

198  
201.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES  
CAMPUS ARAGON

LA EXISTENCIA DEL CONTRATO  
DE MATERNIDAD SUBROGADA EN  
EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A :**  
ALBERTO CESAR HERNANDEZ ESCORCIA

ASESOR LIC ANTONIO REYES CORTES.

MÉXICO

1998

266494

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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 esta 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.

**A mis hermanos:**

Fernando y Alejandro, compañeros de juegos y amigos en situaciones difíciles.  
Gracias.

**A mi hermana:**

Lucely, con especial cariño.

**A Gabriela:**

Por todos los momentos juntos.

**A Mónica:**

El regalo más grande que me dio la vida.

**A los Señores Licenciados:**

Alejandro Freyría Salinas y  
Arnoldo J. Morlet Castro.

**Al Señor Licenciado  
Antonio Reyes Cortés:**

Por la confianza y paciencia brindada  
en la elaboración del presente trabajo.  
Gracias.

**A la Universidad Nacional  
Autónoma de México:**

Por brindarme la oportunidad de ser parte de ella; y en especial al **Campus Aragón** y a todos los maestros que hicieron posible la culminación de mis estudios profesionales.

## Indice.

### **“La Existencia del Contrato de Maternidad Subrogada en el Derecho Positivo Mexicano.”**

<b>Introducción.</b>	<b>I</b>
<b>Capítulo Primero</b>	
<b>Obligación y contrato como fuente de las obligaciones.</b>	
1.1	Concepto de obligación. 1
1.1.1	La obligación en el Antiguo derecho Romano. 2
1.1.2	Definición moderna de la obligación. 4
1.2	Elementos de la obligación. 5
1.2.1	Enumeración de los elementos de la obligación. 5
1.2.2	Sujetos de la obligación. 6
1.2.3	Objeto de la obligación. 7
1.2.4	El elemento relacionante de la obligación. 9
1.3	El contrato como fuente de las obligaciones. 10
1.3.1	Enumeración de las fuentes de las obligaciones. 10
1.3.2	Concepto de contrato. 13
1.3.3	Elementos de existencia de los contratos. 14
1.3.4	Elementos de validez de los contratos. 17
1.3.5	Cláusulas esenciales, naturales y accidentales de los contratos. 23
1.3.6	Clasificación de los contratos. 24
1.3.7	Obligatoriedad entre las partes 28
1.4	Formas de extinción de las obligaciones nacidas de un contrato. 29
1.4.1	El pago. 29
1.4.2	La dación en pago. 30
1.4.3	La novación. 31
1.4.4	La rescisión. 31
1.4.5	Otras formas. 32

## **Capítulo Segundo** **Filiación y maternidad.**

2.1	Filiación.	36
	2.2.1 Concepto de filiación.	37
	2.1.2 Clasificación.	39
2.2	Paternidad y maternidad.	42
	2.2.1 Nociones de paternidad y maternidad.	42
	2.2.2 Definiciones desde el punto de vista natural.	43
	2.2.3 La paternidad y maternidad en el campo del derecho.	44
	2.2.4 Investigación de la paternidad y maternidad.	50
2.3	La adopción.	54
	2.3.1 Concepto.	55
	2.3.2 Requisitos.	58
	2.3.3 Naturaleza jurídica.	61
	2.3.4 Efectos jurídicos.	63
	2.3.5 Revocación de la adopción.	65

## **Capítulo Tercero** **Generalidades de la maternidad subrogada.**

3.1	La inseminación artificial.	68
	3.1.1 Concepto.	69
	3.1.2 Clasificación.	71
	3.1.3 Legalidad.	74
3.2	Conceptualización de la maternidad subrogada.	78
	3.2.1 Noción de maternidad subrogada.	78
	3.2.2 Referencia histórica.	84
	3.2.3 Modalidades posibles.	86
3.3	La maternidad subrogada como fenómeno social.	89

3.3.1 Esterilidad femenina como causa de la maternidad subrogada.	89
3.3.2 Otras causas.	91
3.3.3 Alternativas.	92
3.3.4 Aplicación de la maternidad subrogada en otros países.	95

### **Capítulo Cuarto**

#### **Problema de la existencia y validez del contrato de maternidad subrogada en el Derecho Positivo Mexicano.**

4.1 Existencia de este contrato en el Derecho Mexicano.	101
4.1.1 El problema de la existencia de su objeto.	101
4.1.2 El problema de su falta de regulación en los códigos mexicanos.	104
4.2 La validez de este contrato.	106
4.2.1 Consideraciones generales.	107
4.2.2 El problema de la licitud del objeto, motivo y fin de este contrato.	107
4.3 Problemática ético-jurídica de este contrato.	114
4.3.1 El problema de la obligatoriedad del cumplimiento de este contrato	114
4.3.2 Carácter oneroso o gratuito de este contrato.	116
4.4 Naturaleza de la relación que surge entre el menor nacido y la madre no biológica	117
4.4.1 El cumplimiento voluntario de este contrato.	118
4.4.2 Situación jurídica del menor frente a la madre no biológica.	120
4.4.3 Derecho del menor para la investigación de la maternidad.	121
<b>Conclusiones.</b>	124
<b>Bibliografía.</b>	128

## **Introducción.**

Durante mucho tiempo hemos considerado la reproducción humana como un fenómeno natural del hombre, el cual es reconocido y se le otorgan determinados efectos jurídicos. Hasta hace poco tiempo, hablar de dicha reproducción, necesariamente entrañaba la idea de la relación sexual entre los futuros padres.

Actualmente, este esquema se ha visto afectado de manera notable por las modernas técnicas reproductivas. Ya no es extraño para nadie, considerar a la inseminación artificial como alternativa de la infertilidad masculina, lo que de entrada desvincula ese trato sexual de la reproducción; y tiene repercusiones legales que pueden afectar de manera notable nuestras actuales instituciones familiares. Por ejemplo, surge el problema de determinar a quien se debe considerar padre legal de un bebé, cuando su concepción se ha logrado a través de la inseminación de la mujer con semen que no es de su marido.

Sabemos también, que la concepción de una persona puede ser lograda en forma extrauterina (fecundación *in vitro*), y que los embriones así logrados, pueden incluso criopreservarse congelados incluso por años, antes de ser implantados en el cuerpo de una mujer para llevar a término un embarazo; y todos estos aspectos son realidades que no se encuentran legisladas en nuestro

derecho, y que quizá, todavía no sean practicadas aquí, pero es indudable que ese día llegará, y es necesario estar preparados para hacerles frente.

La maternidad subrogada, resumida como aquella práctica por la cual una mujer se compromete a gestar a un hijo y entregarlo a una pareja contratante, a su nacimiento, en forma gratuita u onerosa, constituye una alternativa que muchas parejas con problemas de infertilidad femenina consideran; y aunque entre nosotros su aplicación todavía no está en uso (al menos de una forma pública), no estamos exentos de vernos involucrados en la problemática que envuelve a los acuerdos de esta naturaleza, pues a diferencia de lo que sucede con la mayoría de las modernas técnicas reproductivas, la subrogación de la maternidad requiere de muy poco para llevarse a cabo, y sin embargo, los problemas que origina son muy graves.

Es precisamente esta problemática la que se pretende plantear en el presente trabajo. Determinar si realmente su existencia jurídica y validez son posibles en nuestro sistema jurídico, pero siempre sin perder de vista que nos encontramos ante una situación delicada, pues está en juego el bienestar de una persona que fue concebida bajo este contexto, situación de la que no tiene culpa alguna.

## CAPITULO PRIMERO

### Obligación y contrato como fuente de las obligaciones.

#### 1.1 Concepto de obligación.

Tradicionalmente se han distinguido los derechos reales de los derechos personales, y al respecto se ha dicho que los primeros entrañan: "la facultad -correlativa de un deber general de respeto- que una persona tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir."<sup>1</sup> Erróneamente, se ha considerado que los primeros son derechos que se ejercen sobre las cosas, olvidándose que es un presupuesto que las relaciones jurídicas se entablan única y exclusivamente entre sujetos de derecho, por lo que al hablar del derecho real, se ha afirmado que debe entenderse respecto al deber de toda la generalidad de respetar esa facultad.

Opuesto al derecho real, existe la noción del derecho personal o de crédito, que a diferencia del anterior, consiste en: "la facultad que una persona, llamada acreedor, tiene de exigir de otra, llamada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de

---

<sup>1</sup> GARCÍA Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 42ª edición, Porrúa S.A., México, 1991, p. 214.

una cosa.”<sup>2</sup>, es decir, aquí se presenta la facultad de exigir a una persona, determinada conducta; y es aquí de donde surge el concepto de obligación, que debe considerarse como un elemento complejo, del cual el derecho personal no es más que la manifestación de uno de sus aspectos, como se verá más adelante.

### 1.1.1 La obligación en el Antiguo Derecho Romano.

Nos dice Sara Bialostosky, que según las Instituciones de Justiniano: “obligación es el vínculo jurídico que nos constringe a pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad (*obligatio est iuris vinculum quo necessitate, adtringimur alicuius solvendae rei secundum nostra civitatis iura*).”<sup>3</sup> Efectivamente, en el Antiguo Derecho Romano, la obligación constituía un verdadero vínculo, una atadura de la persona del deudor hacia el acreedor, donde el primero respondía de su deuda no sólo con su patrimonio, sino también con su libertad e incluso con su vida.

Según una teoría de Bonfante<sup>4</sup>, la obligación romana tuvo su origen en el campo de los delitos, que originaban un derecho de venganza en favor de la víctima o de su familia y que con el tiempo pudo transformarse por composición, en el deber de

---

<sup>2</sup> *Ibidem*

<sup>3</sup> BIALOSTOSKY, Sara, *Panorama del Derecho Romano*, 3ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 121

<sup>4</sup> *Cfr.* FLORIS Margadant Guillermo S., *El Derecho Privado Romano*, 17ª edición, Editorial Esfinge, S.A. de C.V. México, 1991, pp. 308 y 309

cumplir con alguna prestación, generalmente el pago de una cantidad de dinero. Un miembro de la familia del culpable, o él mismo, quedaba *ob-ligatus* (atado) en la casa del acreedor, para garantizar el cumplimiento. Esta situación fue trasladada a las obligaciones civiles a través del *nexum* (nudo), negocio por el cual se obtenía un préstamo, y en garantía, un miembro de la *domus*, quedaba preso en casa del acreedor hasta el cumplimiento. Posteriormente, la atadura se realizaba sólo hasta el momento en que se incumplía, entonces el acreedor podía hacer uso de la *manus iniectio*, por medio de la cual se retenía al rehén por sesenta días, y si en ese lapso de tiempo la deuda no era saldada, el acreedor adquiría el derecho a venderlo como esclavo, o si lo prefería, a darle muerte. Esta situación perduró hasta que una *Lex Poetelia Papiria*, del año 326 A. de J.C., determinó que los deudores de carácter civil sólo responden hasta el monto de su patrimonio.

De lo anterior, los juristas alemanes distinguieron dos aspectos de la obligación, el *debitum* o deuda (*schuld*) y la responsabilidad (*haftung*). Estas dos figuras se distinguen claramente en la obligación romana. Por un lado se encuentra el deudor, es decir, la persona a quien le corresponde realizar la prestación convenida, y por el otro, el responsable, es decir, la persona en quien se hacen efectivas las consecuencias del incumplimiento. Sin embargo, este doble aspecto de la obligación comienza a hacerse difuso después de la aparición de la *Lex Poetelia Papiria*, pues a partir de entonces, es el patrimonio del propio

deudor el que responde para el caso de incumplimiento, confundándose entonces, ambos aspectos en una misma persona, y aparece como lo dice Juan Iglesias, al referirse a este punto, la obligación como concepto unitario.<sup>5</sup>

### 1.1.2 Definición moderna de la obligación.

Los autores modernos al definir a la obligación, han partido de la estructura de la célebre definición de las *Institutas* de Justiniano, sustituyendo el término de vínculo jurídico por el de relación jurídica, ya que se considera que este último es menos enérgico y describe mejor la esencia de la obligación, que en la actualidad no es como lo fue en el Antiguo Derecho Romano, una verdadera atadura.

Julien Bonnetcase, por ejemplo, define a la obligación como: "una relación de derecho por virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene el derecho de exigir a otra, el deudor, el cumplimiento de una prestación determinada, positiva o negativa"<sup>6</sup> De manera similar Manuel Borja Soriano, la define como: "la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual, una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter

---

<sup>5</sup> IGLIAS, Juan. *Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado*, 6ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1979, p. 37.

<sup>6</sup> BONNETCASE, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial Harla, México, 1993, p. 627.

patrimonial, que el acreedor puede exigir al deudor.”<sup>7</sup>; y para Joaquín Martínez Alfaro es: “una relación de naturaleza jurídica entre dos personas llamadas deudor y acreedor, por la cual el deudor se encuentra en la necesidad jurídica de ejecutar una prestación a favor del acreedor, quien a su vez está facultado para recibir y exigir la prestación en su favor.”<sup>8</sup>

Es importante observar que la obligación es un concepto complejo, que abarca toda una relación entre diversos sujetos, y que si atendemos únicamente a su lado activo, recibe el nombre de derecho de crédito o personal, y si lo hacemos del lado pasivo, recibe el nombre de deuda o débito.

## 1.2 Elementos de la obligación.

### 1.2.1 Enumeración de los elementos de la obligación.

De acuerdo con las definiciones antes mencionadas, podemos considerar que los elementos que conforman a la obligación son los siguientes: un sujeto activo o acreedor; un sujeto pasivo o deudor, un objeto de la obligación y un elemento relacionante de la misma.

---

BORJA Soriano, Manuel *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, Porrúa, S.A., México, 1939, p. 100.  
MARTÍNEZ Alfaro Joaquín *Teoría General de las Obligaciones*, 3ª edición, Porrúa, S.A., México, 1993, p. 1

### 1.2.2 Sujetos de la obligación.

Como se señaló inicialmente, las relaciones jurídicas se establecen exclusivamente entre sujetos de derecho, es decir, entre personas. Debemos entender, que toda obligación corresponde a un deber jurídico de alguien, quien recibe el nombre de sujeto pasivo o deudor; y de igual modo, todo deber jurídico supone la existencia de un sujeto activo o acreedor, es decir, débito y crédito son conceptos interdependientes, y jurídicamente hablando, no cabe la existencia del uno sin el otro.

Por lo que hace al sujeto activo, éste cuenta con dos facultades: la facultad de recibir y la facultad de exigir. A su vez, el sujeto pasivo tiene a su cargo el deber de cumplir y la responsabilidad patrimonial para el caso de incumplimiento (recuérdense las nociones de *schuld* y *haftung*), y aunque normalmente ambas situaciones se presentan unidas, eventualmente pueden recaer en personas diversas.

No es necesario que tanto el sujeto activo como el pasivo sean únicos, y aunque las definiciones de obligación que se transcribieron oponen la existencia de una persona, el acreedor, a otra, el deudor, existe la posibilidad de que se presenten en una misma obligación, pluralidad de deudores, de acreedores o de ambos.

Un problema que se plantea respecto a los sujetos, es el de establecer si éstos deben estar determinados al momento de nacer la obligación. A diferencia de lo que se estableció en la Antigua Roma, en donde era imprescindible que lo fueran, dado el vínculo que se formaba desde su nacimiento; actualmente se reconoce la posibilidad de que el sujeto activo pueda ser indeterminado al momento de nacer la obligación, con tal de que se determine al momento de hacerse exigible, como sucede con la oferta al público, una de las especies de la declaración unilateral de voluntad, en donde, de conformidad con el artículo 1860 del Código Civil para el Distrito Federal, el oferente de objetos en determinado precio, está obligado a sostener su ofrecimiento.

Por lo que hace al deudor, éste debe ser determinado desde el nacimiento de la obligación.

### 1.2.3 Objeto de la obligación.

El objeto de la obligación lo constituye la prestación que el deudor debe realizar a favor del acreedor, la cual se puede manifestar en un hacer, un no hacer o un dar; o como lo dicen las definiciones de obligación antes apuntadas, puede ser una prestación positiva (un hacer, que incluye al dar) o una negativa (un no hacer o abstención).

Es importante resaltar, que el objeto de la obligación siempre lo constituye la conducta humana y no la cosa sobre la que eventualmente recae ésta. Al respecto, se ha optado por considerar a la conducta como el objeto directo de la obligación, y a la cosa a la que eventualmente se refiere aquella, como el objeto indirecto de la misma.

Se ha discutido si la prestación que es objeto de la obligación debe tener forzosamente un contenido patrimonial. Tratándose de obligaciones de dar, es indiscutible que así es, pero cuando la prestación que se exige consiste en un hacer o un no hacer, el problema se agudiza. Para el maestro Rafael Rojina Villegas, nuestro Código Civil vigente, acepta la posibilidad de que se den obligaciones con un carácter extrapatrimonial<sup>9</sup>, y parte de que nuestro Código Civil de mil ochocientos ochenta y cuatro, en su artículo 1306, consideraba que eran legalmente imposibles aquellas cosas o actos que no podían reducirse a un valor exigible, requisito que no existe actualmente, por lo que considera, que el legislador actúa en el sentido de aceptar obligaciones de contenido no patrimonial.

Joaquín Martínez Alfaro, por su parte, considera que es erróneo lo anterior<sup>10</sup>, ya que según el artículo 2104 del Código

---

<sup>9</sup> ROJINA Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Tomo Quinto, Obligaciones, Volumen I*, 5ª edición, Porrúa, S.A., México, 1985 pp. 41 a 47.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ Alfaro Joaquín, *op. cit.*, p. 8.

Civil, aquél que incumple una obligación es responsable de los daños y perjuicios que se originen. Además, dice que indirectamente el artículo 1825 del Código Civil dispone la necesidad de que el objeto de la obligación sea patrimonial, ya que exige que la cosa objeto de la prestación esté en el comercio. Sin embargo, el precepto que este autor indica, se refiere únicamente a las obligaciones de dar, ya que el artículo 1827 se refiere a las de hacer o no hacer, exigiendo únicamente que sean posibles y lícitas.

Por lo que hace a que el incumplimiento hace responsable del pago de daños y perjuicios, esto no implica que no se puedan proteger prestaciones no patrimoniales, ya que sólo se da una equivalencia en dinero, a manera de indemnización, por la prestación no satisfecha. Como ejemplo de lo anterior, encontramos la reparación del daño moral, en la que se otorga una indemnización en dinero, en términos del artículo 1916 del Código Civil, sin que esto implique que la afección sufrida en los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, etc., sea de carácter patrimonial.

#### 1.2.4 El elemento relacionante de la obligación.

La relación jurídica en la obligación: "consiste en la situación de unión en que se encuentran los sujetos acreedor y deudor, y por la cual el deudor se haya en la necesidad de ejecutar

una prestación a favor del acreedor, quien a su vez está facultado para recibir y exigir esa prestación...”<sup>11</sup>

Al hablar de la relación como elemento de la obligación, se hace alusión a la interdependencia existente entre el débito y el crédito. La existencia de uno, implica necesariamente la del otro. No se puede concebir un crédito a favor de ninguna persona, o una deuda que no corra a cargo de nadie. En realidad, no es más que una manifestación del carácter bilateral del derecho.

Es importante resaltar, que la relación jurídica es un elemento del concepto de obligación, y no de ésta misma, que es la relación en sí, por la cual los sujetos son correlativos uno del otro, para el cumplimiento de su objeto. La obligación no puede ser el todo y una parte del todo a la vez. Se menciona como elemento del concepto para establecer que se trata de una interdependencia entre los sujetos y su objeto.

### 1.3 El contrato como fuente de las obligaciones.

#### 1.3.1 Enumeración de las fuentes de las obligaciones.

Debemos entender que las fuentes de las obligaciones son los hechos que las originan. En la Antigua Roma, Gayo afirmaba que

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 2

el contrato y los delitos eran las únicas fuentes de las obligaciones. Posteriormente, con Justiniano, se habla del contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito; clasificación que aun encontramos con Pothier, quien además señala, que en ocasiones, la ley es causa directa de algunas obligaciones.<sup>12</sup> Delito y cuasidelito, nos dice, son conductas que causan daño a un tercero, y se distinguen en que el primero se realiza de manera dolosa, mientras que el cuasidelito es en forma imprudencial. Por su parte, dentro de la noción de cuasicontrato, se incluye a todos los hechos lícitos que originan una obligación sin la intervención del acuerdo entre partes.

Planiol por su parte, nos dice que las únicas fuentes de las obligaciones son los contratos y la ley, pues afirma que salvo el caso de los primeros, en donde las partes crean sus respectivas obligaciones, la ley es la que otorga efectos jurídicos a los diversos hechos que generan obligaciones distintos de aquellos.<sup>13</sup> Se ha dicho que esta idea de Planiol no es correcta, ya que incluso, tratándose de los contratos, estos generan obligaciones porque la norma jurídica así lo dispone, de tal modo, que llevando a sus últimas consecuencias esta idea, se debería concluir que la ley es la única fuente de las obligaciones.

---

<sup>12</sup> POTHIER R. J. *Tratado de las Obligaciones*, Editorial Heliatra, S.R.L., Sao Paulo, Brasil, 1993, pp.71 a 74

<sup>13</sup> BONNECASE, Julien. *op. cit.*, p. 363.

Bonniecascé por su parte, considera que son el hecho y el acto jurídico, actualizando los supuestos de la ley, los que constituyen las fuentes de las obligaciones, y que dentro de éstos caben todas las especies que tradicionalmente se enumeran.<sup>14</sup>

Este último criterio, técnicamente es correcto, pues es cierto que toda obligación tiene su origen en un acto jurídico o en un hecho jurídico en estricto sentido (la noción de hecho jurídico en sentido amplio abarca las dos anteriores, de acuerdo con la teoría del acto jurídico). sin embargo, es conveniente precisar específicamente que hechos y actos jurídicos son fuente de las obligaciones, a fin de estudiar y analizar las peculiaridades de cada uno.

Nuestro Código Civil, en su libro cuarto, primera parte, título primero, establece como fuentes de las obligaciones las siguientes:

- El contrato.
- La declaración unilateral de voluntad.
- El enriquecimiento ilegítimo.
- La gestión de negocios.
- Los hechos ilícitos.
- La responsabilidad objetiva o riesgo creado.

---

<sup>14</sup> *Ibidem* pp. 867 a 869

- El riesgo profesional.

Las figuras antes mencionadas no agotan en su totalidad las fuentes de las obligaciones, pues existen otras que también lo son, aun cuando no se incluyen en el título antes mencionado. Así tenemos el ejemplo de la obligación alimenticia, que tiene su origen en el parentesco (artículos 303, 304 y 305 del Código Civil). La enumeración hecha por nuestro Código Civil, es por lo tanto, enunciativa y no limitativa.

1.3.2 Concepto de contrato.

El contrato es definido por nuestro Código Civil, en su artículo 1793, como un convenio que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones. A su vez, por convenio se entiende aquel acuerdo de voluntades entre dos o más personas, con el objeto de crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (artículo 1792 del Código Civil); es decir, se considera al contrato como una especie del convenio.

Se ha dicho que esta diferencia entre contrato y convenio es sólo un problema de terminología, que no tiene ninguna aplicación práctica: "la mencionada distinción no es ya reconocida en la actualidad, pues el vigente Código Civil italiano la ha eliminado (art. 1321), y nuestro Código Civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los

contratos se aplican a todos los convenios (1859), lo cual hace que en realidad resulte va bizantina la diferencia entre convenio y contrato.<sup>15</sup>

### 1.3.3 Elementos de existencia de los contratos.

No hay que perder de vista que el contrato es un acto jurídico, y como tal, requiere de elementos de existencia y de validez.

De acuerdo con nuestro Código Civil en su artículo 1794, los elementos esenciales o de existencia del contrato son, el consentimiento y el objeto. Por tanto, faltando alguno de ellos, el contrato es inexistente.

Doctrinalmente se habla de un tercer elemento de existencia del acto jurídico, la solemnidad, que se presenta cuando: "el modo que se utiliza para manifestar la voluntad es considerado por la norma jurídica, como elemento esencial y su inobservancia hace inexistente el acto"<sup>16</sup> En nuestro derecho no existen los contratos solemnes, aunque hay otro tipo de actos jurídicos que sí lo son (adopción y reconocimiento de hijos por ejemplo).

---

<sup>15</sup> SANCHEZ Meda, Ramón *De los Contratos Civiles*, 3ª edición, Porrúa, S.A., México, 1976, pp. 4 y 5.

<sup>16</sup> MARTINEZ Alfaro, Joaquín, *op. cit.*, p. 78.

El consentimiento.- Es un elemento de carácter psicológico y necesariamente plurilateral; se define como un acuerdo de voluntades con la intención de producir consecuencias jurídicas, consistentes en la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones. Tratándose de los contratos, únicamente para crearlas o transmitir las.

Se integra por una oferta o policitación y la aceptación, que propiamente son las voluntades que entran en juego para dar forma al consentimiento. Generalmente son de contenido diverso, pero se implican mutuamente. La una sin la otra carece de valor jurídico.

La falta de consentimiento hace inexistente al contrato, según lo dispone el artículo 2224 del Código Civil. No se integra el consentimiento en los casos del error en la naturaleza del contrato (*error in negotio*) y error sobre la identidad de la cosa (*error in corpore*). En el primer caso, cada una de las partes cree que celebra un contrato diverso. En el segundo, siendo acordes en la naturaleza del contrato que pretenden celebrar, ambos contratantes se refieren a cosas diversas. Como se puede observar, existe en ambos casos la pluralidad de voluntades que requiere el consentimiento, pero dichos errores son un obstáculo insuperable para que aquél pueda integrarse, pues las manifestaciones de voluntad no llegan a implicarse mutuamente.

Objeto - El objeto directo de los contratos es crear o transmitir obligaciones, pues como fuente de las mismas, esa es su función; sin embargo, se ha utilizado este término para referirse a la cosa o al hecho que las partes se obligan a dar o ejecutar por virtud del contrato, que en realidad constituyen su objeto indirecto. Cuando se estudia al objeto del contrato como elemento de su existencia, se atiende al objeto indirecto.

Hecha la aclaración anterior, diremos, que para que el contrato exista, su objeto debe ser posible. Esta posibilidad es de dos tipos: física y jurídica.

Cuando la obligación que se pretende crear se refiere a alguna cosa; la posibilidad física de ésta, consistirá en que exista en la naturaleza, o que aun sin existir al momento de la celebración del contrato, pueda llegar a hacerlo en el momento del cumplimiento. La posibilidad jurídica de la cosa, consiste en que sea determinada o determinable en cuanto a su especie (tratándose de géneros también lo debe ser en cuanto a la cantidad) y que se encuentre dentro del comercio (artículo 1825 del Código Civil).

Una cosa puede encontrarse fuera del comercio por su propia naturaleza, cuando no puede ser poseída de manera exclusiva por un solo individuo, o por disposición de la ley, según lo establece el artículo 749 del Código Civil.

Cuando se trata de obligaciones de hacer o de no hacer, la posibilidad física consiste en que el hecho efectivamente pueda ser realizado, es decir, que no lo impida alguna ley de la naturaleza. En este sentido, debe entenderse que cuando el hecho es imposible físicamente, lo es en forma absoluta y no sólo para la parte contratante. La posibilidad jurídica se refiere al reconocimiento que la ley hace de los efectos que produce el contrato, de tal forma, que si existe alguna norma que sea un obstáculo insuperable para su realización, habrá imposibilidad jurídica. En este caso, la ley no se viola, sino que el hecho no puede realizarse por que una norma de derecho lo impide.

#### 1.3.4 Elementos de validez de los contratos.

Para que el contrato pueda producir todos sus efectos jurídicos es necesario que cumpla con los requisitos de validez que se establecen en el artículo 1795 del Código Civil, interpretado a *contrariu sensu*, es decir, que la partes contratantes sean capaces; que haya ausencia de vicios de la voluntad; que el objeto, motivo o fin del contrato sea lícito y que se haya observado la forma prescrita por la ley, en caso de que así se requiera para el contrato de que se trate.

Capacidad.- Por capacidad entendemos: "la aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones; así como para, por sí

mismo. hacerlos valer, cumplirlas y comparecer en juicio.”<sup>17</sup> Se distinguen dos aspectos de la capacidad: la de goce, que corresponde a la primera parte del concepto antes señalado, es decir, la aptitud jurídica de ser titular de derechos y obligaciones; y la de ejercicio, que es la posibilidad que la ley otorga a un individuo para actuar por sí mismo válidamente en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones.

Cuando se habla de la capacidad como elemento de validez del contrato, se hace referencia a la de ejercicio, pues la de goce, propiamente es un atributo de la personalidad. El artículo 1798 del Código Civil dispone que son capaces para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley, por lo que son capaces, en términos generales, todas las personas mayores de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, según los artículos 24 y 450 interpretado a *contrariu sensu*, del Código Civil.

Aquellos que carecen de capacidad de ejercicio pueden, sin embargo, celebrar contratos a través de sus representantes. La falta de capacidad en ambos contratantes o en alguno de ellos, origina la nulidad relativa del contrato.

Ausencia de vicios en el consentimiento.- El consentimiento puede ser viciado por afectarse el conocimiento o la libertad de los

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 18

contratantes. Afectan al conocimiento, el error, el dolo y la mala fe. Influye sobre la libertad, la violencia o intimidación.

El error es una falsa concepción que se tiene de la realidad, un conocimiento equivocado. En derecho se habla de cuatro tipos de error:

- Error obstáculo, que es aquel que impide la formación del consentimiento, es decir, los errores *in negotio* e *in corpore* antes mencionados.
- Error nulidad o vicio, que hace anulable al contrato.
- Error de cálculo o de aritmética, que sólo da lugar a una rectificación (artículo 1814 del Código Civil).
- Error indiferente, que no origina consecuencias jurídicas.

Sólo afecta la validez del contrato el error nulidad, que según el artículo 1813 del Código Civil, es el que recae sobre el motivo o fin determinante de la voluntad de alguno de los contratantes, siempre que ese motivo se haya declarado en su celebración o que de acuerdo a las circunstancias del mismo se compruebe que el contrato se celebró por esa razón y no por otra causa.

Por dolo se entiende, de conformidad con el artículo 1815 del Código Civil, cualquier artificio o sugestión empleados para inducir a error o mantener en él a uno de los contratantes, para que lleve a cabo un contrato que de otra forma no celebraría. Es un error provocado. Para que sea anulable el contrato, igualmente debe recaer sobre el motivo o fin determinante del contratante afectado (artículo 1816 del Código Civil).

La mala fe es la disimulación que uno de los contratantes hace del error en que espontáneamente ha incurrido la contraparte. Es una conducta pasiva, a diferencia del dolo, en que se despliega una activa (artículo 1815 del Código Civil *in fine*) y es equiparada al dolo en el artículo 1816 del Código Civil.

La violencia o intimidación, a diferencia del error, sea éste espontáneo o producido por dolo o mala fe, no afecta el conocimiento de la realidad que los contratantes tienen acerca del negocio que realizan, sino su libertad a obligarse. Manuel Borja Soriano dice: "En realidad no es la violencia misma, sino el temor, su efecto ordinario, el que altera la voluntad, el que vicia el consentimiento."<sup>12</sup>

La violencia o intimidación, coacciona la libertad del individuo mediante amenazas que importen el peligro de perder la

---

<sup>12</sup> BORJA Soriano Manuel, *op. cit.*, p. 318

vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes propios, del cónyuge, ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado (artículo 1819 del Código Civil).

Para que la violencia o intimidación pueda ser causa de nulidad de los contratos, se requiere, que la amenaza sea ilegítima, es decir, contraria a derecho, pues si implica el ejercicio de algún derecho, aun cuando pudiera perjudicar al contratante, no se considera vicio del consentimiento.

Todos los vicios del consentimiento afectan de nulidad relativa a los contratos.

La licitud. Para que el contrato sea válido, también se requiere que su objeto y su motivo o fin determinante, sean lícitos.

De acuerdo con el artículo 1830 del Código Civil, interpretado a *contrario sensu*, la licitud consiste en no contrariar a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Las leyes de orden público, son aquellas que protegen intereses que el Estado considera vitales para el desarrollo de sus fines sociales, políticos y económicos. Se manifiestan a través de normas imperativas o prohibitivas, conocidas como derecho taxativo.

Las buenas costumbres no son definidas por nuestro derecho positivo, sin embargo, se entiende que tienen un contenido ético, y se considera que son la moral predominante en un lugar y época determinados. En todo caso, es a los órganos jurisdiccionales a quienes les corresponde establecer su contenido al resolver las controversias que al efecto se les presenten.

La ilicitud en el objeto y en el motivo o fin determinante de la voluntad en los contratos, origina la nulidad relativa o absoluta, según lo disponga la ley en cada caso (artículo 2225 del Código Civil).

La forma.- La forma se refiere a la manera en que se exterioriza el consentimiento en los contratos. Puede existir libertad de forma para celebrarlos o la imposición de determinados requisitos para que el consentimiento sea válido.

Luis Muñoz nos dice que: “en sentido técnico jurídico estricto se llaman formales aquellos contratos cuya forma es taxativamente fijada por el ordenamiento jurídico, y no formales, cuando la opción de forma es libre”<sup>19</sup>

Nuestro Código Civil establece el consensualismo como regla general en su artículo 1796, al disponer que los contratos se

---

<sup>19</sup> MUÑOZ, Luis, *Teoría General del Contrato*, Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1973, p. 157

perfeccionen por el mero consentimiento, exceptuando aquellos en que la ley exija una forma determinada. No obstante lo anterior, abundan en nuestro derecho los contratos formales (artículos 2246, 2317, 2320, 2344, 2406, 2552, 2407, 2555, 2618, 2627, 2656, 2671, 2690, 2740, 2800, 2917, 2945 del Código Civil).

La forma se establece con la finalidad de dar mayor seguridad jurídica a los contratos celebrados con bienes de mayor importancia, al inducir a la reflexión y de esta forma evitar litigios.

La falta de forma en los contratos que la requieren, origina la nulidad relativa del mismo, sin embargo, si la celebración del mismo se puede demostrar fehacientemente, cualquiera de las partes podrá exigir que se otorgue la forma omitida (artículo 1834 del Código Civil)

### 1.3.5 Cláusulas esenciales, naturales y accidentales en los contratos.

Los contratos se exteriorizan por medio de cláusulas, que son las disposiciones que de común acuerdo las partes establecen en su celebración.

Existen tres clases de cláusulas: las esenciales, las naturales y las accidentales.

Las cláusulas esenciales se refieren a aquellos elementos que son imprescindibles para algún contrato en particular, y que en consecuencia, las partes no pueden omitir (cláusulas esenciales de la compraventa son el precio y la transmisión de la propiedad de la cosa objeto del contrato). Faltando alguna de ellas, el contrato o no existe, o es de otra naturaleza (una compraventa sin precio, es en realidad una donación).

Se llaman cláusulas naturales a aquellas disposiciones que se entienden comprendidas en el contrato, aun cuando las partes no las hayan señalado. No son necesarias para la subsistencia del contrato de que se trate, por lo que pueden ser derogadas por acuerdo de las partes (artículo 1839 del Código Civil). Son establecidas por normas de carácter supletorio, que tienen por objeto llenar las lagunas dejadas por los contratantes .

Las cláusulas accidentales son aquellas disposiciones que las partes establecen en los contratos de manera eventual. Si las partes no las pactan expresamente, no formarán parte del contrato, por ejemplo, la condición (suspensiva o resolutoria), el término (suspensivo o resolutorio), el establecimiento de una pena convencional para el caso de incumplimiento, etc.

### 1.3.6 Clasificación de los contratos.

Existe una gran variedad de clasificaciones de los contratos. A continuación se exponen algunas de las más representativas.

Una primera clasificación es la que se establece en los artículos 1835 y 1836 del Código Civil, que hablan de contratos unilaterales y bilaterales. Esta clasificación es estrictamente jurídica, pues se hace en atención a si es una o las dos partes las que se obligan por medio del contrato.

El contrato es unilateral, de acuerdo con el primer artículo citado, si una sola de las partes se obliga hacia la otra; sin que esta última quede obligada. Son bilaterales, según el artículo siguiente, cuando las partes que en él intervienen se obligan mutuamente.

Los contratos bilaterales también son conocidos como sinalagmáticos. Doctrinalmente se distinguen aquellos que lo son en estricto sentido y los llamados sinalagmáticos imperfectos. Según Pothier, no basta que ambas partes estén obligadas en un contrato para que éste sea considerado sinalagmático perfecto, sino que es necesario que ambas obligaciones sean consideradas como principales.<sup>20</sup> En este mismo sentido opina el maestro Ramón Sánchez Medal: "Hay contratos en los que a pesar de existir obligaciones a cargo de una y otra parte no son propiamente

---

<sup>20</sup> POTHIER R.J., *op. cit.*, p. 17

contratos bilaterales o sinalagmáticos, en virtud de que falta el nexo de reciprocidad o interdependencia de una y otra obligación.”<sup>21</sup>

Una segunda clasificación es la que se establece en el artículo 1837 del Código Civil, ésta de carácter económico, al dividir a los contratos en onerosos y gratuitos, según se trate de contratos en los que se establecen provechos y gravámenes recíprocos para ambas partes, o que el provecho sea para una sola de ellas. El contrato gratuito no debe confundirse con el unilateral, pues en ocasiones el contrato gratuito puede ser bilateral, como sucede en el caso del comodato, donde sólo el comodatario recibe provecho, y sin embargo, tiene la obligación de devolver la cosa.

Los contratos onerosos se dividen a su vez en conmutativos y en aleatorios (artículo 1838 del Código Civil). Son conmutativos aquellos contratos onerosos en que las partes saben a ciencia cierta el beneficio o la pérdida que obtienen desde el momento de la celebración del mismo. Ordinariamente, se busca una equivalencia entre las prestaciones a que se obligan las partes. En el contrato aleatorio, por su parte, la determinación de la ganancia o de la pérdida de cada uno de los contratantes, depende de un acontecimiento futuro, por lo que no es posible su evaluación a

---

<sup>21</sup> SANCHEZ Medial, Ramón *op. c.*, p. 73.

*priori*. Tienen como nota característica que lo que representa ganancia para uno de ellos, es pérdida para el otro.

De acuerdo a su reglamentación, los contratos se dividen en nominados e innominados o atípicos. Los primeros están estructurados de manera expresa en el Código Civil; mientras que los segundos al no estar contemplados por la ley, se rigen por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y en lo que aquellas fueran omisas, por las disposiciones del contrato con el que guarden mayor analogía, según lo dispone el artículo 1858 del Código Civil.

De acuerdo a la forma en que debe expresarse el consentimiento, se dividen en consensuales, si las partes son libres de expresarlo en la forma que quieran, y en formales, si la ley exige se observe alguna forma determinada para que el contrato sea válido, como se explico anteriormente.

Otra clasificación es la que distingue entre contratos preparatorios, principales y accesorios. Son preparatorios aquellos contratos que crean una situación jurídica preliminar para la celebración de otro contrato o acto jurídico, como la promesa de contrato. Son principales, aquellos que tienen vida independiente, que existen por sí mismos, pues tienen fines propios. Los terceros sólo existen como consecuencia de otro contrato o acto jurídico, pues sirven como garantía (prenda, hipoteca, fianza).

### 1.3.7 Obligatoriedad entre las partes.

Las partes desde el momento en que se perfecciona el contrato, quedan obligadas al cumplimiento de lo que expresamente han pactado, tal como lo dispone el artículo 1796 *in fine* del Código Civil. En atención a este principio, se ha dicho que el acuerdo de voluntades de las partes tiene fuerza de ley para ellas, y por lo tanto, les es exigible, sin que una de ellas pueda modificarlo o extinguirlo de manera unilateral. Este principio, sin embargo, no es absoluto, pues existen algunos contratos en los que la sola voluntad de una de las partes es suficiente para dar por terminada la relación contractual, como sucede en el caso del arrendamiento de inmuebles por tiempo indeterminado (artículo 2478 del Código Civil) o en el mandato (artículo 2595 fracciones I y II del Código Civil).

En términos generales, aquel que no cumple la prestación a que se ha obligado, puede ser compelido a satisfacerla mediante la ejecución forzosa, previa la comprobación que se haga de la relación contractual, y que según se trate de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, se aplican los artículos 507 y 517 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; es decir, en el primer caso se procede al embargo y remate de bienes del deudor, a no ser que se trate de adjudicarse una cosa cierta y determinada; mientras que en el segundo, se puede nombrar a otra persona para ejecutar la prestación exigida a costa del deudor, o

bien, si se trata del otorgamiento de algún acto jurídico, el juez que haya conocido del juicio puede firmar en rebeldía del condenado a hacerlo. Cuando el incumplimiento se refiere a la prestación de hechos personales del deudor, el juez aplicará las medidas de apremio que juzgue pertinentes (multa y arresto).

Además de la ejecución forzosa, el incumplimiento obliga a resarcir los daños y perjuicios originados, según lo dispone el artículo 2104 del Código Civil. Lo anterior se traduce en una indemnización en dinero que corresponda a la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio de una de las partes con motivo del incumplimiento del contrato (daños); o a la privación de la ganancia lícita que no se obtuvo por dicho incumplimiento (perjuicios).

#### 1 4 Formas de extinción de las obligaciones nacidas de un contrato.

##### 1.4.1 El pago.

El pago es la forma natural en que se extingue cualquier obligación. Constituye la realización de los fines para los que fue creada.

Por pago se entiende, la satisfacción del objeto de la obligación, es decir, la entrega de la cosa debida o la realización

del hecho o abstención convenidos: “Es evidente que aquel que ha satisfecho su obligación queda libre de ella: de donde se sigue que el pago real, que no es otra cosa que el cumplimiento de la obligación, es la manera más natural de extinguir la obligación.”<sup>22</sup>

El pago o cumplimiento, libera al deudor de toda responsabilidad, pues representa el agotamiento natural de todos los efectos de la obligación, sin embargo, no hay que olvidar que la satisfacción de la prestación objeto de la misma, puede realizarse de manera voluntaria o mediante la ejecución forzosa.

#### 1.4.2 La dación en pago.

Es otra de las formas de extinción de las obligaciones. Se presenta cuando el deudor realiza a favor del acreedor una prestación distinta a la que originalmente se obligó.

De acuerdo con nuestro Código Civil, en su artículo 2095, la dación en pago tiene los efectos de pago, por lo que igualmente libera al deudor de la relación que lo liga a su acreedor.

Es importante destacar que para que la dación en pago tenga los efectos liberatorios del pago, es necesario que el acreedor

---

<sup>22</sup> POTHIER, R.J., *op. cit.*, p.325

consienta en recibir una prestación distinta a la que originalmente se pactó.

#### 1.4.3 La novación.

La novación se define como: “una forma de extinguir las obligaciones que consiste en un convenio expreso que celebran el acreedor y el deudor, por el cual extinguen la obligación que une (obligación primitiva) y crean para sustituir a la extinguida, otra nueva obligación (obligación sustituta) que difiere en uno de sus elementos esenciales.”<sup>23</sup>

Aunque la novación extingue la obligación, no satisface el objeto de la misma, pues es sustituida por una nueva relación crediticia.

Para que exista la novación, es necesario que se declare expresamente por las partes, pues de acuerdo con el artículo 2215 del Código Civil, ésta nunca se presume. Además, es necesario que la nueva obligación sea válida, pues de lo contrario no surtirá ningún efecto, subsistiendo en consecuencia la obligación primitiva (artículo 2219 del Código Civil).

#### 1.4.4 La rescisión.

---

<sup>23</sup> MARTINEZ Alfaro, Joaquín, *op. cit.*, p. 336.

Al hablar de la obligatoriedad del contrato entre las partes, se dijo, que para el caso de incumplimiento de una de ellas, se podía obtener la satisfacción del objeto del contrato a través de la ejecución forzosa. Sin embargo, la parte afectada por el incumplimiento puede optar por la rescisión del contrato, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1949 del Código Civil, lo que implica que las partes quedan liberadas de las obligaciones contraídas, volviendo las cosas al estado que guardaban antes de su celebración (efecto liberatorio), con la obligación del responsable de pagar los daños y perjuicios originados (efecto restitutorio).

Es necesario para rescindir un contrato, que éste sea válido, y que quien pretende la resolución del mismo, no haya incurrido a su vez en incumplimiento.

#### 1.4.5 Otras formas.

La compensación.- Se presenta cuando dos personas son deudores y acreedores recíprocos, por su propio derecho, siempre que las prestaciones a que están obligados cada uno sean exigibles y líquidas; extinguiéndose entonces ambas obligaciones hasta el importe de la menor de las deudas (artículos 2185, 2186 y 2188 del Código Civil).

Presentándose los requisitos antes mencionados, la compensación opera de pleno derecho y recibe el nombre de legal. Sin embargo, se pueden compensar deudas que no los reúnan, cuando las partes así lo dispongan, lo que constituye la compensación convencional (artículo 2188 *in fine* del Código Civil).

La confusión de derechos.- Consiste en que la calidad de deudor y acreedor de una misma obligación se integran en una misma persona. Lo que sucede en los casos de causahabencia, a título universal o particular, sea por actos intervivos o por sucesión.

Término extintivo.- La obligación contractual puede extinguirse por el cumplimiento del término extintivo que se hubiese pactado, es decir, por la llegada del acontecimiento futuro de realización cierta, cuya actualización implica la extinción de los efectos del contrato, como sucede en el arrendamiento por tiempo determinado.

Condición resolutoria.- La obligación contractual también puede extinguirse por el cumplimiento de una condición resolutoria, es decir, por la actualización de un acontecimiento futuro de realización incierta, del cual dependa la extinción de los efectos del contrato.

Prescripción liberatoria.- También se le conoce como extintiva o negativa. Produce la extinción de las obligaciones por el simple transcurso del tiempo, siempre que la ley así lo reconozca, como en el caso de los honorarios en el contrato de prestación de servicios profesionales, que deben reclamarse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se hayan generado, como lo dispone el artículo 1161, fracción I del Código Civil.

El mutuo consentimiento puede extinguir los efectos de un contrato, siempre y cuando, éste no haya originado ya efectos reales sobre una cosa. Asimismo, una de las partes puede perdonar la deuda de la otra parte, quedando en consecuencia extinguida esa obligación.

Excepcionalmente, una de las partes puede dar por concluida la relación contractual, aun contra la voluntad de la otra parte, como sucede en los casos antes mencionados, de la terminación del arrendamiento por tiempo indeterminado (artículo 2478 del Código Civil) y en la renuncia o revocación del mandato (artículo 2595 en sus fracciones I y II del Código Civil).

Por regla general, la muerte de uno de los contratantes no extingue las obligaciones contractuales que se tengan pendientes, quedando a cargo de su sucesión su cumplimiento, sin embargo, en algunos contratos sí se extinguen, como sucede en el mandato

(artículo 2595, fracción III del Código Civil) y en el comodato (artículo 2515 del Código Civil).

Finalmente, un contrato puede quedar sin efectos porque surja una imposibilidad superveniente, que impida la realización del objeto del mismo, sin que pueda ser imputable a ninguna de las partes y siempre que no se hayan generado efectos reales sobre una cosa.

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **Filiación y maternidad.**

#### 2.1 Filiación.

El término filiación, entendido en su forma más amplia, se refiere a la relación existente entre ascendientes y descendientes, sin importar el grado de parentesco, es decir, comprende hijos, padres, abuelos, nietos, etc. Sin embargo, en un sentido más restringido, se refiere a la procedencia de las personas físicas, respecto, únicamente de sus progenitores.

Es en su forma restringida, como es aplicado el término filiación en el campo del derecho; pero debe entenderse que antes que una relación de derecho entre padres e hijos, es un fenómeno natural: "*Como hecho natural* la filiación existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre. No así jurídicamente. El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación..."<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> DE IBARROLA, Antonio *Derecho de Familia*, Porrúa, S.A., 4ª edición, México, 1993, p. 90.

Comúnmente se utilizan las palabras maternidad y paternidad, o esta última, en un sentido amplio, como sinónimos de filiación. En realidad se refieren a un mismo hecho y son correlativas, pues paternidad en sentido gramatical significa calidad de padre, y maternidad, calidad de madre, mientras que el término filiación alude a esa misma relación, pero desde el punto de vista del hijo (filiación proviene del latín *fili*, que significa hijo).

Como se dijo inicialmente, la filiación es un fenómeno natural, que en algunas ocasiones no es reconocido por el derecho, es decir, no toda filiación biológica es considerada como jurídica. Obviamente, que al hablar del concepto de filiación, se hará atendiendo al ordenamiento jurídico.

### 2.1.1 Concepto de filiación.

Manuel F. Chávez Ascencio nos dice, que la filiación en un sentido jurídico es: “la relación permanente que existe entre los padres e hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares.”<sup>25</sup>

Para Antonio de Ibarrola, es: “la relación que existe entre dos personas, de las cuales una de ellas es el padre o madre de la

---

<sup>25</sup> CHAVEZ, Ascencio Manuel F. *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, 2ª edición, Porrúa, S.A. México, 1992 P. 2.

otra. Este hecho crea un parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados.”<sup>26</sup>

Para Rafael Rojina Villegas, es: “la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.”<sup>27</sup>

Como podemos ver, la filiación en un sentido jurídico, no es más que el reconocimiento legal del hecho natural de la procreación, el cual crea una relación constante y permanente entre el hijo y cada uno de sus progenitores, es decir, como lo dice el último de los autores mencionados, un estado jurídico, en el que existen deberes y obligaciones recíprocas. Por lo tanto, no basta, que biológicamente una persona sea hija de otra, para que se establezca la relación jurídica de la filiación, sino que es menester que la misma sea reconocida por el derecho; porque en caso de existir imposibilidad (física o legal) de probar quien es el padre o madre de una determinada persona, no se podrá exigir de ella, el

---

<sup>26</sup> DI IBAROLA, Antonio. *op. cit.* p. 381.

<sup>27</sup> ROJINA Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano, tomo Segundo, Derecho de Familia*, 8ª edición, Porrúa, S.A., México, 1993, p. 591

cumplimiento de las obligaciones que la filiación supone, aun cuando de hecho se conozca quien es el padre o la madre.

En ocasiones, la ley reconoce la relación de filiación entre dos personas que no son progenitor e hijo respectivamente, como sucede en el caso de la adopción, en la que mediante el procedimiento legal que al efecto esté establecido, una persona es considerada como hija de otra, adquiriendo todos los derechos y obligaciones que tendría, si realmente fuera su hijo; de donde se desprende que la filiación se deriva de una relación de descendencia, y excepcionalmente por la voluntad; como sucede en este último caso, ciñéndose estrictamente a los requisitos que marca la ley.

### 2.1.2 Clasificación.

Tradicionalmente se habla de una clasificación tripartita de la filiación, al considerarse que ésta puede ser legítima, natural o adoptiva. Esta clasificación de la filiación, ya se conocía en la Antigua Roma, donde se hablaba de que los hijos podían ser *liberi justii*, si eran hijos de padres unidos en *justas nuptias* o *liberi naturalis*, si sus padres no estaban casados, pero en el momento de la concepción no tenían ningún impedimento para contraer matrimonio. Diferentes eran los hijos producto de una relación prohibida, quienes podían ser considerados adulterinos o incestuosos. Además, al hijo producto de estupro o raptó se le

consideraba bastardo, y si era hijo de una prostituta, se le llamaba máncer.

Posteriormente se consideró que todo hijo nacido fuera de matrimonio era natural o ilegítimo, aunque éstos, se dividieron en simples, adulterinos e incestuosos.

Los hijos legítimos contaban con toda la protección de la ley, mientras que la filiación natural otorgaba efectos reducidos que perjudicaban a los hijos así nacidos. Por ejemplo, nos dice Jorge Mario Magallón Ibarra, que en Francia, los hijos ilegítimos sólo tenían derecho a alimentos en materia de sucesiones.<sup>28</sup>

En la actualidad, nuestro Código Civil vigente, hace desaparecer la diferencia existente entre los hijos legítimos y los naturales, y aunque habla de hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, a ambos les otorga la misma protección jurídica: "En México, por las ideas que sustentó Venustiano Carranza como jefe del ejercito constitucionalista y del movimiento revolucionario, a través de algunos jurisconsultos, se sostuvo por primera vez la idea de equiparar al hijo legítimo con el natural, para atribuirle el mismo estado jurídico; para relacionarlo por consiguiente, con toda su parentela en virtud del vínculo consanguíneo y no a través del matrimonio, y para darle un estado integrado por un conjunto

---

<sup>28</sup> MAGALLÓN Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia*, Porrúa, S.A., México, 1988, p. 462

de derechos, no sólo para heredar, exigir alimentos y llevar el apellido del padre o de la madre, sino también para que goce de la protección jurídica que otorga la patria potestad, limitando sólo sus consecuencias, en la misma forma en que se hace respecto de los hijos legítimos.”<sup>29</sup>

Este criterio se sustentó sobre la idea de que los hijos no son culpables del estado ilegítimo en que se encuentran sus padres en el momento de concebirlos, y que por tanto, era injusto hacerlos pagar las consecuencias, así, el artículo 60 de nuestro Código Civil, en su último párrafo, establece que en caso de levantarse el acta de nacimiento de un hijo natural, esa circunstancia no debe mencionarse en la misma.

Cuando en nuestro Código Civil se habla de hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, no se atiende a los derechos que éstos tienen, respecto a cada uno de sus padres; pues como ya se dijo, unos y otros tienen el mismo *status* jurídico, respecto a sus progenitores. En realidad, la mencionada distinción es relevante para determinar en que forma se debe probar la filiación, según se trate de padres unidos en matrimonio o no.

Junto a los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, se encuentran los hijos adoptivos, que a diferencia de los anteriores,

---

<sup>29</sup> ROJINA Villegas, Rafael *op. cit.* p. 428.

no han sido procreados por el adoptante o adoptantes. Sin embargo, la ley permite que bajo ciertos requisitos y mediante el procedimiento que al efecto se encuentra establecido, un menor o un incapacitado sea considerado como hijo legítimo del adoptante o adoptantes. De ahí que se diga que la adopción tiende a crear una filiación legítima artificial, aunque, en nuestro derecho con las limitaciones que más adelante se mencionarán.

## 2.2 Paternidad y maternidad.

### 2.2.1 Nociones de paternidad y maternidad.

Anteriormente se dijo que paternidad significa calidad de padre, así como maternidad significa calidad de madre, y que usualmente se utilizan dichos términos como sinónimos de filiación, pues todos se refieren a una misma relación, sólo que enfocada desde el punto de vista de los progenitores en los dos primeros casos, o del hijo, en el último de ellos.

Cuando jurídicamente se habla de maternidad o paternidad, se hace referencia exclusivamente a la relación consanguínea existente entre progenitores e hijos, por lo que aun cuando legalmente el hijo adoptivo es considerado como hijo legítimo del adoptante o adoptantes, no se le incluye en las nociones antes mencionadas.

## 2.2.2 Nociones desde el punto de vista natural.

Normalmente no existe problema para determinar quien es el padre o madre de determinada persona, desde el punto de vista natural. Sabemos que la reproducción va ligada a la relación sexual de los padres, con el consiguiente embarazo de la madre.

Biológicamente, el nacimiento de un bebé es producto de la fecundación de las células germinales que aportan cada uno de los progenitores; espermatozoide en el caso del varón y óvulo en el caso de la mujer, los cuales interaccionan entre sí, gracias a la relación genital de ambos.

Lo normal, al encontrarnos frente a una mujer embarazada, es suponer que su estado de gravidez es consecuencia de lo anterior; sin embargo, las modernas técnicas reproductivas, como lo es la inseminación artificial, entre otras, han modificado este esquema; pues actualmente, la fecundación se puede realizar sin necesidad de relaciones sexuales (inseminación artificial), fuera del cuerpo de la mujer (fecundación *in vitro*), o inclusive, puede haber una mujer que proporcione el óvulo y otra en la que se lleve a cabo el embarazo (algunos casos de la maternidad subrogada). Esto crea serias dificultades jurídicas, pues la mayoría de los ordenamientos legales no contemplan estas situaciones y se limitan a considerar como madre, a la mujer que dio a luz al bebé: "En la actualidad, debido a la posibilidad del empleo de un óvulo de una

mujer extraña implantado en la consorte previamente fecundado con semen de su marido, se presentan serias dudas sobre la necesidad de adicionar normas legales para tener también como madre a la que se le implanta un óvulo extraño, pues en nuestro derecho la filiación materna se determina por la concepción y el nacimiento.<sup>30</sup>

Este problema se abordará más adelante, a propósito de la maternidad subrogada.

### 2.2.3 La paternidad y maternidad en el campo del derecho.

Como se dijo inicialmente, la filiación se sustenta en el hecho biológico de la procreación, a la cual la ley, le asigna determinados efectos jurídicos:

En este sentido es importante recordar que nuestro Código Civil establece que los hijos pueden ser nacidos dentro de matrimonio o fuera de él, y aunque a ambos se les otorgan idénticos derechos, se han establecido distintas reglas por lo que hace a la forma de probar la filiación en cada uno de los casos.

---

<sup>30</sup> CHAVEZ Ascencio, Manuel F, *ib. cit.*, p. 12.

La maternidad, independientemente de que se presente dentro o fuera de matrimonio, es un hecho objetivo, susceptible de ser acreditado mediante prueba directa, y consta necesariamente de dos elementos: el parto y la identidad de la criatura: "Para los efectos jurídicos, trátase de la filiación legítima o la natural, el hecho de la maternidad resulta, por consiguiente, de la prueba de que una mujer dio a luz un determinado hijo, y, que éste después se identifica como aquél que pretende el carácter de tal, para deducir algún derecho o ejercitar alguna acción, en materia de alimentos, de herencia, o simplemente para defender su estado de hijo y tener el nombre, la fama y la calidad de tal..."<sup>31</sup>

A diferencia de lo que sucede con la maternidad, la paternidad en el mayor de los casos no es susceptible de acreditarse mediante prueba directa; y salvo el caso del reconocimiento espontáneo por parte del padre, sólo se puede presumir quien es el pretendido padre, de acuerdo a los supuestos establecidos en la ley

Tratándose de la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonio, nos dice el artículo 340 del Código Civil, que aquella se prueba con el acta de matrimonio de los padres y con la de nacimiento del hijo, y solamente a falta o defecto de dichas actas,

---

<sup>31</sup> ROJINAVILLEGAS, *op. cit.*, p. 606

el Código Civil en su artículo 341, permite acreditar la calidad de hijo de matrimonio mediante la posesión de estado.

En principio, debemos entender, que la filiación dentro de matrimonio, normalmente queda acreditada con el reconocimiento espontaneo que hacen los padres de su hijo, al llevarlo al Registro Civil; sin embargo, la ley establece una presunción de paternidad a favor del esposo de mujer casada, cuando ésta da a luz dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del mismo, provenga ésta, de nulidad, muerte del marido o divorcio (artículo 324 del Código Civil).

La presunción antes mencionada fue adoptada del Código Civil Francés, y se fundamenta en observaciones científicas: "En efecto, los redactores del código civil se dirigieron al célebre médico Fourcroy, solicitando un informe sobre este punto, según los datos de la ciencia. Fourcroy fijó la duración mínima en ciento ochenta y seis días, y la máxima en doscientos ochenta y seis días. Con objeto de ponerse al abrigo de todo error de la ciencia, lo que hubiere sido contrario a la legitimidad, el código civil fijó la duración mínima del embarazo en ciento ochenta días y la máxima en trescientos, es decir, seis y diez meses, respectivamente, según el calendario republicano vigente en aquel entonces."<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> BONNECASE, Julien, *Op. Cit.*, p. 1048.

De lo anterior se desprende que la filiación matrimonial es indivisible, pues al conocerse quien es la madre de una persona, la ley automáticamente presume que su esposo es el padre: "no puede una persona ser hijo legítimo de una mujer sin ser, por el hecho mismo, hijo legítimo del marido de esa mujer: La legitimidad presupone, en efecto, necesariamente, que el hijo fue concebido por el marido de su madre; el hijo legítimo es el hijo nacido en matrimonio."<sup>33</sup>

La presunción de paternidad establecida a favor del esposo es muy fuerte, casi absoluta; sin embargo, el artículo 325 de nuestro Código Civil, permite destruirla cuando el marido prueba que le fue físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento o cuando el marido, alegando adulterio de la madre, acredite que se le ocultó el alumbramiento o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo relaciones sexuales con su esposa.

En este caso, la ley permite al marido aportar pruebas para acreditar que efectivamente no tuvo acceso carnal con su esposa en la época de la concepción, y que por lo tanto, le fue imposible engendrar a la criatura; pero no se le permite demostrar que el

---

<sup>33</sup> DE IBARROLA, Antonio *op. cit.* p. 391.

embarazo de su esposa haya sido más corto o largo de lo que presume la ley.

La acción que intenta el padre en estos casos es conocida como de contradicción de la paternidad.

Cuando el hijo de mujer casada nace fuera de los términos que marca el artículo 324 del Código Civil, basta la negativa del esposo de ser el padre, para que se invierta la carga de la prueba de la paternidad a la madre y al hijo; sin embargo, se prohíbe al marido desconocer la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, cuando exista prueba por escrito de que supo antes de casarse del embarazo de su esposa; si acudió al levantamiento del acta de nacimiento del menor y firmó o consta en ella su declaración de no saber hacerlo; si lo ha reconocido como propio; o si el menor no nació capaz de vivir (artículo 328 del Código Civil).

En ambos casos, el de contradicción de la paternidad o su desconocimiento, el padre cuenta con sesenta días para intentar la acción, contados a partir de la fecha de nacimiento, si sabía del embarazo de su esposa, o a partir del momento en que tuvo conocimiento del mismo, en los casos en que se le hubiese ocultado (artículo 330 del Código Civil).

Por lo que hace a la posesión de estado, ésta es un medio subsidiario de acreditar la filiación matrimonial, cuando las partidas del registro civil son defectuosas, incompletas o falsas, o cuando no existe el acta de nacimiento del hijo; y que consiste, según la doctrina, en el estado en que se encuentra un menor respecto a un matrimonio, que lo educa y trata como a un hijo, marcándose como requisitos indispensables, el *nomen* (nombre), el *tractatus* (trato) y la fama.

Los anteriores requisitos se traducen en que el presunto hijo utiliza en forma regular y constante, el nombre del presunto padre, con anuencia de este último (*nomen*); que el trato que el matrimonio le otorgue sea igual que el que se da a un hijo (*tractatus*), proveyendo su subsistencia, educación y demás necesidades; y finalmente que en el círculo social en el que se desenvuelva, goce de la fama de ser hijo legítimo de los pretendidos padres.

Aunque doctrinalmente es necesario que concurren estos tres requisitos para que se establezca la posesión de estado de hijo legítimo, en nuestro derecho, no es necesario que se cumplan, pues de acuerdo con el artículo 343 de nuestro Código Civil, basta que concorra la fama con alguno de los otros dos, o que, concorra con la circunstancia de que la edad del presunto padre sea cuando menos igual a la necesaria para contraer matrimonio más la edad del pretendido hijo.

Tratándose de la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la maternidad se acredita en la misma forma que en la filiación legítima, es decir, con la prueba del parto y la identidad del hijo. La paternidad por su parte, sólo se acredita por el reconocimiento expreso que haga el padre de su hijo o por una sentencia judicial que así lo declare en un juicio de investigación de la paternidad, pues en este caso no existe ningún precepto legal que establezca la presunción de paternidad a favor de varón alguno, salvo en el caso excepcional del concubinato, al que se aplica una presunción análoga a la establecida en el artículo 324 del Código Civil, tomando como punto de referencia la fecha en que comenzó o terminó la vida en común del concubinario y la concubina (artículo 383 del Código Civil).

#### 2.2.4 Investigación de la paternidad y maternidad.

Nos dice Manuel F. Chávez Ascencio, que la investigación de la paternidad o maternidad es : "...el derecho que tienen los hijos habidos fuera de matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que sea ésta declarada por los mismos y se obligue a los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno filial"<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> CHAVEZ Ascencio, Manuel F., *op. cit.*, p. 175.

En el Antiguo Derecho Francés, bastaba que la mujer encinta señalara a determinado hombre como el padre de su hijo, para que provisionalmente el hombre señalado se tuviera que hacer cargo de la manutención del hijo, mientras se resolvía la cuestión de filiación. Las madres solteras tenían la posibilidad de elegir entre todos aquellos hombres con quienes habían tenido relaciones, y abundaban las demandas en que se señalaba como padre de la criatura aun hombre rico o de buena posición. Atento a esta situación, el Código Civil Francés, prohibió la investigación de la paternidad, salvo en el caso del rapto, pues se consideró que podía dar origen a innumerables escándalos, chantajes, pruebas falsas, testigos sobornados, etc. Estas ideas influyeron notablemente en nuestro derecho. a grado tal, que en el Código Civil de mil ochocientos setenta se prohibió la investigación de la paternidad a los hijos nacidos fuera de matrimonio, sin embargo: "La doctrina civil moderna, y, paulatinamente, la legislación, van orientándose cada día con más rigor hacia el reconocimiento del derecho de investigación de la paternidad y de la maternidad, por entender que el interés del hijo en conocer quiénes son sus progenitores, no debe tener más limitaciones que las que sean estrictamente necesarias para para (*sic*) evitar los abusos a que el ejercicio de este derecho puede dar lugar."<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> DEL PINA, Rafael *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción-Personas-Familia, Volumen I*, 18ª edición, Porrúa, S.A. México, 1993 p. 355

Nuestro Código Civil vigente, en su artículo 382, establece que la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida en los siguientes casos: Cuando el hijo haya nacido por causa de raptó, violación o estupro, siempre que la época de la comisión del delito coincida con la de la concepción del pretendido hijo; cuando se tenga la posesión de estado de hijo del presunto padre; cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el presunto padre, haciendo vida marital; y, cuando el pretendido hijo tenga en su favor un principio de prueba contra el presunto padre

Para acreditar la posesión de estado del hijo nacido fuera de matrimonio, no se requiere de los tres elementos a que se había hecho mención anteriormente (*nomen, tractatus y fama*), pues de conformidad con lo dispuesto por el artículo 384 de nuestro Código Civil, basta que el pretendido padre o su familia, haya tratado al presunto hijo como tal, además de haber proveído a su subsistencia, educación y establecimiento. Sin embargo, es importante destacar, que el solo hecho de proporcionar alimentos, sin dar el trato de hijo, no constituye prueba o presunción de la paternidad, ni puede alegarse como razón para investigarla (artículo 387 del Código Civil).

Tratándose de la investigación de la maternidad, en principio, nuestra legislación la permite libremente, sin exigir,

como en derechos extranjeros, que exista un principio de prueba por escrito a favor del pretendido hijo. Se debe acreditar que la mujer de que se trate, efectivamente haya tenido un parto, y que el hijo que dio a luz, es el mismo que reclama herencia, alimentos o simplemente investiga su maternidad; lo que se puede acreditar con cualquiera de los medios de prueba permitidos por la ley.

No obstante lo anterior, el artículo 385 del Código Civil, establece la imposibilidad de investigar la maternidad, cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, a no ser, que la investigación de la maternidad se deduzca de una sentencia civil o penal (artículo 385 del Código Civil).

De igual modo que en la investigación de la paternidad, la sola circunstancia de proporcionar alimentos, no establece prueba ni presunción de la maternidad, ni puede dar origen a un juicio de investigación de la maternidad.

Nos dice Rafael Rojina Villegas, que la paternidad sólo puede ser investigada en el juicio ordinario correspondiente, en los supuestos a que se refiere el artículo 382 del Código Civil antes mencionado, mientras que la maternidad se puede hacer valer en juicio seguido exclusivamente para ese fin, o en cualquier otro en el que surja dicha cuestión, sin ser necesario que se tramite por separado; pudiéndose resolver previamente lo relativo a la

maternidad.<sup>36</sup> Así tenemos como ejemplo, el artículo 801 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que permite que en los juicios sucesorios *ab-intestato*, los herederos que sean descendientes del *de cuius*, acrediten su parentesco con el medio de prueba que sea legalmente posible; y mediante testigos, que son los únicos herederos: "Es así como incluso dentro del juicio sucesorio, sin necesidad de un juicio especial, se puede acreditar mediante testigos a quienes le conste del parto y la identidad del hijo, la maternidad que da derecho a heredar al hijo natural."<sup>37</sup>

Ambas acciones, la de investigación de la paternidad y la de investigación de la maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los pretendidos padres, a menos, que éstos hubieran fallecido durante la minoría de edad del presunto hijo, caso en que éste tiene los cuatro años posteriores a su mayoría de edad, para intentarlas (artículo 388 del Código Civil).

### 2.3 La adopción.

Al hablar de la filiación en general, se distinguieron tres tipos de ésta. La de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, que corresponden al hecho natural de la procreación, es decir, de realidad biológica; y la adopción, que es considerada una filiación

---

<sup>36</sup> Cfr. ROJINA Villegas Rafael *op. cit.* p. 726.

<sup>37</sup> *Ibidem*

artificial, producto del ordenamiento jurídico, y que puede a su vez adoptar diversos matices, según las reglas que se adopten para tal efecto.

### 2.3.1 Concepto.

Rafael de Pina nos dice (citando a Castán, *Derecho Especial, Común y Foral*, Tomo I, Volumen I, p. 272), que la adopción es un: "acto jurídico que crea entre el adoptante y el adoptado, un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas (aunque no idénticas) a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas."<sup>38</sup>

Guillermo Cabanellas nos dice en términos semejantes, que la adopción es "el acto por el cual se recibe como hijo nuestro, con autoridad real o judicial, a quien lo es de otro por naturaleza."<sup>39</sup>

Es necesario agregar a las definiciones antes mencionadas, que la adopción es un acto solemne, pues como se verá más adelante, la ley establece ciertas formalidades que son esenciales para que la adopción pueda llegar a existir.

---

<sup>38</sup> DE PINA, Rafael, *op. cit.*, p. 303

<sup>39</sup> CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo I, 4ª edición, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1962, p. 118

La adopción es, pues, una creación técnica del derecho, que pretende imitar la filiación de los hijos nacidos dentro de matrimonio, y que originalmente tuvo finalidades esencialmente sucesorias: "Se trataba para el adoptante, de darse un heredero llamado a suceder en las mismas condiciones que si fuese su hijo legítimo. Se trataba también, y era con frecuencia la razón esencial que movía al adoptante, de transmitir un apellido que se habría extinguido por falta de descendientes."<sup>40</sup>

En ese sentido, la adopción originalmente se celebraba únicamente respecto de mayores de edad. Posteriormente se utiliza exclusivamente con menores de edad, ya que se consideró como finalidad esencial de la adopción, el proporcionar consuelo y felicidad a las parejas estériles, que no podían tener un hijo de otra manera, y que a su vez beneficiaba a los menores adoptados. Actualmente, y a raíz de la primera guerra mundial, después de la cual muchos niños quedaron huérfanos y sin hogar, se le ha considerado como una institución que tiene como objetivo primordial, dar protección a los menores e incapacitados que no cuentan con una familia que los apoye.

Se distinguen tres tipos de adopción; la semiplena o simple; la plena; y la legitimación adoptiva. La primera de ellas se limita a crear una relación jurídica única y exclusivamente entre adoptante

---

<sup>40</sup> MAGALLON Ibarra, Jorge Mario. *op. cit.*, p. 504

y adoptado, que corresponde al sistema que se sigue en nuestro Código Civil. En la adopción plena, el adoptado entra sin limitación alguna a la familia del adoptante, es considerado su hijo legítimo; el parentesco civil que se crea por virtud de la adopción, se extiende a todos los familiares del adoptante. En la legitimación adoptiva, igualmente, el adoptado entra sin limitación alguna a la familia de los adoptantes, con la peculiaridad, de que el menor debe necesariamente ser adoptado por un matrimonio sin descendencia, y que según el Estado en que se haya establecido, se imponen algunas otras limitaciones, como son, una duración mínima del vínculo matrimonial de los esposos que pretenden hacer uso de ella: una edad máxima del menor que se pretende adoptar en esta forma; pero siempre tratándose de niños que hubiesen sido abandonados o de padres desconocidos.

Nuestro Código Civil en su artículo 402, establece el sistema de la adopción semiplena o simple, al disponer que los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que origina, se limita al adoptante y adoptado, por lo que este último, no tiene ningún vínculo jurídico con los demás parientes de su adoptante.

Es importante remarcar, que aun cuando la adopción en nuestro derecho, da origen al parentesco civil (artículo 295 del Código Civil), por el cual el adoptado es considerado hijo legítimo del adoptante; subsisten los derechos y obligaciones engendrados

de su parentesco por consanguinidad, excepto la patria potestad, que es transferida al adoptante, según lo dispone el artículo 403 del Código Civil

Lo anterior es una de la principales causas por las que esta institución no es muy utilizada en nuestro país, pues siempre queda latente el lazo consanguíneo del menor adoptado, quien no entra por completo a la familia del adoptante, y según palabras del Maestro Ignacio Galindo Garfias: "Tal como está organizada la adopción en el Código Civil vigente, puede considerarse como una forma de protección de los menores e incapacitados."<sup>41</sup>

### 2.3.2 Requisitos.

Pueden adoptar las personas físicas, mayores de veinticinco años, en pleno ejercicio de sus derechos y que se encuentren libres de matrimonio, a no ser, que ambos cónyuges estén de acuerdo en celebrar la adopción: o que se trate del cónyuge de uno de los progenitores del menor o incapacitado que se pretende adoptar (artículos 391 y 403 del Código Civil), siendo necesario, que el adoptante tenga por lo menos diecisiete años más que quien se quiere adoptar, debiendo además, acreditar ante un juez de lo familiar, que se tienen los medios económicos suficientes para la

---

<sup>41</sup> GALINDO Garfias, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia*, 6ª edición, Porrúa, S.A., p. 655

manutención del adoptado; que se tienen buenas costumbres; y que la adopción resultará benéfica para la persona que pretende adoptarse.

Por su parte, el adoptado, debe ser necesariamente un menor de edad o un incapacitado. En cualquiera de los casos, el adoptado debe ser, por lo menos, diecisiete años más joven que el adoptante. Si el menor es mayor de catorce años, es necesario además, que otorgue su consentimiento para ser adoptado.

Por regla general, nadie puede ser adoptado por más de una persona; sin embargo, a las parejas unidas en matrimonio se les permite hacerlo, siempre que ambos cónyuges estén de acuerdo en considerar al adoptado como su hijo. En este caso, se permite que sólo uno de los cónyuges cumpla con el requisito de ser mayor de veinticinco años, con la condición de que cualquiera de ellos tenga por lo menos diecisiete años más que el adoptado (artículo 391 del Código Civil); es decir, también se hace una excepción al requisito de la diferencia de edad que debe existir entre adoptante y adoptado.

La adopción se lleva a cabo ante un juez de lo familiar, en la vía de jurisdicción voluntaria (Capítulo IV del Título Décimo Quinto, "De la jurisdicción voluntaria", del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal), en donde, además de acreditar los requisitos antes mencionados, es necesario que se

otorgue el consentimiento para llevar a cabo la adopción por parte de la persona que ejerce la patria potestad sobre el menor que se pretende adoptar, o si se trata de un incapacitado, por parte de su tutor. En caso de no existir persona que ejerza la patria potestad o tutor, el consentimiento lo debe otorgar la persona que haya acogido al menor o incapacitado, por lo menos durante seis meses, tratándolo como a un hijo. De no existir ninguna de las personas antes mencionadas, dicho consentimiento deberá ser otorgado por el Agente del Ministerio Público que corresponda al domicilio de la persona que se pretende adoptar (artículo 397 del Código Civil).

Una vez que se hayan desahogado ante el juez competente, las pruebas que sirvan para acreditar los requisitos antes mencionados, y que igualmente se haya otorgado ante su presencia el consentimiento de las personas que deban hacerlo, se dictará la resolución que en derecho proceda, dentro del término de tres días (artículo 924 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), y en caso de resolverse que ha procedido la adopción, se ordenará que se gire oficio al Registro Civil, acompañando copia certificada de la sentencia que decreta la adopción, a efecto de que se levante el acta respectiva.

Es importante destacar, que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 400 del Código Civil, la adopción queda consumada desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia que la

decreta, y no a partir de que se levante el acta respectiva ante el Juez del Registro Civil.

### 2.3.3 Naturaleza jurídica.

Durante mucho tiempo se consideró que la adopción compartía la naturaleza jurídica de los contratos, pues se consideraba que en ésta, al igual que en aquellos, el acuerdo de voluntades era lo que daba lugar al nacimiento de esta figura. Sin embargo, se ha dejado atrás esta idea, pues es evidente que la intervención del Estado, a través del juez de lo familiar, constituye un elemento esencial para su celebración, además de que las normas que regulan a la adopción son de orden público y por tanto, quedan fuera del alcance de la voluntad de los particulares.

También se le ha considerado como una institución, entendiéndose por ésta: “un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad.”<sup>42</sup>

En este sentido, no hay duda de que la adopción es una institución; sin embargo, la adopción, entendida como tal, se limita al aspecto normativo de la misma, olvidándose del acto jurídico que le da origen.

---

<sup>42</sup> ROJINA Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 212.

También se le consideró como un acto de poder estatal, pues como se ha expuesto, la realización de la adopción depende de la aprobación del juez. Sin embargo, no hay que olvidar, que es la voluntad del adoptante lo que motiva al órgano jurisdiccional a decidir sobre la adopción solicitada; no se trata de imponer ningún acto. Además, siempre es necesario el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad o la tutela, en su caso, o de quienes deban de hacerlo conforme a la ley: "podría concluirse que el acto jurídico que da lugar a la adopción es un acto de poder estatal; porque el vínculo jurídico entre adoptante y adoptado es consecuencia de la aprobación judicial. Sin embargo, no puede aceptarse este punto de vista, porque si bien es verdad que el decreto del juez de lo Familiar que aprueba la adopción es un elemento esencial para la creación de este vínculo jurídico, debe observarse que la voluntad del adoptante es un elemento esencial, previo y necesario para que tenga lugar el pronunciamiento judicial y por otra parte es necesario que los representantes del adoptado, convengan en la creación de ese vínculo jurídico paterno filial."<sup>43</sup>

Actualmente, se considera que la adopción es un acto jurídico mixto, los cuales según el maestro Rafael Rojina Villegas, son: "aquellos en los que intervienen uno o varios particulares y uno o varios funcionarios del Estado. Las diversas manifestaciones

---

<sup>43</sup> GALINDO Garfías, *op. cit.*, p. 655

de voluntad de los sujetos que participan en el acto jurídico pueden formar consentimiento si todas ellas tienen el mismo contenido y llegan a un acuerdo, o bien, puede no existir éste si se trata de declaraciones diversas que aun cuando sean indispensables para formar el acto, no tengan el mismo contenido, ni requieran el acuerdo entre las partes.”<sup>44</sup>

#### 2.3.4 Efectos jurídicos.

La adopción tiene como principales efectos jurídicos los que a continuación se mencionan:

1 - Crea el parentesco civil entre adoptante y adoptado, por virtud del cual, éste tiene la calidad de hijo legítimo del primero, aunque de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 295 del Código Civil, dicho parentesco se limita a adoptante y adoptado, sin hacerse extensivo a sus demás familiares. En consecuencia, el adoptado tiene el derecho de llevar el apellido de su adoptante; además de que este último, se convierte en el representante legal del adoptado, dentro y fuera de juicio, durante su minoría de edad

---

<sup>44</sup> R(2)JNA Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 160.

2.- No extingue los derechos y obligaciones derivados del parentesco natural, excepto la patria potestad, que es transferida al adoptante (artículo 403 del Código Civil).

3.- Como consecuencia de lo anterior, la adopción tiene efectos extintivos sobre la patria potestad o tutela, respecto de las personas que la hayan ejercido hasta el momento de su celebración.

4 - La adopción subsiste aun cuando le sobrevengan hijos al adoptante (artículo 404 del Código Civil).

5.- La adopción genera la obligación recíproca de dar alimentos, entre el adoptante y el adoptado, en los mismos casos en que la tienen el padre y los hijos, según lo establece el artículo 307 del Código Civil.

6.- De igual modo, la adopción hace nacer la recíproca vocación hereditaria. El artículo 1612 del Código Civil, establece que el adoptado hereda respecto de su adoptante, en la misma proporción que un hijo. El adoptante por su parte, tiene derecho a recibir alimentos, si concurre a la sucesión junto con descendientes del adoptado (artículo 1613 del Código Civil). Si concurre con ascendientes del adoptado, la herencia se dividirá en partes iguales entre ascendientes y adoptantes (artículo 1620 del Código Civil); y si concurre junto con el cónyuge del adoptado, tendrá derecho a

recibir la tercera parte de los bienes del adoptado (artículo 1621 del Código Civil)

7.- Los efectos de la adopción no son definitivos, debido a la eventual revocación de la misma.

8.- Crea como impedimento de matrimonio, que el adoptante no pueda casarse con los descendientes del adoptado, mientras dure el parentesco civil entre adoptante y adoptado (artículo 157 del Código Civil).

#### 2.3.5 Revocación de la adopción.

Como se dijo anteriormente, los efectos de la adopción en nuestro país, no son definitivos, pues siempre cabe la posibilidad de su revocación.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 405 de nuestro Código Civil, la adopción puede ser revocada, o bien, por el mutuo consentimiento que tengan adoptante y adoptado o por la ingratitud de este último.

Para que la adopción pueda revocarse por mutuo consentimiento, es necesario, que el adoptado sea mayor de edad, o en caso de no serlo, que las personas que otorgaron su consentimiento para la celebración de la adopción, convengan en

que ésta se revoque. y a falta de dichas personas, que lo haga el Agente del Ministerio Público de la localidad.

No basta el mutuo consentimiento entre adoptante y adoptado para decretar la revocación de la adopción, pues es necesario que el juez encuentre conveniente dicha revocación a los intereses morales y materiales del adoptado (artículo 407 del Código Civil).

Se considera que el adoptado ha sido ingrato, según lo dispuesto por el artículo 406 del Código Civil, en los siguientes casos:

1.- Cuando ha cometido algún delito intencional en contra de la persona, la honra o los bienes de su adoptante, o de los del cónyuge, ascendientes o descendientes del mismo.

2.- Cuando el adoptado formule querrela o denuncia en contra del adoptante, aun cuando el delito quede probado, a menos que haya sido cometido en contra del mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

3.- Cuando el adoptado se rehuse a proporcionar alimentos a su adoptante, cuando éste ha caído en la pobreza.

Una vez que el juez de lo familiar ha decretado la revocación de la adopción, debe remitir copia certificada de la sentencia que para tal efecto haya dictado, al Registro Civil, para la cancelación del acta de adopción

## CAPITULO TERCERO

### Generalidades de la maternidad subrogada.

#### 3.1 La inseminación artificial.

El avance de la ciencia ha penetrado en forma considerable en todas las ramas de la actividad humana: La reproducción no ha escapado a esta intromisión; a grado tal, que la tecnología moderna puede llegar a romper su esquema natural; pues permite que ésta se dé aun sin la relación genital entre los progenitores de una criatura; y esta situación se ha venido presentando en los últimos años de una manera tan general, que la tratadista argentina Nora Lloveras ha afirmado, al hablar del tema que: “La filiación, basada en el hecho biológico trascendente de la unión sexual de los padres - y por razones de protección social de la adopción -, parece tambalear.”<sup>45</sup> Idea que expresa de manera más clara Alicia Elena Pérez Duarte y N.: “Efectivamente, en el ámbito de derecho de familia, las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad. Sabemos que en nuestro sistema jurídico, la maternidad es siempre cierta; que, para el

---

<sup>45</sup> LLOVERAS, Nora, *Patric Potestad y Filiación*, Ed Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 41.

derecho, el padre es el marido de la madre; que, según nuestras normas, a cada hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre. Sin embargo, la biotecnología, y, muy en especial, las técnicas de fecundación asistida - que ya forman parte de nuestra cotidianidad -, nos enfrentan a hechos que cuestionan desde sus cimientos estos principios que parecieran incuestionables. Incluso me atrevo a afirmar que desquician la institución de la filiación porque no sólo complican la investigación del vínculo paterno-materno-filial sino que desarticulan los mismos conceptos de maternidad y paternidad.”<sup>46</sup>

En efecto, actualmente, con la ayuda de las denominadas modernas técnicas reproductivas, se puede lograr la concepción sin necesidad del ayuntamiento carnal hombre-mujer. Entre dichas técnicas se encuentran la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones; sin embargo, es la inseminación artificial la más conocida y empleada de estas técnicas.

### 3.1.1 Concepto.

La inseminación artificial es la más simple de las llamadas modernas técnicas reproductivas, y consiste en: “el método por el

---

<sup>46</sup> PEREZ DUARTE, N., Alicia Elena, *El Impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas en la Familia: Presente y Futuro*. Dirección Internet: <http://www.info.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad2/perez.htm>, p. 1.

cual se fecunda a una mujer sin realización del acto sexual, a través de la implantación en su organismo de espermatozoides.”<sup>47</sup>

La práctica de la inseminación artificial, también conocida como reproducción asistida (legislación española) y fertilización asistida (en nuestra legislación), es bastante frecuente, debido en gran medida a su simplicidad y bajo costo; pues aunque en muchas ocasiones es realizada por un doctor, no es indispensable una asistencia especializada para llevarla a cabo: “*Artificial insemination, the oldest and simplest of reproductive techniques other than sexual intercourse, has been in use for more than a century. The procedure, which involves depositing ejaculated sperm in a woman’s uterus with needleless syringe, is usually performed by a doctor, but it is sufficiently simple that individuals can perform it by themselves...*”<sup>48</sup> (La inseminación artificial, la más antigua y simple de las técnicas reproductivas, además de las relaciones sexuales, ha sido empleada por más de un siglo. El procedimiento que envuelve el depositar espermatozoides eyaculado en el útero de una mujer mediante una jeringa sin aguja, usualmente es hecho por un doctor, pero es tan simple, que los individuos pueden practicarla por sí mismos).

En efecto, la inseminación artificial resulta demasiado fácil, y se sabe que su empleo ya era utilizado en el siglo XIX, aunque no

---

<sup>47</sup> BOSSERT, Gustavo A. y Zamboni, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, 2ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990, p. 331

<sup>48</sup> FIELD Martha, *Surrogate Motherhood*, Expanded Edition, Harvard University Press, Estados Unidos de Norteamérica, 1990, p. 34.

es sino hasta la segunda mitad del presente siglo, cuando comienza a utilizarse de una manera más constante, a tal grado, que actualmente una gran cantidad de Estados la aceptan y le otorgan una regulación en sus respectivas legislaciones.

### 3.1.2 Clasificación.

La inseminación artificial es clasificada normalmente en dos tipos: homóloga y heteróloga.

La inseminación artificial es homóloga, cuando la mujer en quien va a ser empleada esta técnica es fecundada con el semen de su esposo o su pareja; más específicamente, cuando el varón que aporta sus gametos, actuará como padre de la criatura que mediante esta técnica se conciba.

Tratándose de este tipo de inseminación artificial, su aplicación obedece principalmente a problemas en la concepción, sin que alguno de los integrantes de la pareja sea estéril; o en los casos de imposibilidad física de los cónyuges para realizar el acto sexual. Se trata de ayudar a la concepción de un hijo a una pareja estable, *unida en matrimonio, o en relación de concubinato*, quienes no han podido concebir por medios naturales, no obstante de ser ambos fértiles, como sucede en los casos en que anomalías en el cuello del útero, impiden una correcta producción del moco cervical, o cuando en el mismo, existen anticuerpos espermáticos,

que dificultan la concepción. Es por esta razón, que la mayoría de los autores no encuentran inconveniente alguno para su aplicación, pues a la vez que la fecundación se lleva a cabo con elementos propios de la pareja, las relaciones familiares no se ven afectadas de ninguna manera, específicamente las que se refieren a la filiación paterna del producto: “Así tenemos que la inseminación homóloga, es decir, aquella que se efectúa con el espermatozoide del esposo aplicado a su esposa, no presenta ningún problema jurídico en particular, puesto que técnicamente se trataría de la disposición de componentes de tejidos para inseminación artificial que sigue las reglas generales aplicables para los trasplantes en la Ley General de Salud...”<sup>49</sup>

Ahora bien, hablamos de que la inseminación artificial es heteróloga, cuando el espermatozoide que va a ser utilizado para esta operación, proviene de un tercero extraño a la pareja. Sus causas principales son la esterilidad masculina, como en los casos en que el semen del varón presenta ausencia total de espermatozoides o una disminución grave en cuanto a su número y/o movilidad, o por deficiencias en los conductos que los transportan; y en algunos casos, la circunstancia de que el esposo sea portador de alguna enfermedad congénita, que pretenda evitarse empleando esta técnica reproductiva

---

<sup>49</sup> MOCTEZUMA Barragán, Gonzalo, *La Reproducción Asistida en México. Un Enfoque Multidisciplinario*. Dirección Internet <http://www.info.jundicas.unam.mx/publica/salud/cuad1/barragan.htm>, p. 1.

Situación muy distinta, es la que se presenta en este caso; pues mientras en la inseminación artificial homóloga, no se afectan de ninguna manera las relaciones familiares, específicamente las de la filiación paterna, aquí se plantea la controversia de atribuir la paternidad al cónyuge de la mujer casada, en lugar de al tercero que aportó su esperma para la concepción. Al respecto, Manuel F. Chávez Ascencio, nos dice que: "La inseminación heteróloga disocia lo genético de lo obstétrico, pues en la fecundación participa un elemento extraño a los cónyuges, presupuesto no considerado en la legislación actual que es de orden público."<sup>50</sup>

En efecto, la inseminación artificial heteróloga crea un problema por lo que hace al establecimiento de la paternidad de la criatura engendrada de esta forma; pero no es exacto que se disocie lo genético de lo obstétrico, pues como se dijo al hablar del concepto de filiación en el capítulo segundo, ésta se basa en el hecho biológico de la procreación; y como también se mencionó, no toda filiación es reconocida por el derecho; como puede suceder en este caso. Surge entonces, el problema de decidir a quien se le asignará la paternidad legalmente, sin que esta situación desvirtúe el hecho biológico de que fue el donador, mediante su semen, quien concibió al hijo, independientemente de que el ordenamiento jurídico le reconozca o no efectos jurídicos a esa situación.

---

<sup>50</sup> Chavez Ascencio, Manuel F., *op. cit.*, p. 50

No obstante lo anterior, actualmente, la inseminación artificial, tanto homóloga como heteróloga es reconocida en muchos países, entre ellos México, que la regula en la Ley General de Salud.

Otra clasificación que se hace de la inseminación artificial, es aquella que atiende al lugar donde se deposita el semen al practicar esta técnica; pudiendo ser cervical o intrauterina. En ambos casos se busca concentrar la mayor cantidad de espermatozoides móviles y morfológicamente normales, con la finalidad de que el semen esté lo más cerca posible del óvulo.

### 3.1.3 Legalidad.

Anteriormente, nuestra legislación era omisa respecto a regular a esta técnica reproductiva. Es en la Ley General de Salud, donde finalmente se ha tratado de hacerlo.

La primera alusión que se realizó al respecto, la encontramos en el Título Décimo Cuarto de dicho ordenamiento legal, denominado "Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos."

En la fracción I del artículo 314 se establece que se entiende para los efectos de ese título, por disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, el conjunto de actividades relativas a

la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo embriones y fetos con fines terapéuticos, de docencia o investigación.

Asimismo, la fracción IX de ese mismo artículo establece, que se entiende por producto, todo tejido o substancia excretada o expelida por el cuerpo humano, como resultado de procesos fisiológicos normales. Es decir, aunque de manera expresa no se hace mención a los gametos femeninos y masculinos, se entiende que éstos quedan incluidos en la noción de productos del cuerpo humano.

De manera más específica, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, en su artículo 56, dispone que son considerados como productos del cuerpo humano, las células germinales, y que su disposición debe llevarse a cabo de conformidad con lo que marquen las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría de Salud.

Es evidente, que aun cuando del contenido de los artículos antes mencionados no se desprende una regulación específica de la inseminación artificial; el hecho de hablar de la disposición de los gametos masculinos y femeninos, considerados como productos del

cuerpo humano, ya entraña por sí misma una posibilidad legal de llevar a cabo la inseminación artificial.

En modificaciones recientes a la Ley General de Salud, otro reglamento de la misma, habla ya de manera expresa de la inseminación artificial: El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

El artículo 40 de dicho reglamento, correspondiente a su Título segundo, Capítulo Cuarto: De la Investigación en Mujeres en Edad Fértil, Embarazadas, durante el Trabajo de Parto, Puerperio, Lactancia y Recién Nacidos; de la utilización de Embriones, Obitos y Fetos y de la Fertilización Asistida; en su fracción XI, nos dice, que la fertilización asistida es aquella en que la fecundación artificial (homóloga o heteróloga) e incluye a la fertilización *in vitro*, que en realidad corresponde a otra de las modernas técnicas reproductivas, con un desarrollo mucho más difícil.

El reglamento antes mencionado, dispone en su artículo 43, que para que pueda efectuarse la inseminación artificial, es necesario que la mujer en quien se va a aplicar, así como su cónyuge o concubinario, aporten su consentimiento informado.

El consentimiento informado, para efectos de la citada ley y su reglamento, consiste en la manifestación de voluntad hecha por

las personas antes referidas para someterse al procedimiento de inseminación artificial, el cual, para que surta efectos legales, deberá constar por escrito, habiéndose otorgado en forma libre, con conocimiento de los procedimientos a emplearse, de los riesgos esperados, de los beneficios posibles y de la posibilidad de retractarse en el momento que lo consideren conveniente, siempre y cuando, la misma, no se haya consumado de manera irreversible.

El artículo 56 del reglamento en cita, dispone que la investigación sobre fertilización asistida, sólo será admisible en los casos de problemas de esterilidad, que no puedan resolverse de otra manera.

Es evidente, que con esta reglamentación, nuestro país reconoce a la inseminación artificial, tanto homóloga como heteróloga, como una alternativa para los problemas de esterilidad masculina; sin embargo, no obstante que su aplicación, como ya hemos mencionado, afecta de manera directa el establecimiento de la paternidad: en nuestro Código Civil, no se hace referencia alguna a ella en su capítulo de filiación. Lo anterior obedece principalmente a que se considera que la presunción de paternidad establecida en el artículo 324 del Código Civil, a favor del marido de mujer casada, referida en el capítulo segundo, hace innecesario hacer alguna modificación al respecto.

### 3.2 Conceptualización de la maternidad subrogada.

#### 3.2.1 Noción de maternidad subrogada.

Durante el año de mil novecientos ochenta y siete, se desarrolló en Nueva Jersey, Estados Unidos de Norteamérica, un controvertido juicio: El relativo al caso "*Baby M.*"

En febrero de mil novecientos ochenta y cinco, Mary Beth Whitehead, ciudadana norteamericana, celebró con William y Elizabeth Stern, un contrato por el cual se comprometía a ser inseminada artificialmente con espermatozoides del señor Stern, para concebir un hijo; el cual sería entregado a la pareja a su nacimiento. Dicho contrato estipulaba que Mary Beth Whitehead recibiría a cambio, la cantidad de diez mil dólares.

La bebé M, como se le conoció en el procedimiento judicial que al efecto se entabló en los tribunales de Nueva Jersey, nació el veintisiete de marzo de mil novecientos ochenta y seis. Inicialmente, Mary Beth Whitehead, su madre natural, la entregó voluntariamente a los señores Stern, tal como había sido acordado; sin embargo, a petición suya, se le permitió que se la llevaran por una semana, después de la cual, la entregaría en forma definitiva.<sup>51</sup>

<sup>51</sup> Cfr. TATE, Julia J. *What Progress since Hagar, Bilha and Zilpah?*, American Bar Association, Section of Family Law, Estados Unidos de Norteamérica, 1994, pp. 11 a 20.

No obstante lo anterior, la señora Whitehead se negó a entregar a su hija, y en tal virtud, la pareja de los Stern, inició un juicio ante los tribunales de Nueva Jersey.

Inicialmente, un juez de primera instancia sostuvo que el contrato de subrogación de la maternidad celebrado entre la señora Mary Beth Whitehead y los señores Stern, debería ser considerado válido, y por tanto, se condenaba a la señora Whitehead a entregar a su hija a la pareja contratante, prohibiéndosele además, establecer contacto alguno con ella.

Inconforme con la resolución dictada, la señora Whitehead interpuso una apelación, y finalmente el caso fue absorbido por la Suprema Corte de Justicia del Estado de Nueva Jersey. El tres de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, dicho tribunal emitió su fallo definitivo. Sostuvo que el contrato de subrogación de la maternidad en cuestión, carecía de validez, pero que esa circunstancia no era determinante para otorgar la custodia de la menor a favor de la madre natural, puesto que la misma sería determinada tomando en consideración los mejores intereses de la niña; resolviendo finalmente, que dichos intereses estarían mejor tutelados bajo la custodia de los Stern, que bajo la custodia de la señora Whitehead.

El caso antes mencionado nos describe el esquema típico de los denominados contratos de maternidad subrogada, a la que

también se conoce como maternidad substituta o maternidad delegada.

Entendemos como maternidad subrogada, aquella práctica en que una mujer se compromete a dar a luz a un bebé con el propósito de entregarlo a una pareja, después del parto; ya sea en forma gratuita o a cambio de una remuneración: "*the surrogate is in fact the natural, biological mother - she both gives the egg and bears the child. Although she is the actual mother, she is in some sense acting as a surrogate wife for the sperm donor.*"<sup>52</sup> (la subrogada es de hecho, la madre natural y biológica, quien aporta el óvulo y da a luz al bebé. Aunque es la madre natural, de algún modo está actuando como una esposa sustituta para el donador de espermia).

En efecto, en el desarrollo de la maternidad subrogada, que podemos llamar standard o típica, la llamada madre subrogada, es en realidad la madre biológica de la criatura, "la madre natural", quien se compromete no sólo a gestar a una criatura para otra pareja, sino que además aporta su óvulo para lograr la fecundación deseada.

Anteriormente se mencionó, que las modernas técnicas reproductivas creadas por la ciencia, han modificado el esquema tradicional en que concebimos la procreación. La razón principal

---

<sup>52</sup> FILLD Martha, *op. cit.*, pp. 4 y 5

de su aparición, ha sido la lucha contra los problemas de infertilidad. Una primera alternativa la constituyó la inseminación artificial, que resuelve satisfactoriamente el problema de la infertilidad masculina; que pese a las diversas objeciones que se le hicieron, actualmente es permitida y regulada por la mayoría de los Estados.

El uso de los contratos de maternidad subrogada surge, en contrapartida, como una forma de hacer frente a la infertilidad femenina; sin embargo, es indiscutible, que la subrogación de la maternidad es algo que la mayoría de nosotros podemos considerar como algo inmoral, y más aun, como algo que debe ser declarado como ilícito. No obstante esto: *“surrogacy is technologically the simplest of various alternative reproductive techniques in use today. In fact when it relies upon natural sexual intercourse between the surrogate-to-be and the man who desires a child, it uses no technology at all. Usually, however, surrogacy arrangements use artificial insemination as the means of impregnating the surrogate.”*<sup>53</sup> (La subrogación es tecnológicamente la más simple de las varias alternativas que ofrecen estas técnicas en uso actualmente. De hecho, cuando depende de la relación sexual entre la subrogada y el hombre que desea al niño, no se utiliza técnica alguna. Sin embargo, usualmente la inseminación artificial es usada como medio de embarazar a la subrogada).

---

<sup>53</sup> *Ibidem.*

Lo anterior explica el porque la difusión de estos contratos ha crecido de manera alarmante, pues su puesta en práctica resulta tan sencilla como la inseminación artificial. Así tenemos, que en muchos Estados de la Unión Americana, su celebración se encuentra sustentada legalmente, lo mismo que en algunos países europeos, como es el caso de Alemania. Y más aun, la celebración de estos contratos se ha extendido también a aquellos Estados en que no existe disposición alguna al respecto, o que cuentan incluso, con prohibición legislativa expresa. Lo cierto es que, cualquiera que sea la postura que se adopte frente a estas nuevas tendencias de la reproducción humana, es un hecho que su aplicación crece día con día y con ello la necesidad de adoptar una política al respecto, pues: "...no todo lo que se considera ilícito o inmoral deja por ese hecho de realizarse y practicarse. Es un hecho que se están realizando operaciones de esta naturaleza y que cada vez son más los hijos que ingresan a un matrimonio por este procedimiento. Por lo tanto, el Derecho tiene que dar respuesta a estas situaciones, independientemente de que pudieran considerarse ilícitas por la norma jurídica."<sup>54</sup>

En algunas ocasiones, no se ha limitado la subrogación de la maternidad a la utilización de la inseminación artificial, pues se ha llegado a emplear la fecundación *in vitro*, e incluso, la transferencia de embriones: "*On October 1, 1987, a gestational surrogate in South*

---

<sup>54</sup> CHAVEZ Ascencio, Manuel F. *op. cit.*, pp 58 y 59.

*Africa gave birth to her own grandchildren. Their story illustrates the complications that surrogacy can bring to traditional family structure, and it also shows the family values that surrogacy can serve. Path Anthony bore triplets from ova supplied by her daughter Karen and fertilized in vitro by Karen's husband's sperm. Anthony is recognized as the legal mother in South Africa, even though she has a weaker case for motherhood than the surrogate who provides the egg as well as incubation. Karen, the egg donor, legally has three new siblings. But in accordance with their plan, Karen and her husband adopted the children, so she became their mother instead of their sister, and Mrs. Anthony changed from mother to grandmother.*"<sup>55</sup> (El 1 de octubre de 1987, una gestante subrogada en Sudáfrica, dio a luz a sus propios nietos. Su historia ilustra las complicaciones que la subrogación puede traer a la estructura tradicional de la familia, y también muestra los valores familiares a los que la subrogación puede servir. Pat Anthony dio a luz a trillizos de un óvulo proporcionado por su hija Karen, fecundado *in vitro* con el espermatozoides del esposo de Karen. La señora Anthony es reconocida como la madre legal en Sudáfrica, y Karen, la donadora del óvulo, legalmente tiene tres nuevos hermanos. Pero de acuerdo con su plan, Karen y su esposo adoptaron a los niños, así, ella se convirtió en su madre en vez de ser su hermana y la señora Anthony cambió de madre a abuela.)

---

<sup>55</sup> FILLD, Martha, *op cit*, pp 36 y 37

Todo lo anterior, no hace más que reafirmar lo indispensable que es adoptar alguna política legislativa al respecto, pues es difícil sostener que un Estado pueda permanecer al margen de estos hechos.

### 3.2.2 Referencia histórica.

La primera referencia que históricamente tenemos de la subrogación de la maternidad, la encontramos en la Biblia.

Saray, esposa de Abram, no había podido darle un hijo a su marido, y teniendo una esclava egipcia de nombre Agar, la ofreció a su esposo para así poder darle un hijo a través de ella, el cual recibió el nombre de Ismael (Génesis 16: 1-16).

De igual modo, Raquel, quien era estéril, dio su esclava Bala a Jacob, para que por su conducto le diera un hijo; dándole al fin dos hijos, Dan y Neftalí (Génesis 30: 1-8). En respuesta a lo anterior. Lia, hermana de Raquel y esposa de Jacob, le ofreció a su esclava Selfa. para de igual modo poder darle más hijos, naciendo Gad y Aser génesis 30: 9-13).

No obstante lo anterior, la subrogación de la maternidad en la forma en que la conocemos, tiene su aparición aproximadamente en el año de mil novecientos setenta y seis (época aproximada del nacimiento del primer niño de probeta), y

nos dice Martha A. Field, que para finales de mil novecientos ochenta y uno, eran cerca de cien niños quienes habían nacido bajo este contexto, y para finales de mil novecientos ochenta y seis, nos habla de que eran ya cerca de quinientos. Actualmente, al menos en los Estados Unidos de Norteamérica, la subrogación de la maternidad se ha convertido en una técnica de reproducción con bastante aplicación; a tal grado, que en enero de mil novecientos ochenta y siete, como resultado de una encuesta, el 50% de las mujeres cuestionadas manifestaron que considerarían la posibilidad de convertirse en madres subrogadas, a cambio de la cantidad que usualmente es recibida por aceptar desempeñarse como tal (Diez mil dólares).<sup>56</sup>

Lo cierto, es que actualmente no podemos creer que su puesta en práctica es ajena a nosotros, pues la tendencia observada en los años recientes es la de buscar mujeres dispuestas a desempeñarse como madres subrogadas en los denominados países subdesarrollados (el nuestro entre ellos). Esto debido en gran medida a la posibilidad de contratar a menor costo y en ocasiones para evitar prohibiciones locales.

Ejemplo de lo anterior lo constituye el caso de Alejandra Muñoz, una mujer mexicana originaria de Mazatlán, que fue contratada por la suma de mil quinientos dólares, para ser

---

<sup>56</sup> Cfr. FIELD, Martha A., *op. cit.*, p. 5

inseminada artificialmente, y una vez lograda la concepción, llevar a cabo una transferencia del embrión, a quien desempeñaría en último término el rol de madre. Para tal fin, Alejandra Muñoz fue introducida de manera ilegal al Estado de California en los Estados Unidos, y se le hizo firmar un contrato del que no pudo conocer sus términos, pues no hablaba inglés. De esta manera, Alejandra Muñoz fue engañada, pues en lugar de llevarse a cabo la transferencia del embrión como lo habían acordado verbalmente, ella tuvo que llevar a término su embarazo.

Independientemente del resultado de los casos antes descritos, éstos son muestra tangible de que la subrogación de la maternidad no es un hecho ajeno a nuestra realidad, y seguramente, conforme avance el tiempo, cada vez serán más los casos de subrogación de maternidad en que nuestros intereses se pongan en juego.

### 3.2.3 Modalidades posibles.

Los contratos de subrogación de la maternidad pueden adoptar distintas modalidades, atendiendo a las características que presenten.

El contrato tipo, es aquel que se describió anteriormente, es decir, aquel por el cual una mujer acepta ser fecundada por espermatozoides de un tercero extraño a ella, con la finalidad de llevar a

término el embarazo y entregar a la criatura producto del mismo, a su nacimiento. Observemos que en este caso, no nos encontramos frente a una verdadera madre sustituta, pues la denominada madre subrogada es de hecho la madre natural; sin embargo, ésta es la denominación que se ha adoptado para ella. Desde luego que lo común es que la fecundación de la madre subrogada sea realizada a través de la inseminación artificial, aunque cabe la posibilidad de que se consiga a través de un contacto sexual directo.

Más complejos son aquellos casos en que se hace uso de la fecundación *in vitro* para conseguir la concepción. Generalmente, esta técnica se aplica en los casos en que la mujer, no obstante de tener óvulos fértiles, tiene algún problema fisiológico que imposibilita la implantación del embrión en la matriz o su normal desarrollo. Esta sería, en estricto sentido, una verdadera maternidad subrogada; aunque su aplicación es mucho más limitada, pues su costo es demasiado elevado y el éxito de la fecundación *in vitro* no está asegurado.

Todavía existe una modalidad de maternidad subrogada más complicada. Aquella en que se utiliza la fecundación *in vitro* para lograr la fecundación, y la transferencia del embrión para dar término al embarazo.

Hasta aquí hemos visto las modalidades posibles, en cuanto a las técnicas empleadas para su realización. Otra clasificación es la que atiende al carácter oneroso o gratuito de este contrato. Hemos dicho anteriormente, que en la mayoría de los casos, la mujer que se desempeña como madre subrogada recibe un pago por sus servicios, y que una cantidad que se ha presentado de manera reiterada es la de diez mil dólares más gastos médicos y de manutención durante el embarazo. Sin embargo, existen casos documentados de contratos de maternidad subrogada, en los que la madre subrogada no recibió más que los gastos médicos y de manutención. Algunos de estos casos fueron entre amigos cercanos o incluso familiares; pero muchos otros, fueron contratos celebrados en aquellos Estados que sólo permiten este tipo de operaciones cuando se hacen de manera gratuita. Por supuesto, que es presumible que muchos de ellos, en realidad hayan sido fraudulentos, siendo en el fondo onerosos.

Los contratos onerosos a su vez, pueden ser celebrados de manera directa e independiente por las partes, o a través de una agencia especializada. Este punto ha generado una gran controversia, pues aunado a la grave crítica de que son objeto este tipo de operaciones, se dice que el hecho de que existan agencias para tales fines promueve la explotación de aquellas mujeres pobres que en búsqueda de dinero, se ven atraídas a desempeñarse como madres subrogadas, y los distintos Estados han adoptado diversas soluciones al respecto, como lo es el hecho de permitir

sólo la subrogación gratuita; imponer sanciones a los intermediarios o exigir que la mujer conozca en todo momento el derecho que tiene a negarse a cumplir lo pactado.

### 3.3 La maternidad subrogada como fenómeno social.

#### 3.3.1 Esterilidad femenina como causa de la maternidad subrogada.

Es indiscutible que los problemas de esterilidad han sido origen de diversas discusiones de carácter jurídico. No hace mucho tiempo, todavía se discutía con gran vehemencia, si era justificable o no, regular y aceptar el empleo de la inseminación artificial.

Se comenzó por tolerar la inseminación artificial homóloga y condenar la heteróloga; hasta llegar a la situación actual, en que ambas son aceptadas en una gran cantidad de Estados. Actualmente, son muy pocas las personas que piensan que debería prohibirse, e incluso, comienzan a proliferar en algunas partes del planeta los bancos de semen, lugares donde pueden acudir aquellas mujeres cuyos esposos son infértiles y que sin embargo desean ser madres sin deterioro de su relación de pareja. Esto no significa que la inseminación artificial no origine, de igual manera, problemas jurídicos, pero los mismos se han abordado desde hace tiempo y existen ciertos matices que comienzan a ser constantes en las distintas legislaciones, como lo son el hecho de que para tener

acceso a este procedimiento la infertilidad masculina esté médicamente comprobada y eventualmente, para evitar el contagio o la transmisión de alguna enfermedad grave; que sólo sea aplicable en parejas casadas o que vivan en concubinato; o que exista el consentimiento de ambos y que sea de manera gratuita.

A diferencia de lo anterior, el trato dado al problema de la infertilidad femenina es muy distinto; pues si actualmente no hay mayores problemas en someterse a un tratamiento de inseminación artificial, su contrapartida, la maternidad subrogada, es rechazada de una manera generalizada. Sin embargo, es un hecho, que miles de parejas no pueden engendrar hijos por problemas de infertilidad femenina, y que esta circunstancia orilla a muchas de ellas a buscar alternativas para solucionar esa problemática, y algunas de ellas se vuelven hacia la maternidad subrogada.

La crítica inicial que se plantea ante una situación de esta naturaleza, es en el sentido de que el celebrar este tipo de contratos, significa en el fondo, vender o regalar a un hijo, según se trate de un contrato oneroso o gratuito, algo que evidentemente debe ser prohibido por cualquier sistema jurídico. Sin embargo, ¿qué es lo que hace diferente a la inseminación artificial heteróloga de la subrogación de la maternidad típica o standard de que se habló antes? En ambos casos existe una tercera persona, extraña a la pareja que pretende asumir el papel de padres, que aporta su gameto para lograr concebir a la criatura. Y la respuesta

a esta pregunta se hace más difícil en el caso de las madres subrogadas que no gestan a un hijo propio, sino al producto de una fecundación *in vitro*; o incluso, que diferencias esenciales se encuentran respecto de la adopción, en aquellos casos en que los padres del adoptado son conocidos; pues también de alguna manera pudiera entenderse que al ceder sus derechos paternos están regalando a un hijo. Estas son preguntas que se plantean en el capítulo siguiente y a las que se les busca dar una respuesta coherente.

### 3.3.2 Otras causas.

Aunque la infertilidad femenina es la principal causa por la que los contratos de maternidad subrogada existen, se plantean diversas situaciones que pretenden justificar su existencia. Las principales son, que la mujer padezca de alguna enfermedad grave o crónica, que aunque no la haga estéril, crea un serio riesgo en su salud en caso de embarazarse, razón por la cual podría llegar a considerar la posibilidad de utilizar o bien, una subrogada en la forma tradicional, o incluso utilizar sus propios óvulos, fecundados mediante la fecundación *in vitro*, y transferirlos al útero de otra mujer, para llevar a término la gestación; y, la circunstancia de que la madre pudiera ser transmisora de alguna enfermedad congénita, aunque en esta situación sólo sería practicable en su modo típico.

A menudo se han invocado algunas otras circunstancias en las cuales pudiera permitirse, pero que resultan frívolas en extremo, y de ninguna manera pueden tomarse como verdaderas razones para permitir este tipo de contratos: *“When the issue arises with respect to surrogacy, singles, gays and couples with some reason for wanting suurogacy other than infertility will have an important stake in demonstrating the unfairness to limit access to surrogacy to infertile couples. Some fertile women have medical conditions incompatible with pregnancy or carry genetic disease that would be harmful to a child. And some fertile couples with less need for surrogacy might nonetheless want access to in order to increase their option.”*<sup>57</sup> (Cuando el problema aparece respecto a la subrogación, solteros, gays y parejas con una razón distinta a la infertilidad que desean hacer uso de la subrogación, tendrán un gran interés en demostrar lo injusto de limitarla sólo a las parejas infértiles. Algunas mujeres fértiles no pueden desarrollar un embarazo por razones médicas o tienen algún problema genético que pudiera dañar al bebé. Algunas parejas fértiles con menos necesidad de la subrogación podrían querer tener acceso a ella para incrementar sus opciones).

### 3.3.3 Alternativas.

Ya hemos dicho que la infertilidad femenina es la principal causa que origina que algunas parejas busquen contratar a una

---

<sup>57</sup> *Idem*, pp. 31 y 32.

madre subrogada. Es recomendable, y así sucede en la práctica, que en estos casos, antes de diagnosticar que la mujer es estéril, la pareja se someta a tratamiento médico con el objeto de conseguir el embarazo en forma natural, o haciendo uso incluso de la inseminación artificial.

Una vez que la mujer ha sido declarada médicamente estéril, surge la figura de la adopción como principal alternativa para que la pareja pueda acercarse lo más posible a ser padres; pues en última instancia, como se mencionó en el capítulo segundo, la adopción busca simular el hecho biológico de la filiación.

La adopción, además de ayudar a la pareja imposibilitada de tener hijos, a acercarse en lo posible a la paternidad, tiene la ventaja de que permite que a través de ella, un menor, que probablemente no tiene apoyo alguno, se incorpore a un hogar, donde se le dará la atención debida.

Por esta razón, mucha gente considera que es inadmisibile que se le pretenda dar un marco jurídico a la subrogación de la maternidad, pues si estas parejas en realidad desean desempeñar el rol de padres, deberían de hacerlo con esos miles de niños que son huérfanos, pues a la vez que satisfacen sus deseos, favorecen de igual forma a la sociedad. Sin embargo, muchas de estas parejas infértiles prefieren pensar en utilizar a una madre subrogada,

antes que adoptar a un menor huérfano, en razón de que así, por lo menos el menor tendría un lazo genético con alguno de ellos.

Este razonamiento ha sido atacado por los defensores de la maternidad subrogada, en el sentido de que el mismo criterio debería utilizarse en su caso, a las parejas normales, pues si efectivamente lo que se desea es ayudar a todos esos niños huérfanos, antes que procrear a nuevos, se podría pensar que a las parejas normales se les prohibiera también tener hijos propios, con la finalidad de que ellos también adoptase a niños huérfanos.

Lo cierto es, que una gran cantidad de parejas que recurren a la maternidad subrogada como alternativa para sus problemas de infertilidad, no utilizarían la adopción en su lugar, si aquella por alguna circunstancia no estuviera a su alcance. Desde luego, que no pretendemos que esto justifique la aceptación de la maternidad subrogada, pero es importante comprender que esta problemática existe, y que son muchas las personas que ven en ella una solución para sus problemas. Consecuentemente, es importante determinar si su aplicación debe ser prohibida o no, debiéndose buscar la respuesta a esta pregunta en la naturaleza misma del acto, y no en otro tipo de justificantes externas, como la antes anotada, respecto al beneficio indirecto que recibirían los niños huérfanos si se prohíbe su puesta en práctica.

### 3.3.4 Aplicación de la maternidad subrogada en otros países.

Antes de comenzar el estudio relativo a la posibilidad de que este tipo de contratos puedan existir dentro de nuestro sistema legal, de manera breve mencionaremos la forma en que algunos Estados han abordado el problema.

Genéricamente, se pueden adoptar tres posturas al respecto. La prohibición de este tipo de contratos; su aceptación y consiguiente regulación; y una postura indiferente hacia la misma, es decir, ignorando en lo absoluto su existencia.

Entre los países que han adoptado la primera de las posturas, tenemos a Suecia, que desde el primero de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, tiene una ley que trata sobre las modernas técnicas reproductivas. En ella, se acepta la inseminación artificial, incluyendo la heteróloga, considerándose como padre legal a aquella persona que viva en carácter de cónyuge o concubinario de la madre, sin que exista la posibilidad de que decline esta responsabilidad, pues se parte del hecho de que existe su consentimiento informado previo; y de manera absoluta, se prohíbe la subrogación de la maternidad.

En España, de igual modo, según la ley 35/1988, del veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho,

denominada Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida, se dispone que la técnicas de reproducción asistida son: la inseminación artificial; la fecundación *in vitro*; la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos. Estas técnicas sólo serán aplicadas cuando se justifique científica y clínicamente su necesidad y se realicen en centros autorizados. Respecto a la subrogación de la maternidad, se dispone que aquel contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a su filiación a favor del contratante, será nulo de pleno derecho y que la filiación de los hijos nacidos de esta forma se determinará por el parto.<sup>58</sup>

En Alemania se ha adoptado un criterio distinto. Una ley del treinta de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, la Ley sobre Proporción de Adopciones y la Prohibición de Servicios de Intermediarios para Proporcionar Madres Sustitutas, permite la celebración de este tipo de contratos, pero establece sanciones para los intermediarios que eventualmente pudieran intervenir en la celebración de un contrato de maternidad subrogada. Si el intermediario no recibe beneficio alguno, la pena podrá alcanzar hasta un año de prisión; si obtuvo alguna clase de beneficio, se le podrá imponer pena hasta de dos años de prisión; y finalmente, si

---

<sup>58</sup> MOC TEZUMA Barragán, Gonzalo, *op cit.*, p. 8.

el intermediario hace de esa actividad su forma de vivir, se le impondrán hasta tres años de prisión.<sup>59</sup>

En el Reino Unido, la maternidad subrogada está reconocida, pero únicamente en forma gratuita, además de no ser forzoso su cumplimiento, si la madre natural se niega a cumplir con lo pactado. Se ha determinado que la intervención de alguna agencia o intermediario en la celebración de este tipo de contratos, constituye delito.<sup>60</sup>

Sin duda, el país en que se ha tratado en forma más compleja este problema es en los Estados Unidos de Norteamérica, donde encontramos que de los cincuenta y cuatro Estados que conforman a ese país, diecisiete cuentan con algún tipo de regulación al respecto (Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington y Wisconsin).

Resulta interesante observar la variedad de criterios adoptados en esos Estados, lo que es posible gracias al Federalismo intenso existente en los Estados Unidos.

Para comenzar, a excepción de Arkansas, Iowa, Kansas, Ohio y Wisconsin, el resto de los Estados antes anotados,

---

<sup>59</sup> *Ibidem* p. 7

<sup>60</sup> FIELD, Martha, *op. cit.* p. 176

establecen que estos contratos no pueden ser obligatorios en los casos en que la madre natural desea conservar a la criatura. Lo anterior no significa que el resto de ellos dispongan de dicha coercibilidad, sino que sus respectivas legislaciones son omisas al respecto, dejando a los jueces determinar lo que corresponda en cada caso.

En Kentucky, por ejemplo, se tiene un estatuto vigente desde mil novecientos ochenta y ocho, en el que se prohíbe cualquier participación en la celebración de un contrato de maternidad subrogada a cambio de un beneficio o compensación. En Indiana se contempla similar prohibición, y se extiende incluso a los contratos gratuitos. Sin embargo, no obstante las prohibiciones, en ninguno de esos Estados se contempla sanción alguna para los infractores.

En Nueva Jersey, la Suprema Corte de Justicia de ese Estado ha sostenido que los contratos de subrogación de la maternidad no pueden ser forzosos en su cumplimiento; al menos mientras no sea creada una ley que disponga lo contrario.

En Nevada, expresamente se aceptan los contratos de maternidad subrogada gratuitos, pero se otorga a la madre natural el derecho de revocar su consentimiento de entregar al bebé, antes del nacimiento de éste o dentro de las setenta y dos horas siguientes al parto. De hecho, se considera nulo el consentimiento

otorgado antes de ese plazo; momento en el que la madre subrogada debe ratificar su decisión de seguir adelante.

En Florida se adopta un criterio similar al de Nevada, pues se dispone que la madre subrogada no puede otorgar un consentimiento válido para ceder sus derechos maternos, antes de que el bebé haya cumplido siete días de nacido; además de que debe constar fehacientemente que la madre supo en todo momento el derecho que tiene a renunciar al cumplimiento del contrato. Además, en Florida se considera delito la participación como intermediario en este tipo de operaciones, imponiéndose penas de hasta cinco años de prisión y multas hasta por cinco mil dólares. Se prohíbe realizar pago alguno a la madre para desempeñarse como una subrogada, pero se permite el pago de gastos de manutención durante el embarazo. Interesante resulta el trato que en este Estado se da a la subrogación de la maternidad, pues, según la legislación de ese Estado, se trata de un contrato de adopción preplaneada.

En Utah, se considera como delito menor el participar como intermediario en este tipo de contratos, con pena de prisión de hasta un año y multa hasta de dos mil quinientos dólares. Se permite la subrogación gratuita, pero su cumplimiento no es forzoso.

En Washington existen disposiciones similares a las de Utah, con la salvedad de que la multa a intermediarios puede ser hasta por cinco mil dólares.

En Arkansas, aunque no se establece de forma expresa que los contratos de subrogación de la maternidad son obligatorios, existen disposiciones que de alguna manera lo sugieren, como lo es el hecho de que, el hijo nacido como consecuencia de una operación de este tipo, se considerará hijo del padre biológico y de su esposa, en caso de ser casado; sólo del padre biológico si es soltero; y de la mujer solicitante, en los casos en que se haya utilizado el semen de un donador anónimo. El efecto de estas disposiciones es eliminar a la madre subrogada de una probable controversia sobre el establecimiento de la maternidad.

## **CAPITULO CUARTO**

### **Problema de la existencia y validez del contrato de maternidad subrogada en el Derecho Mexicano.**

#### 4.1 Existencia de este contrato en el Derecho Mexicano.

A continuación, toca hacer el estudio de este tipo de contratos a la luz de nuestro sistema jurídico, para así poder determinar si nuestro derecho positivo, de alguna manera da lugar a la existencia y validez de la subrogación de la maternidad; y en su caso, hacer las propuestas que se crean necesarias.

##### 4.1.1 El problema de la existencia de su objeto.

Ya en el capítulo primero se establecieron cuales son los elementos esenciales que debe tener todo acto jurídico para poder existir: objeto y voluntad (que en los actos jurídicos bilaterales o plurilaterales adopta la forma de consentimiento).

Tratándose del consentimiento, no existe mayor problema en determinar que sí existe en este tipo de operaciones; pues de lo contrario no se llevarían a cabo.

Respecto al problema del objeto, decíamos anteriormente, que necesariamente se requiere de la existencia de un objeto para que haya contrato: y aclarábamos al respecto, que se hace referencia al objeto de la obligación producida por el contrato y no al objeto directo de este último, que no es más que la creación o transmisión de una obligación. Ahora bien, ¿Cuándo decimos que no existe ese objeto? En primer lugar, cuando la cosa material a que se refiere la obligación no existe ni es susceptible de existir, o cuando existiendo, ésta se encuentra fuera del comercio. Si el objeto de la obligación se refiere a un hecho, éste es inexistente cuando existe imposibilidad física o jurídica para realizarlo.

Desde luego que la imposibilidad física de un hecho se entiende por su propia naturaleza. El problema surge en realidad cuando se trata de determinar si existe imposibilidad jurídica de realizar ese hecho: porque en este tipo de contratos, el objeto de la obligación derivada del mismo, es ese hacer de la madre, consistente en la renuncia de sus derechos maternales a favor de otra persona. No es por supuesto, la entrega del menor. Las personas no son susceptibles de apropiación.

¿Existe esa norma jurídica que no prohíbe este tipo de contratos, pero que se constituye en un obstáculo insuperable para su realización? En estricto sentido podemos afirmar que sí, pues la filiación es una institución de orden público, que por tal motivo queda fuera del alcance de la disposición de los particulares; sin

embargo, recordemos que en aquellos casos de adopción en que se conoce quienes son los padres del adoptado, es necesario que aquellos concurren ante la autoridad judicial competente y manifiesten su conformidad con la adopción.

Lo anterior, indudablemente constituye una disposición de los derechos derivados de la paternidad. Se está renunciando a la patria potestad de un hijo a favor de otra persona.

Por supuesto que esta circunstancia no implica que el objeto de un contrato de esta naturaleza sea inexistente, pero no porque sea irrealizable físicamente, sino porque la ley misma no autoriza a disponer de los derechos maternales a través de un contrato, lo que sí constituye ese obstáculo legal insuperable (imposibilidad jurídica); sin embargo, nada impide que un acuerdo de esta naturaleza pueda realizarse a través de un procedimiento de adopción; que es un acto jurídico perfectamente válido; de tal forma que si quisiéramos realmente buscar un criterio para determinar que no es posible realizar este tipo de operaciones, habría que hacerlo atendiendo a su ilicitud como motivo o fin determinante de dicho procedimiento de adopción; pues si atendemos a lo antes dicho, el contrato de maternidad subrogada no puede tener existencia legal en nuestro sistema jurídico como tal, pero sí puede ser la base para iniciar un acto jurídico diverso que lleve al mismo fin, el procedimiento de adopción.

#### 4.1.2 El problema de su falta de regulación en los códigos mexicanos.

Relacionado con el problema de la posibilidad jurídica del objeto de estos contratos, es el determinar si su falta de regulación obedece a su inexistencia propiamente dicha, o es sólo una laguna, que en gran parte obedecería a lo relativamente nuevo del uso de las modernas técnicas reproductivas.

Recordemos que según los tratadistas, el objeto inexistente no es contemplado en la ley, porque simplemente su realización es imposible. El objeto inexistente no es aquel que está prohibido, sino simplemente aquel que por su misma naturaleza o por la existencia de una norma jurídica no puede realizarse.<sup>61</sup>

Al respecto, debemos atender a lo antes dicho, pues si descáramos concluir que es innecesario regular sobre esta materia en virtud de que su naturaleza encuentra obstáculos insuperables en la ley, tendríamos que partir de que la renuncia a los derechos paternos no es posible, lo que no es completamente exacto, según mencionamos respecto de la adopción, aclarando nuevamente, que este contrato como tal no puede existir en nuestro derecho; lo que no impide que de manera indirecta se realice a través de una adopción.

---

<sup>61</sup> Cfr. GUTIERREZ v González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 5ª edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1974, pp. 240 y 241.

Ahora bien, atendiendo a lo antes dicho, pudiéramos concluir lisa y llanamente diciendo que este tipo de contratos son inexistentes, pues su objeto es jurídicamente imposible, toda vez que la disposición de los derechos maternales no son disponibles a través de un contrato. Lo cierto es que esta afirmación no resolvería la problemática que rodea a estos acuerdos; pues el hecho de que se determinara judicialmente que un contrato de este tipo es inexistente, no impide por sí mismo su celebración, y aun en el caso de que se hiciera la determinación judicial de esa inexistencia, no hay que olvidar que un nuevo ser puede venir en camino, y es importante tomar en cuenta sus intereses al plantear una solución.

No podemos obligar a una mujer a cuidar de un bebé que realmente no desea, y que concibió sólo por el acuerdo previo, cuando existe una pareja que desea cuidar de él y que probablemente pueda darle una mejor vida; y no podemos hacerlo, no porque la ley no disponga de los medios coercitivos para lograrlo, sino porque debemos procurar que ese menor tenga una vida digna, y entonces debemos optar por la solución que mejor garantice sus intereses.

Ahora bien, es cierto que la subrogación de la maternidad no se contempla por ninguno de nuestros códigos, pero eso no impide que los mismos se puedan estar celebrando actualmente en nuestro país; y de ser así, es probable que en algún momento alguna de las

partes, inconforme con el actuar de su contraparte, resolviera hacer su reclamación por la vía judicial, ¿debería un juez desechar la demanda por el hecho de considerar que este tipo de contratos no tienen existencia jurídica en nuestro país? Desde luego que no, pues si atendemos a lo dispuesto por el artículo 14, párrafo cuarto de nuestra Carta Magna, en los juicios del orden civil, el juzgador estará obligado a resolver las controversias que se le presenten de acuerdo a la letra de la ley o a su interpretación jurídica, y en su defecto, conforme a los principios generales del derecho.

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 18, dispone que el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia. De tal forma, que el juez estaría obligado a dar trámite y resolver conforme a dichas disposiciones. Desde luego, que esto tampoco significa que se encuentren legitimados en nuestro derecho, pero ya plantea la necesidad de hacer una regulación específica al respecto; aunque también pudiéramos resolver no hacerlo, y dejar a criterio de los jueces resolver al respecto; aunque si aspiramos a una seguridad jurídica en la forma de proceder, sería importante inclinarse por la primera de las opciones, sin importar en que sentido fueran las medidas que se tomaran.

#### 4.2 La validez de este contrato.

#### 4.2.1 Consideraciones generales.

Es precisamente al hablar de la validez de una operación de este tipo, donde podemos ubicar todas las oposiciones que al respecto se hacen a la subrogación de la maternidad, pues como se mencionó, no basta con determinar que estos contratos son inexistentes, para considerar resuelto el problema, pues aun en este último caso. el acuerdo de voluntades puede existir, aun sin ser reconocido por el derecho y manifestarse en forma de una adopción, que como se dijo anteriormente, es un acto jurídico perfectamente realizable, por lo que es importante determinar si un procedimiento de esta naturaleza que tenga como objetivo dar cumplimiento a un contrato de maternidad subrogada, debe ser declarado nulo por carecer de alguno de sus elementos de validez.

Desde luego que para celebrar cualquier acto jurídico, se debe tener capacidad de ejercicio y debe haber una ausencia de vicios en la voluntad. pero las principales objeciones son aquellas relativas a la licitud de su objeto, motivo o fin.

#### 4.2.2 El problema de la licitud del objeto, motivo y fin de este contrato.

Como se mencionó anteriormente, se considera ilícito un acto jurídico, cuando su objeto, motivo o fin, contravienen a las normas de orden público o a las buenas costumbres.

Es pertinente aclarar, que sólo la conducta humana puede ser calificada de lícita o ilícita; no así los objetos, y como mencionamos anteriormente, el objeto de este tipo de acuerdos es la renuncia de la madre subrogada respecto de sus derechos maternales, a favor de una tercera persona. Algunas personas, con la finalidad de justificar estos arreglos, han afirmado que su objeto lo constituye la actividad de la madre subrogada que se presta a gestar a un bebé por otra persona, de ahí que usualmente se le designe como arrendamiento de útero o de vientre; afirmación que resulta falsa, si tomamos en cuenta que la subrogada en la mayoría de los casos es la madre biológica de la criatura. Ahora bien, en aquellos casos en que la madre subrogada no aporta su óvulo para la fecundación, sino que esta última se lleva a cabo a través de la fertilización *in vitro*, para después llevar a cabo su implantación en el útero, se acerca más a este razonamiento, pero es necesario recordar, que de acuerdo con nuestra legislación civil, la maternidad es determinada por el parto y la identidad del hijo, por lo que necesariamente debemos concluir, que aun en estos casos, legalmente se considerará madre del bebé a la mujer que llevo a cabo la gestación, por lo que para dar cumplimiento a un acuerdo de subrogación de la maternidad, deberá renunciar a sus derechos maternales a favor de una tercera persona.

La sola idea de ceder los derechos maternales en favor de otra persona da la impresión de ser contraria a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, independientemente de que se

haga en forma gratuita o a cambio de una remuneración, sin embargo, resulta interesante cuestionar que es lo que hace diferente a la inseminación artificial heteróloga de la subrogación de la maternidad

En la inseminación artificial heteróloga, un donador aporta sus gametos para lograr la fecundación de una mujer cuyo marido o concubinario es estéril. Ese donador es el padre biológico del menor así nacido, aunque legalmente no se encuentre vinculado a él.

En el caso de la maternidad subrogada, es la madre biológica quien aporta su gameto, pero se busca una finalidad similar, salvo que ella llevará a cabo el embarazo. Atento a esto, realmente no existe una razón de peso para considerar que la situación de la madre subrogada es distinta a la del donador de semen. Ambos aportaron sus gametos, y por tanto, en estricta lógica, si debe considerarse ilícita alguna de tales situaciones, igual criterio debiera adoptarse con la otra.

Se ha dicho que la causa de que la subrogación de la maternidad debe ser prohibida, a diferencia de lo que sucede con la inseminación artificial heteróloga, es que se exige mucho más de la madre subrogada que del donador de semen, pues la carga que se exige a esta última es mucho mayor: debe ser inseminada artificialmente y llevar a cabo el embarazo; pero si aceptamos este

razonamiento, necesariamente debemos concluir, que tampoco es causa suficiente para prohibirlos, pues de conformidad con lo dispuesto por el artículo 6 del Código Civil, se puede hacer renuncia a derechos que no sean de interés público y que no afecten intereses de terceros; de tal forma, que si es esa carga para la madre lo que pudiera justificar su prohibición, nada impide que si ella está de acuerdo en soportarla, lo haga; pero si queremos además decir, que la filiación de su hijo debe prevalecer a sus deseos, por ser una cuestión de orden público, y que consecuentemente no se trata de derechos que no afectan a terceros, entonces volvemos al punto de partida; determinar porque no se sigue igual criterio con el varón que dona semen para realizar una inseminación artificial heteróloga.

Se ha dicho también, que este tipo de operaciones deben prohibirse definitivamente, porque su celebración implica la venta o donación de un bebé. Aclaración que se hizo anteriormente al establecer que lo que se hace es ceder los derechos maternales a favor de una tercera persona. Y como también se dijo, no podemos decir que la renuncia de esos derechos maternales constituya por sí misma algo ilícito, desde el momento en que en muchos casos de adopción se hace. Lo que podemos llegar a considerar ilícito, es el motivo que da lugar a esa cesión, que en este caso sería el acuerdo mismo; pero nuevamente se debería determinar cual es la diferencia entre subrogación de la maternidad e inseminación

artificial heteróloga. pues el donador, a final de cuentas, es el padre biológico del menor engendrado por este medio.

Al tratar de tomar una determinación al respecto, no debemos olvidar, como se dijo anteriormente, que un nuevo ser, ajeno a las circunstancias de su nacimiento, será quien resienta las consecuencias de la decisión que se adopte; y en este sentido, es importante considerar con quien van a estar mejor tutelados sus derechos.

Si pensamos en el caso de una mujer que se comprometió a gestar a un menor con la finalidad de entregarlo a una tercera persona; y resulta que como consecuencia de lo anterior, el bebé así gestado no es deseado por ella, ¿podemos disponer que ella se vea obligada a cuidar de él, aun cuando sea manifiesta su aversión hacia su hijo? ¿Acaso no será mejor permitir que el bebé sea puesto bajo la guarda y custodia de la pareja contratante?; porque no hay que olvidar tampoco, que el varón de dicha pareja, por regla general es el padre biológico de la criatura; y aunque esta circunstancia carece de valor legal, porque de acuerdo con nuestra legislación civil, se presume padre al cónyuge de mujer casada, siempre que el nacimiento hubiese acontecido después de ciento ochenta días de haberse celebrado el matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, cualquiera que sea la causa de la misma: es un hecho real que no podemos ignorar, pues

social y moralmente, esa persona se considerará padre de la criatura.

De acuerdo a lo anterior, es interesante considerar, en caso de permitirse la subrogación de la maternidad, si sería conveniente conservar intacta la presunción antes mencionada, o si por el contrario, sería pertinente hacer una excepción en los casos en que constara fehacientemente que una mujer se embarazó por medio de la inseminación artificial, con el propósito de entregar a la criatura, en cuyo caso se podría considerar legalmente padre al donador del semen; pero sólo cuando constara fehacientemente que dicha donación se hizo con el propósito de engendrar un hijo propio y criarlo como tal.

Importante también, es considerar si la subrogación de la maternidad atenta contra las buenas costumbres de nuestra sociedad, pero el mismo criterio antes expuesto se debe seguir, pues si llegamos a la conclusión de que la mujer que participa en este tipo de operaciones actúa de manera contraria a las buenas costumbres, por que en el fondo se esta cediendo a un hijo; nuevamente, igual consideración debemos hacer que la hecha respecto a la inseminación artificial heteróloga, que como ya quedó establecido, está plenamente reconocida en nuestra legislación, puesto que actuar de otro modo, sería atentar contra la igualdad legal que existe entre hombre y mujer, según lo dispuesto por el artículo 4º constitucional. Además, en la adopción sucede

una situación similar; se está renunciando a la patria potestad para que otra persona quede en calidad de padre respecto de su hijo.

Cuando se trata de adopciones de menores huérfanos, la adopción está plenamente justificada, pues de esta forma, a la vez que alguien satisface su deseo de tener un hijo, se ayuda a una persona que de otra manera probablemente estaría desamparada; pero cuando los padre del menor son conocidos y éstos consienten en llevarla a cabo, se justifica su procedencia en atención a los mejores intereses del menor; de ahí que se exija la solvencia moral y económica de los solicitantes.

De acuerdo con lo anterior, consideramos que no existen razones jurídicas verdaderamente fuertes como para afirmar de manera categórica, que la subrogación de la maternidad es un hecho ilícito que debe prohibirse e incluso tipificarse por nuestras leyes; al menos por lo que hace a los casos en que la subrogación de la maternidad es gratuita; aunque no se descarta que por cuestiones de política y atendiendo a nuestra idiosincrasia, pudiera optarse por una absoluta prohibición. De cualquier modo, no es posible ignorar estos hechos, y es necesario que se adopte una medida al respecto. Asimismo, es importante tomar en cuenta, que en ocasiones la misma ley califica de ilícitos algunos hechos, pero por razones de orden público no se afecta su validez, como sucede en los casos en que se contrae nuevo matrimonio sin dejar pasar el

término legal que establece el artículo 264, en su fracción II, del código civil del Distrito Federal.

#### 4.3 Problemática ético-jurídica de este contrato.

##### 4.3.1 El problema de la obligatoriedad del cumplimiento de este contrato.

Desde luego, que resulta obvio que una operación de este tipo no puede exigirse de manera coercitiva por el ordenamiento legal.

Es cierto, que hemos aceptado la posibilidad de que este tipo de acuerdos pudieran celebrarse en nuestro país, y que a través del procedimiento de adopción se puedan cumplimentar, dando vida a una nueva situación jurídica; pero estamos lejos de aceptar que su cumplimiento pueda hacerse exigible aun en contra de la voluntad de la denominada madre subrogada.

Antes que nada, hay que tener presente que la maternidad no es susceptible de disposición a través de un contrato, lo que por sí mismo es causa suficiente para afirmar su no obligatoriedad, que como ya dijimos anteriormente, en estricto sentido jurídico no es un contrato; de tal forma que su obligatoriedad tampoco lo es.

En todo caso, la subrogación de la maternidad, sería un presupuesto que daría origen a un procedimiento de adopción, y aun cuando, la madre subrogada se hubiese comprometido a ceder sus derechos maternales por medio de un documento escrito, esta situación no cobraría efecto jurídico alguno, sino hasta que un juez competente hiciera la declaración de adopción respectiva, para lo cual, es indispensable que la persona que ejerce la patria potestad otorgue su consentimiento ante la presencia judicial; de tal forma que no es relevante que con anterioridad a esta manifestación de consentimiento, se hubiese celebrado un acuerdo, por el cual la madre se comprometió en renunciar a sus derechos maternales.

En algunos países se presenta el problema, pese a la no obligatoriedad del cumplimiento de estos contratos y en consecuencia el derecho de la madre natural a conservar a su hijo; de que el padre biológico dispute, en ese carácter, la custodia de su hijo. En nuestro sistema jurídico no existe esa posibilidad, puesto que existe la presunción de paternidad a favor del marido de mujer casada, por lo que además, en caso de ser casada la madre subrogada, se haría necesario obtener también el consentimiento de su esposo, pues legalmente se le consideraría padre de la criatura. En este sentido creemos pertinente que si quisiéramos darle legitimidad a la circunstancia de que el padre biológico fuera reconocido como tal, dicha legitimación se

supeditara a la condición suspensiva de que la madre optara por dar cumplimiento al acuerdo celebrado.

#### 4.3.2 Carácter oneroso o gratuito de este contrato.

Uno de los principales puntos de debate de la subrogación de la maternidad lo constituyen las cantidades de dinero que muchas mujeres han recibido por haberse desempeñado como madres subrogadas.

En el capítulo tercero mencionamos que una cantidad que es frecuente como pago por este tipo de contratos, es la de diez mil dólares, más gastos de manutención y médicos durante el embarazo; aunque también establecimos que en muchas ocasiones se recurre a mujeres de países subdesarrollados, a quienes se les pagan cantidades mucho menores.

La idea de recibir una remuneración por aceptar llevar a cabo un contrato de esta naturaleza, indigna a la mayoría de las personas, pues se dice que hacerlo equivale a vender a sus hijos; y aunque anteriormente se dijo, que el objeto de este tipo de operaciones es la cesión de los derechos maternales a favor de otra persona, lo cierto es, que la mayoría de las veces, una mujer se involucra en ellos, motivada por la remuneración que va a recibir.

Lo anterior, efectivamente crea un doble conflicto social. Por un lado, la probabilidad de que algunas de las mujeres consideren la posibilidad de desempeñarse como madres subrogadas en varias ocasiones, con la finalidad de hacerse de una gran cantidad de dinero en poco tiempo; y por el otro, la explotación a que se ven sometidas estas mujeres, pues en su gran mayoría no es un verdadero deseo de hacerlo, sino una necesidad económica la que las orilla a involucrarse. Todo esto, motivado desde luego, por el régimen capitalista en el que vivimos inmersos, y en este sentido, resulta importante mantener fuera del comercio a las personas mismas, por lo que se hace indispensable actuar enérgicamente en contra de aquellas personas que promuevan la subrogación de la maternidad como un negocio, y al respecto, parece adecuado incluso, considerar como delito el promover o participar como intermediario en un contrato de esta naturaleza.

Por lo que hace a los contratos de subrogación de la maternidad onerosos, celebrados exclusivamente entre las partes, sin la intervención de ningún extraño, bastaría con hacer nula la parte relativa a la remuneración, salvo los gastos de manutención y/o médicos, pues nuevamente repetimos, hay que encontrar una solución que sea conveniente a los intereses de la sociedad, que se traducen en la conveniencia del menor por nacer.

#### 4.4 Naturaleza de la relación que surge entre el menor nacido y la madre no biológica.

#### 4.4.1 El cumplimiento voluntario de este contrato.

Aunque ya se ha hecho comentario al respecto, es importante insistir, que no obstante la solución que se tome al respecto, siempre se debe estar atento a la mejor conveniencia del menor nacido de la madre subrogada.

En este sentido, dijimos que si una mujer tiene un bebé exclusivamente por el acuerdo que sostuvo, y si no siente ningún afecto por él, y además existe aquella pareja que desea tenerlo consigo y que cuenta con los medios necesarios para su manutención, sería conveniente autorizar a que se llevara a cabo la adopción correspondiente.

No hay que olvidar, en última instancia, que el derecho aunque normativo por naturaleza, no debe ser tan rígido como para imponer sus normas aun en perjuicio de la sociedad misma, pues su propósito fundamental es preservar la existencia del grupo social para el que ha sido creado, es decir, las normas jurídicas se han creado para servir al hombre, para preservar su organización social, y no para regular sobre él como sistema normativo rígido e inflexible. En ocasiones, la ley debe ser menos rigorista con la finalidad de preservar el orden y la paz sociales: "Podemos afirmar que es importante legislar de manera amplia y tolerante con respuestas alternativas para la filiación, permitiendo el uso de las técnicas reproductivas cuando se observe un deseo de asumir la

maternidad y la paternidad, en su caso, con responsabilidad y verdadero compromiso hacia el hijo o hija que naciere. Sin embargo, es importante establecer límites a las manipulaciones genéticas que atenten contra la dignidad humana.”<sup>62</sup>

Desde luego que no pretendemos afirmar que la subrogación de la maternidad deba aceptarse como una institución benéfica a nuestra sociedad, pero ante el riesgo de crear peores daños con su prohibición, se buscan alternativas que sean acordes a nuestra realidad, pues no resultaría extraño que ante una prohibición absoluta, la explotación de mujeres pobres se haría más intensa, pues este tipo de operaciones se practicaría seguramente en forma clandestina.

Además, de adoptarse una reglamentación al respecto, se podría mantener un estricto control sobre este tipo de operaciones, pudiéndose establecer entre otras medidas las siguientes: Que este tipo de operaciones se encuentren disponibles únicamente a parejas casadas o que vivan en estado de concubinato; que la mujer que se preste para desempeñarse como madre subrogada lo pueda hacer por una sola vez; que además, sea plenamente informada del procedimiento a seguir y del alcance legal, médico y social de dicho acto; la prohibición absoluta de la maternidad subrogada onerosa (lo que ayudaría en mucho a una menor

---

<sup>62</sup> PÉREZ DUARTE, N., Alicia Elena, *op. cit.*, p. 5.

incidencia de la misma, pues la principal causa que motiva a las mujeres a participar en este tipo de contratos es la remuneración que recibirán); la no obligatoriedad de la misma y el establecimiento de multas y sanciones, incluso penales, para quienes contravengan estas disposiciones.

#### 4.4.2 Situación jurídica del menor frente a la madre no biológica.

El menor nacido de un contrato de maternidad subrogada, desde luego que no tiene ninguna relación de filiación respecto a la mujer que contrató a la madre subrogada, y ha quedado claro, que por virtud de dicho contrato no se puede hacer surgir esa relación de filiación, y tampoco es conveniente pretender que se legisle en ese sentido.

Hemos dicho que en aquellos casos en que la madre natural está conforme con dar cumplimiento al acuerdo celebrado, es conveniente perfeccionar dicho arreglo conforme al procedimiento de adopción, no porque se considere que la mujer ha actuado correctamente o en ejercicio de un derecho, sino porque se debe atender a los derechos del menor así concebido; y si éstos serán estarán mejor tutelados con la pareja contratante, entonces en ese sentido debe hacerse.

Además, no hay que perder de vista que biológicamente el varón de dicha pareja contratante es el padre del bebé, aunque legalmente no se considere así.

Al respecto, se hace necesario estatuir la legitimación adoptiva o la adopción plena como medio de asegurar el desarrollo normal de la familia, y esta sugerencia no es aplicable únicamente tratándose de los contratos de subrogación de la maternidad, sino a la institución de la adopción en general, porque en este sentido, el régimen que seguimos limita los efectos de la misma. Si debemos considerar que la adopción crea artificialmente una filiación entre dos personas, entonces no existe razón alguna para mantener nuestro sistema de adopción semiplena; pero es obvio que tratándose de la subrogación de la maternidad se hace más evidente esa necesidad, tanto por seguridad jurídica, como para evitar conflictos emocionales al menor en un futuro.

#### 4.4.3 Derecho del menor para la investigación de la maternidad.

Según se mencionó en el capítulo segundo, la investigación de la maternidad en nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede en otros países, es libre, con la única limitante que dispone el artículo 385 del código civil, que prohíbe que se investigue cuando la mujer a quien se pretende atribuir un hijo sea casada, a no ser que ésta se deduzca de una sentencia civil o penal.

Este problema es planteado por algunos autores que se preguntan que tan conveniente es permitir al hijo nacido producto de un contrato de maternidad subrogada que investigue quien es su madre biológica. Si somos congruentes con lo antes expuesto, debemos concluir que el mismo es irrelevante, pues si partimos del hecho de que la subrogación de la maternidad no tiene existencia legal por sí misma, y que en su caso, adopta la naturaleza de motivo de celebración de un procedimiento de adopción, y que para llevar a cabo este último se requiere necesariamente el consentimiento de quienes ejercen la patria potestad sobre el menor, debemos concluir que no existe necesidad de dicha investigación, pues la maternidad biológica quedaría acreditada en dicho procedimiento.

Lo cierto, es que se hace patente que nuestra legislación civil en materia de filiación, ha sido rebasada por las modernas técnicas reproductivas y se hace indispensable hacer modificaciones al respecto, pues no podemos quedarnos anclados con disposiciones que comienzan a ser obsoletas, y si consideramos que las soluciones dadas en ese sentido por otros países no son acordes a nuestra forma de ser, no por eso debemos conformarnos con las disposiciones que tenemos: "la legislación que otros países han establecido para regular las técnicas de reproducción asistida son disímbolas y dentro de las mismas no existen parámetros homogéneos que nos sirvan de base para plantear alternativas viables para nuestra sociedad, queda en nosotros entonces,

influenciados por la ética imperante, brindar una respuesta normativa que satisfaga el reflejo de nuestra cultura; hagamos entonces la Ley Mexicana de Reproducción Asistida.”<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> MOCTEZUMA Barragán Gonzalo, *op. cit.*, p. 9

## Conclusiones

**Primera.-** La subrogación de la maternidad es considerada como una de las denominadas modernas técnicas reproductivas, creada con la finalidad de combatir principalmente los problemas de esterilidad. Sin embargo, la subrogación de la maternidad no es en estricto sentido una técnica, pues ésta consiste en el compromiso que hizo una mujer de gestar a un menor y entregarlo a su nacimiento a otra persona, ya sea en forma gratuita o a cambio de una remuneración. La verdadera técnica es la que sirvió para lograr el embarazo de la mujer (inseminación artificial, fecundación *in vitro*, transferencia de embriones).

**Segunda.-** Los contratos de subrogación de la maternidad son inexistentes como tales dentro de nuestro sistema legal, pues su objeto, que consiste en la renuncia que hace la madre a sus derechos maternales, es jurídicamente imposible; toda vez, que los derechos derivados de la filiación no son susceptibles de disponerse a través de un contrato, lo que se constituye en un obstáculo legal insuperable para su existencia.

**Tercera.-** No obstante la inexistencia jurídica de este tipo de contratos, el procedimiento de adopción es un acto jurídico con plena existencia jurídica; y en esa virtud, un acuerdo de subrogación de la maternidad pudiera perfeccionarse a través del

mismo; a no ser que se considerara nulo por tener un motivo o fin ilícito.

**Cuarta.-** Respecto a la ilicitud propiamente dicha de la subrogación de la maternidad como motivo o fin de un procedimiento de adopción, consideramos que es necesario prohibirla absolutamente cuando se trata de la modalidad de onerosa, estableciéndose incluso responsabilidad penal para aquellas personas que la fomenten o faciliten (intermediarios).

**Quinta.-** En los casos en que la subrogación de la maternidad sea gratuita, consideramos que no existen razones de peso para su prohibición, toda vez que, la inseminación artificial heteróloga es plenamente reconocida por nuestro sistema jurídico, esto tomando en consideración, la comparación hecha en el capítulo cuarto del presente trabajo entre ambas situaciones y en la circunstancia de que a través del procedimiento de adopción es posible hacer una renuncia a los derechos derivados de la filiación a favor de una tercera persona.

**Sexta.-** No consideramos que este tipo de acuerdos deban promoverse, pero se reconoce la problemática que los mismos pueden originar, por lo que atendiendo a esta circunstancia se hace necesario establecer una reglamentación al respecto, que por una parte otorgue seguridad jurídica, pero que a su vez se limite en lo posible su uso, sin perder de vista que ante todo, se busca la

mejor conveniencia de los menores engendrados bajo este contexto. Al respecto se proponen las siguientes reglas:

- a) Reconocimiento expreso de la no obligatoriedad de su cumplimiento.
- b) Prohibición absoluta de la subrogación de la maternidad en forma onerosa.
- c) Acceso a la maternidad subrogada por una sola ocasión, tanto para la madre subrogada como para la pareja contratante.
- d) Consentimiento expreso por escrito, por parte de la madre subrogada para intervenir en este tipo de actos, previa prueba fehaciente de que fue informada de todas las repercusiones legales, sociales, psicológicas, etc., de dicho acto.
- e) Acceso únicamente a la maternidad subrogada a aquellas parejas que se encuentren casadas o acrediten vivir en concubinato.
- f) Marcar como caso de excepción a la presunción del artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, de que los hijos de mujer casada se presumen de su esposo, si

nacieron después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o antes de transcurridos trescientos días después de su disolución; cuando conste de manera fehaciente que una mujer ha sido inseminada artificialmente con semen de un tercero extraño, que pretende asumir el rol de padre; siempre que se haya otorgado por escrito el consentimiento del donador y del marido de la mujer en su caso, bajo la condición suspensiva de que la madre subrogada proceda a dar a su hijo en adopción.

**Séptima.-** Necesariamente para que un acuerdo de subrogación de la maternidad produzca algún efecto jurídico, necesita ser perfeccionado a través de un procedimiento de adopción, que es el único medio disponible por el que es posible renunciar a la patria potestad de un hijo a favor de otra persona. Al respecto, es conveniente modificar nuestro sistema de adopción simplena al de adopción plena e incluso admitir la legitimación adoptiva. Recomendación que es aplicable a la adopción en general, pues, si lo que se busca a través de esta institución es que una persona quede en calidad de hijo respecto al adoptante, entonces el sistema que seguimos limita tal objetivo.

## Bibliografía

- 1.- BACH, Kathleen K., *Research Guide: Surrogate Motherhood*, Ed. Hein Co., Buffalo, Nueva York, 1987.
- 2.- BIALOSTOSKY, Sara, *Panorama del Derecho Privado Romano*, 3ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.
- 3.- BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Ed. Harla, México, 1993.
- 4.- BORJA Soriano, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, Ed. Porrúa, S.A., México, 1939.
- 5.- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de Familia*, 2ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- 6.- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Tomo I, 4ª edición, Ed. Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1962.
- 7.- CHAVEZ Ascencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, 2ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1992.
- 8.- DE IBARROLA. Antonio, *Derecho de Familia*, 4ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1993.
- 9.- DE PINA, Rafael, *Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción-Personas-Familia*, Volumen I, 18ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1993.
- 10.- FIELD, Martha A., *Surrogate Motherhood, The Legal and Human Issues*. Ed. Harvard University Press, Cambridge, Massachuset, 1990

- 11 - FLORIS Margadant, Guillermo S., *El Derecho Privado Romano*, 17ª edición, Ed. Esfinge, S.A., de C.V., México, 1991.
- 12 - GALINDO Garfias, Ignacio, *Derecho Civil, Primer Curso, Parte General Personas. Familia*, 6ª edición Ed. Porrúa, S.A., México, 1983.
- 13.- GARCIA Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 42ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1991.
- 14.- GOSTIM, Larry, *Surrogate Motherhood. Politics and Privacy*, 2ª edición, Indiana University Press, Indianapolis, Estados Unidos de Norteamérica, 1990.
- 15.- GUTIERREZ y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 5ª edición, Ed. Cajica, Puebla, México, 1974.
- 16.- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, 6ª edición, Ed. Ariel, Barcelona, España, 1979.
- 17.- LOZANO Noriega, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 1962.
- 18.- LLOVERAS. Nora, *Patria Potestad y Filiación*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.
- 19.- MAGALLON Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil. Tomo III, Derecho de Familia*, Ed. Porrúa, S.A., México, 1988.
- 20.- MARTINEZ Alfaro, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, 3ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1993.
- 21.- MUÑOZ, Luis, *Teoría General del Contrato*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1973.
- 22.- POTHIER, R.J., *Tratado de las Obligaciones*, Ed. Heliastra, S.R.L., Sao Paulo, Brasil, 1993.

- 23.- ROJINA Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo, Derecho de Familia*, 8ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1993.
- 24.- ROJINA Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Tomo Quinto, Obligaciones, Volumen I*. 5ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1985.
- 25.- SANCHEZ Medal, Ramón, *De los contratos Civiles*, 3ª edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1976.
- 26.- TATE, Julia J., *Surrogacy: What Progress since Hagar, Bilhah and Zilpah!*, American Bar Association, Section of Family Law, Estados Unidos de Norteamérica, 1994.

### **Legislación**

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
- 3.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- 4.- Ley General de Salud.
- 5.- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos
- 6.- Reglamento de La Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.
- 7.- Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (España).

### **Otras fuentes**

1.- PEREZ DUARTE y N., Alicia Elena, *El Impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas en la Familia: Presente y Futuro*, Dirección Internet: <http://www.info.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad2/perez.htm>.

2.- MOCTEZUMA Barragán, Gonzalo, *La Reproducción Asistida en México, Un Enfoque Multidisciplinario*, Dirección Internet: <http://www.info.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad1/barragan.htm>