



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

2º Ej.

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

ANALISIS DE LA FALTA DE REGULARIZACION DE
LA FIGURA DE LA MADRE SUBSTITUTA EN EL
DERECHO MEXICANO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN ANTONIO DIAZ RODRIGUEZ

ASESOR: LICENCIADO OSCAR BARRAGAN ALBARRAN

MEXICO

1999.

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 DIOS:

Porque tú siempre estas en mí, porque gracias a ti, me encuentro aún aquí, te pido que nunca me dejes sólo, ilumina mi camino como lo has hecho siempre, gracias por existir en mi pensamiento y en mi corazón.

A ti DIOS, humildemente doy gracias.

A MIS PADRES:

Con admiración y profundo agradecimiento por ser mis principales motivos para realizar todo y cada uno de mis objetivos trazados, porque al ver sus esfuerzos realizados por ellos me alienta a seguir adelante, que ustedes con su ejemplo y dedicación me han enseñado. Por darme entereza y apoyo en mis ilusiones y esperanzas, por ser ejemplo vivo hacia mis hermanas y a mí por el inmenso amor que por ustedes siento, por existir y darme la existencia "GRACIAS".

A MIS HERMANAS:

Martha, por su valor y tenacidad por enfrentar la vida.

Leticia, por su cariño de siempre.

Toña, por impulsarme a seguir adelante.

Dolores, por su invariable confianza y apoyo.

Yolanda, aún estando lejos se que siempre está conmigo.

Gaby, por su optimismo para seguir superandose.

En especial a Lourdes, por haber tenido confianza en mi, por su amor, cariño, sabios consejos, paciencia y comprensión y por las palabras de aliento que siempre tienes para mí.

A todas ellas gracias.

ANA:

A ti porque sin tú paciencia, consejos y ayuda no hubiera sido posible este trabajo. Doy gracias a Dios por haberte conocido porque eres una persona especial, que siempre me alienta a conseguir mis objetivos.

Gracias.

A MIS SOBRINOS:

Para que este trabajo de tesis profesional sirva de estímulo e inquietud en sus estudios y superación.

LIC. OSCAR BARRAGÁN ALBARRÁN:

Por apoyarme en la dirección de este trabajo por brindarme su amistad y por el honor de ser su alumno.

Gracias.

LIC. ANSELMO GUERRERO.

Por el apoyo incondicional que me brindaste cuando lo necesite, por ser mi amigo.

Gracias.

LIC. MAURICIO SÁNCHEZ ROJAS.

Por la ayuda y apoyo incondicional que me brindaste cuando más lo necesite, por ser mi amigo.

Gracias.

Un especial agradecimiento a la Escuela Primaria Venustiano Carranza, a la Secundaria Diuma General Ignacio Zaragoza número 112, a la UNAM (Preparatoria NO. 3 Justo Sierra y ENEP Aragón), por haberme permitido ser parte de está institución.

Agradezco a todas aquellas personas que intervinieron directa o indirectamente a mi formación y realización académica y profesional.

ANALISIS DE LA FALTA DE REGULARIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA MADRE SUBSTITUTA EN EL DERECHO MEXICANO.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

1.- ANTECEDENTES	2
1.1. LA FIGURA DE LA MADRE SUBSTITUTA EN LA HISTORIA.	4
1.2. ESTERILIDAD	5
2.- TECNICAS DE REPRODUCCIÓN	6
a) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA)	7
b) TRANSFERENCIA INTRATUBARIACA DE GAMETOS (TIG)	8
c) FECUNDACIÓN IN VITRO (FIV)	9
d) TRANSFERENCIA DE EMBRIONES	10
e) SUBROGACIÓN.	

CAPITULO II

1.- LA FIGURA DE LA MADRE SUBSTITUTA ANTE OTROS SISTEMAS JURÍDICOS	
1.1. ESPAÑA	13
1.2. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	16
1.3. INGLATERRA	18
1.4. CONSEJO DE EUROPA	20
1.5. FRANCIA	23

CAPITULO III

1.- ANALISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE MADRE SUBSTITUTA.	
1.1. DEFINICIÓN	33
2.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA	
a) CONSENTIMIENTO	35

b) OBJETO	37
3.- ELEMENTOS DE VALIDEZ	
a)CAPACIDAD	46
b) AUSENCIA DE VICIOS	46
- ERROR	
- VIOLENCIA	
- DOLO	
- LESIÓN	
4.- FORMA	49
5.- NULIDAD	50
6.- DELITO	53

CAPITULO IV

1.-CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MADRE SUSTITUTA Y CONTRATOS AFINES	
a) COMPRAVENTA	59
b) ARRENDAMIENTO	60
c) PRESTACIÓN DE SERVICIOS	62
d) OBRA A PRECIO ALZADO	63
e) DEPOSITO	64
2.- INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	64
2.1 INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO	67
3.- PROBLEMAS JURÍDICOS FAMILIARES DERIVADOS DEL CONTRATO	
a) FILIACIÓN	70
b) SUCESIONES	75
c) DERECHOS DEL NASCITURUS	75
d) ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD	77
CONCLUSIONES	83
BIBLIOGRAFIA	86

INTRODUCCIÓN

El acelerado desarrollo de la ciencia médica provoca situaciones en la vida del ser humano que nunca se pensó pudieran llegar a presentarse, hemos visto que los médicos e investigadores se deslumbran de tal forma con sus descubrimientos y con la posibilidad de manejar la ciencia, creando antidotos, estudiando al hombre, etc. sin medir las consecuencias biológicas, morales ni jurídicas, y partiendo de la base que el Derecho se ocupa de regular la vida en la sociedad, éste ha sido rebasado por dichos adelantos.

El objetivo del presente trabajo, es el de regular correctamente la figura de la **MADRE SUBSTITUTA**, también conocida como, "**MATERNIDAD SUBSTITUTA**" o "**PRESTAMO DE MATRÍZ**", la cual consiste en utilizar la matriz de otra mujer para el desarrollo del embarazo ante la imposibilidad de algunas mujeres de ser fecundadas o bien ante la imposibilidad de desarrollar un embarazo una vez fecundadas. Este problema, lo han enfrentado los Tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica, donde es posible realizar este tipo de embarazos, pero también se han presentado litigios, en virtud de que, la madre substituta al tener contacto con producto durante la gestación, al nacer éste se arrepiente y quiere conservar al niño que se ha desarrollado en su cuerpo, y es ahí donde se ve que el Derecho ha sido rebasado por la ciencia por permanecer indiferente a la evolución de la ciencia.

En nuestro país este tipo de técnica ha sido empleada sin existir regulación de la misma, por tal motivo vemos que la ciencia evoluciona ante la indiferencia de nuestros legisladores, que ya se preocuparan en el momento que surja un litigio, en el cual la madre substituta no cumpla con lo estipulado en el contrato celebrado, provocando ciertos problemas jurídicos como son: ¿será valido este tipo de contrato? ¿existirá un incumplimiento de contrato? ¿como sería la cláusula penalizadora? ¿cual sería la filiación del concebido? ¿quienes serían los padres? ¿los tres? (los genéticos, la madre biológica y los donantes), y en materia de sucesiones ¿como se determinaría al heredero? ¿sería o no considerado como hijo?. Por tal motivo es urgente que se reglamente la figura de la madre substituta en nuestro derecho.

En este trabajo, en el primer capítulo, se hará un breve resumen de los antecedentes de esta práctica, y sus avances obtenidos en los últimos siglos.; Asimismo, se examinaran de una forma sencilla las técnicas de inseminación artificial que se utilizan para lograr la figura de madre substituta.

En el segundo capítulo se analizara la figura de la madre substituta, en países como España, Estados Unidos de Norteamérica, Inglaterra, Consejo de Europa y Francia, estos países al no regular en ninguna de sus Legislaciones un modelo de contrato de "Madre Substituta", han tenido que resolver problemas jurídicos que no conocían o no se habían percatado que surgirían al utilizar esta técnica, dejando en estado de indefensión al niño procreado por tal técnica, como a los usuarios y a las personas que se "alquilan" para gestar a los concebidos.

El tercer capítulo contendrá un análisis jurídico de los elementos tradicionales para contratar, en el cual se pretende ver si el contrato de madre substituta reúne los requisitos esenciales para que tenga validez, su inexistencia, nulidad e ilicitud, y de esta forma ver si se pueda regular.

En el último capítulo analizaremos los elementos que integran el contrato de madre substituta y de acuerdo a nuestro derecho se verá si es posible regular dicho contrato para evitar la desmedida comercialización que actualmente se está llevando a cabo con esta técnica ya que se está pretendiendo poner en venta a los niños concebidos y gestados por madres substitutas; asimismo, sus similitudes con otros contratos nominados y las consecuencias que el incumplimiento traería consigo. De igual forma, se verán algunos problemas jurídico-familiares, derivados de dicho contrato como son: la filiación, la acción de impugnación de la maternidad, las sucesiones y un breve resumen de los derechos del nasciturus.

CAPITULO I

1.- ANTECEDENTES

1.1. LA FIGURA DE LA MADRE SUBSTITUTA EN LA HISTORIA.

1.2. ESTERILIDAD

2.- TECNICAS DE REPRODUCCIÓN

- a) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA)**
- b) TRANSFERENCIA INTRATUBARIACA DE GAMETOS (TIG)**
- c) FECUNDACIÓN IN VITRO (FIV)**
- d) TRANSFERENCIA DE EMBRIONES**
- e) SUBROGACIÓN.**

1. ANTECEDENTES

1.1 La Figura de la Madre Substituta en la Historia

En el siglo XX, es cuando la inseminación artificial como técnica comienza a difundirse, especialmente en algunos países de Europa, en Israel y Estados Unidos.

El científico Humphrey¹, extrajo huevos fecundados del útero de una ratona y los transplantó al útero de una ratona madre substituta, experimentos que llevaba a cabo en el 3er. o 4to. día del embarazo. Las ratonas madres substitutas lograron que los huevos transplantados llegaran a término.

Asimismo, se extrajeron del útero de ovejas embriones en las primeras etapas del embarazo que se han transplantado al útero de una coneja para ser llevada de Inglaterra a África, y después, se les colocó en los úteros de ovejas substitutas. En estos embarazos hubo parto normal y a término.

¹HUMPREY, K. "The Development of Viable Embryos after Ovary transfers to long-term ovariectomized mice". Steroids, No. 9, U.S.A 1967 p.53. Traducción de toda la bibliografía en el idioma inglés, realizada por la C. MONICA WENDY GONZÁLEZ HAM.

Dickman², transfirió blastocistos de rata a los úteros de ratas vírgenes, y de ellos nacieron fetos normales a término. Desgraciadamente, estos médicos no previeron las consecuencias que la figura de la madre substituta traería en experimentos humanos.

En este siglo³, se calcula que han nacido más de dos millones de niños mediante técnicas artificiales. A principios de los 40's se lograron fecundaciones in vitro, que duraron unos cinco o seis días. Para 1960, Danielle Petrucci, en Bologna logró el desarrollo de embriones in vitro hasta por 60 días en un tubo de ensayo. Para 1974, embriones logrados en tubos de ensayo son implantados y culminaron en nacimientos normales.

Pero otro tipo de substitución, que podríamos llamar "substitución pura", se práctica más frecuentemente en este siglo, donde algún familiar, amiga o desconocida hace el favor o celebra un contrato, para tener hijos por ella, ya sea inseminándola artificialmente con semen del marido o copulando con él.

La cuestión de alquiler del útero "no tiene precedentes ni en la legislación civil ni en la canónica"⁴, al ser casos nuevos se tienen analogías para calificar su moralidad pues durante la vida del hombre se aceptaron las llamadas "nodrizas" para

²DICKMAN, Z., "Hormonal Requirements for Survival of Blastocyst in the Uterus of the Rat". Journal of Endocrinology No.37, u s a 1967, p. 455.

³ZANONNI, Eduardo "Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina", Editorial, Astrea Buenos Aires, 1978, p75.

⁴CHÁVEZ ASECIO, Manuel, "La Familia en el Derecho relaciones jurídicas conyugales", Editorial, Porrúa México 1965, p36.

amamantar a una criatura y nadie objetaba este supuesto, por lo que se puede tomar como un indicio.

1.2. LA ESTERILIDAD.

DEFINICIÓN

La esterilidad es la incapacidad del ser humano para lograr la unión de los gametos femenino y masculino⁵ derivada ya sea por la incapacidad para concebir. Este problema, se presenta por diferentes causas:

En el caso de la mujer;

- La principal es la oclusión tubárica (obstrucción o bloqueo de las trompas de falopio), la cual impide que el óvulo continúe su trayecto del oviducto donde pueda ser fecundado. Esta es causada en el 90% de los casos, por abortos precedentes, del uso del dispositivo intrauterino y enfermedades transmitidas por vía sexual.

⁵Gametos: células reproductoras masculina y femenina (espermatozoide y óvulo)

En el caso del hombre:

- La azoospermia (ausencia de todo elemento macho en el esperma viril);
- Oligospermia (cantidad de espermatozoides inferior a la normal necesaria para crear);
- Astenospermia (inmovilidad de un alto porcentaje de espermatozoides);
- Hiperspermia (cantidad de espermatozoides superior a la normal) (o sea 120,000,000 por centímetro cúbico); y,
- Necropermia (ausencia de todo elemento macho vivo en el semen).⁶

2.- TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN

Los científicos que trabajaban en las nuevas técnicas de reproducción humana, se enfocan a solucionar el problema de la esterilidad tubárica. Algunos métodos alternativos que se han implantado son: el trasplante de trompas, la transferencia de ovocito, el tratamiento no quirúrgico, y en proceso de investigación el uso quirúrgico intra-abdominal del láser como instrumento en cirugía reparadora de las trompas.⁷ (Los doctores FERRÉ Y MARTÍNEZ hablan de que "existe" una alternativa eficaz para los casos de infertilidad causados por patología tubárica: la microcirugía.)

⁶SODI PATIÑO, Jorge, "Algunas Consideraciones Jurídicas acerca de las nuevas técnicas de procreación asistida." Tesis Profesional Escuela Libre de Derecho 1991 p12-13.

⁷MIER Y TERÁN, Salvador, "El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida." Pamplona, España, 1989, Tesis Doctoral.

a).INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA).

“La inseminación artificial consiste en la intervención médica para depositar el semen del varón en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero por medios diferentes al coito. El procedimiento es sencillo. El semen se introduce en la parte superior de la vagina próximo al cérvix o si no se inyecta en el útero a través de un fino catéter, la inseminación se efectúa en la época de ovulación prevista que es el momento del ciclo menstrual de la mujer. Se puede monitorizar la ovulación con la finalidad de establecer el momento óptimo en que se deba procederse a la inseminación para que el óvulo pueda encontrarse con los espermatozoides en el interior de los órganos genitales femeninos.

Se procede a la recolección del semen del varón que se obtiene por masturbación, es necesario decir que existen también métodos de obtención del gameto masculino que prescinden de la eyaculación, aspiración en la cola del epididimo o en el conducto deferente, biopsia testicular, masaje vía rectal de la próstata y de las vesículas seminales. En algunos casos el semen del varón no es adecuado para garantizar que se produzca la fecundación del óvulo y, debe procederse en el laboratorio o su preparación y capacitación, seleccionando los espermatozoides; para ello se eliminan fluidos como el plasma seminal o los factores que puedan ser origen de su incapacidad o rechazo por parte de la mujer y, también se filtra el semen con determinadas sustancias como el percol o la albúmina, a fin de que la muestra filtrada contenga solo los espermatozoides más vitales y penetrantes, o sea, los de mayor movilidad lineal y por ello los más fecundantes. En el caso de que utilice semen del donante este procederá

generalmente de los bancos de gametos y habrá de reunir similitudes fenotípicas con el varón de la pareja receptora. Es necesario igual que en la fecundación in vitro (FIV) que la concentración de espermatozoides en el líquido seminal sea muy alta, por ello, se pide al varón un período de abstinencia que oscile entre 3 y 7 días."⁸

b) TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE GAMETOS (TIG).

"La TIG solo impropia puede considerarse como una modalidad de la IA. En efecto la TIG consiste en introducir espermatozoides y óvulos en la trompa de falopio de la mujer de forma que la fertilización o fecundación del óvulo se produce de manera natural en la propia trompa de falopio, así como la posterior implantación y anidación del embrión en la mucosa del útero o endometrio. La razón de incluir la TIG dentro de las modalidades de la IA quizás se deba a que la fecundación no se hace in vitro como es el caso de la FIV, sino que se realiza dentro de la futura madre en su aparato reproductor.

Se observa pues, una ampliación progresiva del concepto de IA se reducía a inseminación de la mujer con espermatozoides, después se amplió a la introducción en el órgano reproductor de la mujer del ovocito u óvulo de una donante y en la actualidad la IA también comprende la inseminación con espermatozoides y óvulos, es decir la TIG."⁹

⁸MIER Y TERAN, Salvador, "El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida", op.cit. p. 150-151.

⁹ANSON, Francisco, "Se fabrican hombres. Informe sobre la Genética Humana". Madrid, 1988, Editorial. Rialp p. 86 y ss.

c) FECUNDACIÓN IN VITRO (FIV)

Se le ha llamado "fecundación artificial" o "inseminación artificial", pero lo artificial es la inseminación, la fecundación (a menos que no sea in vitro) es natural.

Es necesario practicar una laparoscopia en la paciente antes de emplear esta técnica. Esta consiste en introducir un endoscopio en la cavidad abdominal que permita la visualización y manipulación del contenido abdominal, cuyo objetivo primordial es determinar si es posible llegar a los ovarios para recoger los gametos femeninos en el ciclo espontáneo de la mujer o sobre un ciclo inducido.

Tratándose de fecundación con elementos de un tercero (donante) se ha establecido que "solo los esposos tienen derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una vida, derecho exclusivo, intransferible, enajenable o inalienable".¹⁰ Y entre esposo (a) legítimo (a) y el niño fruto del elemento activo de un tercero (aún con consentimiento del esposo (a)) no existe lazo alguno de origen, ningún lazo moral y jurídico de procreación conyugal.

¹⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. "La familia en el Derecho relaciones jurídicas conyugales"

Si la fecundación in vitro, no fuera ilícita en sí misma, ¿Como evitar que se lucre con ella proveyendo vientres para la gestación?

d) TRANSFERENCIA DE EMBRIONES.

El transfer del embrión se puede realizar por dos vías: transcervical y transcutánea. La vía transcervical tiene la ventaja de ser simple, rápida y de no requerir anestesia. La desventaja consiste en la posibilidad de introducir también sangre y moco en la cavidad uterina, hecho que podría dificultar el crecimiento del embrión. La vía transcutánea, es decir, a través de la pared del útero, tiene la ventaja de dejar intacta la mucosa cervical pero requiere anestesia por lo que presenta mayor posibilidad de complicaciones generales que la otra vía y sigue existiendo la posibilidad de introducir sangre en la cavidad uterina. Cuando se ha utilizado este segundo método se han obtenido resultados más bien negativos.¹¹

La técnica del transfer transcervical se realiza suministrando a la paciente un tranquilizante, para evitar que el catéter no pase a través del orificio uterino, antes de la Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones (FIVET), se realiza una dilatación cervical con anestesia. Si en el paso del catéter hay alguna dificultad se espera unos minutos para que cesen las contracciones uterinas, y el embrión no sea expulsado

¹¹ RODRIGUEZ LUÑO, Angel y LÓPEZ MONDEJAR, Ramón, "La Fecundación In Vitro". Madrid, 1986. Presentada al Congreso de Diputados de España.

inmediatamente. Por lo mismo, el catéter se retira paulativamente y al final se le examina al microscopio para comprobar que el embrión fue depositado en el útero.

e) SUBROGACIÓN.

La subrogación es el método por el cual una mujer que ha sido inseminada artificialmente o a la que se le ha transferido el embrión, lleva en su seno a un niño por otra mujer, con la intención de entregarlo después del nacimiento.

El informe Wamock dice que "la subrogación equivaldría a una opción destinada a aliviar la carga de la esterilidad. Así por ejemplo, una mujer con grave enfermedad de la pelvis que no puede tratarse quirúrgicamente o bien que no tiene útero puede recurrir a la subrogación; también otro ejemplo es cuando cabe recurrir a la subrogación como ayuda a las mujeres que han sufrido problemas de aborto en repetidas ocasiones. Quizás existan también circunstancias en las que la madre genética, aunque no sea estéril, podría beneficiarse con la coyuntura de que fuera otra mujer la que llevará el embarazo. Un ejemplo de ello, sería el que la madre genética perfectamente preparada para cuidar de un niño después de su nacimiento pero que sufre una afección que desaconseja el embarazo desde un criterio médico."

Esta figura ha presentado problemas como los siguientes:

Caso de las gemelas Sevault en Francia

- Dos hermanas llamadas Magali y Christine convienen en que Christine sea fecundada con semen del marido de Magali ya que esta queda estéril después de un accidente. Como producto de este convenio nace en abril de 1983, Stephane y con él varios problemas, entre ellos, que Christine quería alimentar a Stephane pero su hermana se lo impedía para evitar que se vinculara con ella, lo que ocasionó que odiara a su hermana y tuviera que acudir al psiquiatra.

Caso del niño con malformaciones

- Una pareja contrató a una mujer para que fuera la portadora de su hijo (madre substituta) conviniéndose como precio \$10,000.00 dolares, por sus servicios. Al nacer el niño, presentó malformaciones y ni la madre substituta ni los padres genéticos quisieron quedarse con él. El resultado es que el niño está solo y los médicos no saben a quien acudir para pedir la autorización para intervenir al niño quirúrgicamente.

CAPITULO II

1.- LA FIGURA DE LA MADRE SUBSTITUTA ANTE OTROS SISTEMAS JURÍDICOS

- 1.1. ESPAÑA
- 1.2. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA
- 1.3. INGLATERRA
- 1.4. CONSEJO DE EUROPA
- 1.5. FRANCIA

II. LA FIGURA DE LA MADRE SUBSTITUTA ANTE OTROS SISTEMAS JURÍDICOS.

2.1. ESPAÑA.

El informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana, aprobado por el Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986, rechaza la gestación por sustitución por:

- 1) Motivos éticos: al haber una unidad de valor en la maternidad que no se respeta y desemboca en una distorsión deshumanizadora;
- 2) Se vuelve una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino; y,
- 3) Concluye, que la madre legal será siempre la madre gestante, aunque en el origen del hijo haya habido donantes, por lo que serán legalmente hijos de la madre gestante.

La ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRA), establece en su disposición adicional segunda que:

- 1) Se prohíbe la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), para la gestación por sustitución;

2) Serán objeto de sanción administrativa, civil, o penal, según la responsabilidad sancionable contraída con sus actuaciones, las personas que de un modo u otro participen en un acuerdo de gestación de sustitución, así como las agencias e instituciones que la propicien, los equipos biomédicos que realicen y los centros o servicios donde éstos actúen con tal finalidad.

3) Si pese a ello, se realiza la gestación de sustitución y hubiere descendencia, la madre legal será la gestante y los hijos serán registrados como sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la posible solicitud de paternidad.

4) Será nulo de pleno derecho el contrato por lo que se convenga la gestación, con o sin precio a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero;

5) La filiación de los hijos nacidos por gestación será determinada por el parto;

6) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

A estas soluciones se les califica de coherentes,¹² pues se inclinan por el criterio de la preponderancia biológica de la maternidad de gestación.

¹² DE ASIS SANCHO REBOLLIDA, Francisco, "Estudios de Derecho Civil" T.I. Pamplona, 1978. p.27-28.

Y esta postura se apoya en algunos criterios, como que la madre es la gestante, y cualquier problema que surja en el embarazo se debe resolver atendiendo a la prevalencia de maternidad jurídica de la maternidad uterina sobre la maternidad genética.

En resumen, y desde una perspectiva biológica esta ley distingue entre la maternidad plena: es aquella en que la madre ha gestado con su óvulo al hijo y la maternidad no plena la mujer aporta ya sea la gestación (maternidad de gestación), o sus óvulos (maternidad genética) pero no ambos.

Divide también a la paternidad y a la maternidad biológica en dos tipos:

- legal; y,
- de gestación.

De ellas, la que más atiende al interés y relación del hijo es la gestación, por la estrecha relación psico-física con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo. Para esta ley es irrelevante, la procedencia de los gametos y aún del embrión, madre será la que gesta y da a luz.

2.2. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (EUA).

Es famosa la sentencia norteamericana del Tribunal Superior de Nueva Jersey fallada el 31 de marzo de 1987 que constituye uno de los documentos judiciales más importantes sobre la maternidad substituta pues es la primera solución mundial en torno al asunto de la gestación por substitución.

EL CASO DEL BEBE M.

El debate sobre la maternidad substituta.

El caso de la Bebe M, empezó en un bufete de abogados. Al principio, todo parecía ser un trato limpio. William y Elizabeth Stern no tenían hijos. Mary Beth Whitehead ya había tenido un niño y una niña y estaba dispuesta a dar a luz a otro niño. De modo que por unos honorarios de \$10,000.00 dólares, la Sra. Whitehead estuvo de acuerdo en que la inseminaran con esperma de Stern; el niño sería entregado a los Stern para su adopción. Pero cuando la niña, conocida como la Bebe M, nació hace un año el arreglo se deshizo inmediatamente. En lugar de entregar a la niña, la Sra. Whitehead dijo que había cambiado de opinión. Los Stern entablaron un juicio para obtener la custodia, y la Sra. Whitehead huyó a Florida. Desde enero, ambas partes han sostenido una amarga lucha sobre el problema de quién se quedaría con la Bebe. Cuatro días después de su primer cumpleaños, un juez concedió a la bebita pensando que era lo mejor para todos una

nueva identidad legal como "Melissa Stern" y un hogar permanente con su padre. Melissa se ha convertido en la pieza central de un debate mundial sobre la maternidad substituta.

Esta decisión no daría fin a la contienda. Los abogados de la Sra. Whitehead argumentaron que el contrato de la madre substituta no tenía base legal y, por tanto, no era obligatorio. Cuando el juez Haver R. Sorkow de New Jersey otorgó la custodia a los Stern y negó el derecho de visita a la Sra. Whitehead, sus abogados anunciaron una apelación de fallo ante la Corte Suprema de New Jersey.

Antes de la finalización del proceso, toda una gama de expertos, incluso abogados, psicólogos y especialistas en ética, se ocupaban de las repercusiones del caso. Los críticos de la maternidad substituta argumentaron que cualquier persona con unos cuantos miles de dólares para gastar, teóricamente podría "comprar" un niño. Están preocupados por que esta práctica podría producir una clase de mujeres, "procreadoras" pobres, a quienes se les pagaría por dar a luz a niños para matrimonios acomodados. Las feministas condenan lo que consideran como intento de "alquilar" la matriz de Mary Beth Whitehead y luego negarle cualquier contacto con su niña. Los líderes religiosos, por su parte, discutieron sobre las consecuencias morales de semejantes procedimientos. Aunque se trata de una mera coincidencia de momentos, en una declaración sobre nuevos métodos de tecnología reproductiva hecha pública en febrero de 1987, el Papa Juan Pablo II reiteró la posición del Vaticano, en el sentido de que separar el amor de la procreación constituye un pecado.

El problema legal parecía elemental: saber si el documento que Whitehead y William Stern firmaron era o no un contrato válido. No había ningún antecedente para el caso de la Bebe M; las leyes que podrían aplicarse a los acuerdos de madre substituta normalmente están orientadas a la protección cuando se trata de otros acuerdos, como por ejemplo, la venta abierta de niños. Aunque reconoció que estaba abriendo nuevo terreno legal, el juez Sorkow dictaminó que el trato era válido. "El contrato no es ilusorio" declaró: "La Sra. Whitehead tenía ganas de hacer un contrato. Esta tribunal encuentra que ella cambio de opinión, faltó a su palabra y ahora busca evadir sus obligaciones".

La Suprema Corte de Nueva Jersey podría, por ejemplo, rechazar el contrato de maternidad substituta que Sorkow defendió en su dictamen, y aún así darle a los Stern la custodia de Melissa.

3.3. INGLATERRA.

Caso fallado en un Juzgado de Londres el 11 de marzo de 1987 que también recibió difusión se caracterizó por la participación de un "padre copulante". El caso fue el siguiente:

El Sr. y la Sra. A solicitaron la adopción de un niño de dos años 4 meses, la madre del niño es la Sra. B, el niño fue concebido por un acuerdo de subrogación entre el Sr. y la Sra. A y la Sra. B y su marido el Sr. B. Como resultado de este acuerdo el Sr. A y la Sra. B mantuvieron relaciones sexuales en pocas ocasiones hasta que el niño fuera concebido. No fue un asunto amoroso. Fueron meras relaciones físicas con el solo propósito de procrear un niño. Tan pronto como se produjo la concepción las relaciones sexuales cesaron. Por razones de salud la Sra. A estaba y está en la actualidad incapacitada para tener un niño. Entonces intentaron adoptar un niño tanto en este país como el extranjero pero sin resultado satisfactorio. Las dos parejas acordaron una suma total de 10,000.00 libras. La madre dice: "El dinero representa solo mi salario permitido y gastos a causa del embarazo".

La cuestión se limita a la posibilidad de adopción del hijo en cuestión por la pareja A cuando ha habido un pago o remuneración que deberá ser analizado a los efectos de saber si el dinero entregado fue realmente una auténtica retribución crematística o si por el contrario fue una justa indemnización por la pérdida de ingresos durante el embarazo. En el supuesto de autos a la pareja A le pagaron 1,000.00 libras al poco tiempo de transcurrir algunos meses del embarazo y 4,000.00 libras cuando nació el niño. Después de algunos meses se les debían 5,000.00 libras pero la madre no quiso aceptarlas.

El caso concluyó con la sentencia que el Juez Laley dictó en favor de los adoptantes que solicitaban la constitución del vínculo adoptivo precediendo el oportuno consentimiento de la madre biológica aún a pesar de la existencia probada de la

entrega de un dinero que no fue conceptualizado como pago o gratificación ya que si así se hubiera entendido, tal circunstancia hubiera impedido a *posteriori* la determinación de la filiación en favor de la pareja comitente.¹³

2.4. CONSEJO DE EUROPA

El Consejo de Europa a través del Comité Ad hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas (CAHBI) emitido en Estrasburgo el 5 de marzo de 1986, define en sus comentarios, el término madre substituta con referencia al hecho de que lleva al niño por otra persona y ha aceptado, ANTES DEL EMBARAZO, el entregar al niño cuando nace. El caso de un acuerdo hecho durante el embarazo no es tratado ya que puede ser considerado una decisión de abandonar al niño antes del nacimiento.

La definición abarca tres tipos de madre substituta:

- ⇒ Las que llevan los embriones obtenidos, usando gametos de la pareja que va a recibir al niño;
- ⇒ Aquellas cuyos gametos propios han sido usados en conjunción de aquellos del miembro masculino de la pareja donante; y
- ⇒ Aquellas que llevan un embrión obtenido con gametos de donantes masculinos y femeninos.

¹³ LLEDO YAGUE, Francisco, "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo", Ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación T II, Vittoria, del 28 de Septiembre al 2 de Octubre de 1987 pp 48 y sigs. y "Fecundación artificial y Derecho", Madrid 1988 p 160 A

En los Principios Provisionales sobre las Técnicas de Procreación Artificial y ciertos procedimientos llevados a cabo en embriones en conexión con esas técnicas, redactado por el CAHBI (así como en sus comentarios) se establecen algunos principios:

A) Que las técnicas de reproducción artificial solo sean usadas para un matrimonio¹⁴ y solamente que:

- * Hayan fallado otras técnicas;
- * Exista riesgo de transmisión de una enfermedad genética;
- * No haya riesgos que afecten la salud de la madre o del niño; y,
- * Existan condiciones para asegurar el bienestar del niño.

B) Que dichas técnicas no deban usarse para obtener características especiales del niño (sexo, ojos, altura, etc.)

C) Ningún médico o establecimiento debe usar las técnicas de procreación artificial para dar empleo a una madre substituta; sin embargo, en casos excepcionales el médico puede proceder a la fertilización de una madre substituta, si:

Si esta no obtiene un beneficio material de la operación;

¹⁴Entendiéndose un matrimonio de pareja heterosexual, y en nuestro concepto excluyendo a los matrimonios heterosexuales que hayan sido resultado de un cambio de sexo

- Al momento del nacimiento tenga la opción de conservar el niño si así lo desea; y,
- Ningún contrato ni arreglo entre la madre substituta y las personas o pareja beneficiada por el niño que ella espera debe ser forzado; y,
- Debe imponerse una sanción apropiada para cualquier intermediario que hace posible la fertilización de la madre substituta.

D) Asimismo, establece que la transferencia de un embrión del útero de una mujer al de otra no debe permitirse.

E) También, se refiere a las madres substitutas y establece que "un punto de vista es que la práctica de la maternidad por substitución debería ESTAR PROHIBIDA para prevenir que la procreación sea objeto de una transacción económica, para proteger el bienestar del NIÑO y su derecho a tener un status estable, así como para proteger la dignidad de la mujer asegurando que su cuerpo no se vuelve un mero instrumento, para el uso de otro en sus propios intereses (prostitución). Esto significa que se deberían imponer sanciones a cualquier intermediario y cualquier acuerdo concierne al nacimiento de un niño y su entrega posterior a otras personas, deberían ser NULOS y PROHIBIDOS AUTOMATICAMENTE."

Pero, debería permitirse en casos especiales y con dos condiciones especiales:

- a) Que la libertad de la mujer sea protegida; y,
- b) Que cualquier motivo económico sea excluido.

2.5. FRANCIA

En la actualidad el término "madre postiza" o "madre substitutta" es utilizado para describir un fenómeno social que surgió desde hace más de 10 años. Desde la hipótesis, de que una mujer acepte ser inseminada artificialmente con el semen de otro, llevar a término el embarazo y entregar al niño a la pareja contratante, es un problema que sigue en cuestión.

En esta técnica no son necesarias las relaciones sexuales entre el marido y la madre substituta, para evitar así, el cometer adulterio. La maternidad substituta, ha existido en la historia del mundo, aún clandestinamente.

La novedosa manifestación contemporánea no proviene de la técnica de inseminación, sino del deseo manifestado abiertamente por la madre substituta de ser parte del tratamiento contra la infertilidad.

Actualmente, existen dos formas principales, para llevar a cabo dicho tratamiento:

La principal, es la llamada altruista, resultado de un contrato privado entre las partes, donde no existe ningún interés económico de por medio. Como ejemplo, podríamos citar el caso de la hermana que acepta ser inseminada artificialmente con el semen de su cuñado (esposo de su hermana), llevar a término el embarazo y entregarles el niño.

La segunda forma, es un poco más estructurada, más oficial y un poco más comercial. En Estados Unidos, Inglaterra, recientemente en Francia y Alemania y algunos otros países, existen organizaciones especiales que se encargan, previa remuneración, de reclutar madres substitutas y aseguran ser un intermediario efectivo entre éstas y la pareja deseosa de tener un hijo.¹⁵ El fenómeno de madres substitutas existe aunque sea considerado como antijurídico por el Derecho. Ofrecen públicamente sus servicios, esta comercialización expresa, choca contra la moral y el Derecho, siendo uno de los problemas más difíciles dentro de nuestro contexto actual.

El recurrir a una madre substituta, puede justificarse cuando se hace por razones de orden médica. Cuando la mujer tiene malformaciones en sus órganos genitales, útero o matriz, no puede desarrollar el embrión, y en el caso que lo hiciera, representaría un riesgo para la salud e incluso la vida. En un plan futurista y netamente eugenésico, se podrán clasificar los genes, de manera que se eviten aquellos que transmitan las enfermedades hereditarias, transmitidas por la mujer.

¹⁵ KEANE, Noel citado por BAUDOUIN Jean- Louis & LABRAUSSE RIOU, Cathenne-en "Produire l'Homme. De quel Droit? Etude Juridique et éthique des procréation artificielles" edición Les voies pul droit 1a ed Agosto 1987 pp.108-117. Traducción de la bibliografía en el idioma francés, realizada por BETTER WORLD

Como en el caso de la fecundación *in vitro* o del trasplante del embrión, la maternidad substituta, no implica la adopción de una técnica médica nueva, ofrece una gran gama de posibilidades, las que son utilizadas conjuntamente con las variables para prevenir el efecto de las consecuencias futuras.

Puede concebirse al niño *in vitro* inseminando artificialmente a la madre substituta, o *in vivo*, ya sea a partir de los gametos provenientes de la pareja, de dos extraños, del marido y de la madre substituta, o de un tercero y de la madre substituta a la madre futura.

Los problemas morales y jurídicos se complican si aunado a todas estas posibilidades aumentamos la pregunta de ¿cuál es el estado marital de las partes? Si la madre substituta es otra diferente a la pareja.

Algunos experimentos resuelven la interrogante sobre el perfil psicológico de las mujeres que aceptan llevar al hijo de otra.

Equivocadamente el rol tradicional de "madre", es el de una mujer que conserva y concibe a su hijo, no aquella que lo tiene y lo deja a otra. Estudios realizados por una compañía en Estados Unidos han revelado dos cosas: 1) La motivación de estas mujeres, va desde un deseo altruista hasta el de un mercantilismo simple. (gratificación o prestación de servicios); 2) Las agencias que reclutan a estas mujeres, exigen un exhaustivo examen psicológico, a fin de eliminar ciertos riesgos en el plano emocional, y asegurar a la pareja contratante, el claro consentimiento de que se lleve a cabo el contrato.

La maternidad substituta, presenta evidentemente diferencias importantes en comparación con la maternidad usual. La primera de ellas, es simplemente una encubadora que abandona a su hijo deliberadamente dandoselo a otra, la segunda tiene intenciones de cuidar, educar, convivir con el hijo.

LA LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD DE LA FIGURA JURÍDICA

Filósofos, Sociólogos, Teólogos y juristas entre otros, han discutido las consecuencias de su legitimación. Innumerables son los países que han formado comisiones encargadas de examinar el problema y dar las recomendaciones precisas a las autoridades políticas.

La institución de madres substitutas, va en contra de la estructura tradicional de la maternidad y la familia. Esta es probablemente una de las razones, por las cuales los teólogos y éticos se oponen a ella.

Esta institución ofrece, en efecto, las soluciones que presuponen la prefabricación de un lazo familiar, además de ser utilizada como el método más conveniente para lograr sus fines. Pero, existen numerosas protestas a su alrededor. Es casi un hecho que dentro de muy poco tiempo estará completamente reglamentado.

EL DERECHO ACTUAL EN FRANCIA

En la doctrina que ha tratado este contrato, se ha pronunciado en las siguientes ideas tratándose de su validez, sus implicaciones psicológicas, jurídicas y el porqué no debe ser permitido.¹⁶ El derecho actual de la gran mayoría de los países, en sus reglas y lineamientos se opone a la legalidad de la operación de madre substituta:

Primeramente, porque el contrato celebrado entre madre substituta y la pareja es un acto jurídico afectado de NULIDAD ABSOLUTA, por ser contrario al orden público.

Los contratos que tienen por objeto el cuerpo humano, son considerados por la tradición jurídica, como un atentado indirecto a los derechos de la personalidad debido a que de ninguna manera el cuerpo humano es un objeto que se encuentre en el comercio.

El progreso de la medicina dan origen a la aparición de la regulación de la donación de órganos, pero un niño jamás será considerado como un órgano.

¹⁶ *idem*, BAUDOQUIN Jean- Louis & LABRAUSSE RIOU, Catherine-en *Produire L'Homme. De quel Droit? Etude Juridique et éthique des procréation artificielles* pp 108-117.

Esta liberación nos da una perspectiva terapéutica, pues solo autoriza la experimentación científica en caso de un tratamiento necesario y determinado. Por el contrario los contratos cuyo objeto es el cuerpo humano (por ejemplo el contrato de prostitución) aún cuando haya sido celebrados por la persona voluntariamente no están permitidos, la disposición de la persona, para venderse toda (esclavitud) o en partes, son contratos que siguen siendo contrarios al orden público y las buenas costumbres.

En los países europeos y particularmente en Francia, existe una condición suplementaria para considerar válidos los contratos cuyo objeto es el cuerpo humano este debe ser: la donación sea gratuita. Esta regla, constituye un obstáculo mayor para la validez de los contratos de maternidad substituta, acompañados de una remuneración por los servicios rendidos.

El contrato entre la madre substituta y la pareja contratante es contrario a el orden público contractual. Al principio a este contrato se le consideraba como "una venta de niños". En efecto, la operación permite la transferencia del niño que gesta la madre substituta a la pareja contratante.

Una persona humana no es una cosa que pueda ser objeto de cumplimiento de obligación contractual o de apropiación. Posiblemente se esté exagerando un poco al denominar este contrato como una donación, pero al apropiarse o vender un ser humano es tanto como permitir una renuncia anticipada a ciertos derechos extrapatrimoniales.

Al paso del tiempo, la hipótesis que este contrato supone, (maternidad substituta) es una prestación de servicios. Esta calificación más bien demuestra la realidad contractual. La madre substituta cubre el aspecto de la prestación de servicios que ha sido contratado, pero no explica nada del mecanismo de renuncia por medio de un acta a los derechos sobre el niño. La legalidad de esta parte de la operación se encuentra en duda. El cuerpo humano no puede contratarse como objeto para dar un servicio. El contrato de prostitución es un ejemplo claro. La utilización de las facultades reproductivas y gestativas de la mujer con la finalidad de obtener dinero, son consideradas en la actualidad por la jurisprudencia francesa como contrarias al orden público.¹⁷

En el contrato de maternidad substituta, el acta de renuncia anticipada de los derechos sobre el niño recae precisamente, sobre la madre substituta. Este acto posee dificultades serias por dos razones principales:

1. Los derechos a los que la madre substituta renuncia son derechos extrapatrimoniales y están fuera del comercio; y,
2. Al renunciar la madre no solo lo hace a sus derechos sobre el niño, sino que priva al niño de su derecho de tener relación con su progenitora.

En todos los países condenan o reprimen el abandono de un niño, se esfuerzan porque se paguen las consecuencias. De esta situación se deriva la

¹⁷ *ibidem*

hipótesis siguiente: "El Estado interviene para que de una forma u otra se asegure que la operación (adopción) efectivamente se realice en beneficio del niño". La sociedad por diferentes motivos de interés público y si lo considerara importante, no permitirá en efecto, la adopción de un niño sin que importe en que circunstancia se realice. Por ejemplo, si el acta de renuncia se analiza en base al contrato de madre substituta y al de adopción, la legislación y jurisprudencia actual de todos los países condenan severamente el pago de una suma de dinero para lograr la adopción de un niño.

Para concluir, en el Estado actual de Derecho, el convenio por el que la madre substituta se compromete a cargar al niño durante nueve meses y después "abandonarlo" en manos de la pareja contratante, por medio de una adopción subsecuente, es netamente contrario al orden público tradicional.

La segunda gran regla, invoca el encontrar la validez del contrato de madre substituta, para beneficio del interés del niño. Es, en efecto curioso constatar que toda la operación se hace en consideración de la pareja, la cual desea un niño, y debido a una situación de esterilidad, su voluntad es celebrar dicho contrato; o bien en consideración con la madre substituta, por intereses personales o pecuniarios, más finalmente el objeto, de toda esta operación es: el niño.

A través de todos los sistemas jurídicos el niño ocupa un lugar privilegiado. La sociedad se esfuerza en proteger y dirigir su destino, aunque sus intereses o derechos entran en conflicto al definir quienes son sus verdaderos padres.

Renombrados juristas se oponen a la legitimación de la maternidad substituta, por ser contraria a los intereses del niño, por las siguientes consideraciones:

- a) El derecho del niño de tener un lazo afectivo con su verdadera madre, para definirlo, se privaría al hijo gestado este lazo por medio de dicho contrato, siendo este contrario a los intereses del niño;
- b) La adopción también priva al niño de un lazo socialmente útil. Una diferencia importante que separa ambos contratos es que la adopción busca remediar una situación al ser incluido en una familia; y,
- c) El mayor interés del niño, desde una perspectiva diferente es la ausencia de situaciones susceptibles de crear conflictos en perjuicio del hijo nacido por este tipo de técnica de fecundación asistida.

Por lo anterior se concluye que el contrato de madre substituta debe ser urgentemente reglamentado; toda vez que de no hacerse traería consigo conflictos jurídicos, sociales y psicológicos para los donadores contratantes y sobre todo para el hijo nacido por este tipo de técnica.

CAPITULO III

1.- ANALISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE MADRE SUBSTITUTA.

1.1. DEFINICIÓN

2.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA

a) CONSENTIMIENTO

b) OBJETO

3.- ELEMENTOS DE VALIDEZ

a) CAPACIDAD

b) AUSENCIA DE VICIOS

- ERROR

- VIOLENCIA

- DOLO

- LESIÓN

4.- FORMA

5.- NULIDAD

6.- DELITO

III. ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE MADRE SUSTITUTA

3.1. DEFINICIÓN

La figura objeto de nuestro estudio, se le ha denominado de diversas formas:

- 1. Maternidad substituta (gestación por cuenta de otra);**
- 2. Madre subrogada**
- 3. Contrato de reproducción o de gestación;**
- 4. Contrato de madres incubadoras o de incubación en útero ajeno,**
- 5. Maternidad de alquiler o alquiler de útero materno;**
- 6. Madre substitutivas;**
- 7. Arrendamiento de matriz o de útero;**
- 8. Contrato de incubación de útero ajeno, entre otras.**

En el presente trabajo se le denominara madre substituta a la que sustituye la función biológica de madre, pero no la progenitora. Podria ser llamado contrato, pero como hemos visto anteriormente, el objeto es ilícito y no puede llamársele madre subrogada porque la subrogación es "un cambio en el sujeto del crédito".¹⁸ Y solo se puede hablar de derechos de crédito, en alguna de las fuentes establecidas por la ley.

En la figura de la madre substituta, pueden darse dos supuestos principales:

1) INSEMINACIÓN

- a) Vera Cópula; y**
- b) Artificial.**

2) TRANSPLANTE DE EMBRIÓN

- a) In Vitro; y**
- b) Fecundado in Matter.**

¹⁸ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 6ª edición (Tomo iv), Editorial. Porrúa, México, 1993.

3.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Si se toma como un contrato la figura de la madre substituta debemos atender a las disposiciones establecidas, en el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal todo contrato debe contener dos elementos de existencia:

1. Consentimiento;
2. Objeto que pueda ser materia del contrato.

a) Consentimiento

El contrato: es el acuerdo de dos o más voluntades, para crear o transmitir derechos y obligaciones, y uno de sus elementos esenciales es el consentimiento, el cual se forma con el acuerdo entre dos voluntades.

En el contrato de la madre substituta debemos distinguir el consentimiento de la pareja que contrata y de la madre substituta. En el caso de que la madre substituta sea soltera, ésta consiente en: o ser inseminada artificialmente, o que se le transplante un embrión fecundado con anterioridad, y en someterse a llevar a término el embarazo con todos los cuidados que éste implique y entregar el niño a la pareja contratante.

En el caso de que la madre substituta sea casada, el consentimiento abarca la voluntad del marido en que su esposa sea inseminada o que se le transplante un embrión y además acepta no ser el padre del niño con lo que se da inicio a una acción de contradicción de la paternidad.

En ambos casos, el conyuge de la pareja solicitante consiente en: someterse a un proceso de inseminación artificial o permitir que el embrión producto de la unión de sus gametos y los de su esposa, sea transferido a la madre substituta.

Dependiendo que el contrato sea oneroso o gratuito, la pareja contratante acuerdan a la madre substituta, en el primer caso, una remuneración por el servicio prestado más los gastos en que incurra con motivo del embarazo, y en el segundo solo los gastos en que incurra con motivo del embarazo.

La esposa de la pareja contratante puede proporcionar su óvulo o permitir que un óvulo de una donante sea fecundado por el espermatozoide de su esposo; y además en recibir al niño como si fuera su propio hijo y en el caso de que no haya proporcionado su óvulo (ya sea porque haya sido donado o porque se trate del óvulo de la madre substituta) consiente en adoptar al niño.

Por la importancia de este contrato, el consentimiento debe ser expreso y por escrito de manera que no haya dudas sobre las obligaciones del mismo.

b) Objeto

Contractualmente el objeto (objeto-cosa), debe estar en el comercio, pero los contratos dentro del derecho de familia, no comparten las características de los contratos cuyo contenido obligacional es predominantemente económico.

Resulta obvio que el objeto de este contrato está fuera del comercio, pero sobre todo hay razones de peso para considerarlo un contrato con objeto ilícito, atendiendo tanto al objeto que se implanta (embrión), su actividad (el coito) o sus negligencias de omisión, transforman el elemento recibido, es decir, el objeto de arrendamiento es resultado del proceso, esto es, el hombre, la persona.

En el supuesto de alquiler del útero como parte del ser humano, como en el de un arrendamiento de obra cuyo resultado es el hombre, debe "incidir" en la prohibición absoluta de que la persona o sus componentes sean objeto de relaciones jurídicas.¹⁹

¹⁹ LLEDO YAGUE, Francisco "El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo" Op. Cit. p 50

EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBSTITUTA

El objeto del contrato se divide en:

- **Objeto Directo.-** Crear y transmitir derechos y obligaciones.
- **Objeto Indirecto.-** Dar, hacer o no hacer.

Del objeto directo nacen las obligaciones a cargo de las partes y estas tienen a su vez su objeto directo e indirecto, siendo el primero, el dar, hacer o no hacer y el segundo la cosa que hay que dar y el hecho que hay que realizar (abstención) según el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien, las obligaciones de este contrato consiste en "hechos"²⁰ los cuales deben de satisfacer los requisitos de los artículos 1827 y 1828 del Código Civil para el Distrito Federal que establecen:

" Artículo 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser:

I.- Posible;

II.- Lícito."

²⁰ Dentro de las obligaciones de hacer existen la clasificación de las obligaciones de hacer de medio o de actividad y las obligaciones de resultado. En las primeras se le exige responsabilidad por negligencia al deudor del hecho, que el acreedor debe probar, en el caso de las madres sustitutas esta obligación de medio o de actividad consistirá en no cometer actos negligentes que pongan en peligro el buen desarrollo del embarazo (vgr. fumar, tomar, drogarse, etc.).

"Artículo 1828.- Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización."

Ahora bien, el artículo 1829 del Código Civil para el Distrito Federal establece: "No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero si por otra persona en lugar de él."

El que la madre substituta preste sus servicios le es físicamente posible, pero habría que analizar si la calificación de imposible que establece el artículo 1828, se refiere a lo que las leyes de la naturaleza permiten que se lleve a cabo sin la intervención de los adelantos tecnológicos, o bien abarca hechos que, aunque imposibles es un tiempo en la actualidad pueden realizarse. El legislador, en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, no contempló esta problemática, por lo que nosotros nos inclinamos a pensar que solo en los casos donde se busca la preservación de la vida (adelantos médicos) y no cause, problemas jurídicos y psicológicos graves, es decir, de difícil resolución, los hechos que antes eran imposibles (vgr. impedir la muerte por pulmonía) se consideren como física y jurídicamente posibles.

Partiendo de la base que el hecho es física y jurídicamente posible en el contrato de madre substituta, la obligación de ésta es someterse a la inseminación o al trasplante del embrión, llevar a término el embarazo (obligación de hacer y de dar). Al tratar el objeto hecho de los contratos, sabemos que el hecho (positivo o

negativo) debe ser: 1) Posible y 2) Lícito. El alquiler de útero si es posible, y así se ha venido realizando.²¹

Si se trata de un alquiler de útero y aportación de óvulo, no es un contrato mixto de prestación de servicio y de cosa, sino un "acuerdo sobre el producto de la actividad contratada, es decir, el hijo de la madre substituta, substitución plena o más bien, la porción que le corresponde".²²

El contrato de maternidad substituta se califica como nulo, porque aunque no hay precio, va en contra de la dignidad humana; y sobre materia que no es disponible no se pueden celebrar contratos.

El artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que:

"La cosa objeto del contrato debe: 1° Existir en la naturaleza; 2° Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3° Estar en el comercio."

²¹Tan es posible como lo demuestra la siguiente noticia publicada en el Periódico Excelsior el día 3 de Julio de 1995, que dice "OFRECE SU ÚTERO PARA GESTAR NIÑOS DE SU HIJA". En Londres se supo que una joven inglesa, estéril por razones fisiológicas utilizará el útero de su propia madre para gestar sus óvulos fecundados por su marido y así tendrá "hijos -hermanos", es el primer caso de este tipo que tiene lugar en Gran Bretaña. Suzanne Jones, de 20 años, casada desde hace un año, nunca podrá tener hijos a raíz grave malformación del útero. De común acuerdo con su madre decidió que ésta lleve adelante un embarazo con lo óvulos de la joven inseminados artificialmente. "Lo hago por Suzanne, cuando se tienen hijos se hace cualquier cosa para ayudarlos", dijo la señora Edith Jones, en menopausia desde 1990. "Me quede muy mal cuando supe que mi hija no podría ser madre. Me senti culpable y me ofrecí para ayudarla" agrega la señora Edith que vive en Darlington, en el condado de Durham.

²²Menciona Soto La Madrid, que en el caso de la substitución plena como la ha llamado, el contratante que aporte el elemento masculino podría reclamar su copropiedad sobre el producto, caso en el cual podría llamarse "venta de hijo futuro" y aplicar todo lo relativo al objeto cosa de los contratos (el hijo no es una "cosa"), por lo que lo hace un contrato afectado de nulidad absoluta." En Biogénetica, Filiación y Delito, Editorial. Astrea Buenos Aires. 1990. pp331 y ss

Si se tratara de un arrendamiento de matriz, el objeto cosa del contrato sería la matriz de la madre substituta, objeto que se encuentra fuera del comercio.

El objeto indirecto de la obligación de la madre substituta, es la cosa que hay que dar "y, ¿qué es la cosa? el niño ¿no?

El objeto directo de la obligación de la pareja contratante se resume en los siguientes supuestos (de dar y de hacer):

- en el caso de que la madre substituta, proporcione su óvulo, el conyuge contratante proporcionaría el semen;
- en el caso de que la madre substituta solo aporte su matriz, se le prorcionara el embrión;
- los contratantes proporcionaran a la madre substituta los gastos del embarazo, y en caso de que sea oneroso la remuneración pactada; y,
- cuando el embrión sea producto de donación de gametos, los contratantes adoptaran al niño.

El objeto indirecto de la obligación de la pareja contratante consiste en entregar el dinero pactado y tramitar la adopción del niño en el cuarto supuesto

del punto anterior.²³ De lo anterior, se desprende que el contrato de maternidad substituta, aplicando principios generales no puede tener por objeto un dar, pues no se trata de un bien sino de un ser humano, y al carecer de objeto (tratándose de obligaciones de dar) sería inexistente ya que carece de uno de los elementos esenciales de los contratos.

Además no cabría celebrar este acto jurídico con base en el principio de la autonomía de la voluntad de las Partes, ya que concierne al Derecho de familia y para algunos autores,²⁴ el Derecho de familia es norma de ius cogens.²⁵

La autonomía de la voluntad se ha definido como la forma en que la libertad se traduce en Derecho. Esta voluntad puede ser ¿creadora o actualizadora de normas jurídicas? El límite que el legislador ordena estableciendo normas imperativas es, cuando debe levantar límites a la voluntad de las partes para que su acuerdo no afecte el Orden Público.

Pero independientemente de que se considere a la autonomía de la voluntad como una voluntad creadora o actualizadora de normas jurídicas, resulta

²³ Podría decirse que no es propiamente una adopción, pues esta presupone un niño ya nacido que por diferentes circunstancias ha quedado huérfano, y en este caso no hay un niño ya nacido.

²⁴ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. "La Atribución de la Maternidad en la Gestación Contratada." Comunicación presentada al II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vittoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.

²⁵ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 53, define a las normas ius cogens como "...norma imperativa de derecho internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter." De aquí que el Derecho Comparado se ha pronunciado porque no se permita en principio

evidente que este contrato sale de dichos límites por entrar en juego intereses del hombre que importan al Estado y que por lo mismo podrían considerarse de orden público.

En el campo de la autonomía de la voluntad, se han distinguido dos corrientes: 1) que intentan dar fundamento a una absoluta libertad para crear negocios jurídicos; 2) establece que no deben sino actualizarse a lo ya preceptuado por el Derecho Objetivo.

En primer lugar, la concepción individualista del Derecho establece que el hombre es por naturaleza libre, independiente y aislado, titular de derechos inalienables e imprescriptibles, de derechos llamados naturales, indivisiblemente unidos a su cualidad de hombre. Las sociedades se han formado por la aproximación voluntaria y consciente de los individuos, que se han reunido con el fin de asegurar la protección de sus Derechos individuales naturales, y sin duda , por efecto de esta asociación, se han impuesto restricciones a cada uno , pero solo en la medida que esto es necesario para asegurar el libre ejercicio de los derechos de todos.

El Estado, no tiene otro fin que proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno. El Derecho Objetivo tiene por fundamento el derecho subjetivo del individuo, impone al Estado la obligación de proteger y de garantizar los derechos del individuo.

Estableciendo que" las leyes civiles que interesan al orden público y a las buenas costumbres, como todas las relativas a la organización de la Familia, a la competencia, a la capacidad -son- leyes que no pueden derogar las partes con sus convenios, determinan también la función y deberes del juez, quien debe declarar nulos y sin ningún valor los acuerdos que violen estas leyes."²⁶

De aquí que queden sustraídas del campo de la autonomía , los sectores del Derecho que se refieren a la subsistencia de las relaciones sociales como es el Derecho de familia, ya que su función es regular la manifestación esencial de sociabilidad que es la familia y el Estado y la Capacidad de las personas.

La razón de peso para considerar este contrato es inexistente por falta de objeto, por que el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres; además de que ataca las relaciones paterno filiales al acordar la procreación de un hijo para que cuando nazca, otra la adopte..

Resumiendo, este contrato no se puede celebrar porque:²⁷

1) La materia objeto (objeto-cosa) del contrato no es disponible y está fuera de la voluntad de las partes negociar con ella;

²⁶PIETROBON, Vittorino, "El error en la Doctrina del Negocio Jurídico" tr de Manano Alonso Pérez Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1971.

²⁷MIER Y TERÁN, Salvador, "El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida." Pamplona, España, 1989, tesis Doctoral pp 554 y sigs.

2) El objeto (objeto-hecho; si se tratara de una obligación de hacer) es ilícito por²⁸ ser contrario a los principios de orden público.

Es un servicio que contraviene las leyes, la moral y las buenas costumbres (y por la naturaleza de alquiler del cuerpo humano se asemejaría a la profesión más antigua del mundo).

3.3. ELEMENTOS DE VALIDEZ

Siguiendo con los elementos de los contratos, los elementos de validez son, según se desprende del artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal:

- a) Capacidad de las partes;
- b) Ausencia de Vicios en la Voluntad;
- c) Licitud en el Objeto, Motivo o Fin; y,
- d) Forma.

²⁸Además el Comité Nacional de Ética Francés opinó en Diciembre de 1984 que el recurso a está práctica, es el Estado de Derecho ilícita ya que realiza la cesión de un hijo y tal contrato y obligación es nulo por su objeto y es contraído en fraude a la ley relativa a la adopción. ¿Porque? porque un juez se pronunciará siempre en interés del hijo pues en la adopción aprecia la oportunidad de adopción después de una investigación, por lo que no debería el derecho acceder a la demanda de adopción de una mujer que desearía educar un hijo concebido y llevado por otra mujer. Sin embargo, se han establecido algunos argumentos a favor en casos muy especiales: 1) Cuando ya ha habido una fertilización in vitro y no puede desarrollar el embarazo; 2) Cuando es alquiler gratuito y altruista; 3) Podría ser lícito siempre que se limitará el número de veces que una mujer fuera sustituta.

a) Capacidad de las partes.

A menos que uno de los contratantes fuera incapaz (Cfr. art. 750. del Código Civil para el Distrito Federal), este contrato si cumple con el primer requisito de validez.

b) Ausencia de Vicios en la Voluntad

Como lo establecen los artículos 17 y 1812 a 1823 del citado código, los vicios de la voluntad son:

- Error
- Violencia
- Dolo
- Lesión

ERROR:

Es la falsa apreciación de la realidad o la no concordancia con lo que se hace y lo que se cree que está haciendo, pero en este tipo de actos jurídicos, el error es tan evidente que:

"Es el caso, que la ilicitud del objeto contractual es tan visible que alguna de las partes podría pretender el desconocimiento o error, sobre esta circunstancia."²⁹

Por lo que, sería muy difícil que alguna de las partes, no se diera cabal cuenta de lo que se están obligando a realizar.

VIOLENCIA

Es el empleo de fuerza física o amenazas que importan el peligro de perder la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del 2º grado (Art. 1819 del Código Civil para el D.F.).

El vicio de la voluntad consiste en el temor que se hace sentir a la víctima por medio de las amenazas por las que se vale el autor de la violencia para intimidar al sujeto.

²⁹SOTO LA MADRID, Miguel Angel. "Biogenética, filiación y delito." *Op.Cit* p 337.

En el presente análisis, el contrato se invalidaría por esta causa, pero por lo mismo podría confirmarse.

Podríamos poner el caso extremo de una vis compulsiva donde una mujer podría no agradecerle a su marido si no tiene hijos, y contrate una madre substituta para ello, caso en el cual, no basta para viciar el consentimiento (Art. 1820 del Código Civil para el D.F.).

DOLO

Es un medio para inducir al error, no ser involuntario. Este se constituye, por artificios engañosos o maquinaciones fraudulentas por medio de las cuales una persona es inducida por otra a otorgar un acto jurídico que se de de otro modo no habría consentido o lo habría celebrado de otra manera, bajo diferente estipulación (Art. 1815 del Código Civil para el D.F.).

El dolo puede ser positivo o negativo, en el primer caso consiste en sugerencias o artificios que ejecuta una de las partes para inducir o mantener en el error de uno de los contratantes constituye la mala fe.

Por ser el resultado el error, es aplicable lo comentado en el punto anterior.

LESIÓN

Es una "notoria desprobación entre lo que se da y lo que se recibe a cambio"³⁰; y el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 17, da derecho a exigir la nulidad del contrato ó la reducción equitativa de la obligación más el pago de daños y perjuicios cuando alguien explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia y extrema miseria de otro, obtiene un "lucro excesivo" que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obligó.

Sin embargo, ¿Como puede hablarse de una proporción cuando entran en juego cosas o hechos invaluable?³¹

4 . FORMA

Por la importancia que este contrato implicaría si se llegara a permitir, debería de hacerse en forma escrita, y en nuestra opinión en escritura pública, con el fin de que el fedatario explique claramente las consecuencias legales que originaría el

³⁰ GALINDO GARFÍAS, Ignacio "Derecho Civil" Editorial Porrúa, México, 1993, p 234.

³¹ Al igual que el daño moral, no podría cuantificarse realmente y como lo único que puede retribuirse como indemnización es dinero llegan a ser cantidades que nunca se sabrá si son o no equitativas.

mismo. Para el Maestro Chávez Asencio,³² la forma debe ser escrita y agrega que se deben imprimir las huellas digitales por la misma razón anterior.

5. NULIDAD

Se ha dicho,³³ que este contrato es nulo absoluto, pero cabe la duda sobre si dicha nulidad, debe ser declarada judicialmente u opera por simple ministerio de la ley. Para nuestro Código Civil, dicha nulidad no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los que serán destruidos retroactivamente cuando SE PRONUNCIE por el Juez la nulidad. De ella puede valerse todo interesado y no desaparece por la confirmación ni prescripción (Art. 2726 del Código Civil para el D.F.).

Sin embargo, la legislación argentina ha establecido lo siguiente: "La nulidad de un acto se manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad..." se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido juzgados (Art. 1038 Código Civil Argentino).

Y cuando debe ser declarada por el juez: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto sabiendo o debiendo saber, el vicio que lo invalidaba. Puede pedirse

³² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, "La familia en el derecho en relaciones jurídicas conyugales" Op Cit. p. 42-44.

³³ SOTO LA MADRID. "Lo que hace un contrato afectado de nulidad absoluta, pero no existente." Op. Cit.

declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.” (Art. 1047 Código Civil Argentino).

La forma más difundida en América Latina sobre la nulidad absoluta es la siguiente:

a) Es declarada por el juez aunque no lo pidan las partes, siempre que resulte manifiesta, pero no opera por disposición de la ley; y,

b) La determinación oficiosa de la nulidad absoluta está encomendada a la judicatura por los artículos 1683 del Código Civil Chileno; 1726 del Código Civil Ecuatoriano, y 1742 del Código Civil Colombiano; entre otros.

“El arrendamiento de útero... y más todavía la maternidad substituta con aportación de óvulo y vientre constituyen contratos, manifestantes ilícitos, y por lo tanto afectados de nulidad absoluta, por lo que si se pidiera judicialmente su cumplimiento a través de la ejecución forzada, la autoridad judicial...rechazará dicha solicitud argumentando, la ineficacia absoluta de otros acuerdos. Esto, si en el país donde la cuestión se plantea, no existe ninguna disposición legal que autorice este tipo de negocios.”³⁴

³⁴ SOTO LA MAORIO, Miguel, “Biogenética, filiación y delito” Op Cit. p 330

Este podría ser el criterio que los jueces deberían seguir cuando se presente un caso en nuestro sistema jurídico, pero existen argumentos para considerar ya sea, a la madre genética como madre legal o a la madre biológica o gestante como madre legal.³⁵

La solución más simple parece ser la que surge del Código Civil de Argentina y del de México, es decir que "la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado."

Pero es tan manifiesta la inmoralidad, que al ser ambas partes responsables de afectar la dignidad del grupo social, la solución no debe buscar la protección de los contratantes de mala fe.

De aquí, se dependen dos disposiciones:

1. La que sostiene la restitución simple de lo que se hubiere entregado por causa del contrato nulo para evitar un enriquecimiento sin causa, y
2. La que sanciona a ambos, haciéndolos perder lo que hubiesen hecho o apartado, caso en el cual, la madre substituta que incumpliera unilateralmente resultaría la más beneficiada.

³⁵Vid. Supra. Cap. Derecho Comparado.

Se ha sugerido, que en lugar de que se trate de un delito sería más justo que el Estado repitiera contra los contratantes de mala fe que hubieran recibido un beneficio de un acto ilícito y dedicar su importe a los niños desamparados.³⁶

Cualquiera que sea la solución debe prevalecer que el incumplimiento de un contrato ilícito de este tipo no es exigible, y las partes no pueden recuperar lo que hubiesen dado o entregado al contratante.

6. DELITO

También podría suceder, que una de las partes quiera rescindir el contrato, si fuera la madre substituta, y decidiera rescindir el contrato devolviendo lo que hubiese recibido e interrumpir por su parte el embarazo, podría dar lugar a diversas situaciones.

1. Al interrumpir el embarazo, se está abortando, el aborto es un delito tipificado en nuestro Código Penal, por lo que se actualizaría el supuesto y la madre substituta lo estaría cometiendo.

³⁶ SOTO LA MADRID, Miguel A. "Biogenética, filiación y delito" Op Cit. p 338

2. Si interrumpe el embarazo, tratándose de un embrión implantado, producto de los padres genéticos, sería un aborto. Por ello, tampoco debería contemplarse la posibilidad de rescindir el contrato de esa manera; el único efecto que traería la rescisión es o abortar a un niño o permitir que muera en el caso de que se haya concebido in vitro y la madre substituta se niegue a que lo sea implantado.

CAPITULO IV

1.-CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MADRE SUSTITUTA Y CONTRATOS AFINES

- a) COMPRAVENTA
- b) ARRENDAMIENTO
- c) PRESTACIÓN DE SERVICIOS
- d) OBRA A PRECIO ALZADO
- e) DEPOSITO

2.- INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

2.1 INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO

3.- PROBLEMAS JURÍDICOS FAMILIARES DERIVADOS DEL CONTRATO

- a) FILIACIÓN
- b) SUCESIONES
- c) DERECHOS DEL NASCITURUS
- d) ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD

4. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MADRE SUBSTITUTA Y CONTRATOS AFINES

CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO

Para el Maestro Manuel Chávez Asencio,³⁷ es un contrato plurilateral donde intervienen el doctor, los padres, y solo deben contemplar parejas unidas en matrimonio, nunca solteras porque "se trata de ayudar a generar la filiación dentro del matrimonio que es la forma legal y moral de constituir la familia" y agrega como condición de legalidad debe acreditarse médicamente que los cónyuges no pueden tener hijos por medios naturales.

Se trata de un contrato bilateral ya que ambas partes se obligan recíprocamente. La madre substituta se obliga ya sea a recibir el embrión o a ser fecundada, llevar a término el embarazo, y entregar al bebé a la pareja contratante. La pareja contratante, se obliga a proporcionar solo uno de ellos, así como a cubrir los gastos del embarazo y del nacimiento.

En principio se trata de un contrato consensual ya que no requiere formalidad alguna para su validez pero, se ha dicho que por la complejidad de este contrato se considera que la voluntad de las partes debería asentarse por escrito.³⁸

³⁷ CHÁVEZ, ASENSIO, Manuel F. "La familia en el derecho y relaciones jurídicas conyugales", Op Cit. p. 43.

³⁸ DE ARGUINAGA GIRALTO, Adriana "Filiación derivada de contratos de madres substitutas", Tesis Profesional. Universidad Iberoamericana, México, 1989. p. 58.

Por regla general es un contrato oneroso en virtud de que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, pero puede ser gratuito en el caso de que no pacte ninguna remuneración a la madre sustituta.

Es un contrato conmutativo, porque las prestaciones son ciertas desde que se celebra el contrato de modo que la ganancia y la pérdida se conocen desde el nacimiento del contrato. Sin embargo, es un contrato sujeto a condición suspensiva³⁹ ya que las prestaciones debidas dependen del acontecimiento futuro de realización incierta que puede ser, que el semen fecunde el óvulo de la madre sustituta o que el embrión transplantado se implante en el útero.

Es un contrato intuitu personae porque se contrata a la madre sustituta en base a su calidad biológica y emocional.

Es un contrato principal ya que no depende de ningún otro para su existencia, ya que tiene su propia finalidad jurídica y existe por sí mismo. Se podría argumentar que depende de un contrato de prestación de servicios profesionales de un médico o clínica, pero no lo creo así, por lo que hemos mencionado y porque puede ser inseminada o transplantado el embrión sin que medie un contrato de esta naturaleza.

³⁹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, "Derecho Civil", 3ra edición, editorial Porrúa, México, 1993, p.57.

Es un contrato complejo porque las prestaciones que implica corresponde a la de varios contrarios; hemos mencionado entre otras la remuneración, de los gastos médicos, la manutención en el período de embarazo, etc.

Es un contrato de ejecución sucesiva, ya que las prestaciones de la madre substituta se van ejecutando momento a momento durante toda la vigencia del contrato.

Se trata de un contrato innominado por no estar regulado, pero aunque hemos establecido que no debe fundarse en el principio de autonomía de la voluntad, podría hacerlo para crear relaciones jurídicas entre las partes y aún derivar acciones de incumplimiento.

Como contrato innominado según el artículo 1858 del Código Civil, se regirá "por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados. A continuación, analizaremos sus contratos afines para ver si es posible que se apliquen las reglas de estos contratos."

CONTRATOS AFINES

"Si tuviéramos que encasillar al contrato de incubación en útero ajeno dentro de los negocios jurídicos, concluiríamos que la figura contractual más a fin resultaría ser el arrendamiento de servicios y de obras."⁴⁰

Asimismo analizaremos su semejanza con la compraventa, el arrendamiento, la prestación de servicios, el contrato de obra a precio alzado y el depósito, por las prestaciones que implica el contrato objeto de este trabajo ya que implica varias de las que estos contratos establecen.

a) COMPRAVENTA

El contrato de compraventa es aquel por virtud del cual una de las partes transmite la propiedad de una cosa, o la titularidad de un derecho a la otra, quien se obliga a pagar por ésta un precio cierto y en dinero..

Esta definición no es aplicable en el contrato de madres substitutas ya que en primer lugar el embrión no es una "cosa que una madre substituta

⁴⁰ LLEDO YAGUE, Francisco. "El alquiler de úteros y el problema de las madres substitutas o por encargo." Op Cit p.23-24.

pueda transmitir" aunado a que esta no es propietaria del niño y por lo tanto no puede "vender" aquello que no es de su propiedad.

Se ha dicho que la contraprestación que la madre substituta recibe más los gastos médicos y los gastos de manutención durante el embarazo (si así se pactaron), constituye el pago de un precio por la entrega del niño al padre o los padres. Esto implicaría que estaríamos en presencia de un contrato de compraventa de niños, lo que suena absurdo, ya que, el concebido entra en la protección de la ley y de ninguna manera estamos frente a un "bien" comerciable.

b) ARRENDAMIENTO

El contrato de arrendamiento es aquel en virtud del cual el arrendador se obliga a conceder el uso o goce temporal de una cosa al arrendatario, a cambio de un precio cierto (Art. 2398 del Código Civil para el D.F.).⁴¹

De esta definición podría desprenderse que la madre substituta "rentaría su matriz o útero para que la pareja la usara para el desarrollo del embrión y la renta consistiría en pagar un precio por ese uso y goce.

⁴¹ Cabe mencionar que el Código Civil de 1884, contemplaba dos figuras: el arrendamiento cuando el objeto se trataba de bienes inmuebles y el alquiler cuando se trataba de bienes, y la prestación por parte del arrendatario se denominaba renta en el primer caso y alquiler en el segundo. Esta distinción ha sido suprimida por el código vigente

Sin embargo, una vez más se opone la idea de que el cuerpo humano puede ser objeto del contrato, ya que está fuera del comercio.⁴²

Además, por virtud del arrendamiento tiene derecho a los frutos que produzca el bien objeto del contrato. ¿Acaso consideraríamos al niño un fruto? Diríamos que no porque el niño no es fruto de la madre ni parte de ella, sino que es un ser con vida independiente y que además ha entrado bajo la protección de la ley.

El alquiler del útero no es un arrendamiento de cosa, dice Clavería González⁴³ porque "no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano y parte de él no es jurídicamente "cosa" razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato."

Por estos dos argumentos podemos deducir que no se trata de un contrato de arrendamiento.

⁴²Vid. Supra IV.3.1.

⁴³ CLAVERIA GONZÁLEZ, citado por SOTO LA MADRID, Miguel A. "Biogenética, Filación y Delito." Op Cit. p. 328.

c) PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El contrato de prestación de servicios puede ser de profesionales o de técnicos y es aquel por virtud del cual una persona llamada profesionista o técnico se obliga a prestar determinados servicios que requieren una preparación técnica y a veces un título profesional a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario.⁴⁴ Considero que no constituye un contrato de prestación de servicios profesionales o técnica ya que no se necesita estar preparado profesionalmente o técnicamente para prestar el servicio de madre substituta. Si no que esta sea físicamente apta para gestar el embarazo.

Más bien se da la "prestación gratuita de una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación de incidencias, etc. que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, el modo de un "atípico arrendamiento gratuito de obra o de servicio".

En estos casos nos enfrentamos con actos jurídicos atípicos, donde es difícil encontrar una similitud con algún otro contrato nominado, por la complejidad del objeto.

⁴⁴ SANCHEZ MEDAL, Ramón. "De los contratos civiles," p 324.

d) OBRA DE PRECIO ALZADO

Es el contrato en virtud del cual una de las partes llamada empresario dirige la obra y pone los materiales, todo el riesgo de la obra , carrera a cargo del empresario hasta el acto de la entrega.

Lo anterior se entendería de la siguiente manera:

En el presente contrato la madre substituta sería el empresario y tendría que dirigir la obra, en este caso sería desde decidir que técnica de fecundación asistida se utilizaría, asimismo poner los materiales que en este contrato serían:

- 1.- El óvulo independiente que sea de ella, de la esposa contratante o de la donante;
- 2.-La matriz;
- 3.-El semen del esposo contratante o de un donante.

Tomando en cuenta que ni el niño es un bien mueble. y que la madre no pone todos los materiales, no podemos encuadrar este contrato como contrato de obra a precio alzado.

e) DEPOSITO

Es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una "cosa mueble" o "inmueble" que aquel le confía y a guardarla para restituirla cuando la pide el depositante.

Ya que el embrión no es una "cosa inmueble" y además que es protegido por la ley no se puede decir que sea un contrato de deposito.

4.2. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

Si en caso de que el contrato se haya formalizado, pero fallen principios de ejecución, pueden existir graves consecuencias si la madre se negara a cumplir el contrato como las siguientes:

1. A no ser inseminada o a que no se le implante el embrión;
2. No continuar el embarazo (abortar); y,
3. No entregar la criatura después del nacimiento.

Como hemos visto que se trata de un contrato ilícito no podría exigírsele el cumplimiento forzado, y aunque la ley o la moral lo admitiera, el hecho de someterse a una inseminación o a una transferencia de embrión se trata de un acto personalismo⁴⁵, por lo que no cabe acción legal para cumplirlo, aunque si el resarcimiento de daños y perjuicios si el incumplimiento careciera de justificación.

La única acción que puede darse a la actora sería el pago de daños y perjuicios no siendo posible el cumplimiento forzoso pero sí la resolución de la obligación consistente en no inseminarse o dejarse transferir el embrión pero si el resarcimiento de daños y perjuicios en este caso.

Sin embargo, podría darse, que la obligación de hacer pueda ser realizada por otra madre substituta, cuando sea posible y que consistiera en transferir el embrión que o bien fue implantado o fue producto de la unión del óvulo de la madre substituta y el semen del contratante, a otra madre substituta de la primera madre substituta dándose el caso de que tuviera tres madres "si es que no hay una adoptiva al final". Pero ¿que acción correspondería a "quitarle" el hijo "objeto" del contrato a la madre substituta que ahora decide que si es su hijo? ¿Se le podrá forzar a que se deje operar para implantar el embrión en otra persona?⁴⁶

⁴⁵SOTO LA MADRID, Miguel A. "Biogenética, Filiación y Delito," Op Cit, p. 331.

⁴⁶Quizás es un poco "futurista" el pensar en embarazos para que luego haya una reimplantación en otra madre substituta, pero ¿hasta donde podría llegar la ciencia? Por ello, insistimos, aunque sean adelantos increíbles, debemos regularlos jurídicamente pra frenarlos

Sin embargo, como la madre substituta se escogió por sus cualidades personales (elementos físicos, compatibilidad sanguínea, etc.) lo que deben cumplir personalmente por lo que se haría impensable que se le obligara a dejarse "extraer" el embrión o feto para que otra lo termine.

Si se niega a continuar o concluir según existiese o no la posibilidad jurídica de abortar impunemente en el país de que se trate,⁴⁷ pero no es el caso, pues salvo casos muy especiales el aborto esta tipificado en la legislación de nuestro país. Por ello, la obligación de concluir el embarazo se vuelve en "una obligación de carácter público, no de tipo contractual."⁴⁸

En el caso de la Baby M, que hemos expuesto anteriormente primero se reconoce la obligatoriedad del contrato. Para que la madre substituta pueda renunciar y dar por terminado el contrato hasta antes del momento de la concepción, quedando obligada a resarcir daños y perjuicios, pero si ya estaba inseminada, tiene derecho:

- A decidir, con exclusión del donante si aborta o no (según el Derecho de los Estados Unidos de América, que lo permite por considerar "supremo" el derecho a determinar la manera en la cual su cuerpo y su persona pueden ser utilizados)

⁴⁷ SOTO LA MADRID, Miguel Angel, "Biogenética, Filación y Delito." Op Cit , p 331

⁴⁸ idem.

y con la madre substituta "la clausula que prohíbe el aborto a menos que la parte masculina acceda, es nula e inexistente."

2.1. INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Respecto a la indemnización que podrían exigir, tanto el matrimonio contratante (porque decidiera no concluir el embarazo o no quisiera entregar al niño) o bien la madre substituta (porque el matrimonio no registre el niño resultado del embarazo, o se pruebe que no fue el producto de la inseminación sino de su marido, si lo tuviere) se ha establecido que, si los convenios de subrogación fueron validos, su desacato injustificado produciría una amplia responsabilidad pecuniaria que incluiría los gastos médicos, el lucro cesante de la pareja estéril cuando se hubieran preparado psicológicamente para ser padres, reparación de daño moral producido por el aborto, etc.

Se entiende por incumplimiento la abstención de realizar la prestación que se adeuda, así como la realización de la prestación que el deudor debía omitir. El incumplimiento es el hecho generador de la responsabilidad civil contractual y también causante de la ejecución forzada.

Si del contrato de maternidad substituta la madre deja de entregar al niño o desea interrumpir el embarazo, incurre en cumplimiento establecido en el

artículo 2104 del Código Civil, responsabilidad compensatoria o moratoria (Cfr. arts. 1949, 2027, 2028 y 2107).

En el caso de presente contrato, como se trata de una obligación de hacer y sólo es posible que lo ejecute el deudor (madre substituta) la indemnización sólo puede ser compensatoria. Dicha indemnización se transforma en una obligación de dar (arts. 2027 y 2064 del Código Civil).

Pero volvemos al problema de la cuantificación de los daños.

¿Cuál es la "cuota" por perder un hijo? ¿Cuál es la cuota por dejar de ser madre?

La relación entre culpa e indemnización es determinante para la cuantificación de la segunda.

La culpa contractual consiste en una dolosa o imprudencial y por lo tanto injustificada, que consiste en la abstención del deudor de ejecutar la prestación que es objeto de su obligación y es injustificada por no haber causas que la justifiquen (caso fortuito o fuerza mayor).

En obligaciones de hacer, se incurre en culpa cuando intencional o imprudencialmente se realizan actos contrarios al cumplimiento de su obligación o deja de realizar los necesarios para poder cumplir.

La responsabilidad se traduce en la obligación de reparar los daños y perjuicios que se causen.

Por daño se entiende la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación (artículo 2108 del Código Civil). Y por perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación (artículo 2109 del Código Civil).

Para que puedan exigirse los daños y perjuicios es necesario que exista una relación de casualidad entre el incumplimiento de la obligación y el origen del daño o perjuicio.

Como hemos visto, la patrimonialidad de una obligación en un contrato no siempre es de carácter pecuniario, ya que existe, además del patrimonio pecuniario, el patrimonio moral al que hemos hecho alusión. Si se sufre una pérdida o menoscabo en el patrimonio moral habrá un daño moral, con la consecuencia de reparar los daños que se hayan ocasionada.

Además de la reparación causada por el incumplimiento del contrato, podría exigirse la responsabilidad por daño moral al que hemos visto el aspecto patrimonial no siempre implica prestaciones de carácter económico. Por lo que además de la responsabilidad patrimonial, existe la responsabilidad por daño en el patrimonio moral, el cual es un daño que hiera a un individuo en sus afectos experimentando por ejemplo la muerte de un hijo que esperaba o de una familia.

4.3. PROBLEMAS JURÍDICOS FAMILIARES DERIVADOS DEL CONTRATO

Todas las técnicas modernas de reproducción tienen exigencias en el área conyugal, de la filiación, y de las sucesiones.

¿Que pasaría si efectivamente la madre sustituta está de acuerdo en entregar al niño, pero la madre genética muere o la pareja ya no está en condiciones de mantener al niño?

a) FILIACIÓN

Por ser natural la relación padre-hijo y previa al Derecho, no se consideró necesario incluir definiciones o conceptos para conocer cuales son los supuestos de paternidad o maternidad. Actualmente es necesario distinguir cada supuesto que coloca a un individuo como hijo de otro.

Dar a luz a un niño no vincula sanguíneamente a la madre con éste, pues el origen de la vida se encuentra en el espermatozoide y el óvulo que darán

origen al nuevo ser, por lo que los que aportaron éstos, son los que originaron su composición genética.⁴⁹

Originada la vida, la madre substituta que preserve el embrión no influye genéticamente en el ser, sino que solo es compatible con él. No es posible considerar dado el caso, que una maquina que preservare la vida del concebido sea su madre aunque no lo determine genéticamente.

Para la ley, la filiación toma en cuenta tanto el momento de la concepción como el nacimiento, por lo que la acción de desconocimiento del padre por no haber podido tener acceso carnal a su esposa puede ser destruida con la prueba de la inseminación artificial. Si la mujer fuese fecundada con semen del marido no puede haber un desconocimiento de la paternidad.

Se discute si el padre puede impugnar y desconocer la paternidad y la doctrina (o parte de ella) señala una prevalencia absoluta del elemento genético.

La filiación hasta ahora se prueba, en el caso de la madre, por el hecho del nacimiento, y la del padre se prueba por conjeturas y supuestos que le

⁴⁹Alrededor de este trabajo, hemos partido de la base que los gametos provienen de una pareja (matrimonio), entendiendo el gameto como un conjunto de información genética de la persona que lo aporta. Sin embargo, en la actualidad, la ciencia ha desarrollado un método para la obtención de gametos con información genética de diversas personas a lo que han llamado la neoeugenesia.

presumen (la prueba genética, la hematológica, entre otras). Pero dejando a un lado la multiplicidad de supuestos que hay para probar o impugnar la paternidad, la maternidad hoy en día ya no es tan indubitable, precisamente por el contrato de maternidad substituta.

Podría ser uno de los medios, la prueba hematológica y la histocompatibilidad -que el Código Civil Argentino establece- "mediante la cual se establece quienes eran en realidad, las personas que habían dado en herencia al hijo, las proteínas antigénicas de la membrana citoplásmica, codificadas en el sexto par cromosómico, es decir, los padres biológicos con un grado de confiabilidad entre el 96 y el 99.9% como hoy ocurre."

Vemos que hoy en día es posible desdoblarse el proceso unitario de fecundación, gestación y parto, por lo que tal hecho del nacimiento ya no es prueba plena de la filiación materna y que desvirtúa la máxima "mater semper certa est"⁵⁰

En nuestro código, y sobre todo por la época en que fue redactado, se presumía que la mujer que daba a luz era la misma que aportaba el material genético, así el hecho del nacimiento se vuelve en referencia a la filiación, una presunción iuris tantum et de jure, como podría concebirse actualmente, y las pruebas que podía admitir en contrario sería, la existencia de un contrato de este tipo y la información genética distinta, si se le toma como una "incubadora" que llevo a término el embarazo, la madre será la genética.

⁵⁰ DE AGUINAGA GUIRAUTL. Adriana "Filiación derivada de contratos de madres substitutas." Op Cit p. 5, 6 y 7.

La atribución de la maternidad a la madre gestante es lo más respetable, porque siempre debe optarse por el interés del hijo.⁵¹

Se rompe el principio de que la filiación con relación a la madre resulta del hecho del nacimiento (art. 360 del Código Civil para el D.F.), porque el supuesto que se contempla es de una madre que no lo procreo y "no es su madre atendiendo a que la maternidad se da por la fecundación..."⁵² Como veremos en los principios que establece el Consejo de Europa⁵³ se establece que la maternidad siempre debe ser determinada por el hecho del nacimiento más que de genética por las siguientes razones:

- a) La relación entre el niño y la mujer que le da nacimiento es más importante; y,
- b) La necesidad de darle al niño una CLARA SITUACIÓN legal al nacer, por ello la madre substituta debe ser considerada como madre para la ley nacional.

Además, hemos visto que el contrato de maternidad substituta, implica una renuncia a la filiación de la misma (por el hecho del nacimiento), a lo que establece el artículo 338 del Código Civil que: "No puede haber sobre la filiación ni transacción ni compromiso en árbitros.

⁵¹ DE ASIS SANCHO REBOLLIDA, Francisco, así lo explica "... lo que ocurre con esta disociación es en nuestra opinión que el concepto de maternidad ha quedado vacío o truncado en su contenido. La maternidad comporta la aportación genética, la gestación y el alumbramiento." Estudios de Derecho Civil, T. I. Pamplona 1978.

⁵² CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., "La familia en el derecho, relaciones jurídicas conyugales." Op Cit p. 37.

⁵³ Vid. Supra. Cap. III.

Lo difícil aquí es saber quien tiene los derechos de filiación sobre el niño, la madre substituta, o la madre genética (en supuesto de que no hubiera habido aportación de óvulo por su parte, ya que, si lo hubiere, se aplica perfectamente el artículo citado para renunciar a sus derechos de filiación sobre el niño).

Lo difícil es que no es muy preciso determinar como se debe proteger a un niño que nace de una madre substituta, por lo mismo, debería contemplarse en el Código Civil una protección especial para los niños nacidos por vías no naturales.

Subrayamos que para nosotros es a todas luces un acto inmoral, pero proponemos una regulación preocupados por el interés del menor que va a sufrir las consecuencias.

Además el Código Civil, en los capítulos relativos a la paternidad y filiación, presupone que el hijo siempre lo sera de la madre que lo parió, y no contempla casos en que el hijo pueda ser de dos madres, una genética y otra biológica, por lo que el código civil debería actualizarse estableciendo un capítulo especial en el cual se especifique que no existe filiación, ni derechos y obligaciones de la madre substituta para con el hijo nacido bajo esta técnica de inseminación.

b) SUCESIONES

En esta materia, si no queda resuelto el problema de la filiación, cabría preguntarse si para heredar (en el caso de que la madre substituta no hubiera aportado el óvulo) se consideraría heredero legítimo al hijo procreado por la madre substituta (en relación a los progenitores) o heredero legítimo de la madre substituta. Casos en los cuales se daría una controversia interesante de los herederos legítimos para impugnar la paternidad o maternidad del hijo producto de esta técnica de reproducción. Por tal motivo es importante establecer es estado de filiación que tendrían los hijos nacidos por inseminación artificial y los gestados en la madres substitutas, porque de no hacerlo se estaría dejando a este hijo en un estado de indefensión.

c) DERECHOS DEL NASCITURUS

El artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos declarados por este Código. Otorgándoles con eso una capacidad condicionada al nacimiento, dentro de esa capacidad condicionada puede adquirir (a contrario sensu del artículo 1314) por testamento o por intestado al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o bien los concebidos cuando sean presentados vivos al Registro Civil o vivan cuando menos 24 horas.

También pueden adquirir según el artículo 2357 del Código Civil para el Distrito Federal, donaciones con tal de que hayan estado concebidos al tiempo en que ésta se hizo. La ley, toma en cuenta la independencia manifiesta, por el hecho del nacimiento por su separación en el parto, lo que marca el inicio de sus relaciones jurídicas como persona en los términos de la ley. Esto es que adquiere un "status especial"⁵⁴ pero no la personalidad jurídica.

Mediante esta protección, el menor no puede ser objeto de un acto jurídico, por lo mismo no puede pactarse: 1) que se conciba de un medio diverso al que la ley supone que se concibe, y 2) que una vez concebido sea transferido de un útero a otro, o de un tubo de ensayo a un útero.

La negligencia de celebrar este tipo de contratos sin una regulación adecuada provoca que no se puede deslindar responsabilidad jurídica para con el menor, y para los efectos de como la ley se encuentra la madre del hijo será la madre substituta, por ello, debe actualizarse el supuesto jurídico mediante una disposición que indique quien es el responsable de las deudas para con el nasciturus nacido dentro del matrimonio. Por ello, también es importante determinar las obligaciones que tienen los cónyuges respecto de sus hijos, de los progenitores y de los sujetos que intervengan en el proceso de un nacimiento por vías no naturales.

⁵⁴ DIAZ JIMÉNEZ, Thelma. "Régimen Jurídico del Concebido por Vías No Naturales" Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho p 91.

d) ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA MATERNIDAD

Nuestro Código Civil contempla la acción de impugnación o de imputación de la paternidad, seguramente porque el legislador nunca contempló que el caso de la maternidad pudiera dudarse del origen de esta. Precisamente por ello, no le atribuyó ninguna acción.

Si en parte de la base que "la filiación" se da por la concepción y no por el nacimiento⁵⁵ podría impugnar contra la madre putativa (o substituta) que no es la progenitora o viceversa; que la progenitora desconociera a su hijo y se lo impute a la madre substituta porque no "salió como ella lo hubiera querido"; aunque en la mayoría de las ocasiones se apoya más el derecho a reclamar la filiación que la impugnación de los vínculos paterno-materno filiales.

Resumiendo, algunos consideran que debería contemplarse una acción de impugnación de la maternidad, pero mejor decimos nosotros, no debería de permitirse ni siquiera, el contrato que diera lugar a este tipo de supuestos, pues quien da a luz un niño que genéticamente le corresponde, no puede impugnar la relación materno filial, pues estas hipótesis no coinciden con ninguna de las autorizadas por la ley.⁵⁶

⁵⁵ SOTO LA MADRID, Miguel A. "Biogenética, Filiación y Delito." Op Cit. p. 348

⁵⁶ En algunas legislaciones latinoamericanas, pues la nuestra nisiquiera contempla la que resulte de sustitución de hijo, ni de la suposición de parto.

Esta acción de impugnación de la maternidad, no solo podría ser ejercida por la(s) madre(s) que se pelean la maternidad, sino incluso por el esposo de una u otra o por el mismo hijo, cuando llegue a la mayoría de edad.

Además aunque se establezcan restricciones para impugnar la maternidad "la esencia biológica comienza a imponerse sobre los vínculos putativos derivados de prohibiciones, limitaciones, y presunciones inacabables, y ya comienza a escucharse el criterio de que los hijos tienen el derecho -y hasta la tendencia natural- a conocer su verdadero origen, aunque esto implique poner al descubierto algunas de las miserias propias de los hombres, como la legitimidad, el adulterio de la madre, la relación incestuosa o impuesta y hasta la esterilidad o infertilidad de uno de los padres, para hacer referencia a nuestro tema."⁵⁷

Resultaría injusto que una mujer que aporte el óvulo ya fecundado por el semen de su marido, colocado en el útero de una mujer cuyo único interés era económico, y no procreacional, no pudiera después reclamar su maternidad genética, pues ella sí tenía vacación parental, provocado por la decisión de la madre substituta, nacida por un interés posterior, sobre el hijo, frustrando las expectativas maternas y de trascendencia existencial de la pareja estéril y sus derechos, basados en la aportación genética.

⁵⁷ SOTO LA MADRID, Miguel. "Biogenética, Filación y Delito." Op Cit., p. 349.

En el futuro el Derecho tiene tres opciones para actuar frente a la maternidad substituta: intervenir, permitirla e ignorarla.

Intervenir consiste en una doble acción del legislador. Primero en el plano de la política criminal, penalizando a los protagonistas de un contrato de maternidad substituta, imponiéndoles una sanción penal. ¿Qué es lo que se va a castigar? Se castigará tanto a la madre como a la pareja contratante, por actuar en contra de los intereses del niño (concebido o por nacer) que es completamente inocente y extraño a este acto.

Por el contrario el legislador puede permitirla, bajo ciertas circunstancias haciendo lícita esta operación. Puede someter los proyectos de maternidad substituta a deliberación por parte de autoridades administrativas o judiciales competentes. Pues bien, el Estado debe imponer condiciones severas a la realización de un proyecto y los riesgos de fraude y del aumento de clandestinidad; o bien realizar esa política legislativa que prevenga los riesgos y castigue la violación a las disposiciones estipuladas para esta figura.

Finalmente, el legislador puede decidir ignorar el fenómeno.

Pero ignorarlo, se estaría ante un grave problema, ya que se permitiría que cualquier mujer se convertiría en una fabrica de niños, para venderlos, esto

acabaría en una gran comercialización, otro problema sería que la madre substituta o su esposo o compañero, extorsionarían a los contratantes para no revelarle su origen al hijo gestado. Por lo que es prudente y urgente atender al desarrollo del problema y sus abusos para acabar con los problemas jurídicos derivados de esta técnica de Fecundación Asistida.

Por lo anteriormente expuesto entendemos que:

Si un contrato es el acuerdo dadas o más partes para crear o transmitir derechos y obligaciones y en este caso el acuerdo de las partes tiene la intención de que produzcan esas obligaciones y derechos podríamos decir que se trata de un contrato.

Este contrato en una madre substituta consiste en un hacer, ya que se tratara de una obligación de dar, tendríamos que hablar de un objeto de la obligación, el cual de ninguna manera pueda ser producto de la fecundación implantado o concebido en la matriz de la madre substituta, pues desde ese momento se encuentra bajo la protección de la Ley.

Además de las limitaciones existentes, entre los que se encuentra la de no validez a un pacto o convenio que tenga por objeto el MENOSCABO DE LA LIBERTAD DE LA PERSONA, sería libre de argumentar que fue muy libre para contratar con su matriz. Pero si se obra en contra de leyes permisivas o supletorios no es un hecho ilícito, pero si se hace en contra de las prohibitivas si se considerará como un acto ilícito, prohibición que no es presumible sino expresa, en el caso de que se celebre un contrato contrario a las leyes preceptivas o imperativas (que ordenan o prohíben algo), las cuales

interesan más directamente a la sociedad que a los particulares, este será considerado como ilícito.

El principio de nulidad de los actos inmorales y contrarios al orden público se presenta como una norma subsidiaria a las prohibiciones legales, en cuanto interviene en todos aquellos vacíos dejados por la ley para mayor protección del ordenamiento jurídico. En efecto, el legislador podrá preveer, instruido por la experiencia del pasado, y prevenir ciertos abusos, ciertos pactos inicuos y reprobables, condenandolos con una prohibición.

Además de la reparación causada por el incumplimiento del contrato, podría exigirse la responsabilidad por daño moral, ya que hemos visto el aspecto patrimonial no siempre implica prestaciones de carácter económico. Por que en la responsabilidad patrimonial existe la responsabilidad por daño en el patrimonio moral, el cual es un daño que hiera a un individuo en sus afectos. Reparar un daño es también para la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido y se trata de encontrar un equivalente de colocar el patrimonio moral un elemento activo igual al que ha sido destruido.

El que los adelantos de la ciencia puedan conducir a situaciones donde el ideal moral, o base de las buenas costumbres se cuestionen, es necesidad apremiante que el Derecho determine lo que esas impresiones hagan que una situación se tome confusa.

En nuestro derecho el problema que nos atañe se encuentra sumamente contemplado en los siguientes ordenamientos:

- Ley General de Salud
- Reglamento de la Ley General de Salud

Esta Ley y su Reglamento solo dan bases generales para que una fertilización asistida se aplique a problemas de esterilidad, lo que cabría preguntarse es, si el punto de vista moral, cultural y social de la pareja pueden pasar por el derecho de un niño para nacer y convivir con sus padres.

CONCLUSIONES

1. Los avances de la ciencia médica han rebasado a la ciencia jurídica en materia de la reproducción humana. Debido a ésto, se hace necesaria su regulación en la medida en que beneficien al ser humano y no le provoquen situaciones difíciles de superar.

2. Fundamentar este contrato en el principio evolucionado de la autonomía de la voluntad, independientemente de que se considere una voluntad creadora o actualizadora de normas jurídicas, el interés que afecta este contrato sale de todo aquello que pueda ser susceptible de negociación, (como negocio jurídico).

3. Las normas prohibitivas de orden público relativas al Derecho Privado, protegen al Estado y capacidad de las personas, así como las normas del Derecho de Familia.

4. Debe contemplarse en la legislación sanitaria una sanción para aquellos médicos y personas que realicen una fertilización asistida en la que intervenga una madre substituta. Las razones para ello son que el desarrollo educacional de un niño comienza desde la gestión, así como el lazo emotivo recíproco entre la madre gestante y el niño.

5. Debe prohibirse la figura de la madre substituta para prevenir que la procreación sea objeto de una transición económica. Para proteger la

dignidad de la mujer, asegurando que su cuerpo no sea una incubadora de niños, además, de proteger el bienestar e intereses del niño así como su derecho a una situación estable

6. Un argumento de peso para prohibir la maternidad substituta es que, teóricamente se podría "comprar un niño" con características especiales.

7. En el Derecho Comparado este contrato se considera afectado de Nulidad Absoluta por ser contrario al orden público.

8. Los contratos que tienen por objeto el cuerpo humano, son considerados por la tradición jurídica, como un atentado indirecto a los derechos de la personalidad debido a que de ninguna manera el cuerpo humano es un objeto que se encuentre en el comercio.

9. En el progreso de la medicina la regulación para la donación de órganos, nunca ha considerado ni considerará a un niño como órgano.

10. Los contratos cuyo objeto es el cuerpo humano (Contrato de prostitución) NO están PERMITIDOS, por ser contrarios al orden público.

11. El contrato de maternidad substituta no puede celebrarse porque el objeto está fuera del comercio, y es ilícito y por lo tanto se encuentra afectado de **NULIDAD ABSOLUTA**.

12. El contrato de madre substituta no comparte las características de otros contratos afines; por lo que si se considera un contrato sería un contrato innominado *sui generis*.

13. La ausencia de reglamentación es una amenaza, un problema grave. Toda vez que la situación de la madre substituta que viola su compromiso y decide finalmente quedarse con el niño y si este es concebido por medio de un contrato de maternidad substituta, y al nacer tiene malformaciones graves, tanto la madre substituta como la pareja contratante se rehusan a aceptarlo debido a su malformación el niño quedaría sin protección alguna. Es por ello que es necesaria una intervención legislativa que regule el contrato de maternidad substituta y que aporte correctivos guardando los intereses del niño a estos conflictos.

14. La cultura y el derecho de familia tradicional se ven amenazadas por la situación de madres substitutas que necesariamente debe ser regulado y de ser posible restringido y prohibido.

BIBLIOGRAFIA

- Anson, Francisco, "Se Fabrican Hombres Informe sobre la Genética Humana", Editorial Rialp, Madrid, 1988.
- Baudouin, Jean- Lous & Labrusse-Riou Catherine, "Produire L'Homme De quel droit. Etude Juridique et éthinque des procréation artificielles, Edit. Les volés put droit, agosto 1987.
- Soto La Madrid, "Biogenética, Filiación y Delito", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
- Díaz Jiménez, Thelma, "Régimen Jurídico del Concebido por Vías No Naturales", Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1988.
- De Anguinaga Girault, Adriana, "Filiación derivada de contratos de madres substitutivas". Tesis profesional, Universidad Iberoamericana, México, 1989.
- Mounier, Emanuel, "Manifiesto al Personalismo", 3a. edición, Editorial taurus, España, 1972.
- Sancho Rebollida, Francisco de Asis, "Estudios de Derecho Civil", T.I, Pamplona, 1978.
- Sodi Patiño, Jorge, "Algunas consideraciones jurídicas acerca de las nuevas técnicas de Procreación Asistida", Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1991.

- Chávez Asencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho, relaciones jurídicas conyugales", Editorial.Porrúa, México, 1985,
- Dominguez Martínez, Jorge Alfredo. "Derecho Civil",3a. edición, Editorial.Porrúa México, 1993.
- Galindo Garfías, Ignacio, "Derecho Civil", Editorial. Porrúa, México, 1993.
- Hernández Ibañez, C. "La atribución de la Maternidad en la gestación Contratada". Comunicación presentada al II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Vittoria, del 28 de septiembre al 2 de Octubre de 1987.
- Informe Warnock, Comisión Investigadora sobre la Fertilización Humana y la Embriología. Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Informe presidido por Mary Warnock, Londres. Imprenta de su Majestad, la Reina, Julio de 1984.
- Instituto Tecnológico Autónomo de México, Departamento Académico de estudios Generales. Ciencia y Técnica Algunas áreas de Conflicto, Problemas de la Civilización Contemporánea, México,1994.
- Lledo Yague, Francisco. "El alquiler de úteros y el problema de las madres substitutas o por encargo" .Ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filiación T.II. Vittoria, del 28 de septiembre al 2 de Octubre de 1987.
- Fecundación Artificial y Derecho, presentado al Congreso de Diputados, Madrid, 1988.

- Martínez Alfaro, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, 3a. edición, Editorial. Porrúa. México, 1993.

- Mier y Terán Siera, Salvador, El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida. Pamplona, España, 1989, tesis Doctoral.

- Rodríguez Iuño, Ángel y López Mondejar, Ramón. La fecundación In Vitro. Madrid. Presentado al congreso de Diputados, Madrid, 1986.

- Sánchez Medal, Ramón. "De los contratos Civiles." 11a edición, Editorial. Porrúa, México. 1991.

- Silvia Ruiz, Pedro F. El contrato de Maternidad Substituta o Suplente o Subrogada, La Maternidad de alquiler. Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de derecho de familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, octubre , 1987.

- Zanonni, Eduardo. Inseminación Artificial y fecundación Extrauteriana, Editorial. Porrúa Argentina, 1978.

LEGISLACIÓN MEXICANA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley General de Salud
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia Federal.
- Código Procedimientos Civiles para el Distrito Federal
- Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos.
- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.

LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY EXTRANJEROS

- Ley de inseminación artificial (Suecia)
- Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida y fetos Humanos o de sus Células, tejidos u órganos (España).
- Proposición de Ley Relativa a la Inseminación Artificial de Seres Humanos; Asamblea Nacional, 5 de junio de 1980 (Francia).
- Propuesta de Ley: Regla o Disciplina para la fecundación Artificial Humana; Presentada a la Cámara de Diputados el 19 de mayo de 1986 (Italia).

DICCIONARIOS.

- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 6a. Edición, Tomo III, Editorial. Porrúa, México, 1993.

- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 6A. Edición, Tomo IV, México, 1993, Edit. Porrúa.

HEMEROGRAFÍA

- Dickman, Z. "Hormonal Requirements for Survival of Blastocyst in the Uterus of the Rat", Journal of Endocrinology, 1967, No. 9, U.S.A.

- Humphrey, K. "The Development of Viable Embryos after Ovum transfers to long-term ovariectomized mice" Steroids, 1967. N° 9. U.S.A. p. 53.