sostienen, es que se puede considerar como adulterio(54). Otro punto de vista contrario,

señala que se va a presentar un gran reto a la pareja, por introducir a una tercera persona en la relación conyugal y que ésto puede producir una fricción dentro del matrimonio; manifestándose además que la esposa va a considerar únicamente suyo a su hijo y que además puede haber una reacción contraria al marido, ya que éste quizá piense que no tiene derecho alguno sobre la criatura. (55)

Otro argumento consiste en que el niño no es fruto del acto conyugal, lo cual constituye una violación al principio fundamental del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana.

Por último, Pierre Kaiser sostiene que se priva al niño de la relación filial de su verdadero padre, y de conocer su origen, lo cual puede constituir un obstáculo a la maduración de su identidad personal. (56)

2.4. PROBLEMAS LEGALES

Los problemas legales que se derivan de la inseminación artificial por donante son múltiples y se enunciarán a continuación:

En primera clasificación, se pueden presentar dos situaciones: a) la inseminación se efectúa con el consentimiento del marido y b) se realiza sin consentimiento o contra la

voluntad del esposo.

El primer caso, la inseminación de mujer casada con el componente genético de un tercero o donante, consintiendo el marido y dándose la concepción durante el matrimonio; este último pretende posteriormente desconocer judicialmente al hijo por no ser genéticamente o biológicamente suyo. A mi juicio, es difícil que el marido pueda tener éxito, si el dió consentimiento para ese fin a su esposa; además él disfruta los derechos y obligaciones que cualquier padre tiene sobre su hijo y eso se podría alegar con base en el artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal que señala lo siguiente:

Art. 326. El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. (57)

Por otra parte, se podría sostener que la inseminación artificial de la mujer con semen de un donante y con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldría a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Sin embargo, se debe señalar que dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales cualidades. (58)

Es recomendable aconsejar que el consentimiento del marido de la mujer inseminada se realice por escrito, para hacer prueba de que él será el padre legalmente reconocido y de que asumirá la

custodia y derechos que le corresponden y evitar así que en un futuro pretenda desconocer al hijo.

En la segunda posibilidad, es decir en la inseminación artificial por donante dentro del matrimonio, pero sin el consentimiento del marido o contra su voluntad, puede surgir varias situaciones: La primera es que el marido podría alegar que el hijo es resultado de un adulterio y solicitar su desconocimiento.

Conforme a lo que establece el artículo 272 del Código Penal para el Distrito Federal solo se podrá castigar el adulterio cuando se comete en el domicilio conyugal y con escándalo. (59) Lo cual evidentemente no es el caso.

En México, conforme a lo que señala el artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal anteriormente mencionado, es difícil alegar el desconocimiento de un hijo, sin embargo, el artículo 330 establece:

Art. 330. En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente; o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento. (60)

Carmen García Mendieta afirma lo siguiente:

"...aunque el esposo demostrara la existencia de inseminación artificial sin consentimiento y, más aún, produjese una prueba hematológica que pusiere de manifiesto una incompatibilidad de

grupos sanguíneos con su supuesto hijo, ello carecería de relevancia jurídica: para la ley ese hombre es el padre de ese hijo y estará sujeto a las obligaciones derivadas de su paternidad.(61)

No obstante lo anterior, el caso OXFORD VS OXFORD, fallado en la Suprema Corte de Ontario, en Canadá, resolvió que la inseminación artificial por donante constituye adulterio, señalando que "la esencia del delito de adulterio consiste no en la vileza o infamia moral del acto o comercio carnal, sino en la entrega voluntaria a otra persona de los órganos o de las facultades reproductoras."(62)

Otro problema muy importante, consiste en determinar si se debe mantener anónimo al donante o revelar su identidad. Se ha manejado que la confidencialidad del expediente médico en la inseminación artificial es de significativa importancia; pero el hijo concebido por este método podría tener interés en conocer a su progenitor por razones médicas y obtener información necesaria e indispensable en un momento de su vida; pero el padre biológico quizá deseara por diversas razones que se conservara su anonimato como donador, por pensar que en un momento dado el hijo podría reclamarle algunas prestaciones.

La ley Sueca da derecho a una persona a los 18 años de conocer la identidad de su padre biológico; otorgándole completa protección legal a éste, y ningún derecho al hijo en contra del donador, al conocer su identidad.(63)

Desde mi punto de vista considero que el niño tiene derecho a conocer quién es su padre, y de dónde proviene, pero esa facultad

se le debe otorgar a una edad en la cual pueda comprender la trascendencia de esta información y únicamente para resolver algún problema médico hereditario o investigar una enfermedad.

3. FERTILIZACION IN VITRO

3.1. INTRODUCCION

La fertilización in vitro es un método de creación reciente y un término genérico que denomina varios procedimientos médicos que se utilizan para remediar algunos tipos de infertilidad.(64).

Actualmente es utilizado por el 5% de las parejas que presentan diversas causas de infertilidad; como por ejemplo, la oligospermia de la cual no se ha logrado descubrir su origen.(65)

Otro motivo muy frecuente para utilizar la fertilización in vitro es que algunas mujeres son infértiles en un grado inferior, es decir, producen óvulos correctamente, el tamaño de su útero es normal, pero presentan un daño en las trompas de falopio que se encuentran obstruidas y el óvulo no puede realizar su trayectoria normal del ovario al útero.

La fertilización in vitro presenta las siguientes posibilidades:

1.- El semen y el óvulo son de la pareja, en este caso el niño será 100% de los padres.

2.- El óvulo es de la mujer y el semen de un donador.

3.- El óvulo es de una donadora y el semen del marido.

4.- El semen y el óvulo son de donadores.(66)

Las dos últimas, posteriormente se explicarán, cuando se desarrolle el tema de la donación de óvulo o de embrión.

Las primeras dos situaciones son las más comunes y las que más se realizan; la segunda presenta serias polémicas, ya que es utilizada también por mujeres solteras, que presentan problemas de infertilidad.

Otra posibilidad, es que se realice la fecundación in vitro y el embrión sea congelado para ser implantado posteriormente en el útero de la madre.

A la fertilización in vitro se le conoce también como bebés de probeta, o fertilización extracorpórea, pero la denominación más correcta es la primera.

En Inglaterra nació en 1978 el primer bebé mediante este procedimiento; posteriormente en febrero de 1982 en Francia, se tiene registrado el nacimiento del primer niño por medio de este método. Se calcula que en Francia nacen aproximadamente 3,500 niños al día como resultado de esta fertilización .(67)

Este método se puede llevar al cabo en hospitales particulares o públicos y en clínicas. En México actualmente se realiza en el Instituto Nacional de Perinatología, en el Hospital de la Raza

y en hospitales privados como Los Angeles o el Santa Teresita.

3.2. CONCEPTO Y PROCEDIMIENTO

La fertilización in vitro se podría definir como la extracción de óvulos del ovario de una mujer, los cuales son fertilizados en una caja de petri por el espermatozoides del marido o de un donante, con el objeto de que posteriormente uno de ellos se implante en la matriz.

El procedimiento que se utiliza según Claudia Wallis, es el siguiente:

"Cuando el análisis de sangre y el ultrasonido indican que el ovario se encuentra maduro, se procede a extraer los óvulos mediante una delicada operación que se efectúa con anestesia general. El cirujano primero inserta el laparoscopio que tiene aproximadamente un tercio de pulgada de diámetro (8 milímetros), de modo de que pueda llegar al objeto: el pequeño y azulado folículo dentro del ovario, donde cada óvulo se produce. Entonces una larga aguja hueca se inserta por medio de una segunda incisión y los óvulos y el fluido que los envuelve se succionan suavemente.

Algunas clínicas utilizan imágenes de ultrasonido para guiar a la aguja dentro del folículo; este procedimiento puede ser bajo anestesia local y en el consultorio de un médico, siendo menos

caro que la laparoscopia, que no obstante resulta ser más confiable.

Una vez extraído el líquido folicular se lleva rápidamente a un laboratorio y es examinado bajo un microscopio para confirmar que contiene óvulos (el óvulo mide aproximadamente cuatro milésimas de una pulgada). Los óvulos son cuidadosamente lavados y se colocan en una caja de petri que contiene una solución de nutrientes y que será depositada en una incubadora de cuatro a ocho horas. Posteriormente el esperma es preparado en una solución para ser colocado en la caja de petri donde el óvulo se encuentra.

El momento trascendental de la unión, es decir cuando una nueva vida empieza, deberá ocurrir durante las siguientes 24 horas en la penumbra de una incubadora que se encuentra a la temperatura del cuerpo humano.

Si todo marcha bien, varios de los óvulos se fertilizarán y empezarán a dividirse. Una vez que un embrión tenga al menos de dos a ocho divisiones, se implantará en la matriz de la mujer, lo cual no requiere anestesia ."(68)

3.3. ARGUMENTOS A FAVOR Y OBJECIONES

Los puntos de vista en favor de la fertilización in vitro son pocos y en algunos aspectos similares a los de la inseminación artificial por esposo, ya que en caso de que ambos elementos

necesarios para realizar la fecundación provengan de un matrimonio, solo se está requiriendo la ayuda de un tercero para realizar la unión.

El principal argumento es muy simple: se establece que la fertilización in vitro es un procedimiento que aumenta las posibilidades a los matrimonios infértiles de tener hijos. Para algunas parejas esta técnica es la única mediante la cual pueden tener una criatura 100% suya.(69)

Las críticas que se presentan en contra a este método son varias y principalmente por las consecuencias que trae consigo:

La primera sostiene, al igual que en la inseminación por esposo, que es una desviación de la forma normal y natural de dar origen a una nueva vida, argumentando que la procreación debe coincidir con el acto conyugal.(70)

La segunda, y en mi concepto de gran importancia, es sobre la creación de embriones que probablemente no se van a utilizar, pero que tienen el potencial para formar vida humana.(71)

El anterior problema trae como consecuencia determinar la naturaleza jurídica del embrión, precisar en qué momento se inicia la vida; y si es semejante a un aborto el desechar esos embriones.

Además, es conveniente determinar si se podrán congelar y posteriormente usar en otras parejas. Finalmente, es necesario aclarar si se pueden realizar experimentos con esos embriones ya fecundados y que por no haber sido implantados, podrían

efectuarse investigaciones con ellos.

Como nos podemos dar cuenta, un solo problema puede generar varias preguntas difíciles de contestar, que por su naturaleza misma, no se han logrado definir y las cuales implican cuestiones éticas, morales, religiosas y además legales.

Se dice que con la fertilización in vitro, el niño se va a crear en condiciones artificiales y no en un momento de amor, lo cual es un proceso destructivo de la familia y que va 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, que a los bebés prematuros se les mantiene en un ambiente artificial en una incubadora, hasta por veinte semanas, para poder completar su desarrollo, y que éste período es mayor al promedio de dos a seis días en los que un embrión in vitro está en un ambiente artificial, en la caja de petri de un laboratorio.(72)

Finalmente, se sostiene que la fertilización in vitro, es muy costosa y solo tienen acceso a ella, personas con suficiente dinero para un tratamiento tan caro; concluyendo que si es un método de ayuda para las parejas infértiles, no todas pueden pagarlo, por lo que no se considera como equitativo.(73)

3.4. PROBLEMAS LEGALES

Los problemas jurídicos que se derivan de este método son varios y de una gran importancia por su trascendencia social y por las dificultades que se presentan al tratar de darles una solución adecuada. El principal, es que para poder llevarlo al cabo, se requiere la extracción de varios óvulos que son fecundados; pero como a una mujer sólo se le puede implantar uno de los embriones, surge la incertidumbre en determinar qué se hará con los que sobran.

La primera posibilidad es que se desechen los que no van a ser utilizados; pero se argumenta que eso podría considerarse como un aborto ya que desde el momento de la concepción se inicia una vida, y se considera que merece protección.

Al efecto, debemos citar el artículo 22 de nuestro Código Civil del Distrito Federal que dice:

art.22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.(74)

Sin embargo, otra opinión diferente es la de Samuel Gorovitz, profesor de filosofía de la Universidad de Maryland, quien considera que la protección de la persona humana no empieza sino

hasta que el feto desarrolla la capacidad de responder a los estímulos, lo cual aparece entre la octava y la décima semana de gestación.(75)

La segunda crítica consiste en que esos embriones se utilicen para investigaciones científicas, The Warnock Report establece lo siguiente:

" Es obvio que la principal objeción a la investigación con embriones se basa en principios morales, porque se les puede considerar como seres humanos, y en consecuencia, deben tener los mismos derechos que un niño o un adulto. El derecho de vivir, es un derecho humano fundamental que no se puede privar a nadie y si los embriones serán objeto de investigaciones, no van a poder tener el derecho a desarrollar el potencial de vida que podrían tener."(76)

Finalmente The Warnock Report recomienda:

" Ningún embrión humano derivado de fertilización in vitro, congelado o no, se debe mantener vivo más de catorce días después de la fertilización, sino es transferido o implantado en el vientre de una mujer; ni tampoco debe ser utilizado con fines de investigación más de catorce días después de la fertilización; estos días no incluyen el período que un embrión pueda encontrarse congelado. Recomendamos que será un delito manejar o usar como objeto de investigación, cualquier embrión humano vivo derivado de una fertilización in vitro, mas allá de ese límite y recomendamos que ningún embrión que ha sido utilizado para

investigaciones sea implantado en una mujer."(77)

The Glover Report on Reproductive Technologies to the European Commission, establece que por medio de la investigación en embriones se puede obtener una serie de beneficios para los tratamientos de la infertilidad o de problemas reproductivos, y también en caso de determinadas enfermedades, como por ejemplo el mal de Parkinson. ¿Pero lo anterior se considera justificable?, ¿es realmente moral utilizar fetos para poder crear vida o salvar a otro ser humano totalmente desarrollado?. Si se considera correcto la utilización de embriones, para realizar experimentos con seres humanos, es ir en contra de la dignidad humana, denigrar al hombre y correr un peligro potencial al someterse a investigaciones genéticas.(78)

En México, la Ley General de Salud, en su artículo 313, señala que el órgano competente para el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos es la Secretaría de Salud. Dicho ordenamiento permite tal disposición con fines terapéuticos, de docencia o investigación, o sea, sólo se consideran lícitas con esta finalidad, las actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, y también los de embriones y fetos. (art.314).(79)

Otro problema que se deriva de la fertilización in vitro, es cuando la pareja solicita que los embriones sobrantes se

congelen, para que posteriormente sean implantados; ¿pero qué ocurre si la pareja fallece, qué naturaleza van a tener esos embriones?, sobre todo si se desean implantar en el vientre de otra mujer para poder otorgarles vida y que tengan los derechos hereditarios a los que podrían ser acreedores, en caso de que exista alguna herencia importante y ellos fuesen los únicos y posibles herederos.

Considero que la pareja es la única que puede determinar el destino de los embriones sobrantes, y si su deseo es que se realicen investigaciones o se desechen, de ellos va a depender su destino.

Lo anterior es en razón de que en un momento la pareja puede ejercer alguna acción en contra del médico al enterarse que destruyó el embrión ya sea por descuido, negligencia o porque consideró que ya no era de utilidad. Por lo expuesto, el destino de los embriones solo lo pueden determinar los padres, por ser sus propias células

En Estados Unidos en 1978 se dió un proceso legal derivado de una fertilización in vitro, porque el médico desechó el embrión sin el consentimiento de los padres. La pareja demandó al médico por angustia emocional sufrida por la perdida del producto, y a la vez, por lo que pudo haber sido una solución al problema de su infertilidad. (80)

En apoyo a lo anteriormente expuesto referente a la disposición de embriones, se debe señalar a la Ley General de Salud, vigente

en nuestro país, que en su artículo 315 dice lo siguiente:

art. 315.- Se considerará como disponente originario, para efectos de este título, a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo. (81)

4. DONACION DE OVULO

4.1. INTRODUCCION

La donación de óvulo ofrece actualmente una posibilidad para las parejas donde la mujer no puede producir sus propios óvulos, o tiene algún defecto congénito que pudiera transmitir. También se utiliza para quienes son candidatas a la fertilización in vitro.

Aproximadamente el 5% de las parejas infértiles son beneficiadas por este método; pero es necesario señalar que en Australia y en Estados Unidos fue donde se realizaron las primeras donaciones de óvulo con éxito(82)

Generalmente este procedimiento se recomienda cuando la mujer no tiene ovarios por causas congénitas, le fueron extirpados, o bien, cuando se cree que pueda tener un defecto genético en los mismos.

La utilización del óvulo donado se debe realizar inmediatamente, ya que no puede ser congelado; al contrario del semen y de los embriones que pueden conservarse largo tiempo, eso nos da entender la complejidad de este método y su grado de dificultad. (83)

La Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida señala al respecto lo siguiente:

art.11.-ap.2 No se autorizará la crioconservación de óvulos con fines de reproducción asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación. (84)

Dentro de la donación de óvulo también existe la embrionación artificial, que no es lo mismo que la donación de embrión, ya que el óvulo es de una donadora, pero el semen es del marido. Se presenta de la siguiente forma: la pareja llega a un acuerdo con una mujer fértil que acepte ser inseminada con el semen del cónyuge solicitante, y cuatro o cinco días después de la fertilización, se le extrae el embrión y es implantado en la mujer infértil, que lleva al cabo la gestación normal. (85)

4.2. CONCEPTO Y PROCEDIMIENTO

La donación de óvulo se podría definir de la siguiente forma:

Es el trasplante de uno de los óvulos de una mujer, fecundados

in vitro con el semen del esposo de una mujer receptora.

Las alternativas para efectuar este método son las siguientes:

1.-Un óvulo maduro extraído de una mujer y fertilizado in vitro con el semen del marido, se transfiere a la matriz de la esposa infértil para que termine el desarrollo normal de un embarazo. (86)

2.-La segunda posibilidad se presenta cuando una mujer que ha estado sujeta a un tratamiento de infertilidad y a la cual se le han extraído varios óvulos, puede estar preparada para donar uno o mas de ellos a otra, cuya infertilidad sólo puede ser tratada por medio de este procedimiento. (87)

Antes que se efectúe la extracción, las pacientes se deben de someter a tratamientos, para que este procedimiento se pueda realizar en tiempo y sin retraso alguno.

En relación a la denominación que se le otorga a este método, comparto el criterio de Pedro José González Trevijano, en su artículo "Algunas Reflexiones Jurídico-Constitucionales sobre el Derecho a la Reproducción Humana y las nuevas Técnicas de Reproducción Asistida" que sostiene lo siguiente:

"Respecto a si estas prácticas deben tener carácter comercial o no, diremos que , de hecho, ello dependerá, como tantas otras cosas, de la oferta y la demanda que exista de estos elementos, aunque el Derecho deberá tomar su propia postura al respecto. Si media precio, dejarán, obviamente, de ser donaciones para convertirse en aspectos insertos en el tráfico comercial." (88)

4.3. ARGUMENTOS A FAVOR Y OBJECIONES

Los puntos de vista en favor de la donación de óvulo, son similares a los de la inseminación artificial por donante, ya que el hijo será genéticamente del padre, pero la mujer también tendrá la satisfacción de llevar a término el embarazo y sentir que el niño es suyo al experimentar la maternidad hasta su fin. Este proceso presenta un punto de ventaja con la inseminación artificial por donante, ya que aquí la pareja participa en ambos aspectos; el hombre proporciona el semen y la esposa llevará al cabo la gestación, sintiendo realmente suya a la criatura.(89)

Los argumentos que se presentan en contra, son similares a la inseminación artificial por donante:

No es correcto que en la concepción de un nuevo ser participe una tercera persona, porque presenta un peligro para la donadora en el aspecto psicológico y en el aspecto físico, ya que el procedimiento no es fácil y puede en un momento surgir algún riesgo médico de gravedad.(90)

Otra objeción, son las cuestiones sociales relativas al uso de gametos provenientes de terceras personas, que puede ocasionar al niño no desarrollar su identidad y que presente algún problema psicológico.

Estos puntos de vista deben comprender los efectos que se producirán en la familia, en el aspecto de las relaciones de los

padres con el niño y viceversa y en un momento dado también entre la pareja, a la que en lugar de unirlos puede ser causa de conflictos.

4.4. PROBLEMAS LEGALES

Actualmente no hay legislación que establezca o determine quién es la madre legal, en caso de donación de óvulo. Por otra parte, uno de los problemas que puede derivar de este método, es si se acepta la revocabilidad de la donación de gametos, que en este caso sería del óvulo.

Se considera que puede ser revocable en la medida de que el material biológico (óvulo) no haya sido utilizado, y podrá ser destruido siempre y cuando se encuentre en el mismo estado en el que fue donado. Si con este material se han generado nuevos individuos en calidad de embrión, la donación se considerará irrevocable.(91)

La Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, establece al respecto lo siguiente:

"art.5.-ap.2 La donación sólo será revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados

al centro receptor."(92)

Otro problema que surge, al igual que en la inseminación artificial por donante, es respecto a la identidad de la donadora. En este aspecto considero que es conveniente transcribir los artículos 5 ap.5 y 8 ap.3 de la Ley Española antes citada:

"art.5.-ap.5 La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el art. 8, ap.3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante."

"art.8.-ap.3 La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al art.5, ap. 5, de esta ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de

filiación." (93)

5. DONACION DE EMBRION

5.1. INTRODUCCION

En la donación de embrión no se va a presentar ninguna relación genética con la pareja, únicamente la mujer va a llevar al cabo la gestación del nuevo ser. El motivo de la creación de este método, es en razón de que los procesos de adopción son muy largos, al contrario de este procedimiento en el que únicamente se debe esperar solo los nueve meses del embarazo, con la ventaja para la esposa portadora de experimentar el proceso de gestación de su hijo, y tener una mayor relación sentimental con ese nuevo ser.

Los gametos se pueden adquirir de donadores contratados o de bancos de esperma y en el caso de los óvulos o de los embriones, cuando existan sobrantes de una fertilización in vitro o se obtengan de un banco de embriones. (94)

5.1 CONCEPTO

La donación de embrión se podría definir como la obtención por medio de donadores, de gametos fertilizados para lograr obtener un embrión, que será implantado en el vientre de la mujer receptora.

Esta figura se puede realizar bajo dos métodos:

1.- El óvulo y el semen donado son fertilizados in vitro, a fin de obtener un embrión que será transferido al útero de la mujer solicitante, imposibilitada de producir óvulos y que su esposo es infértil.

2.- El segundo procedimiento es algo más complejo que el primero, ya que se debe observar a la mujer donante para comprobar que se encuentre en el momento idóneo del ciclo menstrual a fin de ser inseminada artificialmente con el semen del donante. El embrión, resultado de dicha fertilización, es extraído cuatro o cinco días después por medio de un lavado y transferido inmediatamente al útero de la mujer solicitante. Este procedimiento no requiere de anestesia general. (95)

5.3. ARGUMENTOS A FAVOR Y OBJECIONES

Uno de los principales argumentos a favor de éste método consiste en que la pareja receptora se acerca más a la situación

normal de la reproducción humana, por medio de la experiencia del embarazo tradicional, más allá de lo que hace la adopción.

Otra razón importante, es que en una adopción normal se deben realizar muchos trámites, efectuar una larga espera y la pareja no puede experimentar la sensación del embarazo y del alumbramiento, lo cual crea un vínculo sentimental muy estrecho entre la madre gestante y el niño.(96) Las objeciones que se presentan al respecto, son muy similares a las de la donación de óvulo y a la inseminación artificial por donante, señalándose en primer lugar, lo incorrecto de que en la concepción de un ser intervenga una tercera persona, y el posible impacto que puede tener en el niño y ante la sociedad en general, si se divulga el origen de su nacimiento.(97)

Otra situación que se argumenta en contra de este método, es que la donadora del embrión corre un riesgo físico al realizarle la extracción por medio de un lavado, que puede ocasionarle una infección en el útero.(98)

5.4. PROBLEMAS LEGALES

Son pocos los problemas legales que se derivan de este método, ya que su uso realmente no es tan común como la inseminación artificial o la fertilización in vitro.

El aspecto de la paternidad y de la maternidad en el caso de la donación de embrión no ha sido determinado, pero algunas legislaciones, como la española, en su artículo 10, ap. 2 sostiene que la madre gestante es la madre legal del niño.(99) "The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology" establece que no es conveniente el uso del lavado para obtener la donación del embrión y que la técnica recomendable es por medio de la fertilización in vitro, ya que la primera representa un riesgo y la donadora en consecuencia puede demandar al médico y a la pareja solicitante por responsabilidad civil, daño moral y daños y perjuicios, en caso de que se le afectare física o psicológicamente.(100)

6 MATERNIDAD DELEGADA

6.1 INTRODUCCION Y CONCEPTO

La maternidad delegada es el método más discutido actualmente y que contradice el principio de "**MATER SEMPER CERTA EST**", regla que por esta técnica no se cumple y da origen a un gran número de preguntas e interrogantes, como ¿quién es la madre?, ¿la que da su óvulo, o la que va a realizar la gestación durante nueve meses y dar a luz?.

La maternidad delegada empezó a surgir como contrato alrededor de 1976, principalmente en Estados Unidos de América. A finales de 1981, aproximadamente 100 niños habían nacido por medio de estos convenios, y al terminar 1986, unos 500. (101)

Pedro Silva Ruiz, catedrático de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, en su ponencia "El Contrato de Maternidad Sustituta o Suplente o Subrogada, la Maternidad de Alquiler", establece el siguiente concepto:

"La maternidad de alquiler o subrogada es aquel caso en el que realizadas las primeras fases de la fecundación, los embriones formados no son implantados en la madre biológica, sino en otra mujer que cede o alquila su útero para continuar el embarazo. Ello es debido, bien a que la primera mujer no puede realizar una gestación normal, o bien porque, sin motivo aparente, no quiere hacerlo. Este tipo de maternidad presenta dos modalidades fundamentales: la madre de alquiler cede no sólo su útero, sino también sus óvulos, con lo cual sería también la madre biológica del neonato al que cedería en adopción a la pareja que ha alquilado sus servicios y, una segunda posibilidad, consistente en sólo la cesión de su útero al cual se transfiere un embrión, que al igual que en el caso anterior, una vez nacido es entregado a la pareja contratante". (102)

En España, Pedro González Trevijano, en su artículo "Algunas Reflexiones Jurídico-Constitucionales sobre el Derecho a la Reproducción Humana y las Nuevas Técnicas de Reproducción

Asistida", denomina a la maternidad delegada, como maternidad de alquiler, y da el siguiente concepto:

"La llamada maternidad subrogada o gestación de sustitución es un aspecto surgido como consecuencia de las nuevas técnicas de reproducción asistida, especialmente por la posibilidad de la fecundación in vitro, ya que esta práctica combinada con la gestación por sustitución, permite a una mujer que no puede llevar a su término un embarazo, tener un hijo genéticamente suyo por la fecundación de su propio ovocito con el semen de su compañero o donado en un laboratorio."(103)

En Australia, se define como: "el arreglo mediante el cual una mujer da a luz un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo tan pronto nazca o inmediatamente después del nacimiento." (104)

En Estados Unidos, la literatura jurídica la ha definido en los términos siguientes: "La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil."(105)

" La madre subrogada es una mujer que acepta ser inseminada artificialmente con el espermatozoides de un hombre, en el que su esposa se encuentra incapacitada a concebir o a llevar la gestación hasta su término. Generalmente, la madre subrogada concibe, lleva al niño en su vientre durante nueve meses, lo da a luz, y cede a la criatura a la pareja infértil. El acuerdo entre la

madre subrogada y el padre natural o biológico de la pareja infértil se realiza por medio de un contrato." (106)

En Inglaterra, The Warnock Report on Human Fertilisation and Embriology, define el concepto de la siguiente forma:

"Es la practica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de que nazca". La utilización de la inseminación artificial y los recientes desarrollos en la fertilización in vitro han eliminado la necesidad de relaciones sexuales para producir la preñez. La maternidad subrogada puede tener varias formas de presentarse: La mujer que contrata a otra puede ser la madre genética si provee el óvulo, pero también puede no contribuir elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente. El padre genético puede ser el marido de la mujer, o el marido de la madre suplente o un donante anónimo. Por lo tanto, existen varias partes involucradas, así como diferentes posibilidades para que participen distintas personas, que serán relevantes en la concepción de la criatura, su nacimiento y medio ambiente familiar en las primeras semanas o meses de su vida.(107)

La Comunidad Europea, en su libro "Fertility & Family. The Glover Report on Reproductive Technologies to the European Commission", considera el término de maternidad subrogada como: "la mujer que reemplaza el papel de madre que corresponde a otra persona. En la versión de matriz de alquiler la sustitución se realiza en el cuerpo de otra mujer, durante toda la

gestación."(108)

Pierre Kayser, profesor honorario de la Universidad de Derecho, de Economía y de Ciencias de Aix-Marseille, nos dice: "la maternidad de sustitución consiste en la aceptación de una mujer de ser inseminada con el esperma del marido de la mujer estéril, y llevar la gestación del niño hasta su nacimiento, será la madre genética y la gestante. Una mujer que acepta únicamente la implantación de un embrión obtenido por fecundación in vitro de una pareja y llevar al cabo la gestación, se le denominará madre gestante".(109).

Como nos podemos dar cuenta, las definiciones antes mencionadas son muy similares, con diferente redacción, pero todas tienen en esencia el mismo significado. Por ejemplo, el término maternidad subrogada, es una traducción literal al español de "surrogate motherhood", y generalmente es utilizado por los ingleses y norte americanos; en España, algunos la denominan maternidad de alquiler; en Francia, se conoce como madre gestante o portadora; otros autores la definen como maternidad sustitutiva o sustituta; o bien, como alquiler de matriz. Todos estas expresiones son sinónimas entre sí y se refieren a las mismas funciones.

En el desarrollo del trabajo, este procedimiento se denominará maternidad delegada, que comprende dos conceptos: el primero, cuando la mujer sólo es la portadora del niño, y segundo, cuando ella dona el óvulo y además lleva a término la gestación. En el

siguiente capítulo se hará la distinción de las dos formas para denominarlas, una como maternidad gestante delegada y la otra como maternidad sustitutiva delegada; pero ambas, como aspectos de la maternidad delegada

6.2 ARGUMENTOS A FAVOR Y OBJECIONES

A continuación se transcribirán algunos argumentos favorables a este método; aun cuando la mayoría son contrarios, por considerar varios autores que es contrario a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.

Diversos tratadistas sostienen que la infertilidad es un problema que se puede resolver, y una de las formas es por medio de la maternidad delegada, ya que las parejas sin descendientes tienen la posibilidad de tener un hijo genéticamente suyo por medio de esta técnica. También se establece que es un acto generoso de aquellas mujeres que ayudan a las parejas infértiles a tener una criatura, cuando no hay un pago de por medio.

Martha Field, en su libro "SURROGATE MOTHERHOOD", explica los motivos de distintas mujeres para ayudar sin cobro alguno a las parejas infértiles, con puntos de vista muy justificables:

- 1.- Una razón de peso es cuando una hermana, familiar o amiga muy cercana se presta a llevar al cabo la gestación del niño, como una ayuda a un ser que quiere y al cual desea ver formar una

familia.

2.- Algunas mujeres lo consideran como "un acto de amor y generosidad" ya que tienen el deseo de ayudar a otras parejas a que se sientan felices. En una entrevista se dijo: "ella quiere ayudar a la humanidad, y como no va a poder curar el cáncer o ser como la Madre Teresa, puede llevar a término una gestación y ayudar a una pareja a obtener algo que desean y que no podrían tener si no es por este medio".

3.- Otras mujeres sostiene que lo realizan por tener la experiencia de un embarazo y de experimentar todos los cambios que se producen, tanto físicos y psicológicos en su cuerpo.

4.- Una mujer manifestó que deseaba tener la experiencia porque ella era ginecóloga, y de esa forma podría ser mejor médico y comprender todos los cambios que se presentan en el embarazo, y a su vez daría un mejor servicio y comprensión a sus clientas.

5.- Algunas mujeres que tuvieron un aborto, o que perdieron un hijo, o son mujeres que fueron adoptadas, también desean ayudar a parejas infértiles. (110)

Dentro de los argumentos que se encuentran a favor, se dice también que la maternidad delegada refuerza las relaciones matrimoniales de una pareja, por medio de un hijo.

Sin embargo, se afirma que es ilegal que las mujeres contraten con su propio cuerpo; pero algunos autores sostiene que cada ser humano tiene el derecho de usar su organismo como crea

conveniente y según sus propias decisiones; ya que si se realiza el contrato voluntariamente, no hay ningún argumento que establezca que es una explotación para la mujer gestante.(111)

"El rabino Moses Tendler, profesor de Etica Médica Judía de la Universidad de Manhattan Yeshiva, sostiene que no es tan grave el alquilar por nueve meses un útero, argumentando que antiguamente se podía comprar a todo un hombre como esclavo y hacer con él lo que uno quisiera; por lo que si los contratos de maternidad subrogada son aceptados, se podrá entender que sólo se está rentando un órgano."(112)

Otro argumento, consiste en que es conveniente legalizar la maternidad delegada, porque si se prohíbe, puede florecer un mercado negro y realizarse todo clandestinamente.(113)

Por último, se afirma que la maternidad delegada se asemeja a la compra de un niño, lo cual es absurdo, ya que el padre genético no puede comprar a su propio hijo, y menos aún en el caso de que su esposa también haya aportado un óvulo.(114)

Los argumentos en contra son múltiples, empezando por la validez del contrato, si es una venta de niños o si se está explotando a la mujer al comerciar con su propio cuerpo, etc.; los más relevantes son los siguientes:

- 1.- La principal objeción, es que se considera a la concepción del ser desde un punto de vista comercial, al tratarla por medio de un contrato y manejarla en un mercado económico.(115)

- 2.- Varios autores manifiestan que el ser más afectado es la

criatura, ya que se ofende la dignidad y los derechos de una persona cuando no es concebida, gestada y traída al mundo por sus propios padres, lo cual puede ocasionar que el hijo hubiera deseado no haber nacido de esa forma.(116)

3.- Otro punto, es que se afectará al niño psicológicamente, ya que si hubo un pago, él puede pensar que lo compraron, y al desprenderlo de su verdadero vínculo materno, perdió su verdadera identidad.(117)

4.- Se afirma también que debe regularse que el pago en este tipo de contratos sea ilegal, toda vez que mujeres de pocos recursos pueden ser explotadas, y entonces se podría manejar como compra de un niño. A su vez, determinadas personas lo podrían utilizar como negocio para ganar dinero, y no como un acto de ayuda y amor.(118)

5.- Varios grupos religiosos están en contra de la maternidad delegada; por ejemplo, la Iglesia Católica lo condena por considerar que es una violación al aspecto biológico y espiritual en la unión de un matrimonio y que denigra el panorama de una familia.(119)

6.- Algunos oponentes a la maternidad delegada, argumentan que el costo para realizar este método y todos los pagos que se deben realizar son inaccesibles para muchas parejas, lo cual crea la despersonalización de la sexualidad y desquebraja el concepto de familia.(120)

7.- Pierre Kayser, establece que es un crimen el que una

persona abandone a su hijo, y renuncie anticipadamente a todos sus derechos como madre. (121)

8.- Pedro Silva Ruiz, sostiene el siguiente argumento: " El cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres. Es además, contrario al orden público acordar la procreación de un hijo, en unión a la renuncia de las relaciones paterno-filiales cuando éste nazca para que otra persona lo adopte." (122)

9.- Angela Holder, profesora de la Universidad de Yale, sostiene que no se debe legalizar la maternidad delegada ni sus contratos, ya que eso significa una venta pura y simple de un niño y va en contra de todo orden público, al ser ilegal. (123)

10.- Finalmente, algunos autores sostienen que este método se podría definir como "la prostitución reproductiva." (124)

6.3. PROBLEMAS LEGALES

Varios problemas legales surgen por la celebración de un contrato entre una pareja infértil y la mujer que acepta llevar al cabo la gestación del niño; los más importantes son los siguientes:

¿es valido el contrato?; si es legal, ¿qué obligaciones tienen las 0 partes?, ¿se debe pagar una cantidad por el servicio?, ¿qué pasa en caso de incumplimiento?, ¿se puede dar por terminado anticipadamente el convenio? y finalmente, ¿quién es

la madre?.

Los casos legales que se han presentado por incumplimiento al contrato son numerosos y en algunos aspectos hasta grotescos. Un problema muy común, es cuando la madre delegada no desea entregar a la criatura y surge la duda de si el contrato se debe cumplir o no, y si es válido. El caso más conocido es el de " Baby M", en el que se discutió la custodia de la niña entre la madre gestante Mary Beth Whitehead de 29 años y el matrimonio Stern, el cual le pagó \$10,000 dólares por ser inseminada y llevar a término el embarazo, la mujer gestante finalmente se arrepintió y se negó a dar la niña.(125)

Otro problema, es cuando la criatura nace con alguna deformación o enfermedad por culpa de la madre gestante; por ejemplo, un matrimonio de Michigan contrató a una mujer de Tennessee para que llevara la gestación y fuese inseminada con el semen del marido de la esposa infértil; finalmente, la mujer resultó alcohólica y dió a luz un niño con síndrome de alcoholismo fetal que requiere de un tratamiento médico.(126)

Los problemas que se presentan por deformaciones genéticas, en su mayoría derivan de una negligencia, ya sea del médico o de la mujer gestante, lo cual ocasiona el incumplimiento de alguna de las cláusulas del contrato, cuando la pareja infértil ya no desea que se le entregue a la criatura por tener alguna enfermedad; este es el caso de Malahoff vs Stiver, en el que Judy Stiver fue inseminada artificialmente con el semen de Malahoff; pero al nacer el niño, tenía microcefalia y Alexander

Malahoff manifestó que no era suyo y no lo quería; la madre gestante dijo que no sentía ningún vínculo materno con su hijo, y así surgió el conflicto sobre el destino de la criatura. Finalmente, por medio de un estudio de sangre, se logró comprobar que el niño no era hijo de Malahoff, sino de los Stiver, al haber incumplido su obligación la madre gestante, de abstenerse a tener relaciones con su marido durante el período de la inseminación artificial. (127)

Otros conflictos surgen cuando la pareja se divorcia y ya no quieren conservar a la criatura; o en el caso de que los padres mueran en un accidente, situación en la que la madre gestante tendrá la obligación de quedarse con su hijo; o si la mujer contratada al dar a luz no desea entregar al niño, ésto último nos lleva a preguntar: ¿quién es la madre?, la que tiene el alumbramiento o quien aporta los genes.

El caso es más fácil cuando la mujer gestante también otorga su óvulo, sin duda alguna élla es la madre genética y tiene los derechos inherentes a su situación, pero si el óvulo es dado por la mujer solicitante a otra, que llevará a término la gestación ¿quién es la que tiene el derecho a quedarse con el niño?. Desde mi punto de vista considero que la que otorga el óvulo, o sea la madre genética es la que tiene todos los derechos, y la gestante como su nombre lo indica, es como una incubadora.

Como nos podemos dar cuenta, los conflictos jurídicos que derivan de la maternidad delegada son muchos, pero se podrán

comprender con mayor precisión en el desarrollo del siguiente capítulo, en el que se analizarán los elementos de este contrato.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 32.- Zannoni Eduardo A. Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978 pág.43.
- 33.- Silva Ruiz, Pedro F., " El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial "in vivo" e "in vitro ". Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXXVII, Núms. 151-152-153, Enero-Junio, 1987. pág. 202.
- 34.- Warnock Mary, op. cit. pág. 17.
- 35.- Ibid, pág. 17.
- 36.- Gutiérrez y González, op. cit. pág. 605.
- 37.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. " La Maternidad ¿es Siempre Cierta? (La Modernidad del Derecho Frente a los Avances Científicos). Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Año XXII, Número 65, Mayo-Agosto de 1989. pág. 500.
- 38.- Ibid, pág. 501.
- 39.- Silva Ruiz, Pedro F. op. cit. pág. 202.
- 40.- Pierre Kaiser, " Documents Sur L'embryon Humain et la Procréation Médicalement Assistée ", Recueil Dalloz Sirey, Paris, Núm 29, 14 sept/89.Chronique, pág. 197.
- 41.- Borrell Maciá, Antonio, op. cit. pág. 84.

- 42.- Silva Ruiz, Pedro F. op. cit. pág. 203.
- 43.- Código Civil para el Distrito Federal. Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa, S.A. 8a edición, abril de 1989, pág. 74.
- 44.- Friedrich Otto. op. cit. pág. 40.
- 45.- Silva Ruiz, Pedro F. op. cit. pág. 204
- 46.- Kolangui Nisanof, Tamara. " Regulación Jurídica de los nuevos Métodos de Concepción Artificial." Revista de la Escuela de Derecho, Universidad Anáhuac, Año IV, Número 4, 1986, pág. 100.
- 47.- Silva Ruiz, Pedro F. op. cit. pág. 207.
- 48.- Harvard Law Review, " Reproductive Technology and the Procreation Rights of the Unmarried." Notes, Vol. 98, Number 3, January 1985, pág. 670.
- 49.- Glover Jonathan and others, op. cit. pág. 33.
- 50.- Kolangui Nisanof, Tamara, op. cit. pág. 100.
- 51.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op. cit. pág. 500.
- 52.- Harvard Law Review, op. cit. pág. 675.
- 53.- Warnock Mary, op. cit. pág. 19.
- 54.- Ibid, pág. 21.
- 55.- Ibid, pág. 21.
- 56.- Pierre Kaiser, op. cit. 197.
- 57.- Código Civil para el Distrito Federal, op. cit. pág. 74.
- 58.- Silva Ruiz, Pedro F., op. cit. pág. 205.

- 59.- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990. pág. 101.
- 60.- Código Civil para el Distrito Federal, op. cit. pág. 75
- 61.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, op. cit. pág. 506.
- 62.- Silva Ruiz, Pedro F., " Artificial Reproduction Techniques, Fertility Regulation: The Challenge of Contemporary Family Law". The American Journal of comparative Law, Vol 1, Suplement 1966, Berkely Cal, U.S.A., pág 127.
- 63.- Glover Jonathan and others, op. cit. pág. 37 y 38.
- 64.- Silva Ruiz, Pedro F., "El Derecho de Familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro.", op. cit. pág. 209.
- 65.- Warnock Mary, op. cit. pág. 29.
- 66.- Silva Ruiz, Pedro F., " The Challenge of Contemporary Familiy Law", op. cit. pág.131.
- 67.- Procréation Médicalement assistée Diagnostic prénatal, Ministère de la Solidarité, de la Santé et de la Protection Sociale, Bulletin Officiel No 88.25 bis, pág. 12
- 68.- Wallis Claudia, op. cit. 35.
- 69.- Warnock Mary, op. cit. pág. 32.
- 70.- Ibid, pág. 31.
- 71.- Ibid, pág. 31.
- 72.- Kolangui Nisanof, Tamara. op. cit. pág. 98.

- 73.- Warnock Mary, op. cit. pág 32.
- 74.- Código Civil para el Distrito Federal, op. cit. pág. 16.
- 75.- Kolangui Nisanof, Tamara. op. cit. pág. 98.
- 76.- Warnock Mary, op. cit. pág. 61.
- 77.- Ibid, pág.66.
- 78.- Glover Jonathan and others, op. cit. pág.93.
- 79.- Ley General de Salud, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 1990, pág. 60.
- 80.- Kolangui Nisanof Tamara, op. cit. pág.99.
- 81.- Ley General de Salud, op. cit. pág. 60.
- 82.- Warnock Mary, op. cit. pág. 35
- 83.- Ibid, pág. 35.
- 84.- Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Apéndice del libro Biogenética filiación y delito. Miguel Angel Soto Lamadrid, Editorial Astrea, Buenos Aires 1989, pág. 554.
- 85.- Kolangui Nisanof, Tamara. op. cit. pág. 96.
- 86.- Warnock Mary, op. cit. pág. 35.
- 87.- Ibid, pág. 35.
- 88.- González Trevijano, Pedro José. "Algunas Reflexiones Jurídico-Constitucionales sobre el Derecho a la Reproducción Humana y las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida. Revista de Derecho Político, núm 26, Madrid 1988, pág 105.

- 89.- Warnock Mary, op. cit. pág 36.
- 90.- Ibid, pág. 36.
- 91.- González Trevijano, Pedro José, op. cit. pág. 106.
- 92.- Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida,
op. cit. pág. 552.
- 93.- Ibid, pág. 552 y 554.
- 94.- Warnock Mary, op. cit. pág. 39.
- 95.- Ibid, pág. 39.
- 96.- Ibid, pág. 40.
- 97.- Ibid, pág. 39.
- 98.- Ibid. pág. 39.
- 99.- Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida,
op. cit pág. 554.
- 100.- Warnock Mary, op. cit. pág. 40.
- 101.- Field, A. Martha, op. cit. pág. 5.
- 102.- Silva Ruiz, Pedro F. "El Contrato de Maternidad
Sustituta o Suplente o Subrogada, la Maternidad de
Alquiler." Ponencia presentada en la XXVI Conferencia
de la Federación Inter Americana de abogados (FIA),
Buenos Aires, Argentina, 9-15 de Mayo de 1987, pág. 3.
- 103.- González Trevijano, Pedro. op. cit. pág. 106.
- 104.- Silva Ruiz, Pedro F. "El Contrato de Maternidad
Sustituta o Suplente o Subrogada, la Maternidad de
Alquiler. op. cit. pág. 4.
- 105.- Ibid, pág. 4.

- 106.- Katz Avi, op. cit. pág. 2.
- 107.- Warnock Mary, op. cit. pág. 42.
- 108.- Glover Jonathan and others, op. cit. pág. 67.
- 109.- Kaiser Pierre, op. cit. pág. 198.
- 110.- Field A. Martha, op. cit. pág. 20.
- 111.- Warnock Mary, op. cit. pág. 45 y 46.
- 112.- Lacayo Richard, "Whose Child Is This?". Baby M. and the agonizing dilemma of surrogate motherhood. Time, January 19, 1987. pág. 42.
- 113.- Ibid, pág. 42.
- 114.- Ibid, pág. 42.
- 115.- Glover Jonathan and others, op. cit. pág. 83.
- 116.- Ibid, pág. 74.
- 117.- Ibid, pág. 75.
- 118.- Field A. Martha, op. cit. pág. 30.
- 119.- Lacayo Richard, op. cit. pág. 41.
- 120.- Kasirer Nicholas. "The Surrogate Motherhood Agreement: A Proposed Standard Form Contract for Quebec" Revue de Droit (Sherbrooke University), 16 (1985), pág.359.
- 121.- Kayser Pierre, op. cit. pág. 198.
- 122.- Silva Ruiz, Pedro F. "El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial en Vivo e in Vitro". op. cit. pág. 210.
- 123.- Rust Mark, op. cit. pág. 52.
- 124.- Field A. Martha, op. cit. pág. 28.

- 125.- Richard Lacayo, "Is the Womb a Rentable Space?". An emotional court case centers on surrogate births. Time, September 22, 1986, pág. 33.
- 126.- Andrews Lori, op. cit. pág.56.
- 127.- Ibid, pág. 56.

CAPITULO TERCERO

ANALISIS Y NATURALEZA JURIDICA DE LA MATERNIDAD DELEGADA

- 1.- Análisis de las Diferentes Denominaciones**
- 2.- Figuras Jurídicas Afines**
- 3.- La Maternidad Delegada**
- 4.- Contrato Principal y Contratos Accesorios**
- 5.- Naturaleza Jurídica del Contrato**

CAPITULO TERCERO

ANALISIS Y NATURALEZA JURIDICA DE LA MATERNIDAD DELEGADA

INTRODUCCION

La maternidad delegada es necesario considerarla como un acto jurídico del Derecho de Familia, en el que por medio de una voluntad exteriorizada se va a poder crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones conforme a los lineamientos de esta rama del Derecho.

Al ser un contrato sui generis, carece de una reglamentación jurídica, debidamente delimitada, que señale los derechos y obligaciones de las partes; por lo que como contrato innominado se deberá regir por las reglas generales, según lo establece el artículo 1858 del Código Civil del Distrito Federal que dice: "Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía, de los reglamentados de este ordenamiento"..(128)

Un primer problema surge al tratar de determinar con qué contrato presenta mayor analogía, como por ejemplo con el de

arrendamiento, con el de compraventa, con el de prestación de servicios, etc., para llegar a la conclusión que tiene similitudes con los contratos antes mencionados y aun con otros más.

Expuesto lo anterior, comparto la opinión de Sanchez Medal que afirma: "El contrato es la fuente ordinaria o normal de las obligaciones (Saleilles), que no está limitada a los bienes, sino que se extiende a las personas y a la familia, pues en el orden expatrimonial el matrimonio y la adopción son también contratos (Josserand)." (129)

1. ANALISIS DE LAS DIFERENTES DENOMINACIONES.

Diferentes nombres encontramos referentes a esta figura; varios autores la llaman maternidad subrogada, otros maternidad sustituta o sustitutiva, algunos alquiler o renta de matriz; otras formas menos comunes son la de madre incubadora, madre portadora o gestante e incubación en útero ajeno, etc.

La denominación que considero más adecuada es la de contrato de maternidad delegada, pero deseo que en un futuro se logre por medio del estudio de su naturaleza jurídica determinar el nombre más adecuado y poder lograr una uniformidad respecto a su denominación.

1.1 MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad subrogada es un término que se utiliza en Estados Unidos y en Inglaterra; en México, algunos autores lo emplean al hacer la traducción literal de "Surrogate Motherhood".

Es conveniente realizar un análisis del concepto de subrogación como parte de la Teoría General de las Obligaciones, con el objeto de efectuar una comparación de esta figura con la materia familiar y poder determinar si es o no correcta la denominación utilizada. La subrogación es una de las formas de transmisión de las obligaciones, anteriormente era considerada como una forma de extinción de las mismas. (130)

El Código Civil del Distrito Federal estima que la subrogación sólo implica una transmisión del vínculo, operándose un cambio de acreedor. La subrogación es utilizada para transmitir la obligación de un pago, de alguna deuda, partiendo del principio que en la subrogación ese pago se efectúa no con el fin de extinguir el crédito, sino simplemente para substituir el acreedor.

El término subrogación en cualquier caso, evoca la idea de una substitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra, resultando dos tipos diversos de subrogación: la real y la personal, enfocándonos por nuestro interés a la última. (131)

Rojina Villegas define a la subrogación de la siguiente forma:

" La subrogación es una forma de transmisión de las obligaciones por cambio de acreedor, que se opera por ministerio de ley en los casos en que un tercero paga al acreedor, cuando tiene interés jurídico en el cumplimiento de la deuda, o bien, cuando por un convenio entre el acreedor y un tercero, aquél transmite a éste, por virtud de un pago que recibe, todos los derechos que tiene contra su deudor. De esta suerte se distinguen dos formas de subrogación: la legal y la convencional." (132)

La legal se opera por ministerio de ley, y corresponde a un acto jurídico unilateral en la que sólo implica la manifestación de voluntad de un tercero, con el fin de substituirse en los derechos del acreedor. (133)

En la convencional se encuentra un acuerdo entre el acreedor y un tercero, por virtud del cual éste adquiere de aquél, los derechos y privilegios existentes contra el deudor. Implica un acto jurídico bilateral, un contrato entre acreedor y un tercero para la transmisión de la obligación. (134)

Nuestro interés en cuanto al tema se debe centrar a la subrogación convencional, ya que implica un acto jurídico bilateral, al contrario de la legal; pero dentro de la convencional existen dos formas: la que se efectúa por el consentimiento del acreedor y la otra por el del deudor.

Los elementos de la subrogación son los siguientes:

- 1.- Existencia de un crédito;

- 2.- Un tercero con interés jurídico en pagar al acreedor, o
- 3.- Un tercero que presta al deudor dinero para hacer el pago;
- 4.- Subsistencia e inalterabilidad del crédito. (135)

La subrogación convencional consentida por el acreedor, se refiere a la transmisión del crédito por virtud de un contrato entre acreedor y tercero, y es considerada como subrogación por ley.

La subrogación convencional consentida por el deudor, es la que nos debe ocupar, ya que la transmisión del crédito opera debido a un acuerdo entre deudor y tercero, para que aquél pague con dinero que le entregue éste último, la deuda a su cargo, siempre y cuando se haga constar en forma auténtica, en el documento correspondiente, al efectuarse el pago, que éste se verificó con dinero del tercero entregado para ese efecto.

Después de haber realizado un breve análisis de lo que es la subrogación, podemos llegar a la conclusión que la subrogación personal, convencional y consentida por el deudor es la que más similitud presenta con la maternidad subrogada.

Al trasladar esta figura al Derecho familiar, el acreedor es el marido, el deudor en este caso su esposa y por último el tercero la madre subrogada, que podría ser la madre genética o únicamente la gestante. Se presentan así las tres figuras y el elemento principal de transmitir una obligación, que en este caso sería la de llevar al cabo la gestación.

Lo anterior es una subrogación personal, porque no se va a

transmitir ninguna cosa, es convencional ya que no es impuesta por la ley, sino mediante un acuerdo, y finalmente es por consentimiento del deudor ya que este papel lo desempeña la esposa de la pareja infértil y ella es consciente y da su aceptación de que se realice la subrogación a favor del tercero (madre gestante) para que cumpla con la obligación ante el acreedor (cónyuge).

La transmisión del deber de la gestación se opera debido a un acuerdo entre el deudor (la esposa) y un tercero (madre gestante), para que aquélla lleve a término el embarazo para el acreedor (marido).

En mi concepto la subrogación en materia familiar, se torna muy dudosa al determinar a quién le corresponde el papel de acreedor y también el de deudor, por no reunirse todos los elementos necesarios, ya que como anteriormente se había mencionado éstos podrían ser los siguientes:

1.-La existencia de un crédito, que en materia familiar podría ser la de procrear la especie y llevar la mujer al cabo la gestación.

2.-Un tercero con interés jurídico en pagar al acreedor, situación que no es la de la madre subrogada, pues ésta no tiene un interés pleno, sino que es por medio de una solicitud, o de un aviso en el periódico, y finalmente mediante un pago que lo va a realizar.

Considero que este elemento no se puede dar realmente, ya que en una subrogación normal el tercero no va a recibir ningún pago

por parte del acreedor, y menos por parte del deudor; al contrario de la llamada maternidad subrogada, en la que uno de los principales elementos es el pago por la subrogación.

3.-Un tercero que proporciona al deudor dinero para hacer el pago, este elemento sí se presenta en la maternidad subrogada, ya que el tercero(madre gestante) va a prestar su matriz para llevar al cabo con éxito la gestación y poder entregar el producto al acreedor; pero por otra parte también tiene un interés el deudor en que sea entregada la criatura.

4.-En cuanto a la subsistencia e inalterabilidad del crédito, es imposible que se pueda dar este elemento, ya que el crédito que sería la gestación va a tener una existencia de aproximadamente nueve meses y no siempre va a presentar una inalterabilidad, ya que el embarazo quizá no se pueda llevar hasta su fin o muera el producto por causa de una negligencia de la madre subrogada.

Finalmente, podemos llegar a la conclusión que el término subrogación no es el más adecuado para este procedimiento ya que no puede tener los mismos elementos y las partes se encuentran dudosas.

1.2 ALQUILER O RENTA DE MATRIZ

La denominación de alquiler o renta de matriz se utiliza con frecuencia especialmente en España. Sin embargo, actualmente no puede haber arrendamiento o alquiler sobre una persona o sobre alguna parte de su cuerpo y así el artículo 2400 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente: **"Son susceptibles**

de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales". (136)

Conforme a lo que señala el precepto transcrito, no es permitido por la ley el arrendamiento sobre derechos estrictamente personales, por lo que no es correcta dicha denominación a la figura que nos ocupa. Por otra parte, desde el punto de vista histórico, el arrendamiento proviene en alguna forma de la LOCATIO-CONDUCTIO romana, pero actualmente no tiene un equivalente exacto, ya que en el derecho actual comprende varios contratos distintos.

Dentro de las clasificaciones de la locatio-conductio, está la locatio-conductio operarum, por la cual el locator se obliga a proporcionar a un patrón, el conductor, sus servicios personales durante algún tiempo, a cambio de cierta renumeración periódica en dinero. (137)

En cuanto al salario, exactamente como la renta, se pagaba postnumerando, salvo acuerdo en contrario. Por esta incorporación del contrato de trabajo en la locatio-conductio, el Código Napoleón y los diversos códigos inspirados en él, reglamentaron el trabajo de criados y obreros, junto con el contrato de obra, bajo el título de "arrendamiento". (138)

En Mexico, la legislación del primer Código Civil del Distrito Federal (1870), establece en su exposición de motivos lo siguiente: "Pero como sea cual fuere la esfera social en que el hombre se halle colocado, no puede ser comparado con los seres irracionales y ménos aún con las cosas inanimadas, parece un

atentado a la dignidad humana llamar alquiler a la prestación de servicios personales".(139) Por tanto, desde 1870, en México se separó del contrato de arrendamiento el de trabajo.

Por lo anteriormente expuesto, podemos llegar a la conclusión que la denominación de alquiler o renta de matriz no es la adecuada, por no presentar ninguna similitud con el arrendamiento actual.

1.3 MADRE SUSTITUTIVA

Por sustitución se entiende lo siguiente: "colocación de una persona en un lugar, derecho u obligación de otra. Situación de una cosa en donde otra estaba".(140)

La sustitución se puede entender también como una subrogación, y es empleado también para el nombramiento de un heredero o legatario en lugar de los designados con preferencia.

Generalmente la sustitución es muy utilizada en materia de sucesiones y presenta varias clasificaciones, por ejemplo: la sustitución compendiosa, la de heredero, la directa, la indirecta, la gradual, la pupilar y la recíproca.(141)

Dentro de estas clasificaciones no encuadra la maternidad sustituta o sustitutiva, y debemos hacer hincapié en que también se puede considerar a la sustitución como una subrogación, por lo que opinamos que no es la denominación adecuada, ya que se presentan las mismas objeciones que a la subrogación.

1.4 MATERNIDAD DELEGADA

La denominación de maternidad delegada, es la designación que estimamos más conveniente para esta figura jurídica sui-generis, adecuándola de la Teoría General de las Obligaciones, a un concepto estrictamente del Derecho Familiar.

Por delegación se entiende lo siguiente: "Hay delegación siempre que una persona, presentada por otra, se obliga para con una tercera. Tres personas figuran necesariamente en la delegación: 1.- El delegante, quien, la mayor parte de las veces, toma la iniciativa de la operación. Pone en relación a las otras dos personas de las que vamos a hablar. 2.- El delegado, quien, por súplica o por orden del delegante consiente en obligarse. 3.- En fin, el delegatario: es la persona que acepta como obligación al tercero presentado por el delegante. Su aceptación es indispensable para que haya delegación (Baudry-Lacantinerie et Barde, t. XIV, núm. 1743)". (142)

Jorge Giorgi establece que la delegación consiste en "un mandato que el delegante da a su deudor de pagar al acreedor (delegatario) de dicho delegante al efecto de extinguir el crédito antiguo del delegatario con respecto al delegante y sustituirlo por el nuevo crédito con respecto al delegado. Por excepción, el delegado puede no ser deudor del delegatario y obrar <<donandi animo>>". (143)

La Delegación se presenta en dos formas:

1.- Delegación con obligaciones anteriores:

2.- Delegación sin obligaciones previas. (144)

1.- "La mayor parte de las veces el delegante es deudor del delegatario y acreedor del delegado, y la delegación es para él un medio de liberación de su obligación hacia el delegatario...su deudor pagará en su lugar. Por consiguiente, cuando la operación está efectuada, dos obligaciones se han extinguido: la del delegante hacia el delegatario, la del delegado hacia el delegante. En su lugar ha nacido una obligación única, la del delegado hacia el delegatario". (145)

A su vez, presenta dos diversas formas:

a.- La perfecta: Cuando el delegante, ofrece al delegatario, un nuevo delegado, y el delegatario, acepta que se extinga la primera obligación y subsista sólo la del delegado. Sus requisitos son que el delegatario, acepte que se extinga la primera obligación y se substituya por la del delegado; con la aceptación del delegatario, se libere al delegante y por último se debe crear simultáneamente una nueva obligación diferente a la primera. (146)

b.-La imperfecta: "Hay delegación imperfecta, cuando las obligaciones anteriores subsisten al lado de la nueva".(147)

Gutiérrez y González establece lo siguiente: Se realiza esta figura, cuando el delegante, ofrece al delegatario, un nuevo delegado, para que asuma una nueva obligación, pero el delegatario, si bien acepta al nuevo delegado, no acepta extinguir la primera obligación del delegante. Sus elementos son

los siguientes: Debe haber una aceptación por parte del delegatario, a que otro se obligue por el delegante; una nueva obligación por parte del delegado y la subsistencia de la primera obligación a cargo del delegante y a su lado la nueva del delegado. (148)

2.- Borja Soriano establece lo siguiente: "Es posible que una de las dos deudas primitivas o aun ambas falten y entonces la delegación no hace ya el oficio de pago; sirve para realizar sea liberalidades, sea préstamos de dinero".(149)

Lo anterior se realiza cuando una persona no quiere convertirse en deudor de otra, pero no tiene posibilidades de hacerlo, solicitando a otra que se obligue frente a ella.

Una vez estudiado el concepto de delegación, sus elementos y las formas que lo constituyen, se procederá a realizar una adecuación al Derecho Familiar para fundamentar la denominación de maternidad delegada.

Se requieren de tres partes en la delegación familiar:

1.- El delegante: que es la esposa, y que va a poner en relación a las otras dos partes y realizará una transmisión de su obligación conyugal. La obligación de la consorte es llevar a término la gestación, con el fin de perpetuar la especie.

2.- El delegado: es la mujer gestante, y ésta consiente en obligarse por su propia voluntad a realizar en lugar del delegante las funciones de madre.

3.- El delegatario: o sea al marido, es la persona que aceptará que la obligación de procreación la realice otra persona diferente a su esposa.

El delegante puede ser la madre genética o simplemente la que va a hacerse cargo de la criatura, el delegado puede ser tanto la madre gestante como la genética o simplemente la madre gestante cumpliendo con la obligación del delegante; y finalmente el delegatario que es el esposo. De las dos formas que se presenta, la que nos interesa es la delegación con obligaciones previas, ya que la esposa tiene un deber con su marido desde el momento del matrimonio, pues uno de los fines de éste es procrear la especie. Finalmente la maternidad delegada encuadra en la forma de delegación imperfecta con obligaciones previas.

Considero que es imperfecta, porque no se termina la obligación marital de la esposa con su marido, aunque la madre portadora cumpla con la obligación de la gestación, pues seguirá subsistente la primera obligación principal a cargo de la cónyuge.

Después de lo anteriormente expuesto, se puede llegar a la conclusión que se presentan todos los elementos y partes que requiere la delegación imperfecta y sobre todo que es una transmisión parcial que no termina con la obligación principal.

2. FIGURAS JURIDICAS AFINES

Una vez que se ha precisado cuál es la denominación correcta de esta figura, debemos deslindar la maternidad delegada de otros

actos jurídicos que pueden presentar ciertas similitudes y ocasionar confusiones.

2.1 ARRENDAMIENTO

Varios autores opinan que se trata de un arrendamiento de matriz, por tener un uso y goce al momento de implantar el embrión producto de la pareja, en el útero de la madre gestante, y pagar un precio por el alquiler.

Considero erróneo el considerarlo como arrendamiento, en virtud de que en principio es una obligación de dar y la maternidad delegada se entiende como una obligación principal de hacer y secundaria de dar.

Nuestro Código Civil lo define de la siguiente forma:

art. 2398.- Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto. (150)

Al aplicar esta definición a la maternidad delegada, nos damos cuenta que la obligación principal es la de dar en uso y goce temporal su matriz para que se puede llevar la gestación.

El uso, sería el derecho que tiene la pareja de utilizar durante nueve meses el útero de la mujer; y el goce resulta el fruto que en esta situación es la criatura.

También es obligación pagar un precio cierto, por ser un contrato siempre oneroso; el arrendador al conceder el uso o el uso y el goce de un bien, siempre debe de ser a cambio de un precio, ya que si falta este último elemento, no podría jurídicamente referirse a un arrendamiento. (151)

En comparación con la maternidad delegada, el pago del precio por el alquiler o el arrendamiento de matriz se realiza en una sola exhibición y al momento en que se logre la gestación adecuadamente y se de a luz a la criatura; a diferencia del arrendamiento común, en que es un contrato de tracto sucesivo con pagos periódicos.

Pero si no hay ningún pago, no se puede considerar como arrendamiento; al igual que si la mujer que va a prestar su útero pone el óvulo no se puede considerar como tal, ya que sería su propio hijo, y ella no se puede arrendar a si misma; en estos casos se presentarían otras figuras.

En cuanto al objeto, puede decirse que todos los bienes corporales o incorporales, pueden ser materia del contrato, y como excepción, no pueden ser objeto de arrendamiento los consumibles por el primer uso, **los derechos estrictamente personales** y aquellos cuyo alquiler esté prohibido por la ley. En este caso el arrendamiento sería inexistente; en cambio los que violan prohibiciones, son nulos, con nulidad absoluta. (152)

En conclusión podemos determinar lo siguiente:

1.- En principio el arrendamiento es una obligación de dar y la

maternidad delegada es de hacer y en forma secundaria de dar.

2.- Considero que el cuerpo humano no puede ser objeto de arrendamiento, desde la promulgación del Código Civil de 1870, en el que se estableció que el trabajo humano no podía asimilarse a una cosa, porque debido a la dignidad del hombre no podría reglamentarse como un alquiler.

3.- Conforme al artículo 2400 del Código Civil, no son susceptibles de arrendamiento los derechos estrictamente personales.

4.- En los contratos de maternidad delegada no siempre se presenta el pago, ya que éste puede ser gratuito y en el arrendamiento como primera obligación del arrendatario es el pago de la renta.

5.- El uso y el goce solo se presentan cuando la mujer lleva al cabo la gestación y no aporta su óvulo, en caso de que ella lo de, no podría ser arrendamiento.

6.- Dentro de las obligaciones del arrendador se encuentra la de entregar la cosa, mientras que en la maternidad delegada la mujer no puede entregar la cosa físicamente, solo puede dar el derecho de uso y goce.

Por tanto, considero que no podemos encuadrar a la maternidad delegada con el arrendamiento ni considerarla como una figura jurídica afín.

2.2 COMPRAVENTA

El contrato de compraventa constituye el medio primordial de adquirir dominio, y es la figura fundamental dentro de los contratos traslativos.(153).

Algunos autores como Avi Katz, en su artículo Surrogate Motherhood, establecen que la cantidad de dinero que se paga a la madre gestante, se refiere a la entrega del niño a los padres, interpretándose como una venta o compra de niños.(154)

Se puede entender como una compraventa, cuando la madre gestante también proporciona el óvulo, pero la pregunta surge al establecer ¿cómo el padre va a comprar a su propio hijo?, por lo que es difícil determinarla como tal.

El Código Civil del Distrito Federal, en su artículo 2248 dice lo siguiente: **"Habr  compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero"** (155)

Al analizar la definición, encontramos que es un contrato traslativo de dominio, pues se transmite la propiedad de una cosa o derecho y se debe pagar una precio cierto; a diferencia de la maternidad delegada, en la cual la madre gestante entrega a la criatura por un pago determinado de sus servicios prestados, más los gastos inherentes.

El contrato de compraventa, se perfecciona cuando ambas partes se

han puesto de acuerdo en precio y cosa, aun cuando aquél no haya sido satisfecho y ésta entregada.(156)

Es importante establecer que si no hay un pago de por medio, no se puede comparar con la compraventa, ya que es característica esencial de la misma, y en la maternidad delegada no es elemento esencial, ya que es frecuente que se realice sin ningún pago.

Las partes que intervienen, son el comprador (la pareja solicitante) y el vendedor (la madre gestante); pero conforme al artículo 2269 ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad, por lo que a mi juicio el niño no es propiedad de la madre gestante, y por tanto, esa venta sería nula, conforme a lo establecido en el artículo 2270 del Código Civil para el Distrito Federal.

Leopoldo Aguilar Carvajal, establece que según la Teoría General de las Obligaciones, la posibilidad jurídica de la cosa consiste en que esté dentro del comercio jurídico y sea determinada o determinable, ya que si no tuviere estas características no podría ser objeto de contrato.(157)

Conforme a lo anteriormente establecido, un niño no puede ser materia de compraventa ni se encuentra dentro del comercio, y creo que sería atentar contra la dignidad humana considerar como compraventa esta figura.

La transmisión de propiedad del bien o de la titularidad del derecho es una característica de la compraventa, no obstante las partes pueden diferir el efecto traslativo o hacerlo depender ya

sea del cumplimiento de determinadas obligaciones de las partes o de la realización de un hecho que se prevea incierto para ellas en el momento de su celebración. (158)

En este caso la transmisión es diferida, ya que nueve meses después se realizará la entrega y a su vez dependerá de ciertas obligaciones de las partes y de la realización del hecho.

En conclusión podemos determinar:

1.- La compraventa es una obligación de dar y la maternidad delegada es una obligación de hacer y en forma secundaria de dar.

2.- Es elemento esencial el pago de un precio cierto, en la maternidad delegada no es requisito el pago, se puede realizar sin ninguna contraprestación.

3.- La compraventa es traslativa de dominio, pero una persona no puede transmitir una cosa que no es suya, o sea la venta de cosa ajena será nula; por tanto la maternidad delegada no puede tener esta característica ya que la madre gestante no es la propietaria del niño.

4.- La cosa debe estar dentro del comercio, por lo que es incorrecto que se considere el nacimiento de un niño dentro del comercio jurídico, y es ilegal considerarlo como mercancía u objeto.

5.- Por último, no se puede equiparar a la compraventa ya que la mujer gestante no es propietaria de la criatura y sólo está proporcionando un ambiente propicio para su desarrollo y

nacimiento.

2.3. PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES

La prestación de servicios profesionales es una de las figuras jurídicas afines con la que presenta alguna semejanza la maternidad delegada:

"Es el contrato por el que una persona llamada profesionista o profesor se obliga a prestar determinados servicios que requieren una preparación técnica y a veces un título profesional, a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario." (159)

En la maternidad delegada, la madre gestante no requiere de alguna preparación ni de un título, o capacidad profesional, requisito esencial en este contrato.

Se considera como un contrato *intuitu personae*, porque el profesionista es elegido por sus cualidades personales. (160)

La maternidad delegada también es un contrato *intuitu personae*, porque la pareja busca que la madre gestante presente determinados requisitos, características, y cualidades necesarias según la opinión de los padres contratantes.

La prestación de servicios profesionales es una obligación de hacer, al igual que la maternidad delegada, pero también se

presentan obligaciones de dar y de no hacer por parte de la madre gestante, y obligación de dar también por la pareja.

El objeto de este contrato es el servicio profesional y por la otra los honorarios. El servicio profesional como un hecho positivo que está obligado a prestar el profesional debe ser posible y lícito; los honorarios, como la cosa contenido de la prestación del cliente, deben existir en la naturaleza.(161)
Las obligaciones en este contrato son las siguientes:

1.- Del profesionista (madre gestante) es prestar el servicio convenido, desempeñar el trabajo personalmente, responder por impericia, negligencia o dolo, avisar cuando no pueda continuar con el asunto y responder del abandono del cliente.

2.- Del cliente (pareja solicitante) es pagar los honorarios al profesionista, por medio de fijación convencional.(162)

Dentro de las obligaciones, la de la mujer gestante siempre se llevarán al cabo; pero la de la pareja solicitante puede no presentarse.

En conclusión, podemos determinar lo siguiente:

1.- La prestación de servicios profesionales y la maternidad delegada son obligaciones de hacer; ésta última además presenta obligaciones de dar y de no hacer.

2.- Las dos se deben desarrollar personalmente, son intuitu personae.

3.- Se requiere de una especialización técnica, profesión o título profesional, mientras que la madre delegada no requiere de

ninguna clase de capacidad profesional, que son requisitos por los que se contrata a un profesionalista.

2.4 OBRA A PRECIO ALZADO

Dentro de los contratos de prestación de servicios encontramos al de obra a precio alzado, que se define de la siguiente forma:

"Es aquél por virtud del cual, una persona llamada empresario se obliga a realizar una obra con materiales propios y tomando a su cargo la dirección y el riesgo de la misma, para la otra parte llamada dueño, quien se obliga a pagarle una remuneración."(163)

En comparación con la maternidad delegada, el empresario es la madre gestante o madre delegada y el dueño la pareja solicitante.

El empresario debe realizar la obra con materiales propios, pero en la maternidad delegada la madre gestante no proporciona todos los materiales, ya que tanto el óvulo como el semen pueden provenir de la pareja solicitante.

Es un contrato intuitu personae por lo que hace al empresario, ya que éste no puede encomendar a otra persona la ejecución total de la obra.(164)

Las obligaciones del empresario son las siguientes:

- 1.- Ejecutar la obra, que debe realizar el empresario.
- 2.- Entregar la obra en el plazo convenido.
- 3.- Garantizar los defectos posteriores de la obra.

En la maternidad delegada, nos podemos dar cuenta que la madre

delegada tiene la obligación de llevar la gestación, que dura nueve meses y deberá entregar a la criatura en el plazo convenido y, finalmente se podría sostener que se encuentra obligada a cumplir una serie de requisitos como no fumar, no beber, o no ingerir drogas para que no afecten al producto.

2.5. MANDATO

El Código Civil para el Distrito federal define al mandato de la siguiente forma:

art.2546.- El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga. (165)

El mandato es una prestación de servicios, el contenido de la conducta del mandatario manifestada como una prestación, es un hacer, consistente en actos jurídicos.(166)

El mandante es equivalente a la pareja solicitante, y el mandatario a la mujer gestante, al igual que el mandato es una obligación de hacer. Los actos jurídicos que debe ejecutar el mandaterio, son precisamente actos jurídicos y no hechos materiales, en comparación con la maternidad delegada en la que el acto que se va a ejecutar es un hecho material, que se realizará para la pareja solicitante.

Los actos jurídicos que realice el mandatario, como consecuencia del contrato, siempre serán por cuenta del mandante, lo que significa que inmediatamente o mediatamente repercutirán

en el patrimonio, o en general en la esfera jurídica de éste.(167)

En la maternidad delegada, no se presenta siempre un cambio en el patrimonio de la pareja solicitante, pero sí en la esfera jurídica al tener una obligación hacia el nuevo ser de cuidarlo, mantenerlo, educarlo, alimentarlo y de brindarle todo el apoyo que requiera.

En conclusión, podemos determinar que como todo contrato de prestación de servicios, presenta algunas similitudes con la maternidad delegada, por ser una obligación de hacer y tener la misión de ejecutar un acto para otra persona.

2.6. ADOPCION

Varios autores argumentan que la maternidad delegada es una especie de adopción pactada con anterioridad al nacimiento del niño.

Si el óvulo y el semen son de la pareja no se puede considerar como una adopción, pero si la mujer gestante también dona un óvulo, la esposa del padre genético no presenta ningún lazo biológico con la criatura y podría considerarse como un acto de adopción.

La adopción se define de la siguiente forma:

"Es una institución jurídica solemne y de orden público por lo

que se crean entre dos personas que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre y la madre en legítimo matrimonio y sus hijos." (168)

Planiol señala que la adopción es un contrato solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. (169)

Galindo Garfias establece que "la adopción, crea una relación de paternidad respecto de un extraño, donde la naturaleza no la ha establecido. Ha nacido tratando de imitar la naturaleza, aunque en nuestro derecho, con muy limitados efectos, porque el vínculo jurídico, queda establecido exclusivamente entre el adoptante y el adoptado, permaneciendo este último extraño a la familia del adoptante". (170)

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 295, considera a la adopción como fuente de parentesco civil, pero no fuente de parentesco entre el adoptado y los miembros de la familia del adoptante. (171)

El acto jurídico de la adopción, presenta los siguientes caracteres:

a.- es un acto solemne, porque solo se perfecciona a través de un procedimiento.

b.- es un acto plurilateral porque requiere fundamentalmente del acuerdo de voluntades del adoptante y del adoptado a través de su representante y exige una resolución judicial.

c.- es un acto constitutivo de la filiación y de la patria

potestad que asume el adoptante.

d.- eventualmente es un acto extintivo de la patria potestad.

e.- es un instrumento legal de protección de los menores e incapacitados.(172)

La adopción establece dos especies, la adopción ordinaria y la legitimación adoptiva o adopción plena. En uno y otro caso, la adopción debe tener justo motivo y presentar siempre ventajas para el adoptado.(173)

1.- La adopción ordinaria es cuando el adoptado sigue siendo extraño para los parientes del adoptante y sólo adquiere el derecho de recibir alimentos del adoptante, a heredar y a usar el apellido del adoptante.

2.- La legitimación adoptiva o adopción plena, se presenta cuando los cónyuges adoptantes, no deben tener descendencia consanguínea en el momento de la adopción y el vínculo matrimonial debe haber subsistido entre ellos. El adoptado forma parte de la familia de quienes lo adoptan , porque es considerado hijo nacido de matrimonio. La legitimación adoptiva, sólo tiene lugar cuando se trata de menores de cinco años, pudiendo ser dispensada por los tribunales. La adopción plena, procede sólo cuando se trata de un niño abandonado o de padres desconocidos o de un menor de la edad antes señalada, que se encuentre en la orfandad.(174)

En conclusión podemos determinar lo siguiente:

1.- La adopción en nuestro país no es plena, ya que no existe una relación de parentesco entre la familia del adoptante y el adoptado.

Si se sostuviera que la maternidad delegada es una adopción, se

diría que es totalmente plena, ya que la criatura va a tener una relación de parentesco con los padres y con su familia, ya que no se le va a considerar como hijo adoptivo y además puede ser hijo genético de ambos dos o de uno sólo de la pareja.

2.- La adopción puede ser revocable por mutuo acuerdo entre el adoptante y el adoptado o por ingratitud de este último.

En la maternidad delegada no se puede revocar lo que es suyo, un padre o una madre no van a terminar con su relación de parentesco cuando es su hijo genéticamente o lo es de su cónyuge.

3.- La adopción requiere de ciertos requisitos y formalidades, como la de seguir un procedimiento ante los tribunales familiares.

La maternidad delegada no requiere de tales requisitos ni de ningún procedimiento.

3. LA MATERNIDAD DELEGADA

3.1. CONCEPTO

La maternidad delegada es una convención de Derecho de Familia, es decir un acto jurídico impregnado del particularismo innegable que caracteriza a esta rama del derecho y que hace más a las relaciones de familia que a las meramente obligacionales y

patrimoniales.

En este contrato "sui generis", una mujer fértil llamada madre gestante delegada o madre delegada, mediante renuncia de sus derechos maternales, se obliga a llevar a término la gestación de una criatura, a cambio de un pago o gratuitamente, en atención a la solicitud de una pareja fértil o infértil, que desea se le entregue la criatura cuando nasca, para ejercer sobre ella todos los derechos paternales correspondientes.

Las partes que interviene serán la pareja solicitante y la mujer que llevará la gestación, aun cuando algunas veces participará el esposo de la mujer gestante, en el caso de que se encuentre casada.

3.2. CLASIFICACION

Podemos proponer la siguiente clasificación:

- 1.- Ambos padres fértiles pero incapacitada la madre a llevar al cabo la gestación: óvulo de la madre + espermatozoides del padre = niño concebido por fertilización in vitro y gestado por una madre portadora.
- 2.- Madre infértil e imposibilitada para llevar a término la gestación: óvulo de donadora o de la madre portadora + espermatozoides del padre = niño gestado por una madre portadora.

3.- Ambos padres infértiles y madre incapacitada para llevar la gestación: óvulo de donadora + espermatozoides de donador = niño concebido por una madre portadora.

4.- Madre fértil, padre infértil y madre incapacitada a llevar al cabo la gestación: óvulo de la madre + espermatozoides de donante = niño concebido por fertilización in vitro y gestado por una madre portadora.

La anterior clasificación es el resultado del estudio efectuado anteriormente en el Capítulo Primero, inciso 2, pero sólo me referiré a las dos primeras formas de la clasificación por ser las más comunes.

3.2.1. MADRE GESTANTE DELEGADA

Se denomina madre gestante delegada a una mujer que únicamente lleva a término la gestación de la criatura, que ha sido solicitada por una pareja fértil, en la cual la esposa presenta problemas para desarrollar el embarazo por peligrar su salud o la del futuro niño.

La criatura será genéticamente 100% de la pareja, ya que los gametos corresponden a ellos y han sido fertilizados in vitro, y se ha realizado una implantación del embrión resultante en la matriz de la mujer gestante. (175)

Se puede presentar de dos formas :

a) Que en el contrato se establezca un pago de honorarios por llevar al cabo la gestación de la criatura, además la pareja solicitante deberá cubrir todos los gastos médicos, de alimentación y la ropa necesaria.

En Estados Unidos se considera un promedio entre \$10,000.00 y \$30,000.00 dólares, cantidad en la que se incluye el pago a la mujer y a la agencia que los puso en contacto. (176)

b) Se presenta cuando el contrato se realiza sin ningún pago y únicamente se cubren los gastos necesarios, como son los médicos o los de ropa. Este tipo de convenios se realizan entre amistades o familiares.

3.2. MADRE DELEGADA

Se considera como madre delegada, a una mujer cuando está de acuerdo en ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre cuya esposa se encuentra incapacitada para concebir y llevar a término la gestación. La mujer deberá concebir y llevar el embarazo en lugar de la esposa, y renunciar a los derechos maternales que le corresponden, con el compromiso de entregar a la criatura al momento del nacimiento. (177)

Dicho acuerdo se formalizará en un convenio en el que se puede estipular lo siguiente:

a) Los honorarios, que se pactarán a un precio determinado como

se manifestó en la clasificación anterior, y

b) Sin honorarios, situación que no es común se presente.

4. CONTRATO PRINCIPAL Y ACCESORIOS.

Es de gran importancia celebrar convenios accesorios al contrato principal de maternidad delegada, en virtud de los riesgos que se presentan y de las múltiples situaciones conflictivas que pueden surgir, y evitar así problemas e inseguridades en un futuro.

4.1. CONTRATO PRINCIPAL DE MATERNIDAD DELEGADA.

El contrato de maternidad delegada se considera como un contrato privado innominado celebrado entre la pareja solicitante y la mujer delegada, que están de acuerdo en realizarlo con absoluta libertad y someterse a las cláusulas establecidas en él. (178)

En el contrato se deberá establecer a grandes rasgos lo siguiente:

- 1.- Partes que intervienen.
- 2.- Objeto del contrato.
- 3.- Obligaciones de hacer y de no hacer para ambas partes.

- 4.- Pago por la gestación, en su caso.
- 5.- Pago de gastos médicos.
- 6.- Riesgos.
- 7.- Regulación de la conducta durante la gestación.
- 8.- Atención médica y psicológica.
- 9.- Causas de terminación anticipada.
- 10.- Incumplimiento del contrato y sanciones.
- 11.- Renuncia de los derechos maternales.
- 12.- Aceptación de los derechos paternales.
- 13.- Cumplimiento del contrato por ambas partes.
- 14.- Jurisdicción y leyes aplicables en caso de controversia.

Las partes pueden determinar libremente las cláusulas del contrato, dependiendo del tipo de convenio que se va a celebrar, ya sea como maternidad gestante delegada o maternidad delegada, y si se establece por honorarios o sin honorarios. Independientemente de estos puntos, se pueden presentar otros de mayor complejidad:

"En principio la madre gestante o la delegada aceptarán lo siguiente:

- a.- someterse a exámenes médicos para verificar que no presenta ninguna clase de enfermedad venérea o congénita.
- b.- realizarse exámenes psicológicos que determinen la estabilidad emocional de la mujer.
- c.- someterse a un procedimiento de inseminación artificial, o aceptar la implantación del embrión producto de la pareja

solicitante.

d.- cargar a la criatura hasta el término del embarazo.

e.- después del nacimiento del niño, ceder todos los derechos maternales a la pareja solicitante y si es necesario un procedimiento de adopción.

El esposo aceptará:

a.- donar su semen para que sea utilizado en la inseminación de la madre gestante.

b.- ser identificado como el padre genético y legítimo en el momento del nacimiento de la criatura.

c.- aceptar las responsabilidades económicas en favor de la madre gestante y la custodia del bebé.

La esposa solicitante aceptará:

a.- tratar al bebé y quererlo como si fuera de ella, en caso de que ella no sea la verdadera madre genética.

b.- Adoptar al niño cuando así proceda."(179)

El contrato debe ser celebrado en forma tal que no vaya en contra de la moral y de las buenas costumbres y no atente al orden público, porque en ese momento el convenio sería ilícito.

Para la realización del contrato se requiere de la asesoría de un abogado que oriente a las partes debidamente y les explique la esencia del convenio y los riesgos que implica para los contratantes la celebración del mismo, a fin de evitar cualquier conflicto y que se pueda argumentar en un momento que no tenían conocimiento de alguna cláusula y de sus consecuencias.

Es importante que se le otorgue a la madre gestante asistencia psicológica en el embarazo y después del mismo para ayudarla en caso de que presente sentimientos de culpabilidad o emociones adversas a la situación.

Este tipo de contratos llevan aparejados otros convenios que son esenciales para la protección de ambas partes y principalmente para la mujer delegada que al llevar al cabo el embarazo, puede correr un gran riesgo en su salud física y mental.

4.2. CONTRATOS ACCESORIOS.

Considero que es de vital importancia que al momento de celebrar el contrato de maternidad delegada, se celebren también una serie de convenios que van a tener un papel de gran importancia y de seguridad para las partes.

Por regla general estos contratos no se celebran y no se les da la importancia debida, pero se podrían evitar posibles problemas si las partes fueren conscientes de los siguientes aspectos:

- 1.- Se debe contratar en favor de la mujer gestante un seguro médico y de vida durante todo el embarazo y seis meses posteriores al nacimiento de la criatura.

Todo embarazo es un riesgo, y es justo que se le otorgue un seguro a la madre gestante, para que en caso de que le ocurriera

algo élla, pueda tener la seguridad económica de poderse atender médicamente y en caso de que falleciera, sus familiares recibiesen alguna compensación.

En Estados Unidos el 12 de noviembre de 1987, se tiene conocimiento del primer contrato de maternidad delegada donde la mujer que llevó la gestación fallece por causa del embarazo, estableciendo en un artículo de "The Record"(Porter, Texas) lo siguiente: "No hay acción legal posible en el caso de la madre subrogada que murió." (180)

Es común que después de un embarazo una mujer pueda presentar alguna enfermedad c sufra alguna infección derivada de la gestación; por lo que considero humano y ético que la pareja solicitante se preocupe por lo que le pudiera ocurrir a la madre delegada.

2.- Se debe celebrar un contrato con un abogado que asesore a la pareja solicitante y elabore el convenio necesario según las necesidades de cada caso. Este abogado deberá prestar sus servicios durante toda la gestación hasta el nacimiento de la criatura y el cumplimiento del contrato, aconsejando a la pareja solicitante y a su vez prestándole una seguridad jurídica a la mujer gestante o delegada para que ella sienta la legalidad del acto y tenga una confianza cierta.

Es importante insistir que es esencial la colaboración de un abogado que intervenga y redacte el contrato, ya que es común que se celebre sin la debida elaboración jurídica que requiere y

como consecuencia surjan conflictos por la falta de una asesoría adecuada.

3.- En algunos países la maternidad delegada se hace por medio de agencias que realizan el contacto entre la pareja solicitante y la madre delegada, por lo que a su vez ambas partes deberán firmar un contrato con la oficina intermediaria.

Dentro del contrato se pactará el pago de los honorarios que cubrirá la pareja solicitante a la agencia por conseguir a la mujer delegante.

Aproximadamente se acostumbra pagar en Estados Unidos entre \$8,000.00 y \$10,000.00 dólares por el servicio, en el que se incluye lo siguiente:

- 1.- Buscar a la mujer indicada para la maternidad delegada.
- 2.- Realizarle todos los exámenes médicos y psicológicos necesarios.
- 3.- Efectuarle la inseminación artificial o la implantación del embrión, según el caso.
- 4.- Verificar que el embarazo se lleve al cabo con normalidad.
- 5.- Tener el expediente en orden.
- 6.- En caso de que no de resultado la inseminación artificial practicada a la mujer delegante, o que aborte el producto, la agencia tendrá la obligación de buscar otra mujer para llevar al cabo la maternidad delegada. The Warnock Report establece que no es conveniente que este tipo de contratos se realicen por medio de una agencia ya que se efectúan en forma lucrativa y se llega

a explotar a la mujer; por lo que considera que sería conveniente se les otorgara una licencia y estuvieren bajo una supervisión muy estricta. (181)

4.- Si la maternidad delegada no se realiza por conducto de una agencia, se deberá celebrar un contrato con el médico que desarrolle toda el proceso, para responsabilizarlo en caso de que no haya realizado los exámenes necesarios a la mujer delegada o se dañe al embrión en el momento de la implantación, o bien se cause un perjuicio a la mujer delegada.

Considero que estos cuatro contratos son los más importantes, y en donde siempre se debe determinar las obligaciones de cada una de las partes que intervienen; independientemente de que se pueden presentar otros convenios según la complejidad de cada caso.

5. NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO

5.1. ELEMENTOS PERSONALES

Las partes que intervienen en el contrato son las siguientes:

- 1.- La madre gestante o delegada.
- 2.- La pareja solicitante, integrada por ambos cónyuges.

También en algunos casos se puede presentar una tercera parte que en este caso sería el esposo de la madre gestante, si ésta es

casada, pues es conveniente incluirlo como parte del contrato, ya que se podría considerar que el niño es su hijo y de su cónyuge. (182)

Es recomendable que la madre gestante tenga hijos para que no cambie de opinión, y sepa de los cambios físicos de un embarazo. Respecto a si puede o no estar casada, no debe haber restricción alguna.

La pareja solicitante debe tener un hogar y estar casada para que la futura criatura se desarrolle en un verdadero ambiente familiar.

5.2. REQUISITOS DE EXISTENCIA.

1.-Consentimiento

El primer elemento de existencia es el consentimiento, el cual ha de entenderse para esta clasificación en el sentido de que es un acuerdo de voluntades, y no podrá existir cuando no hay coincidencia en éstas. La voluntad se debe manifestar expresamente por las partes, la exteriorización no debe hacerse verbalmente sino por escrito en un contrato. Cada declaración deberá ser comunicada a la futura contraparte, para que la misma tome conocimiento de ella y entienda su significado. (183)

El convenio se debe realizar sin ningún vicio del

consentimiento , y es importante resaltar que la madre gestante lo debe efectuar con el deseo de ayudar a una pareja infértil y no con un fin lucrativo.

Para llegar a la formalización del concurso de voluntades, se requiere de negociaciones o tratos previos entre las partes, en donde se discutirán las cláusulas y elementos del contrato hasta ponerse de acuerdo, siempre actuando de buena fe.(184)

La maternidad delegada es un contrato entre presentes, el cual se perfeccionará cuando la madre gestante declare que acepta llevar al cabo la gestación y cumplir el convenio.

2.- Objeto

El segundo elemento de existencia es el objeto, que es muy discutido en éste contrato, pero es importante señalar que no toda deficiencia en el objeto del convenio se traduce en la inexistencia de éste, sino que puede en algunos casos hacerlo sólo anulable, afectándose únicamente la validez de un acuerdo de voluntades existente.(185)

El objeto del contrato de maternidad delegada es el ayudar a parejas infértiles para que éstas puedan crear una familia y estrechar más sus relaciones familiares, basado en el principio de que uno de los fines primordiales del matrimonio es la procreación de la especie, y con apoyo en el artículo cuarto, segundo párrafo de nuestra Constitución:

"Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre,

responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos." (186)

El objeto indirecto en este caso sería la gestación del niño, pero siempre basado en la buena fe, en la ayuda a parejas infértiles y sin ningún fin lucrativo.

5.3. REQUISITOS DE VALIDEZ

1.- La Capacidad

Se requiere que ambas partes tengan plena capacidad para celebrar el contrato. No podrá celebrarse éste por medio de un representante, ambas partes deben personalmente ser las que decidan y tengan la capacidad para llevarlo al cabo.

Se considera incapacitados en este convenio a las siguientes personas:

- 1.- Los menores de 18 años, aun cuando estén emancipados.
- 2.- Parejas de homosexuales o lesbianas.
- 3.- Parejas que no se encuentren casadas.
- 4.- Parejas que no presenten ninguna causa de infertilidad y que la cónyuge se encuentre físicamente apta para desarrollar la gestación.
- 5.- Ebrios consuetudinarios en ambas partes, tanto la mujer gestante como la pareja solicitante.

6.- Drogatictos.

7.- Dementes.

8.-No podrá ser capaz una mujer gestante que presente alguna enfermedad venérea o que afecte a la futura criatura, que presente problemas psicológicos o no pueda desarrollar el embarazo en una forma saludable.

2.- Vicios del Consentimiento.

Aunque exista el consentimiento en el contrato de maternidad delegada, puede estar deficiente por falta de conocimiento o por falta de libertad, esto es, por un vicio que afecte a la inteligencia (error o dolo) o por un vicio que afecte a la voluntad (violencia) o por un vicio que afecte a una y a otra facultad.(187)

" La voluntad del contratante casi nunca se forma instantáneamente; y de todos modos se forma siempre sobre la base de motivos cuyo juego variado desemboca en una determinación concreta de voluntad. Si, entre los motivos que determinan la voluntad, se insinúa el falso conocimiento de una situación determinada, o el temor; es decir, si actúa, respectivamente, el error, el dolo o la violencia, no podrá decirse que el proceso formativo de la voluntad es regular, ya que, al contrario, es presumible que sin aquellos agentes el proceso mismo hubiera tenido otro curso y la voluntad se habría determinado de otra manera."(188)

El contrato de maternidad delegada se debe realizar sin ningún vicio del consentimiento: error, dolo, violencia, lesión y siempre de buena fe; la voluntad de las partes debe ser libre y estarán conscientes de realizarlo sin ningún vicio, ya que el primer afectado sería la criatura.

A continuación se enuncian algunos ejemplos que causarían vicios del consentimiento:

1.- La pareja solicitante le hace creer a la mujer gestante que le va a pagar todos los gastos médicos y no lo hace.

2.-La mujer gestante aparenta ante la pareja solicitante que es de ojos azules, nariz respingada y rubia, a fin de que la escojan , y en verdad no es así, ya que tiene el pelo pintado, cirugía de nariz y pupilentes de color.

3.- La mujer gestante oculta alguna enfermedad venérea, genética o su verdadero tipo sanguíneo.

4.- La pareja solicitante dice estar casada, cuando en realidad no lo está.

5.- Cuando se obliga mediante chantaje a la mujer gestante a celebrar el contrato, sin ella tener el deseo de hacerlo.

3.- La Forma

Algunas veces el Derecho exige determinada forma para la celebración de un contrato; en el caso de la maternidad delegada la ley no ha marcado la que debe tener, pero se considera que

debería realizarse por escrito, a fin de darle firmeza y estabilidad a las cláusulas; por tanto, carecería de validez cuando se efectuara únicamente en forma verbal.

4.- Licitud en el objeto, motivo o fin del acto que se celebra

"Son dos cosas diferentes la causa del contrato, que es el fin o motivo que determinó a las partes a celebrar un cierto contrato, y la causa de una obligación contractual, que es el motivo por el que en ese contrato cada parte aceptó obligarse a algo en favor de la otra parte."(189)

En el contrato de maternidad delegada, la madre gestante celebra el contrato porque tiene el deseo de ayudar a una pareja infértil para que pueda tener un hijo, y la pareja solicitante porque tiene el deseo de formar una familia y de cumplir con los fines del matrimonio (causa del contrato, fin que persiguieron para contratar). En dicho contrato la pareja infértil se compromete a pagar todos los gastos tanto médicos como cualesquiera otros que se deriven a la madre gestante, la cual está de acuerdo en ayudarlos a crear la familia que anhelan, con una idea de ayuda y sin fines lucrativos.(causa de la obligación, fin directo o inmediato.)

Aunque tanto el objeto como el fin o motivo determinante de un contrato deben ser lícitos, hay que tener en cuenta que el objeto es un concepto distinto al del fin o motivo determinante del

contrato.(190)

En conclusión el motivo o fin de la maternidad delegada, para que el objeto sea lícito, es la ayuda a parejas para poder crear una familia y cumplir con uno de los fines del matrimonio, en el momento que se introduzca el pago a la figura como una prestación, el objeto se convertiría en ilícito.

5.5. CLASIFICACION DEL CONTRATO

El contrato de maternidad delegada tiene la siguiente clasificación:

- 1.- Es un contrato innominado, porque carece de una reglamentación particular y específica.
- 2.- Es un contrato bilateral, porque hace nacer derechos y obligaciones recíprocas para las partes.
- 3.- Es en esencia un contrato gratuito por el objeto mismo, pudiéndose pactar onerosamente los contratos accesorios.
- 4.- Es un contrato formal ya que para que sea válido requiere la celebración por escrito del convenio donde se establezcan todas las obligaciones.
- 5.- Es un contrato principal, ya que para su validez y cumplimiento no requiere de otro contrato; pero como se dijo anteriormente, debe ir acompañado de otros contratos accesorios.
- 6.- Es un contrato de ejecución diferida o tracto sucesivo, ya

que una vez perfeccionado las partes deben esperar nueve meses, tiempo normal que dura un embarazo.

7.- En cuanto a su clasificación en función al objeto, en principio es una obligación de hacer, pero en forma conjunta con una accesoria de dar.

5.5. OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES.

1.-OBLIGACIONES:

A continuación se enunciarán las obligaciones de ambas partes y en qué consisten.

Madre gestante o delegada

A) Obligaciones de hacer:

1.- Antes de celebrar el contrato de maternidad delegada debe permitir que se le realicen exámenes médicos y psicológicos, con el objeto de verificar que no tiene ninguna enfermedad venérea o que pueda transmitirle al niño algún defecto genético y comprobar si se encuentra realmente capacitada para realizar el embarazo y posteriormente no sufrir ningún trastorno mental.

2.- Aceptar someterse a un procedimiento de inseminación artificial, o en su caso a un trasplante de embrión.

3.- Someterse a exámenes periódicos para cuidar el desarrollo de

la criatura.

4.- Cuidarse durante el embarazo y cumplir con todas las obligaciones que le señale el médico; además deberá llevar una vida sana durante la gestación.

5.- Llevar a término la gestación.

B) Obligaciones de dar:

1.- Tiene obligación de entregar a los padres solicitantes la criatura, al momento de su nacimiento.

2.- Deberá renunciar a sus derechos maternales al momento del nacimiento de la criatura en caso de que élla únicamente sea la madre gestante, y tendrá que darla en adopción en caso de que élla sea la madre biológica y gestante.

C) Obligaciones de no hacer:

1.- La madre gestante tiene la obligación de abstenerse de fumar.

2.- No tomar bebidas alcohólicas.

3.- No ingerir ninguna clase de drogas, narcóticos o medicamentos no aconsejables durante el embarazo.

4.- No someterse a ningún tipo de aborto, únicamente si su vida o su salud se encuentra en peligro.

5.- Abstenerse de tener relaciones sexuales con su cónyuge durante el período de fertilización, para que el marido no fertilice el óvulo, y éste sea fecundado con el semen del esposo solicitante.

Pareja solicitante

A) Obligaciones de hacer:

- 1.- Someterse a exámenes psicológicos para comprobar si realmente se encuentran capacitados para tener y cuidar un hijo y si han formado un hogar recomendable para la futura criatura.
- 2.- Cuidar a la futura criatura.
- 3.- El esposo de la mujer infértil, se debe someter a un examen médico, en caso de que él aporte su semen para la inseminación artificial.

B) Obligaciones de dar:

- 1.- Sufragar cualquier gasto médico que se origine, hospital y recuperación pospartum de la madre gestante.
- 2.- Deberá proveer la ropa especial para el embarazo.
- 3.- La pareja solicitante se obligará a contratar y pagar un seguro de vida y otro de gastos médicos durante el embarazo y seis meses posteriores al alumbramiento.

C) Obligaciones de no hacer:

- 1.- No entrometerse en la vida personal de la madre gestante.
- 2.- No pagarle ninguna clase de honorarios a la madre gestante.

2.- DERECHOS.

Madre gestante

- 1.- Practicarse un aborto si su vida se encuentra en peligro.
- 2.- En caso de que la pareja solicitante falleciera, antes de que nazca la criatura, tendrá derecho a elegir si se queda con el

niño o lo da en adopción.

3.- Recibir un seguro de vida y de gastos médicos.

4.- Pedirle a la pareja solicitante le sufrague cualquier gasto que realice relacionado con el embarazo.

Pareja solicitante

1.- En caso de que el producto, al principio del período de gestación, venga con algún defecto, y previa comprobación médica, la pareja solicitante tendrá el derecho de determinar la autorización a la madre gestante para que aborte, o continúe el embarazo hasta que llegue a su fin, si es el deseo de la pareja conservar a la criatura.

2.- Ellos podran escoger con qué médicos y en qué hospital se atenderá a la madre gestante, siempre buscando el beneficio para élla.

3.- A obtener todos los derechos paternales que les corresponden.

5.6. TERMINACION DEL CONTRATO

5.6.1. NORMAL

La causa de terminación normal del contrato de maternidad delegada, es por el vencimiento del término, de nueve meses que dura la gestación y a la entrega de la criatura.

Se establece una duración aproximada de nueve meses del contrato; pero la terminación normal es al alumbramiento y entrega de la criatura.

5.6.2. ANTICIPADA.

La causa principal de terminación del contrato, es porque el producto muera; o la mujer gestante se someta a un aborto por estar en peligro su vida o su salud.

Otra causa sería cuando al hacerle un exámen médico a la madre gestante se determinara que la criatura viene con alguna deformación y la pareja solicitante decidiera que se le realizara un aborto.

Si el bebé nace prematuro o no logra tener el desarrollo completo, se entiende como una causa de terminación anticipada.

Al someterse la mujer gestante al procedimiento de inseminación artificial y no logran quedar embarazada, se puede dar por terminado el contrato anticipadamente.

Finalmente, porque la madre gestante o la pareja solicitante fallezcan.

5.7. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO PRINCIPAL Y DE LOS ACCESORIOS.

5.7.1. CAUSAS Y EFECTOS.

1.- Contrato principal

a.- La principal causa de incumplimiento de contrato de maternidad delegada, es que la madre gestante no quiera entregar a la criatura después de su nacimiento.

En esta situación la pareja solicitante deberá promover un juicio en el que se demandará el cumplimiento del contrato, a fin de que se determine quién se quedará con la custodia de la criatura y si se debe cumplir fielmente con lo dispuesto en el convenio.

b.- Un segundo caso es cuando la madre gestante sin autorización de la pareja solicitante se practica un aborto sin estar en peligro su vida o su salud, y no da término a la gestación.

Esto daría origen a que la pareja solicitante demandara en un juicio a su contraparte daños y perjuicios por el aborto.

c.- En este caso la madre gestante no respeta la obligación de abstenerse de tomar bebidas alcohólicas, drogas, narcóticos, medicamentos dañinos para el embarazo o de fumar y finalmente de tener relaciones sexuales con su cónyuge durante el proceso de fertilización.

El efecto que puede producir es que el niño nazca con alguna

deformación física o enfermedad y como consecuencia la pareja solicitante ya no quiera que le entreguen a la criatura.

Respecto a este incumplimiento, primero se debe determinar si la criatura en realidad es hijo de la pareja solicitante o de la madre delegada y de su marido. En caso de que el bebé sea de la pareja solicitante, ellos deberán plenamente hacerse responsables, pero podrán demandar daños y perjuicios; si resulta ser de la madre gestante y de su esposo, ellos deberán asumir su responsabilidad y hacerse cargo del niño.

e.- Una última situación sería cuando la pareja solicitante no quisiera sufragarle a la madre gestante todos los gastos que se originaron durante el embarazo, como ropa, medicamentos, gastos médicos, etc.

En este caso la madre gestante deberá entablar una demanda de pago y por daños y perjuicios para que le cubran lo que ella gastó.

2.-Contratos Accesorios

El incumplimiento en los contratos accesorios deriva en algunos casos del incumplimiento del contrato principal. Por otra parte, podemos plantear los siguientes casos:

a.- Respecto al seguro médico y de vida, su incumplimiento en consecuencia de la falta de pago de la aseguradora; lo que origina se tramite judicialmente el resarcimiento de los daños ocasionados.

b.- Las causas de incumplimiento en el contrato celebrado con el

médico son las siguientes:

1.- Cuando no realice bien la inseminación artificial. 2.- No pueda implantar el embrión en el útero de la madre gestante y le ocasione un daño. 3.- Provoque la muerte al embrión y finalmente, 4.- No le proporcione el suficiente cuidado a la madre gestante durante el embarazo y fallezca la criatura por su descuido.

En cualesquiera de estos casos deberá la pareja solicitante o la madre gestante demandar al médico el pago de daños y perjuicios.

c.- Si se celebra un contrato con alguna agencia, y ésta no consigue a la madre gestante en el tiempo señalado, se dará una causa de incumplimiento; a su vez, si no hace la elección adecuada y no realiza correctamente el expediente, ni efectúa oportunamente los exámenes médicos y psicológicos y presenta la mujer alguna enfermedad que afecta a la criatura, procede iniciar también una acción judicial por daños y perjuicios.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- 128.- Código Civil para el Distrito Federal, op. cit. pág. 291.
- 129.- Sánchez Medal Ramón, "De los Contratos Civiles." Teoría General del Contrato. Contratos en Especial. Registro Público de la Propiedad, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México 1984, pág. 3.
- 130.- Rojina Villegas Rafael, "Derecho Civil Mexicano, Tomo Quinto. Obligaciones, Volúmen III, Segunda Edición, Antigua Librería Robredo, México 1965, pág. 473.
- 131.- Gutiérrez y González Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Editorial Cajica, Segunda Edición, Puebla, México, pág. 734.
- 132.- Rojina Villegas Rafael, op. cit, pág. 473.
- 133.- Ibid, pág. 474.
- 134.- Ibid, pág. 474.
- 135.- Gutiérrez y González Ernesto, op. cit. pág. 475.
- 136.- Código Civil para el Distrito Federal, op. cit. pág. 370.
- 137.- Margadant Floris Guillermo, "El Derecho Privado Romano", Segunda Edición, Editorial Esfinge, México 1965, pág. 411.

- 138.- Ibid, pág. 415.
- 139.- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Imprenta del Comercio, De Dublán y Chávez, Nueva Edición, México 1878, pág. 93.
- 140.- Cabanellas Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo IV, Cuarta Edición, Editores-Libreros, Buenos Aires 1968, pág. 167.
- 141.- Ibid, pág, 167, 168 y 169.
- 142.- Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Tomo Segundo, segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1956, pág. 298.
- 143.- Giorgi Jorge, Teoría General de las Obligaciones, Índice, Volúmen IX, Editorial Reus, Madrid 1930, pág. 167.
- 144.- Gutiérrez y González Ernesto, op. cit. pág. 842.
- 145.- Borja Soriano Manuel, op. cit. pág. 298.
- 146.- Gutiérrez y González Ernesto, op. cit. pág. 825.
- 147.- Borja Soriano Manuel, op. cit. pág. 299.
- 148.- Gutiérrez y González Ernesto, op. cit. pág. 826 y 827.
- 149.- Borja Soriano Manuel, op. cit. pág. 299.
- 150.- Código Civil para el Distrito Federal, op. cit. pág. 370.
- 151.- Zamora y Valencia Miguel Angel, Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981. pág. 150.
- 152.- Aguilar Carvajal Leopoldo, Contratos Civiles, Editorial

- Porrúa, S.A., México 1982, pág. 153
- 153.- Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo Sexto, Contratos, Volumen 1, Antigua Librería Robredo, México, 1954, pág. 131.
- 154.- Katz Avi, op. cit. pág. 18.
- 155.- Código Civil para el Distrito Federal, op. cit. pág.347.
- 156.- Zamora y Valencia Miguel Angel, op. cit. pág. 72.
- 157.- Aguilar Carvajal Leopoldo, op. cit. pág. 85.
- 158.- Zamora y Valencia Miguel Angel, op. cit. pág. 73.
- 159.- Sánchez Medal Ramón, op. cit. pág. 278.
- 160.- Ibid, pág. 279.
- 161.- Zamora y Valencia Miguel Angel, op. cit. pág. 201.
- 162.- Aguilar Alvarez Leopoldo, op. cit. pág. 196.
- 163.- Zamora Y Valencia Miguel Angel, op. cit. pág. 205.
- 164.- Sánchez Medal Ramón, op. cit. pág. 286.
- 165.- Código Civil para el Distrito Federal, op. cit. pág. 393.
- 166.- Zamora y Valencia Miguel Angel, op. cit. pág. 183.
- 167.- Ibid, pág. 182.
- 168.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo I. Editorial Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires 1970, pág. 497.
- 169.- Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, Cuarta Edición, Editores Libreros, Buenos Aires 1968, pág.615

- 170.- Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil Primer Curso, Parte General. Personas. Familia, Editorial Porrúa, México, 1973, pág. 615.
- 171.- Código Civil para el Distrito Federal, op. cit. pág. 69.
- 172.- Galindo Garfias Ignacio, op. cit. pág. 619
- 173.- Ibid, pág. 621.
- 174.- Ibid, pág. 621.
- 175.- Katz Avi, op. cit. pág. 1.
- 176.- Field Martha, op. cit. pág. 25.
- 177.- Katz Avi, op. cit. pág. 2.
- 178.- Kasirer Nicholas, op. cit. pág. 354.
- 179.- Kolangui Nisanof Tamara, op. cit. pág. 103.
- 180.- Chester Phillips, Sacred Bond, The Legacy of Baby M. Times Book, New York, 1988, pág. 66.
- 181.- Warnock Mary, op. cit. pág. 87.
- 182.- Kasirer Nicholas, op. cit. pág. 364
- 183.- Messineo Francesco, "Doctrina General del Contrato", Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1952, pág. 94.
- 184.- Sánchez Medal Ramón, op. cit. pág. 15
- 185.- Ibid, pág. 20.
- 186.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 85a Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1989, pág. 9.

187.- Ibid, pág. 32.

188.- Messineo Francesco, op. cit. pág. 124.

189.- Sánchez Medal Ramón, op. cit. pág. 50.

190.- Ibid, pág. 50.

CAPITULO CUARTO

LA MATERNIDAD DELEGADA EN ALGUNOS PAISES

- 1.- Estados Unidos de América**
- 2.- España**
- 3.- Inglaterra**

CAPITULO CUARTO

LA MATERNIDAD DELEGADA EN ALGUNOS PAISES

Es importante realizar un estudio sobre la maternidad delegada en los países en donde más se realiza, para saber y entender cómo la consideran, qué disposiciones legales han empleado y finalmente qué soluciones han puesto en caso de algún conflicto.

1. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.

1.1 ANTECEDENTES

Estados Unidos de América es el país que más practica la maternidad delegada y en donde el mayor número de problemas jurídicos se han presentado.

El contrato de maternidad delegada surge en los Estados Unidos alrededor de 1976, para finales de 1981 aproximadamente 100 niños nacieron por este medio y al terminar 1986 se tiene conocimiento del nacimiento de 500 niños como resultado de este procedimiento. Se le empezó a efectuar una gran publicidad para las parejas infértiles que deseaban tener un hijo y para aquellas mujeres que

lo vieron como un medio de obtener dinero. En 1987 se consideró como pago aproximado el de \$10,000.00 dólares por llevar al cabo la gestación; al realizarse posteriormente una encuesta a diversas mujeres, manifestaron el quince por ciento de ellas que sí aceptarían celebrar este contrato por esa cantidad.(191)

El pago por la gestación de la criatura varía y no se tiene un precio generalizado, muchos años se estableció un costo promedio de \$10,000.00 dólares. La revista Boston Magazine en 1985 publicó un anuncio de una pareja que ofrecía \$50,000.00 dólares por una mujer alta, inteligente, sana y entre una edad de 22 y 35 años, que accediera a llevar al cabo la gestación para la pareja solicitante. Actualmente es posible para algunas mujeres, que se encuentren lo suficientemente sanas y atractivas, obtener entre \$75,000.00 y \$100,000.00 dólares por el servicio.(192)

No solo se presentan precios exagerados como los anteriormente mencionados, sino que por el contrario también se puede llegar a considerar que es una explotación, como sucedió en San Diego en donde se realizó un contrato en el que se pactó un pago de únicamente \$1,500.00 dólares.(193)

Algunos autores establecen que dichos contratos se encuentran protegidos por la Constitución, ya que la procreación es un derecho que está plasmado en este Ordenamiento, y que es anticonstitucional cuando el estado interviene en ellos, debido a que la pareja está ejercitando su derecho.(194)

En el famoso caso de Baby M, el padre hizo valer su derecho

constitucional de procreación y argumentó que conforme al mismo, el contrato se debía considerar lícito, y él lo podía ejercer y sostuvo al respecto lo siguiente: " El derecho de procreación es irrelevante en este caso, además él lo hizo valer al momento en que la mujer gestante fue inseminada artificialmente con su esperma y la criatura que resultó tiene sus genes. El derecho de custodia no tiene nada que ver con el derecho a la procreación, estableció la Corte, y esos derechos no determinan la controversia a su favor, porque la madre biológica también presenta esos mismos derechos." (195)

1.2. LEGISLACION

Hasta la fecha sólo se han aprobado tres proyectos de ley de todos los que se han propuesto. Estas leyes corresponde a lo Estados de Lousiana (aprobado en julio de 1987), Nebraska (febrero de 1988) y Michigan (junio de 1988), los tres Estados consideran que el contrato de maternidad delegada carece de fuerza legal; únicamente Michigan incluyo en la ley, sanciones penales para aquellos que celebren este contrato. En Arkansas se redactó un proyecto de ley en el que se estableció como válido el convenio, pero el gobernador del estado lo vetó.(196)

A continuación se expondrá cómo se considera en algunos otros estados de la Unión Americana la maternidad delegada en relación

con la adopción:

KENTUCKY

En 1981 el Procurador General de Kentucky, Steven L. Beshear, declaró que los contratos de madre delegada por inseminación artificial para parejas infértiles son ilegales y no se les debe dar fuerza legal. El Abogado General encontró tres violaciones legales fundamentales en los típicos contratos de maternidad delegada. El principal argumento es por la relación tan estrecha que tiene con la compraventa de niños, y que es contraria a política legislativa de que ninguna persona o agencia debe aceptar remuneración por la entrega de un niño en adopción; al aplicar esta ley a la maternidad delegada, en esta situación, además se recibe un pago por dar en adopción a la criatura, que incluye la transacción por la entrega.(197)

La Suprema Corte de Kentucky al considerar esta opinión, incluyó otro obstáculo, y fue en el caso de IN RE BABY GIRL, donde la Corte de Circuito determinó que la ley de Kentucky no permite a una madre delegada, terminar sus derechos con un hijo concebido por inseminación artificial por medio de un contrato y de transferir los derechos de custodia al donador de esperma. En este caso, la madre delegada y su esposo solicitaron a la Corte voluntariamente la terminación de sus derechos paternos, estableciendo la mujer que ella fue inseminada artificialmente

con el semen de un hombre no residente del estado de Kentucky, y como resultado había tenido a una niña. La pareja alegaba que la custodia la debería de tener el padre biológico de la criatura otorgándole todos los derechos.

La Corte negó la petición desde dos puntos de vista: el primero al invocar lo que establece la doctrina respecto a que todo hijo nacido dentro de un matrimonio se considera hijo legítimo del padre y de la madre; y el segundo, sobre la base de que la presunción de la paternidad del marido, para terminar con ella, no es la forma indicada la que se promovió.(198)

Otra Corte de Kentucky, no estuvo de acuerdo con lo que estableció el Procurador General y adoptó una posición diferente respecto a la maternidad delegada. En el caso de KENTUCKY VS SURROGATE PARENTING ASSOCIATES, este funcionario cambió el derecho de la "Asociación de Parentesco Subrogado" de hacer negocios en este Estado, debido a violaciones legales; la primera, que la ley está en contra del pago de honorarios por adopción. La Corte de Kentucky estableció que eso no es una violación a la ley y reconoció diferencias fundamentales entre los contratos de maternidad delegada y el de adopción.

En resumen, la Corte establece, que los contratos de maternidad delegada no se deben regular por las leyes de adopción, y sostuvo que el padre biológico no paga por el niño sino por el servicio de la mujer que aceptó llevar la gestación de la criatura, ya que él no compra el derecho de adoptar al bebé, pues en realidad él

tiene un lazo genético y legal frente al niño. (199)

OHIO

En una opinión emitida por el Procurador General del Estado, William J. Brown, estableció que la celebración de un contrato privado de maternidad delegada, negociado directamente entre la pareja solicitante y la madre delegada se considera legal, pero siempre y cuando no intervenga con fines comerciales ninguna agencia, organización, asociación o tercera persona en la celebración del mismo. (200)

LOUISIANA

El Procurador General de Louisiana en una opinión estableció que cuando una madre delegada recibe un pago por la entrega de la criatura, ella y la pareja solicitante, serán acreedores a una sanción de tipo penal; además, si una agencia interviene en el convenio y no se encuentra autorizada por el Estado, estará sujeta al mismo castigo.

Se considera esta opinión inconsistente en razón de que el Procurador no supo distinguir entre la maternidad delegada y los típicos casos de intermediarios mercantiles de niños (baby-brokers). (201)

DISTRITO DE COLUMBIA

Las Cortes del Distrito de Columbia han considerado en forma superficial la maternidad delegada y así en el caso IN RE R.K.S., la esposa del padre genético, solicitó la adopción de la criatura, producto de la inseminación artificial de la madre delegada por su esposo y realizada mediante un contrato. El esposo de la mujer infértil contrató con la agencia MIRACLE PROGRAM, el servicio de una mujer para ser inseminada artificialmente con su semen a fin de que llevara a cabo la gestación y al nacimiento de la criatura lo entregara, mediante un pago de \$10,000.00. La Corte determinó necesario investigar los aspectos legales derivados de los procedimientos de adopción en la maternidad delegada, especialmente la identidad del padre natural, toda vez que el caso es contra la presunción de que el marido de una mujer casada, es el padre de la criatura que tenga su esposa durante el matrimonio. (202)

PROYECTOS DE LEY

En el estado de New Jersey, se redactó una propuesta de ley en la que se establece que quienes participen o asistan materialmente en un contrato de maternidad delegada, se considerarían sujetos a un proceso penal; pero se señaló que sólo

los contratos que incluyan un pago son ilícitos, por la razón de que se puede comercializar el nacimiento; pero se señaló expresamente que no había objeción alguna cuando se realizara un contrato sin un pago de por medio con alguna amiga o familiar que lo hiciera por amor o compasión. (203)

Los proyectos de ley que se presentaron en Alaska y Rhode Island señalan que los contratos de maternidad delegada son legales y deben ser reconocidos por los tribunales.

El proyecto de Alaska contiene tres principios básicos:

- 1.- Establece la presunción que el niño que nace por medio de un contrato de maternidad delegada es el hijo biológico y legítimo del hombre que dió el semen y contrató con la mujer.
- 2.- La terminación inmediata de los derechos maternos de la madre delegada al momento del nacimiento de la criatura.
- 3.- No se establece restricción a los honorarios de la mujer gestante.

El proyecto de ley de Rhode Island es similar, pero contiene una cláusula adicional al contrato, en la que se establecen los derechos y obligaciones de los padres adoptantes, incluyendo la garantía de adopción del niño bajo cualquier circunstancia. (204)

Los proyectos de Ley que se han presentado en California, Connecticut, Hawaii, New Jersey y South Carolina establecen que la maternidad delegada debe ser regulada estrictamente en forma similar a los procedimientos que se siguen en los casos de adopción. Señala que las obligaciones y derechos de ambas partes

deben encontrarse muy bien definidos en el contrato para evitar cualquier tipo de controversia.

Conneticut, Hawaii y South Carolina en sus proyectos de ley sañalan lo siguiente:

1.- Establecen numerosas cláusulas que regulan la conducta de la madre gestante y de la pareja infértil solicitante.

2.- Los requisitos para la mujer gestante son: estar de acuerdo en ser inseminada, rechazar voluntariamente sus lazos maternales con la criatura y darla en adopción a la pareja solicitante, asumir todos los riesgos posibles del contrato, someterse a una evaluación médica y psicológica, efectuarse mensualmente un exámen médico durante el embarazo, seguir todas las instrucciones médicas y finalmente asumir cualquier responsabilidad.

3.- En cuanto al padre biológico debe someterse a una evaluación médica, comprobar que no padece ninguna enfermedad venérea y estar de acuerdo en asumir toda la responsabilidad legal como padre de la criatura que nazca, inclusive si ésta es deforme.

4.- Las disposiciones que debe cumplir la pareja infértil son las siguientes: estar de acuerdo en depositar el pago a la mujer gestante en una cuenta bancaria a favor de élla, y pagar todos los gastos necesarios durante la gestación. Más aún, el proyecto de ley establece que en caso de muerte del esposo de la mujer infértil, o sea el donador del semen, la mujer tendrá los derechos de custodia de la criatura y si fallece la pareja

solicitante, la madre gestante tendrá la opción de quedarse con el niño o de darlo en adopción, aun cuando haya recibido el pago de honorarios.(205)

Los proyectos de ley de New Jersey y de California en esencia son los mismos a los de Hawaii, South Carolina y Connecticut, pero es interesante comparar las diferencias que se presentan en relación al pago a la madre gestante; California y New Jersey imponen una suma de \$10,000.00 dólares como máximo y establecen que la aceptación del pago por parte de la madre delegada no constituye ninguna clase de delito. Connecticut y Hawaii establecen un mínimo de 10,000.00 dólares como retribución.(206)

1.3. PROBLEMAS LEGALES

Estados Unidos es el país en el que más problemas legales se han presentado debido al incumplimiento de los contratos. El caso más renombrado es el de **BABY M**, en el que la pareja solicitante y la mujer gestante litigaron ante los tribunales la custodia de la criatura.

A continuación se expondrán casos interesantes que se han presentado para concluir con el juicio Baby M.

En octubre de 1987, una de las cortes de Michigan otorgó la custodia temporal de dos gemelos a Laurie Yates, la madre gestante que firmó el contrato de maternidad delegada. Ella

sostuvo que fue un error suyo el haber firmado ese contrato. Laurie Yates accedió llevar al cabo la maternidad delegada porque su marido era estéril y no tenían dinero para realizarse una inseminación artificial, y decidieron obtener dinero por este medio y además hacerse la inseminación artificial.(207)

Otro caso muy famoso fue el de Malahoff vs Stiver, en el que en esencia no se discutió por la custodia de la criatura, sino en determinar de quién era realmente el niño ya que a su nacimiento presentó un problema de microcefalia. Alexander Malahoff el padre solicitante y supuestamente biológico sostuvo que ese bebé no era suyo, a su vez Judy Stiver la madre gestante dijo que no sentía ningún vínculo materno con su hijo. Finalmente, mediante un estudio médico se determinó que el niño era del matrimonio Stiver, y que tenían la obligación de quedarse con la criatura.(208)

CASO BABY M.

El caso de Baby M surge a raíz de que el matrimonio Stern no podía tener hijos. William Stern de 40 años de edad y bioquímico, casado con Elizabeth de 41 años pediatra, residentes de Tenafly en New Jersey.

Los Stern en 1985, tenían 11 años de estar casados, tiempo en el que no pudieron tener hijos, razón por la que decidieron

celebrar un contrato de maternidad delegada. Ambos dos profesaban diferente religión, uno judío y otra metodista, razón por la que decidieron no adoptar a ningún niño. (209)

Finalmente deciden acudir a la agencia del abogado Noel Keane de nombre Infertility Center of New York (INCY). Noel Keane, es el abogado que se ha especializado en asuntos de maternidad delegada en Nueva York y Michigan y que representó a Alexander Malahoff en el caso en contra de Judy Stiver. (210)

Esta agencia se encargó de buscar a la candidata para que llevara la gestación, y resultó electa Mary Beth Whitehead. Después de analizar 300 solicitudes de mujeres, los Stern manifestaron que querían a una mujer que luciera como ella. (211)

Mary Beth Whitehead de 29 años de edad, de New Jersey, ama de casa, madre de dos niños uno de 11 y otro de 9 años, casada con Richard Whitehead veterano de Vietnam y trabajador social de salud; el marido no podía tener más hijos porque se había realizado anteriormente la vasectomía. Mary Beth se prestó voluntariamente a realizar la maternidad delegada para ayudar a la pareja infértil y dijo que no quería tener más hijos. (212)

El 6 de febrero de 1985 ambas partes firmaron un contrato de maternidad delegada ante el abogado Noel Keane en el Centro de Infertilidad en Nueva York, las inseminaciones comenzaron ese mismo día en dicho Centro, y se repitieron nueve veces hasta que logró quedar embarazada en julio de 1985. El convenio contenía en esencia las siguientes obligaciones: la madre gestante no

podía fumar, tomar bebidas alcohólicas, ni someterse a ningún exámen médico, incluyendo el de líquido amniótico.

La compensación pactada no se le pagaría si no lograba quedar embarazada; si el niño nacía muerto se le pagarían \$1,000.00 dólares y si lograba llevar la gestación a término y la criatura nacía sana se le cubrirían los \$10,000.00 dólares pactados, pero debería ceder todos los derechos de custodia sobre la criatura y firmar los documentos necesarios para la adopción. (213)

Noel Keane recibiría \$7,500.00 dólares por sus servicios; a su vez, el matrimonio Stern acordó pagar todos los gastos médicos que derivaran del embarazo.

En noviembre de 1985, el matrimonio Stern le pidió a Mary Beth que se realizara un exámen de líquido amniótico para verificar que la criatura no presentase ningún defecto físico, Mary Beth no se quiso someter al exámen; a su vez no aceptó que le efectuaran ningún tipo de exámen para poder saber el sexo de la criatura. (214)

El 27 de marzo de 1986, Mary Beth acompañada por su esposo dió a luz a una hija, y afirmó que presentaba un gran parecido a élla; en ese instante comprendió que había cometido un error, que no podía abandonar lo que era su propia sangre y decidió quedarse con la criatura y cambiar de opinión respecto a la entrega de la niña. Mary Beth y su esposo la llamaron Sara Elizabeth Whitehead, registrándola como sus padres legítimos con dicho nombre. (215)

Mary Beth se comunicó con Noel Keane y le manifestó su deseo de quedarse con su hija , contestándole él, que los Stern tenían el derecho de visitarla en el hospital y de poder ver a la niña. Posteriormente, rechazó los \$10,000.00 dólares, se negó a firmar los papeles de adopción y decidió irse a su casa para bautizar a la niña en la Iglesia Católica. (216)

Los Stern la llamaron Melissa Stern, Mary Beth les pidió que le dejaran a la criatura con ella únicamente el fin de semana; tres días después, Mary Beth les vuelve a implorar le dejen un tiempo más a la niña. El 12 de abril de 1986 después de varias conversaciones telefónicas, Mary Beth les informa su deseo definitivo de quedarse con su hija y no entregarla. Los Stern contratan a un abogado de nombre Gary Skoloff, quien solicita la intervención de la Corte Superior de New Jersey. En mayo de 1986 cuando la niña tenía 40 días de nacida, el Juez Harvey Sorkow otorga a los Stern una custodia temporal, argumentando que Mary Beth es una mujer inestable. En la noche del 5 de mayo los Stern acompañados de la policía se presentan a la casa de la familia Whitehead con una orden para recoger a Melissa Elizabeth Stern. Los Whitehead muestran en ese momento el acta de nacimiento en donde aparece como padre legítimo su esposo Richard y el nombre de la niña como Sara Elizabeth Whitehead. Mary Beth decide esconder a la criatura y dársela a su marido por el baño para no entregarla, cuando la policía descubre lo que hizo y que la niña ya no se encontraba, proceden a arrestarla sin

fundamentos legales. Posteriormente la familia Whitehead vuela a Florida a refugiarse con los padres de Mary Beth. (217)

Los Stern contratan a un detective para encontrar a Mary Beth y finalmente se dan cuenta que están en Florida. El 28 de julio de 1986, Mary Beth es hospitalizada por una severa infección, el 31 de julio los Stern con policías y detectives entran a la casa de los padres de ella y se logran llevar a la niña. El Juez Sorkow le prohíbe a Mary Beth ver a la niña durante cinco semanas y media, concediéndole posteriormente que la visite una vez a la semana dos horas cada sesión. (218)

El caso de Baby M empieza a tener gran publicidad, realizándose entrevistas y programas respecto a dicho problema. Unos días después del primer cumpleaños de la niña, el Juez Sorkow concede la custodia definitiva al matrimonio Stern, prohibiendo a su madre biológica el poder visitarla y de mantener contacto alguno. La Corte Suprema de Nueva Jersey aprueba la apelación concediéndole a Mary Beth el derecho de visitar a la niña dos horas a la semana. En ese lapso se divorcia de su marido, se embaraza de nuevo y se casa con Dean Gould, el padre de la futura criatura. El 3 de febrero de 1988, la Suprema Corte de Nueva Jersey anuncia su veredicto final: "afirma la decisión de otorgar la custodia definitiva a los Stern, y establece que los contratos de maternidad delegada por medio de un pago son ilegales en New Jersey". La decisión tomada señala el estatus legal en la realización de este tipo de contratos de maternidad

delegada. (219)

La Corte estableció la custodia con base en lo que consideró lo mejor para la criatura, tratando al hombre y a la mujer en igualdad de circunstancias, ya que el lazo existe para los dos progenitores y no como algunos establecen que sólo para la madre. La Corte defendió su posición con el siguiente argumento: "Nuestra conclusión en base a la custodia se determinó en el contraste de vida de familia que llevan los Stern y los Whitehead y a las personalidades de cada uno. La estabilidad de la familia Whitehead es poco firme, sus finanzas se encuentran en serios problemas, el empleo del esposo de Mary Beth se encuentra en riesgo ya que él es alcohólico, por lo que resulta poco adecuado ese panorama para la criatura por lo que su decisión es buscar lo mejor para ella." (220)

2. ESPAÑA

2.1. LEGISLACION

España es uno de los pocos países que cuenta con una legislación que regula todos los problemas de reproducción humana artificial, y que incluyen la maternidad delegada; sin embargo, el enfoque que le dan a dicha figura es contrario a mi posición y

punto de vista.

La ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, establece respecto a la maternidad delegada lo siguiente.

" Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos, en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la plena o parcial, la mujer sólo aporta la gestación (maternidad de gestación) o su óvulo/s (maternidad genética), pero ambos; son matices de gran interés que no siempre están claros y que conviene establecer sin equívocos. En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo". (221)

El artículo 10 de la Ley Española sostiene lo siguiente:

1.- Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

2.- La filiación con los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3.- Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. (222)

Yo no comparto el punto de vista que sostiene la legislación Española al establecer que la filiación materna será determinada por el parto. Considero que es importante señalar que la mujer gestante en algunos casos sólo realiza como su nombre lo indica la gestación y no aporta su óvulo.

3. INGLATERRA

3.1. ANTECEDENTES.

Inglaterra es uno de los países que más interés ha presentado por la maternidad delegada y en general, a todos los métodos de reproducción humana artificial.

En 1984 por medio del Warnock Report on Human Fertilisation & Embriology, creado en julio de 1982 para examinar social, ética y legalmente las repercusiones sociales originadas por los recientes descubrimientos en la reproducción humana artificial, recomendó lo siguiente:

1.- Aprobar legislación que sancione criminalmente la creación o el funcionamiento de establecimientos comerciales que recluten mujeres para servir de madres suplentes o convengan realizar contratos de maternidad delegada.

2.- Aprobar legislación que declare ilegal todo convenio de

maternidad delegada y, por consiguiente, inexigible en los tribunales.

3.- El contrato de maternidad delegada se considera que va en contra de las buenas costumbres, del orden público y es ilegal.

4.- La Corte deberá resolver cada caso conforme a lo que considere será lo mejor para la criatura. (223)

3.2. PROBLEMAS LEGALES

El caso mas renombrado en Inglaterra fue el de BABY COTTON.

El 4 de enero de 1985, Kim Cotton tuvo a una niña de ojos azules, rubia, en el Hospital North London's Victoria Maternity. Baby Cotton abandonó el hospital sin su madre; la razón: una pareja acordó con la madre pagarle \$7,400.00 libras por llevar al cabo la gestación de la criatura.

Kim Cotton fué inseminada artificialmente con el semen del cónyuge solicitante bajo la supervisión del centro "Surrogate Parenting Association of Great Britain. La identidad del donador no fué revelada a la madre gestante, la cual se encontraba casada y con dos hijos y bajo la autorización de su cónyuge.

Cuando el Bebé Cotton fué retirada del hospital, la controversia comenzó, y se afirma que es el mayor problema legal y moral que se le ha presentado al gobierno Británico,

comenzando a surgir comentarios en los periódicos y noticias, con los siguiente títulos: "Nació y se vendió".

Los detalles del caso se sostuvieron en secreto, nombrándolo como la batalla de Baby Cotton y argumentando que se realizaría una minuciosa investigación para identificar a la pareja solicitante.

A la vez, se sostuvo que se efectuaría un estudio para determinar si se consideraría como una delito penal lo realizado por las partes para celebrar dichos contratos.(224)

Finalmente, se prohibió la comercialización de los contratos de maternidad delegada, pero la prohibición no se extendió a los contratos privados; sólo agencias e intermediarios son responsables penalmente, no quienes usan el servicio.(225)

3.3. PROYECTO DE LEY

Actualmente en Inglaterra está a discusión un proyecto de ley para regular la maternidad delegada, en donde se establece que los padres genéticos sean los padres legales, por el bien del niño. El Consejo de la Barra de Abogados rechazó dicho proyecto, porque la madre gestante no debe ser la madre legal de la criatura, ya que podría ser un riesgo para el niño.

A su vez el Consejo de la Barra, sostuvo que la criatura no debería volver a ver a la madre gestante, ya que sería una

situación confusa para el niño, y argumentó que se burlaría la ley de parentesco existente.

Finalmente, la Barra argumentó que era cuestionable la legislación sobre la materia de maternidad delegada. "Si la maternidad delegada es tan mala, la sociedad debe defenderse mejor con sanciones de la ley penal."

En el caso de que surga una controversia la Corte será quien decida. Por el momento esa es la posición legal en la actualidad.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

- 191.- Field Martha, op. cit. pág. 5.
- 192.- Ibid, pág. 26.
- 193.- Ibid, pág. 26.
- 194.- Ibid, pág. 47.
- 195.- Ibid, pág. 49.
- 196.- Ibid, pág. 155.
- 197.- Katz Avi, op. cit. pág. 30.
- 198.- Ibid, pág. 32.
- 199.- Ibid, pág. 33.
- 200.- Ibid, pág. 35.
- 201.- Ibid, pág. 37.
- 202.- Ibid, pág. 37 y 38.
- 203.- Ibid, pág. 42.
- 204.- Ibid, pág. 43 y 44.
- 205.- Ibid, pág. 46 y 47.
- 206.- Ibid, pág. 47.
- 207.- Ibid, pág. 63.
- 208.- Andrews Lori, op. cit. pág. 56.
- 209.- Field Martha, op. cit. pág. 3.
- 210.- Chester Phyllis, op. cit. pág. 4.
- 211.- Lacayo Richard, op. cit. pág. 41.
- 212.- Ibid, pág. 40.

- 213.- Chester Phyllis, op. cit. pág. 3 y 4.
- 214.- Ibid, pág. 4.
- 215.- Ibid, pág. 4.
- 216.- Ibid, pág. 4.
- 217.- Ibid, pág. 5.
- 218.- Field Martha, op. cit. pág. 4
- 219.- Ibid, pág. 4.
- 220.- Chester Phyllis, op. cit. pág. 154 y 156.
- 221.- Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, op. cit.
pág. 549.
- 222.- Ibid, pág. 554.
- 223.- Warnock Mary, op. cit. pág. 47.
- 224.- Baby Cotton's Quandry. A surrogate mother creates a
storm of controversy in Britain, Time, enero 21, 1985,
pág. 38.
- 225.- Field Martha, op. cit. pág. 158.
- 226.- Gibb Frances, "Bar Council rejects surrogate mothers as
legal parents.", The Time News, Abril 9, 1990, pág. 6.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS LEGALES

C O N C L U S I O N E S
Y P R O P U E S T A S L E G A L E S

- 1.- Las recientes técnicas de reproducción humana artificial han logrado modificar conceptos antiguos y definidos que no se habían cambiado desde la época de los romanos, como son los temas de la filiación, la maternidad, y la paternidad; por lo que es necesario darles una adecuada normatividad jurídica, acorde a las necesidades de la sociedad actual, y con el objeto de no dejar sin solución los múltiples problemas que surgen.
- 2.- Dicha regulación podría estar en una Ley especial que se llamaría "Ley sobre métodos de procreación humana artificial", en donde se integrarían todos los procedimientos, se regularían los riesgos, las posibles soluciones y las sanciones a los infractores.
- 3.- Mientras no se expida una ley que regule las diferentes situaciones, es conveniente modificar y reestructurar algunos artículos del Código Civil y de la Ley General de Salud.
- 4.- El contrato de maternidad delegada, es una convención de Derecho de Familia, impregnado del particularismo innegable de dicha rama, donde hace más a las relaciones de familia que a las meramente obligacionales y patrimoniales. Se debe considerar un contrato sui generis.

- 5.- Al ser un contrato innominado, presenta similitudes con varios contratos, pero es conveniente no encuadrarlo en ninguno, ya que los demás tienen un fin patrimonial.
- 6.- Se debe permitir que la maternidad delegada se realice mediante un contrato, siempre y cuando dicho convenio tenga como objetivo la ayuda a parejas infértiles para que puedan crear una familia; todo ello con fundamento en uno de los principales fines del matrimonio que es la procreación de la especie.
- 7.- Dichos contratos no deben tener ninguna clase de pago o remuneración, ya que al presentarse éste se convertirían en ilícitos, al desvirtuarse el objeto principal de ayuda sin ningún fin lucrativo.
- 8.- El contrato de maternidad delegada debe traer como consecuencia la celebración de varios contratos accesorios, destinados principalmente a la protección de la madre gestante.
- 9.- La filiación de los hijos nacidos por maternidad delegada, no se determinará por el parto.
- 10.- Se considera madre gestante delegada, a la que exclusivamente lleva al cabo la gestación de la criatura.
- 11.- La madre gestante delegada no se considera la madre legal de la criatura, ni le corresponden los derechos maternales.

12.- Una vez entregada la criatura, la madre gestante no tendrá derecho a ejercitar ninguna clase de acción y el contrato surtirá todos sus efectos legales y cualquier derecho de la madre delegada en relación a la criatura terminará.

PROPUESTAS LEGALES

1.- Para regular debidamente la maternidad delegada, se proponen las siguientes modificaciones al Código Civil para el Distrito Federal:

a). art. 60.- Es conveniente incluir el siguiente párrafo:

"En el caso de los hijos nacidos mediante métodos de reproducción humana artificial, se deberá hacer constar en el acta únicamente el nombre de la madre solicitante y no el de la madre gestante."

b). art. 63.- Se propone incluir: "salvo el caso que se trate de un hijo nacido como resultado de métodos de reproducción humana artificial, se asentará en el acta como padre al cónyuge de la madre solicitante y no el de la madre gestante".

c). art.162.- Se debe agregar el siguiente párrafo: ..."los cuales podrán emplear cualquier método de procreación humana artificial, si lo estiman conveniente".

d). art. 324.- Se recomienda agregar la siguiente fracción: "III.- Los hijos nacidos mediante cualquier método de procreación humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo genético con uno o ambos padres".

e). art. 325.- Se incluirá: "Salvo el caso de que la criatura sea producto de métodos de reproducción humana

artificial, situación en la que se dispensará de la paternidad al cónyuge de la madre gestante".

f). art. 326.- En este artículo se deberá aplicar la misma regla del artículo inmediato anterior.

g). art. 360.- Es recomendable agregar un último párrafo: "Cuando el hijo sea producto de un embarazo, logrado mediante el empleo de métodos de procreación humana artificial, con la participación de una madre gestante que haya convenido en entregar a la criatura, no se determinará la filiación por medio del parto".

h). art. 374.- se incluirá: "Salvo en el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de métodos de reproducción humana artificial".

- 2.- Modificaciones a la Ley General de Salud: Considero que se debe redactar un reglamento que regule los nuevos métodos de procreación humana artificial, con el fin de precisar figuras tan importantes como la conservación en bancos del esperma, o de los embriones; las funciones de los centros de salud u hospitales donde se realicen las nuevas técnicas de reproducción; los procedimientos de fecundación in vitro y de inseminación artificial, etc., etc.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Aguilar Carvajal Leopoldo. "Contratos Civiles", Editorial Porrúa, S.A., México 1982.
- 2.- Borrel Maciá Antonio. "La persona humana. Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres." Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1954.
- 3.- Borja Scriano Manuel. "Teoría General de las Obligaciones", Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1956.
- 4.- Cabanellas Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual", Cuarta Edición, Editores-Libreros, Buenos Aires, 1968.
- 5.- Chester Phyllis, "Sacred Bond, The Legacy of Baby M.", Times Book, New York, 1988.
- 6.- Cicu Antonio. "El Derecho de Familia", Editores Ediar, S.A., Buenos Aires, 1947.
- 7.- Corea Gene. "The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs". New York: Harper & Row, 1986.
- 8.- Di Cio Alberto, " La inseminación artificial y el Derecho de Familia", Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1984.
- 9.- Field A. Martha. "Surrogate Motherhood", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1988.
- 10.- Frank , Diana and Voquel, Martha. "The Baby Makers", Carrol & Graff, New York, 1988.
- 11.- Fondation Marangopoulos pour les Droits de l'Homme. "Expérimentation biomédicale et Droits de l'Homme", Presses Universitaires de France, Paris, 1988.

- 12.- Galindo Garfias Ignacio. "Derecho Civil Primer Curso", Parte General. Personas. Familia, Editorial Porrúa, S.A., México, 1973.
- 13.- Gambón Alix Germán. "La Adopción", José Ma. Bosch Editor, Barcelona, 1960.
- 14.- Giorgi Jorge, "Teoría de las Obligaciones", Volúmenes VII, VIII y IX, Editorial Reus, Madrid, 1930.
- 15.- Gutiérrez y González Ernesto. "Derecho de las Obligaciones", Editorial Cajica, Segunda Edición, Puebla, México, 1965.
- 16.- Gutiérrez y González Ernesto. "El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad", Editorial Cajica, Puebla, México, 1971.
- 17.- Glover Jonathan and Others. "Fertility & Family" The Glover Report on Reproductive Technologies to the European Commission, Fourth Estate Ltd, Great Britain, 1989.
- 18.- Keane, Noel and Dennis Breo. "The Surrogate Mother", New York: Everest House, 1981.
- 19.- Margadant Floris Guillermo. "El Derecho Privado Romano", Segunda Edición, Editorial Esfinge, México, 1965.
- 20.- Messineo Francesco. "Doctrina General del Contrato", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.
- 21.- Rojina Villegas Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Tomo Quinto. Volúmen III, Tomo Sexto, Volúmen I, Segunda Edición, Antigua Librería Robredo, México, 1965.
- 22.- Sagrada Biblia. Versión directa de las lenguas originales por Eoloño Nacar Fuster y Alberto Colunga, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1965.

- 23.- Sánchez Medal Ramón. "De los Contratos Civiles." Teoría General del Contrato. Contratos en Especial. Registro Público de la Propiedad, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México, 1984.
- 24.- Warnock Mary. "A question of life. The Warnock Report on Human Fertilization & Embryology", Basil Blackwell, Great Britain, 1985.
- 25.- Zamora y Valencia Miguel Angel. "Contratos Civiles", Editorial Porrúa, S.A., México, 1982.
- 26.- Zannoni Eduardo A. "Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

PUBLICACIONES

- 1.- Andrews Lori. "Stork Market: The law of the new reproductive Technologies". American Bar Association Journal, 70 (August 1984), 50-56.
- 2.- Atallah Lillian. "Report From a Test-Tube Baby", New York Times Magazine April 18, 1976, pp 16-17, 48, 51-52.
- 3.- Baby Cotton's Quandry. "A Surrogate Motherhood Creates a Storm of Controversy in Britain", Time, January 21, 1985, p.38
- 4.- Bick-Rice Judith. "The need for statutes regulating Artificial Insemination by donors", Ohio State Law Journal, 46 (1985) p. 1055-76.
- 5.- Billiter Bill. "State May Set Rules on Motherhood: Could Become First to Legalize, Control Use of Surrogates." Los Angeles Times, June 20, 1982, 1-3.
- 6.- Billiter Bill. "State Studies Surrogate Mother Law: L.A. Hearing Vents Views on Growing Nation Wide Practice", Los Angeles Times, November 22, 1982, 1-23.
- 7.- Billiter Bill. "Surrogate Mother Protection Bill Tabled in Senate". Los Angeles Times, August 4, 1982, p 1-21.
- 8.- Bitner Lizabeth A. "Wombs for rent: A call for Pennsylvania Legalizing and Regulating Surrogate Parenting Agreements" Dickinson Law Review, 90 (Fall 1985), 227-259.
- 9.- Black Robert C. "Legal Problems of Surrogate Motherhood", New England Law Review, 16 (1980-81) 373-376.
- 10.- Bolick Nancy O'Keefe. "The new faces of adoption", Boston Magazine, October 1986, p. 152.

- 11.- Bowal Peter. "Surrogate Procreation: "A Motherhood Issue in Legal Obscurity" Queens Law Journal 9 (Fall 1983), 5-34.
- 12.- Cohen Barbara. "Surrogate Mothers: Whose Baby Is It? American Journal of Law and Medicine, 10 (Fall 1984), 243-285.
- 13.- Deitch Rodney. Commentary From Westminster. "A Government Bill on Surrogate Motherhood? The Lancet. April 27, 1985, England.
- 14.- Deitch Rodney. Commentary From Westminster. "The Government Acts to Prohibit Surrogacy Arrangements", The Lancet. April 27, 1985, England.
- 15.- Dodd Bette J. "The Surrogate Mother Contract in Indiana", Indiana Law Review, 15 (1982), 807-830.
- 16.- El Universal, "Nuevo Método de Fertilidad: colocan óvulo y espermatozoides en las trompas de falopio", Miercoles 27 de junio de 1990, México, D.F. Sección Aviso Oportuno.
- 17.- Engram Sara. "Doctors and Surrogate Moms: Physicians Face Ethical Dilema Over Technology" Los Angeles Times, April 9, 1982, p.V-14.
- 18.- Fashing Felicia R. "Artificial Conception: A Legislative Proposal" Cardozo Law Review, 5 (Spring 1984), 713-735.
- 19.- Flickinger Rusell N. "Surrogate Motherhood: The Attorney's Legal and Ethical Dilema". Capital University Law Review, 11 (Spring 1982) p. 593-610.
- 20.- Friedrich Otto. "A Legal, Moral, Social Nigtmare: Society Seeks to Define The Problems of the Birth Revolution", Time, September 10, 1984, p. 54-56.
- 21.- Galen Michele. "Surrogate Law: Court Ruling". National Law Journal, September 29, 1986, p. 1-10.

- 22.- Gersz Steven R. "The Contract in Surrogate Motherhood: A review of the issues", Law, Medicine and Health Care, 12 (June 1984) 107-114.
- 23.- Gibb Frances. "Bar Council rejects surrogate mothers as legal parents.", The Time News, April 9, 1990, p. 6.
- 24.- Goldfarb Carolea. "Two Mothers, One Baby, No Law", Human Rights, 11 (Summer 1983),26-29.
- 25.- Goleman Daniel. "Motivation of Surrogate Mothers", New York Times, January 20, 1987, p. c-1.
- 26.- González Trevijano, Pedro José. "Algunas Reflexiones Jurídico-Constitucionales sobre el Derecho de la Reproducción Humana y las nuevas Técnicas de Reproducción Asistida." Revista de Derecho Político, núm 26, Madrid 1988.
- 27.- Goodman Ellen. "Surrogates Could Make Pregnancy a Service Industry", Los Angeles Times, September 2, 1986, p. III-5.
- 28.- Goodman Ellen. "Which Mother is Mom? Los Angeles Times, April 25, 1986, p. II-7.
- 29.- Greenberg, Lisa J. and Harold L. Hirsch. "Surrogate Motherhood and Artificial Insemination: Contractual Implications", Medical Trial Technique Quarterly, 29 (1983), 149-166.
- 30.- Hanley Robert. "Baby M. Case. Etches a Study in Contracts: Different Social Classes and Family Relations". New York Times, February 17, 1987, p. B1-B2.
- 31.- Hanley Robert. "Baby M. Case Best Interests May Resolve a Puzzling Case." New York Times, February 2, 1987, p. B1.
- 32.- Hanley Robert. " Baby M's. Trial Lawyers: Two Goals and Two Styles. New York Times, February 19, 1987, p. B3.

- 33.- Hanley Robert. "Father of Baby M. Thought Mother Had Been Screened", New York Times, January 14, 1987, p. B2.
- 34.- Hanley Robert. "Reporter's Notebook: Mother Plans to Tread Softly in the Baby M. Trial", New York Times, February 9, 1987, p. B3.
- 35.- Harvard Law Review, "Reproductive Technology and the Procreation Rights of the Unmarried", Notes, Vol. 98, Number 3, January 1985.
- 36.- Kantrowitz Barbara. "Who Keeps Baby M.?". Newsweek, January 19, 1987. p. 44-49.
- 37.- Kasirer Nicholas. "The Surrogate Motherhood Agreement: A proposed standard Form Contract for Quebec", Revue de Droit (Sherbrooke University). 16 (1985, 351-387).
- 38.- Katz Avi, " Surrogate Motherhood and the Baby-Selling Laws", Columbia Journal of Law and Social Problems, 20 (1986) 1-53.
- 39.- Kolangui Nisanof Tamara. " Regulación Jurídica de los Nuevos Métodos de Concepción Humana Artificial", Revista de la Escuela de Derecho, Universidad Anáhuac, Año IV, Número 4, 1986.
- 40.- Lacayo Richard et al. "Is the womb a rentable space?", Time september 22, 1986. Chicago, Illinois.
- 41.- Lacayo Richard et al. "Whose child is this? Time. January 19, 1987, Chicago, Illinois.
- 42.- Mellown Mary Ruth: "An incomplete Picture: The Debate about Surrogate Motherhood; Harvard Women's Law Journal" Boston, Vol. 8 Spring 1985.
- 43.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, " La Maternidad ¿es siempre cierta? (La Modernidad del Derecho Frente a los Avances Científicos)." Boletín Mexicano de Derecho

Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Año XXII, Número 65, Mayo-Agosto de 1989.

- 44.- Pierre Kaiser, "Documents Sur L'embryon Humain et la Procréation Médicalement Assistée", Recueil Dalloz Sirey, Paris, Núm 29, 14 sept/89. Chronique.
- 45.- Rumpelstiltskin Revisited: "The inalienable rights of Surrogate Mothers" Harvard Law Review 99 (June 1986), 36 -55.
- 46.- Rusheuski Cynthia A. "Legal Recognition of Surrogate Gestation", Women's Rights Law Reporter, 7 (Winter 1982) 107 - 142.
- 47.- Sappiden Caroley. "The Surrogate Mother: A growing Problem", University of New South Wales Law Journal 6 (1983) 79 -142.
- 48.- Schmeck Harold M. "Pre-natal Adoption. Is the objective of New Techniques", New York Times. June 14, 1983. p. CI.
- 49.- Scott Janny. "Pair duped Her on Surrogate Mother Pact, Woman Tells court". Los Angeles Times, February 20, 1987 p. 1 - 22.
- 50.- Silva Ruiz Pedro F. "Artificial Reproduction Techniques, Fertility Regulation: The Challenge of Contemporary Family Law". The American Journal of Comparative Law, Vol 1, Suplement 1966, Berkeley Cal, U.S.A.
- 51.- Silva Ruiz Pedro F. "El Contrato de maternidad sustituta o Suplente o Subrogada, la Maternidad de Alquiler". Ponencia presentada en la XXVI conferencia de la Federación Inter Americana de abogados (FIA), Buenos Aires, Argentina, 9-15 de Mayo de 1987.
- 52.- Silva Ruiz Pedro F. "El Derecho de Familia y la Inseminación Artificial "in vivo" e "in vitro". Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXXVII, Núms. 151-152-153, Enero - Junio, 1987.

- 53.- Snyder Sarah. "Baby Case Spurs debate on Surrogate Mothers Despite Custody Fight, Couples Seek Service". Boston Globe, February 22, 1983, pp. 1 - 10.
- 54.- Soto Reyna René, "Aspectos Médicos Legales de la Inseminación Artificial en Sere Humanos". Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango, Durango, Octubre 1985 - Marzo 1986.
- 55.- "Surrogater's Baby Born with Deformity Rejected by All". Los Angeles Times. January 22, 1983, pp. 1 - 17.
- 56.- "Surrogate Mothers". British Medical Journal. Volume 290, January 26, 1985, England.
- 57.- Taylor Shereen. "Conceiving for cash: Is it legal? A Survey of the Laws Applicable to Surrogate Motherhood. Human Rights Annual, 4, (1987), 413 - 444.
- 58.- Van Hoften Ellen L. "Surrogate Motherhood in California: Legislative Proposals". San Diego Law Review 18 (1981), 341 - 385.
- 59.- Wallis Claudia. "A Surrogate's Story". Time. September 10, 1984 p. 53.
- 60.- Wallis Claudia. Quickening Debate over life on Ice. Time. October 26, 1985 p. 46.
- 61.- Wallis Claudia. "The New Origins of Life". Time. September 10, 1984 p. 36 - 38.
- 62.- Winsla de William J. "Surrogate Mothers: Private Righter Public Wrong? Journal of Medical Ethics, 1981. Vol. 7, University of California, Los Angeles.
- 63.- Young Jacob et al. "After the Baby M. Case". Newsweek April 13, 1987.

LEGISLACION

- 1.- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Imprenta del Comercio, De Dublán y Chávez, Nueva Edición, México 1878.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal. Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa, S.A. 8a. Edición, abril de 1989.
- 3.- Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.
- 4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.
- 5.- Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Apéndice del Libro Biogenética filiación y delito. Miguel Angel Soto Lamadrid, Editorial Astrea, Buenos Aires 1989.
- 6.- Ley General de Salud, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 1990.
- 7.- Procréation Médicalement assisté Diagnostic prénatal, Ministère de la Solidarité, de la Santé et de la Protection Sociale, Bulletin Officiel No. 88.25 bis. Dirección de Periódicos Oficiales, Paris, Francia, 1989.