

300609
4

UNIVERSIDAD LA SALLE



FACULTAD DE DERECHO
INCORPORADA A LA U.N.A.M.

LA PROBLEMÁTICA DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL EN
MÉXICO

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JOSAFAT RAUL MORALES HERNANDEZ

ASESOR DE TESIS: LIC. RAFAEL CANDIANI MORALES

2804/4

MEXICO, D. F.,

ABRIL DEL 2000.



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 ROGER Y TETE, QUIENES ME
DIERON EL SER, Y CON CARIÑO
Y COMPRENSION ME ACOMPAÑAN
EN LA AVENTURA DE LA VIDA.

**A JOSAFAT Y MAYELA QUIENES SON
EL INCENTIVO MAS GRANDE
QUE PUEDA EXISTIR PARA MI.**

**A RO, GRACIAS POR LA COMPRESION Y AYUDA A LO
LARGO DE MUCHOS AÑOS PARA EL CRECIMIENTO Y
OBTENCION DE ESTE PASO.**

A JOSAFAT Y MARIA TERESA, PRIMEROS PILARES,
A QUIENES MAS DE UN TRABAJO SIMILAR Y
RECONOCIMIENTO SE LES DEBIAN

A MARIA TERESA, MARIA DEL ROCIO,
MARTIN ROGER, MARIA ANDREA,
MARIA GRISELDA POR SU PACIENCIA
CARIÑO Y APOYO.

**AL LICENCIADO HUGO LEONARDO VERA REYES,
POR LAS OPÓRTUNIDADES QUE ME HA BRINDADO
EN MI VIDA PROFESIONAL**

**AL LICENCIADO JAIME RODRIGUEZ
AGUILAR POR SU APOYO EN MI
DESARROLLO PROFESIONAL**

A LOS LICENCIADOS HERANDEZ OCHOA
CABRERA FUENTES, RAMOS LOPEZ,
CANDIANI MORALES, QUIENES CON SU
CONFIANZA ME HAN AYUDO AL CRECIMIENTO
PROFESIONAL.

A USTEDES QUE HICIERON POSIBLE ESTE
TRABAJO, YA QUE SIN SU AYUDA
DESINTERESADA, NO PODRIA LOGRAR ESTE
ANHELO.

ATI:

SIMPLEMENTE GRACIAS

CONTENIDO

INTRODUCCION.	1
--------------------	---

CAPITULO I

Antecedentes Históricos

1.1	Antecedentes remotos.	3
1.2	Antecedentes de la Inseminación Artificial.	5

LA INSEMINACION ARTIFICIAL

1.2.1	La inseminación artificial en los animales.	5
1.2.2	La inseminación artificial en los seres humanos.	7

CAPITULO II

FORMAS DE REPRODUCCION ASISTIDA

2.1	Terminología.	9
2.2	Inseminación artificial intrauterina.	9
2.3	Bebés probeta.	11
2.4	Maternidad subrogada.	12
2.5	Clases de Inseminación dependiendo del origen de los gametos o células germinales.	12

CAPÍTULO III

PROBLEMÁTICA ÉTICA EN LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

3.1	Planteamiento social del problema ético de la reproducción asistida.	14
3.2	Posición de la Iglesia Católica	23
3.3	Problemática ética legal	25
3.4	Posición personal	30

CAPÍTULO IV

DERECHO COMPARADO

4.1	Estados Unidos de Norteamérica.	32
4.2	Suecia.	44
4.3	España	46
4.4	Alemania.	48
4.5	Argentina	49

CAPÍTULO V

PROBLEMÁTICA DE LA LEGISLACION MEXICANA.

CAPÍTULO VI
PARENTESCO Y FILIACIÓN

6.1	Parentesco	57
6.2	Filiación.....	62

CAPÍTULO VII
**ANÁLISIS DEL ACTO CONSTITUTIVO
DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

7.1	LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO CONTRATO.....	68
7.2	ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO	68
7.2.1	El Consentimiento.....	69
7.2.2	El Objeto.....	70
7.3	REQUISITOS DE VALIDEZ.....	72
7.3.1	La Capacidad.....	72
7.3.2	Ausencia de Vicios del Consentimiento.....	74
7.3.3	La Forma.....	78
7.3.4	Fin o Motivo Lícito	80

CAPÍTULO VIII

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

8.1	Clasificación84
8.1.1	Criterio Estrictamente Jurídico.84
8.1.2	Criterio Preponderantemente Económico85
8.1.3	Criterio de Acuerdo con la Legislación.	86
8.1.4	Criterio en función del fin	88
8.2	Clasificación de los contrato basada en fines didácticos89
8.3	Clasificaciones doctrinales de los contratos90

CAPÍTULO IX

EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

9.1	Elementos esenciales.93
9.1.1	El Consentimiento.93
9.1.2	El Objeto.94
9.2	Elementos de validez.94
9.3	Clasificación del Contrato de maternidad subrogada.95
9.4	Propuestas de un contrato de maternidad subrogada96

CONCLUSIONES..... 102

BIBLIOGRAFIA.....104

INTRODUCCION

Desde siempre ha existido entre los seres humanos el deseo de reproducirse, por lo que se ha tratado de resolver de diversas formas el problema de la esterilidad. Los avances científicos y tecnológicos han permitido en los últimos años que éste prácticamente ya no exista y se den opciones a las parejas para que puedan lograr el deseo de tener un hijo, todo ello a través de la inseminación artificial.

Sin embargo, estos métodos tienen diversas consecuencias éticas, sociales y jurídicas que escapan de la legislación vigente. El objeto de este trabajo es analizar uno de los casos de reproducción asistida que es conocido como maternidad subrogada que se da cuando una mujer acepta llevar a término un embarazo tras que se introduzca en su cuerpo el pre-embrión logrado in vitro con células germinales ajenas obligándose a entregar el producto cuando nazca a los padres biológicos y la forma de evitar, mediante un contrato de prestación de servicios, los problemas que pueden surgir ante el vacío legal.

Para ello, se analizan en un principio los antecedentes de la inseminación artificial, tanto en los animales como en los seres humanos, para pasar en el segundo capítulo a precisar cuáles son los métodos de concepción asistida que se conocen, definiéndolos y haciendo referencia a los términos más usuales dentro de ella.

En el tercer capítulo se estudia el problema ético que provoca este tipo de reproducción desde el punto de vista social, médico, religioso y legal, comparando en el cuarto nuestra legislación vigente con la de diversos países, haciéndose referencia a algunas iniciativas de ley que han sido presentadas sin que hayan llegado a ser aprobadas, para tratar en los últimos capítulos el problema de filiación que se ocasiona y analizando el contrato que se propone, para poder concluir al respecto.

CAPITULO I

I- ANTECEDENTES HISTÓRICOS

I. I. Antecedentes remotos

El deseo de tener hijos no es privativo de la época actual, desde siempre ha existido en los seres humanos y cuando se enfrentan a la imposibilidad de lograrlo por algún impedimento biológico se recurre a diferentes alternativas; en la antigüedad, dentro de la cultura romana cuando en una pareja la mujer era infértil el marido, si se trataba del pater familias tenía hijos con las esclavas pues mientras más tuviese, existía una mayor posibilidad de enriquecerse a sus expensas, el pater familias era aquel que regía el destino de la familia y bajo cuya tutela se encontraban todos sus miembros. En estos casos, la esclava no tenía ningún derecho sobre el menor r.aciente, el cual era entregado para su educación a personas diversas que iban desde nodrizas hasta la esposa del pater familias.

En la Biblia, en el Génesis capítulo 16 se establece:

“ - Saray mujer de Abraham no le daba hijos y ella tenía una sierva egipcia que se llamaba Agar .

-Dijo entonces Saray a Abraham: ya ves que Yahve me ha hecho estéril; te ruego pues, que te llesves a mi sierva; quizá tendrás hijos de ella. Y escuchó Abraham la voz de Saray.

Y Saray, mujer de Abraham tomó a Agar su sierva egipcia ... y la dió por mujer a Abraham su marido.

Y él llevó a Agar, la cual concibió ...”¹

¹ Biblia de Jerusalem. Edición Pastoral. Edición Conmemorativa. Ed. Imprimatur, España, 1979. p. 16

De lo transcrito se observa que al igual que en la cultura romana, en la hebrea cuando la mujer era estéril, el esposo concebía con otra mujer, cuya condición fuera de servidumbre.

“...en Atenas, la esposa de un marido estéril debía después de la autorización de su esposo elegir un amante entre los más jóvenes y próximos parientes para que realizara la cópula y la mujer quedara embarazada.”²

“...entre los hindúes ... el marido que no tiene hijos obliga a su mujer a entregarse, ya sea al hermano del esposo o a otro pariente para que sea fecundada porque la antigüedad clásica el matrimonio se consideró como un deber cívico al favorecer el adulterio de su joven esposa con el fin de que fuera fecundada.”³

En la época medieval, los reyes y señores feudales si se encontraban ante la imposibilidad de tener hijos propios, realizaban la adopción del engendrado por encargo para ello, en caso de que el estéril fuera la esposa, se seleccionaba a la mujer con la cual se tendría el hijo; si el imposibilitado era el hombre se escogía a la pareja que debería procrear al menor, el cual sería entregado en el momento de su nacimiento.

Queda claro que se buscaban opciones para poder tener un hijo que hubiese sido engendrado al menos por uno de los miembros de la pareja.

² Ramos, Angélica. *Bebés de laboratorio*. Revista Trimestral número 60, Noviembre. México. 1985. p.12

³ Galli, Esther. *La sexualidad humana y la planificación familiar*. Revista. México. D.F., 1980. p. 149

I.2.ANTECEDENTES DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

I.2.1. La inseminación artificial en los animales.

La inseminación artificial en los animales existió desde épocas remotas, pero no se puede precisar que se haya iniciado en alguna de ellas, ya que eran estudios o prácticas esporádicas y empíricas. Existe una leyenda que relata que; "en el año de 1332, un árabe realizó el método artificial para fecundar una yegua, con tal intención utilizó el semen recolectado clandestinamente de un magnífico ejemplar perteneciente a un jefe enemigo; sin embargo hay pruebas que indican que las antiguas tribus árabes practicaban la inseminación artificial."⁴

" Algunos tratadistas consideran descubridor de la inseminación artificial a Lázaro Spallanzan, quien al combatir la teoría del aura seminallis, demostró que no podía reproducir ninguna gestación, sin el contacto directo entre los genes masculinos y femeninos; tras algunas experiencias, logró en el año de 1880 la fecundación de una perra con el líquido seminal de un sabueso. En Rusia se llevó en gran escala la inseminación artificial con éxito y su origen data del año de 1889."⁵

Y es en 1940 cuando el uso de la inseminación artificial entre los animales se extiende, en 1941 se inseminó en forma artificial a 100,000 vacas lecheras en los Estados Unidos de Norteamérica, donde en 1945 "... se anotaban ya 255,000 vacas inseminadas artificialmente y en 1949, se anotaban más de tres millones de ellas, ..."⁶

⁴ Leal A. Abelardo. Cuaderno de los Institutos. Revista semanal. México, 1961. p. 25

⁵ Batle Manuel. Teoría del aura seminallis, gestación a través de contacto directo entre los genes masculinos y femeninos. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, España, 1943. p. 660.

⁶ Brusune Le Riverend, Eduardo. Paternidad sin padres e hijos procreados mediante inseminación artificial. Revista Trimestral, Enero y Marzo, 1957. La Habana, Cuba. p.8

A pesar de conocerse el éxito obtenido por este método en países industrializados, en México hubo gran resistencia a su práctica debido principalmente al arraigo de las influencias religiosas y de la iglesia católica, la que consideraba pecaminoso transformar los cauces naturales de la reproducción e impedían que se efectuara. Únicamente a través de la intervención del estado, mediante incentivos, tareas de convencimiento y sobre todo, ante las ventajas económicas se logró hacer posible la aplicación de la inseminación artificial en el ganado.

En 1937 se empiezan a realizar los estudios y experimentos mediante los cuales se pretendía implantar el embrión fecundado en forma extracorpórea en una matriz, pero por las carencias en conocimientos y tecnología esto no llegó a tener éxito. Fue hasta 1960 cuando un investigador de nombre Hip logra transferir embriones al vientre de una coneja.

En 1969 tras la asociación de los doctores Edwards y Steptoe y la realización de 109 intentos para implantar un embrión se logra realizar una fecundación extracorpórea, quedando establecido desde entonces que el procedimiento constaba de tres etapas cruciales que eran:

- la obtención de un óvulo maduro,
- la fertilización in vitro y el cultivo del sigote,
- la implantación del embrión en la cavidad uterina.

1.2.2.- La inseminación artificial en los seres humanos.

El éxito de la práctica inseminatoria en los animales sirvió de base para que se aplicara en los seres humanos, el autor Rambaud se pregunta "¿Cuál ha sido la génesis de la inseminación artificial ? y se contesta, será la rebeldía del instinto frustrado por la esterilidad desoladora, el deseo de reproducción reflejado bajo una forma espiritual, esta ligada a la necesidad profunda de negar la muerte y de servir la vida, ya que según las antiguas creencias, los hindúes decían que solamente engendrando un hijo, el hombre consigue la inmortalidad más que a través de su descendencia. Asimismo, por lo que hace a la maternidad, en tanto que la experiencia individual no representa un proceso biológico, sino también una entidad psicológica donde se reúnen recuerdos y temores."⁷

Tal vez el antecedente más antiguo que se tiene de la inseminación artificial en seres humanos es el que "... describe Munther en un viaje que hizo a Portugal y España, a finales del siglo XV, que narra con todo detalle el modus operandi, como unos médicos españoles efectuaron la inseminación artificial con una cánula de oro en la persona de la reina doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV el impotente (1424-1474), con espermia del monarca".⁸

Es a Hetwing a quien se considera el descubridor de la fecundación in vitro, con estudios realizados " En el erizo de mar que tenía lugar en el exterior de su organismo, este procedimientos de la fecundación artificial da la posibilidad de aplicarla en la especie humana, para poder darse la unión de las células sexuales masculinas y femeninas fuera del organismo en una probeta o tubo de ensayo. ⁹

⁷ Aguiar H. Henos. Distintos aspectos del problema de la inseminación artificial en seres humanos. Córdoba Argentina, 1966. p. 4.

⁸ Gatti, Hugo. La familia y la técnica actual. (Volumen 2, número 12). Madrid España, 1958. p. 30.

⁹ Maillet Marck. De los bebés de probeta a la biología del futuro. México 1981 p. 20

En 1978 nace Louis Joy Brown, primer ser humano procreado con la técnica de inseminación artificial in vitro y desde entonces, en todos los países del mundo se practica la inseminación de vientres tras la fecundación intermedio de laboratorio de los óvulos maduros. En 1989 "después de varios años de esfuerzo y experimentación técnica fue gestado en Monterrey un bebé de probeta, el primero que en estas circunstancias nace en México." ¹⁰

El cuerpo médico que realizó el proceso de gestación estuvo encabezado por Manuel Rolando García, quien explicó que el desarrollo in vitro responde a la necesidad de que la ciencia médica mexicana este actualizada y contribuya a los avances que se dan a escala mundial. A partir de tal fecha proliferan en nuestro país los casos de fecundación y gestación en laboratorio, existiendo la tecnología adecuada para ello entre otros centros en el Instituto Nacional de Perinatología, Hospital Angeles del Pedregal, Hospital Metropolitano y en el Hospital de México todos del Distrito Federal. El procedimiento es caro y las probabilidades de éxito son de un 15% en cada caso, sin embargo esto no impide que día a día más parejas recurran a este método cuando no pueden procrear de forma natural.

¹⁰ Revista La Jornada. México, 4 de agosto de 1989. p. 10

CAPITULO II

Formas de reproducción asistida.

2.1. Terminología.

Uno de los problemas que se tienen al analizar este tema es la disparidad en los términos, muchos de origen médico, que se emplean. La Ley General de Salud en su artículo 31 da algunas definiciones, entre ellas la de células germinales, por las que entiende aquella reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión. En las publicaciones consultados a éste tipo de células también se les llaman "gametos".

El término "pre-embrión", conforme al precepto en cita corresponde al producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación; embrión al mismo a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décimo segunda semana, el cual se denominará "feto" después de la décimo tercera y hasta la expulsión del seno materno.

2.2 Inseminación artificial intrauterina

La concepción de un nuevo ser tiene origen cuando el espermatozoide, célula masculina penetra en el óvulo, célula femenina; la forma natural de lograr esto es mediante la realización de la cópula por vía idónea. Actualmente existen métodos diversos que permiten la gestación, uno de ellos es la inseminación artificial la cual "es un procedimientos utilizado en los programas de reproducción asistida como primer alternativa en el manejo de las parejas estériles con cuando menos una trompa uterina permeable que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores

causales de esterilidad."¹¹ Gramaticalmente se define como "la introducción del esperma en la vías genitales de la mujer, con las hembras de animales por un procedimiento artificial."¹²; de manera amplia se puede afirmar que "... es el medio mecánico que utiliza el hombre para fecundar o inseminar a una mujer y que no es por el medio natural que sería cópula sexual."¹³

Felipe González Oseguera opina "la inseminación artificial es la técnica que utiliza el hombre prescindiendo de los medios naturales para fecundar a una mujer en el cual el elemento indispensable es el líquido seminal o espermatozoide introducido a la misma con una cánula o jeringa hipodérmica y demás instrumentos que aporta la ciencia para tal fin."¹⁴

Aguiar H. Henos expone que es "la introducción del espermatozoide masculino por medio de procedimientos mecánicos en los órganos genitales de la hembra lográndose así el encuentro del espermatozoide y el óvulo en lugar idóneo para la fecundación."¹⁵

Peluso Alvino Dessouza precisa que "... inseminación artificial es la introducción del espermatozoide masculino dentro de los órganos genitales femeninos sin el contacto sexual normal, sino que es utilizando los medios mecánicos e instrumentos idóneos como son la cánula y la jeringa hipodérmica, con las cuales se deposita e introduce el esperma en la mujer."¹⁶

¹¹ <http://www.reproducción.com.mx-insem.html>

¹² Diccionario Larousse, manual ilustrado. P. 405

¹³ Batle Manuel. Revista General de legislación y jurisprudencia. Madrid España, 1949. P. 658.

¹⁴ González Oseguera, Felipe. La inseminación artificial en la mujer en el derecho mexicano. Revista Trimestral. México, 1980. p. 35

¹⁵ Aguiar H. Henos. Distintos aspectos del problema de la inseminación artificial en seres humanos. Revista mensual número 24. Córdoba, Argentina, 1966. p. 4

¹⁶ Dessouza, Alvino Peluso. La inseminación artificial en seres humanos. Belo Horizonte Brasil 1984. P. 251.

Los objetivos principales de éste método son asegurar la existencia de óvulos disponibles, acercar los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino, mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides.

2.3. Bebés probeta.

Los conceptos analizados coinciden en referirse al caso en que los espermatozoides son introducidos al cuerpo de la mujer por un medio mecánico, pues se deposita semen en el tracto reproductor femenino, generalmente en el interior del útero; procedimiento que permite una tasa de embarazo por intento hasta del 30%; sin embargo existe otra forma de concepción artificial, que es la inseminación in vitro, el que consiste en extraer el óvulo del ovario de la mujer para ponerlo en una probeta el cual se fecunda con la célula sexual masculina. Una vez fecundado, evento que se realiza 24 horas más tarde, se transfiere por vía vagina al útero de la mujer (transferencia del embrión). Este procedimiento se denomina bebé probeta y en este caso el óvulo fecundado o pre-embrión se introduce nuevamente en el cuerpo de la mujer a la cual le fue extraído.

Para lograr esto se requiere de una gran estructura tecnológica, la cual ya existe en México, donde la indicación principal es en mujeres con lesión tubaria irreversible, generalmente después de ligadura que no puede solucionarse con microcirugía . La mujer en un ciclo normal libera un óvulo, también conocido como ovócito, en esta técnica se estimula la producción de óvulos con medicamentos después de lo cual se capturan varios maduros, generalmente a través de punción transvaginal guiada por ultrasonido, los óvulos son incubados unas horas y posteriormente inseminados en el laboratorio. La incubación dura aproximadamente 48 horas, al término de las cuales la mujer se interna nuevamente para que se le realice la transferencia de los pre-embiones, habitualmente no se transfieren todos a las vías genéticas de la mujer algunos considerados como sobrantes se destruyen o congelan.

2.4 Maternidad subrogada.

Una tercera variante sería cuando la criatura puede ser concebida en una madre suplente o sustituta, el producto llevará las características de los padres que proporcionaron los gametos para la concepción y no tendrá ningún parecido físico con la madre suplente, dado que esta va a hacer las veces de una incubadora, "la mujer literalmente solo permite que se desarrolle y viva un nuevo ser, por ello se le nombra madre biológica, en lo que se ha dado en llamar maternidad sustituta o subrogada."¹⁷

De lo hasta aquí dicho se concluye que son tres las formas como se puede lograr la concepción de manera artificial: primera introduciendo los espermatozoides dentro del cuerpo de la mujer que llevará a cabo la gestación; segundo, cuando se extrae el óvulo del cuerpo y se fecunda en una probeta, método denominado "in vitro". Una vez logrado esto, se retorna al útero el "pre-embrión", existe identidad entre la mujer a la que se le extrajo el óvulo y la que albergará al producto durante el término y tercera cuando se extrae el óvulo, se fecunda e introduce al cuerpo de una mujer distinta a la que lo produjo.

2.5.- Clases de inseminación dependiendo del origen de los gametos o células germinales.

Cuando la inseminación se realiza con el elemento activo del marido o pareja, se denomina "homóloga" o "auto inseminación" y será "heteróloga" si se utiliza espermatozoides de cualquier persona, dador extraño.

¹⁷ Pérez Duarte Alicia Elena. El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro. Cuadernos del núcleo de investigación interdisciplinaria en salud y derechos humanos. <http://info.juridicas.una.mx/publica/salud/cuad2.perez.htm>. p. 1

Cuando una mujer acepta la inseminación artificial con el semen de un varón que desconoce, comprometiéndose a llevar el embarazo a término y entregar al niño al padre natural y a su esposa, sin tener ningún derecho sobre el menor renunciando a ejercer la patria potestad se le llama también "madre subrogada". En este caso, la esposa legítima adopta al niño y la sustituta recibe una remuneración económica al terminar el contrato.

En seres humanos son estos los únicos tipos de reproducción asistida que se practican actualmente; sin embargo, en 1997 en Inglaterra se llevó a cabo con éxito la clonación de una oveja, método que implica la generación de un ser con idéntica información genética a la del que le dió vida, sin que hasta la fecha se encuentre registrado algún caso de clonación de personas.

Este trabajo se concretará al análisis de la problemática dentro de nuestra legislación vigente del caso apuntado en tercer lugar, cuando se fecunda "in vitro un óvulo" para introducirse posteriormente en el cuerpo de una mujer diferente a aquella de la que se extrajo, el cual como se dijo se llama "*maternidad subrogada*".

CAPÍTULO III.

Problemática ética en los métodos de reproducción asistida

La aparición de los fenómenos relacionados con la nueva tecnología reproductiva en la vida cotidiana ha provocado que se realicen esfuerzos por definir este nuevo campo de estudio y precisar los alcances que ello pueda tener en las áreas social, médica, religiosa y jurídica. Las discusiones en torno a esta problemática son largas y apasionadas por lo que en este capítulo se estudiarán los principales planteamientos.

3.1 Planteamiento social del problema ético de la reproducción asistida.

En los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Australia, Europa Occidental incluida Inglaterra, se analizaron los aspectos de normatividad ética y pública, para ello se recabaron entre los organismos médicos, religiosos y de extracción comunitaria las diversas opiniones en torno a la fertilización in vitro y la transferencia de embriones planteándose nueve problemas, en general las opiniones se dividieron en dos, una con una tendencia conservadora y otra más liberal, mismas que a continuación se analizan:

Regulación de la fecundidad asistida.

El primer planteamiento fue si debe regularse o no la fecundación asistida. En casi todos los casos se detectó un criterio orientado a la liberalidad que concede gran importancia al derecho de privacidad y que se resiste a la normatividad por terceras partes. El contrario suele orientarse al bienestar y recomienda la regulación externa por razones paternalistas.

Formas de la reproducción humana.

En torno a como debe ser ésta, surgieron cuatro posiciones, la que defiende la reproducción natural, pues considera que no es aceptable desde el punto de vista ético cualquier separación del acto amoroso y de los aspectos procreativos del sexo, incluso si esposo y esposa aportan los gametos, porque la fecundación se hace en el laboratorio como resultado de técnicas y no en la trompa de falopio después del coito.

La segunda se denomina "clínica sin posición de donación", y sostiene que la fecundación in vitro de seres humanos es éticamente aceptable si utiliza los gametos o células germinales de una pareja casada y si la técnica se emplea por necesidad; se rechaza la donación de espermatozoides u óvulos porque representa la intrusión de una tercera persona en la relación marital y señala que los embriones humanos son entidades dignas de protección y que deben transferirse todos y cada uno de los que estén en la fase de desarrollo.

La tercera defiende la fecundación in vitro de embriones humanos y acepta la donación de gametos o células germinales en caso de necesidad que incluíran situaciones en las que uno o ambos miembros del matrimonio son incapaces de producir gametos o células germinales competentes para la reproducción, cuando menos en el contexto del coito, se incluye en los casos de necesidad aquellos en los cuales uno o ambos cónyuges estén en peligro de transmitir un defecto genético conocido y grave. Consideran éticamente aceptable todas las intervenciones clínicas que entrañan la fecundación in vitro, pero no acepta la investigación con embriones humanos en etapas incipientes.

La última o "clínica de investigación de laboratorio" y a diferencia de las anteriores acepta la legitimidad moral de investigaciones de laboratorio con embriones humanos en sus fases incipientes o preembriones y la no transferencia de los mismos. Según este criterio el médico no tiene obligación moral de proteger a los embriones humanos en sus fases incipientes o preembriones contra daños o este último aspecto es superado con creces por otras obligaciones más importantes.

Detección de los donadores de gametos o células germinales.

Dentro de los entrevistados hubo coincidencia en que los donadores de gametos o células germinales, deben ser seleccionados para aminorar las posibilidades de transmitir enfermedades genéticas o infecciosas, adicionándose, al surgir el síndrome de inmunodeficiencia adquirida que la selección debe ser aún más rigurosa y conservarse en forma confidencial y por largo tiempo las historias clínicas que permitirían tener contacto nuevamente con el donador por razones médicas graves.

Congelamiento de embriones.

El procedimiento de inseminación in vitro requiere que se obtenga de la donadora varios óvulos, en una cantidad aproximada de treinta en cada caso; sin embargo, no todos pueden ser trasladados en su totalidad al útero en la misma ocasión, solo se implantan en un número de tres o cinco por cada período. Puede ser que en el primer intento alguno o todos los embriones logren permanecer dentro del útero implantándose adecuadamente; en caso contrario, los embriones restantes pueden ser transferidos. Esto crea la problemática de ¿qué hacer con los embriones durante el período de espera para verificar si se necesitan o no?. Durante mucho tiempo se congelaron embriones, lo que

implica por sí mismo un problema ético, que se pretende solucionar congelando ovocitos u óvulos sin fecundar. La situación que se planteó fue contestado de manera coincidente, determinándose que deben ser ovocitos y no embriones los congelados.

Personas que pueden recurrir a los métodos de reproducción asistida.

A este respecto se dieron dos posiciones, la primera sustentada por quienes consideran que debe de haber una selección de quienes serán los futuros padres, excluyéndose a personas con antecedentes de abuso sexual cuando niños, pobreza, soltería de la candidata, el carácter no tradicional de la pareja que solicita el método, como lo serían una de lesbianas, o la soltería de los dos miembros que integran una pareja heterosexual. El otro enfoque orientado a la liberalidad propone que toda persona que desee tener o criar a un niño con auxilio médico está en libertad de buscar y debe tener la capacidad de hallar dicha asistencia a condición de que pague por ella.

Compra-venta de gametos humanos o células germinales.

Una orientación liberal señaló que los individuos y los bancos de espermatozoides que venden el producto deben estar en libertad de adquirir y vender gametos o células germinales siempre que se cumplan algunos estándares mínimos de seguridad. El criterio conservador, consideró que un sistema de voluntarios, sin remuneración para la donación y distribución de gametos o células germinales evitaría daños previsibles y en cualquier situación simbolizaría mejor la solidaridad social.

Condiciones que deben reunir las personas que deseen hacer uso de las nuevas técnicas en el campo de la reproducción.

El enfoque liberal proponía que toda persona que desea utilizar las nuevas técnicas en el campo de la reproducción debe estar en libertad para hacerlo, sin importar el estado de infertilidad o las indicaciones genéticas. Según dicha propuesta es éticamente aceptable el recurso de depósito para selección germinal por parte de una pareja fecunda que busca producir un "mejor hijo". De manera semejante sería éticamente legítimo los arreglos contractuales por parte de la pareja que es capaz de reproducirse en forma común, para procurarse un sustituto "subrogado" para la mujer durante la gestación.

El criterio conservador restringiría el empleo de la fecundación in vitro de embriones y la transferencia de estos a los casos en que existen indicaciones médicas de gran peso, como serían problemas de infertilidad o genéticos, con lo que se pretende:

- 1.- Conservar un recurso médico escaso para quienes más lo necesitan;
- 2.- Evitar la explotación de mujeres pobres y
- 3.- Aminorar las posibilidades de que se degrade la reproducción humana al nivel que priva en la industria agropecuaria.

Controversia entre anonimato e identificación cuando intervienen terceras personas.

Según el criterio liberal los futuros padres "sociales" deben tener la libertad de conocer o desconocer a las terceras personas que intervienen en la reproducción con auxilio de técnicas médicas y de la misma manera los hijos deben quedar en libertad de decidir si se les informa o no de la

identidad de las terceras personas. El criterio conservador señalaría que los arreglos con terceras personas serían menos complicados y que podrían lograr mejores resultados si persisten en el anonimato el donador de gametos o células germinales y la madre subrogada

Control de calidad en programas que permiten la práctica de técnicas nuevas en reproducción.

El enfoque orientado al liberalismo señaló que las clínicas que intervienen en las nuevas técnicas de reproducción deben tener la libertad de operar y orientar a sus clientes, así como estar sujetas sólo a las obligaciones morales de índole general.

El enfoque conservador señala que las clínicas en que podría hacerse la fecundación in vitro deben estar integradas con personal certificado por alguna organización profesional o bien que deben tener una licencia expedida por organizaciones públicas como el departamento de salud. Como se observa, las opiniones en la mayoría de los casos se dividieron por lo que no puede establecerse con claridad cual es la posición social frente a esta problemática, pero se observa una tendencia a aceptarla ya sea de una forma plena o regulada.

En un artículo publicado por The New York Times Magazine en agosto de 1987, se investigó la opinión de posibles madres sustitutas, entendiendo como tales a las que se dejan inseminar con el esperma de un hombre para después entregar al producto a éste y a su esposa, advirtiéndose que la forma de pensar va desde un interés netamente económico hasta el deseo altruista de ayudar a otros.

Los estudios analizados aún cuando no son indicativos de la sociedad mexicana, por ser esta distinta en su idiosincracia a las encuestadas, sirven como referencia sobre el problema ético de la reproducción asistida a nivel social y el que cada vez se le acepte con mayor naturalidad.

Actualmente en Estados Unidos se calcula que hay cientos de sujetos que han nacido de madres prestada y hay aproximadamente 30 centros que se encargan de poner en contacto a futuras madres sustitutas con las parejas sin hijos y cada día un número mayor de personas recurre a esta técnica.¹⁸

Si bien en México no existe una estadística al respecto, es una realidad que cada día se escucha que más personas hicieron uso de los métodos estudiados, llegando a ser algo cotidiano.

A estos problemas , ya de por sí graves se suma el que hacer con los embriones congelados que no son utilizados. En Inglaterra miles de ellos cuyos padres o donadores de células germinales no los requirieron fueron destruidos en 1997, lo que implica un problema ético, sobre todo si se considera que el derecho a la vida es un bien jurídico relevante.

El análisis de la maternidad subrogada o sustituta requiere de una consideración especial en nuestro país, pues es una realidad que estamos junto al que tiene la mayor tecnología mundial, los Estados Unidos de Norteamérica donde cada vez más mujeres no quieren llevar a cabo un embarazo ya sea por razones de salud, laborales o simplemente estéticas, pero si quieren tener un hijo que tenga parecido físico con ellas. Dadas las condiciones de pobreza de México y la falta de regulación en la materia existe una amplia posibilidad de que mujeres extranjeras con potencial

¹⁸ Cohen, Bárbara. Esq. J.D. y Teresa Lynn, Friend. Esq. J.D. Consecuencias legales y éticas de los contratos con madres subrogadas (sustitutas). En *Clínicas de Perinatología*. Volúmen 2. 1987. Aspectos éticos y legales en Perinatología, Editorial Interamericana, México, 1987. p. 291.

económico se trasladen para buscar a otras que lleven a término el embarazo por ellas, problemática que se analiza a lo largo de este trabajo.

Planteamiento médico.

En 1983, el comité directivo de "The American College of Obstetricians and Gynecologists" (ACOG) publicó una declaración normativa, en la que concluía que si bien es individual y depende de cada médico la decisión de participar o no en el método de maternidad subrogada, se tienen reservas profundas respecto a esta técnica de procreación y por ello recomendaban algunas pautas, entre ellas recibir únicamente la compensación usual por sus servicios. Los médicos no deben participar en los arreglos con la madre subrogada si alguna de las partes sufre explotación económica y la madre natural debe ser quien acepte todos los métodos e intervenciones durante el embarazo.¹⁹

El consejo judicial de la American Medical Association²⁰ en 1984 expresó reservas semejantes respecto a los arreglos con madres subrogadas y concluía que las técnicas de reproducción como la inseminación artificial deben ser utilizadas con el máximo cuidado e interés por el bienestar de las partes en cuestión; que los aspectos éticos adquieren relevancia cuando una técnica comprende la concepción planeada de un hijo que será entregado por su madre al nacer y también cuestiones de mayor trascendencia como cuando la madre recibirá una paga por ceder a su hijo. Además de las consideraciones éticas mencionadas, los médicos deben de estar conscientes de la posibilidad de que pueden ser objeto de demandas judiciales por su participación en el arreglo con la madre subrogada. Para evitar ésto, se deben obtener de todas las personas que intervienen en el arreglo, el consentimiento y autorización explícitos, escritos y

¹⁹ Op. Cit. p. 300.

²⁰ Idem. p. 301.

perfectamente detallados y el médico tener la cautela al prestar sus servicios en relación con el contrato.

Se sugiere que antes de participar en el contrato con una madre subrogada en cualquier forma el médico y el profesional de la salud deben plantear los aspectos expuestos con la mujer que pretende ser la madre sustituta y con la pareja que busca al hijo. Si la interacción del profesional con ambas partes se hace muy cerca del parto o en el propio parto el médico y personal afín se aseguraran que la madre natural cederá a su hijo por su propia voluntad y que no ha sido presionada exageradamente por su padre natural y su esposa o por el abogado del matrimonio, dado que en casi todos los arreglos con la madre subrogada ella no está representada por un abogado por lo que poco conoce de sus derechos. El profesional de salud intentará asegurar que en la práctica no ocurrirá el mayor problema ético que sería forzar a la madre natural a separarse de su hijo en una situación de gran presión.

Estos estudios, aún cuando fueron desarrollados en los Estados Unidos de Norteamérica son válidos en nuestro país, pues establecen problemas éticos universales, tales como el de que no se debe abusar de la situación económica de una persona, no se debe forzar a la madre natural a entregar al hijo, se debe explicar a esta de manera previa no solo al parto, sino al embarazo mismo todas las consecuencias de este acto; se debe realizar un contrato en el cual deben de intervenir todas las partes detallando de manera clara en que consistirá la participación de cada uno. Otra situación relevante es la de que el médico no debe de cobrar como intermediario entre la madre sustituta y la pareja que desea el hijo, para evitar comercialización y explotación de las personas, sino únicamente por sus servicios profesionales. Es importante decir que aún cuando no existe consenso en Estados Unidos ni en México sobre la actitud que los médicos deben observar y ante la falta de regulación cada uno queda sujeto a su propia ética.

3.2 Posición de la Iglesia Católica

La iglesia católica, ante los avances de las investigaciones biomédicas en el dominio de la procreación en 1987 emitió la "Instrucción Donum vitae"²¹ en la que trata el tema del respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación; en esta presenta diversos conceptos y argumentos de tipo moral exclusivamente y expresa su desacuerdo en la intervención científica y médica en la fase pre natal si el objetivo de esta es modificar o alterar el estado natural de las cosas. Dicha instrucción abarca una introducción en la que sienta los principios fundamentales, la primera parte trata del respeto debido al embrión humano, la segunda responde a las cuestiones morales planteadas por la procreación artificial y la tercera da orientaciones sobre la relación entre la moral y la ley civil en este campo.

La iglesia católica afirma que las ciencias y las técnicas no son moralmente indiferentes y requieren del respeto de los criterios fundamentales de la moralidad, "... el servicio a la persona humana y a su bien verdadero e integral según el plan de Dios. Las intervenciones artificiales sobre la procreación no deben rechazarse por el mero hecho de ser artificiales, pero deben ser valoradas moralmente por su relación con la dignidad de la persona y su vocación de vida. Lo que es técnicamente posible no es, por esa sola razón moralmente admisible.

En el documento que se analiza se sostiene que la vida de todo ser humano debe ser respetada de manera absoluta y consideran que esta existe desde el momento de la concepción. "...porque el hombre es la única criatura en la tierra que Dios ha querido por si mismo y el alma espiritual de cada hombre es inmediatamente creada por Dios."²², sobre la

²¹ La enseñanza de la Iglesia Católica sobre la reproducción artificial. <http://www.vidahumana.org-vidafam-iglesia-ensen-repro.htm>. p.1.

²² La enseñanza de la Iglesia Católica sobre la reproducción artificial. <http://www.vidahumana.org-vidafam-iglesia-ense-repro.html> p.1.

misma base, se sostiene que la procreación debe realizarse solo dentro del matrimonio, con la colaboración única y exclusiva de los esposos a través de los actos específicos para ello.

La iglesia católica critica en su totalidad los actos que se efectúan sobre los embriones humanos cuando son realizados con fines de estudio y considera inmoral producirlos para ser explotados como material biológico disponible, critica duramente la destrucción de los preembriones a los que denomina embriones que no son transferidos al cuerpo de la mujer, aduciendo que el investigador toma el lugar de Dios al decidir a quien permitirá vivir y a quién enviará a la muerte.

Sobre el mismo tema manifiesta que el congelar embriones los expone a graves riesgos y que su manipulación constituye una falta de respeto al ser humano. Afirma que deben ser considerados inmorales los intentos de obtener un ser humano sin conexión alguna con la sexualidad la que llama fisión general o clonación

Desde el punto de vista moral sostiene que es ilícita la fecundación de una mujer casada con el espermatozoides de una persona diferente a su marido o de un óvulo que procede de una mujer que no es la esposa.

Es igualmente inmoral la fecundación de una mujer que no es casada por ser soltera o viuda no importa quien sea el donador " esa valoración se justifica porque desde el punto de vista moral solo es verdaderamente responsable para con quien ha de nacer la procreación que es fruto del matrimonio, la fidelidad de los esposos en la unidad del matrimonio comporta el recíproco respeto de su derecho a llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro".²³ Por las mismas razones se rechaza la maternidad sustituta pues afirman representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable. Con relación a la fecundación artificial homóloga

²³ Ibidem.p. 4

e inseminación artificial entre esposos la instrucción lo condena moralmente exaltando el nexo que debe existir entre la procreación y el acto conyugal. La iglesia enseña la inseparable conexión que Dios ha querido y que el hombre no puede romper por propia iniciativa entre los dos significados del acto conyugal. El significado unitivo y el procreado lo que es establecido por Pablo VI en la encíclica "Humanae Vitae".

Critica la iglesia católica la fecundación artificial homóloga porque "al intentar una procreación que no es fruto de la unión específicamente conyugal, realiza objetivamente una separación análoga entre los bienes y significados del matrimonio"²⁴, puesto que la persona concebida debe ser el fruto del amor de sus padres y no de las técnicas médicas y biológicas, donde se confía a los médicos y biólogos la vida del embrión. La posición de ésta, se puede resumir como de absoluto rechazo a toda forma de procreación asistida, calificando como inmorales todos los métodos de los que se tiene conocimientos, exaltando el que existe vida desde el momento de la procreación y exigiendo un absoluto respeto para el embrión al que llaman persona. "La iglesia la considera como una práctica de abominación y desorden moral, condenada por todas las leyes divinas y al hijo como inmoral e ilegítimo"²⁵.

3.3 Problemática ética legal.

Los métodos de reproducción asistida presentan también una problemática ético legal. El derecho, definido de manera general es "un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado"²⁶, todos los intereses

²⁴ Ibidem.p. 4

²⁵ Aguiar Henos H. op. Cit. P. 47.

²⁶ Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. De. Porrúa S.A. México 1996.

protegidos son importantes, pero hay algunos que por su trascendencia deben ser asegurados a toda costa para garantizar la supervivencia del orden social; estos van a variar dependiendo del tiempo y lugar y van a ser tutelados por el Estado a través del derecho penal. Por el principio de intervención mínima, se van a seleccionar las conductas trascendentes y se van a describir en un tipo penal.

“El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes”.²⁷ Solo aquellas que se adecúen exactamente a la descripción podrán ser sancionadas, sin estar permitida la analogía acorde a lo dispuesto por el artículo 14 tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En nuestra legislación se consideran trascendentes entre otros bienes jurídicos el derecho a la vida o esperanza de vida, al correcto estado civil de las personas y a que los menores permanezcan con quienes ejercen la patria potestad sobre ellos, lo que va a ser tutelado por los delitos de aborto, contra el estado civil de las personas y privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro.

El Código Penal vigente fue promulgado en 1931 y aún cuando ha tenido diversas modificaciones, sin embargo ha sido rebasado por la tecnología moderna y escapan de su redacción las consecuencias de la reproducción asistida, muchas de las cuales lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos antes enunciados.

Un ejemplo de ello es el delito de aborto, que ampara el derecho a la vida de las personas o esperanza de vida, el cual se encuentra descrito en el artículo 329 del Código Penal vigente de la siguiente forma “aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.”; ya

²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor México 1994.

quedó establecido en este trabajo que para poder lograr la fecundación in vitro se obtienen varias células germinales u ovocitos de la mujer, los cuales se fecundan y no siempre todos los pre-embriónes son implantados dentro del útero, en muchas ocasiones se congelan y después son desechados, como aconteció en Inglaterra, en este caso se vulnera el bien jurídico tutelado, esperanza de vida, pues acorde a la Ley General de Salud el producto ya es considerado pre-embrión sin embargo no hubo preñez, pues para esto es necesario que el pre-embrión este dentro del cuerpo de la mujer: aún cuando la conducta es muy semejante a la descrita en el tipo penal, sin embargo no se adecúa de manera exacta por lo que queda impune.

Julian Guitrón Fuentesvilla comparte su opinión con el profesor John Robertson, de la Universidad de Texas "quien opina que el pre-embrión no es un sujeto legal. Porque él representa la vida en potencia, merece un respeto especial, pero no el que ha otorgado a una persona".²⁸

Acontece lo mismo con el estado civil de las personas, el artículo 277 del Código Penal en vigor para el Distrito Federal impone una pena a "los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguiente: I.- Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre; ... III.- A los padres que no presenten a un hijo suyo al registro con el propósito de hacerle perder su estado civil ... o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas ..."

Esto tiene íntima relación con el Código Civil vigente que en su artículo 60 prohíbe que una mujer deje de reconocer a su hijo, entendiéndose por tal, de manera general al que ha parido, debido a que antes había necesariamente identidad entre quien daba a luz a una criatura y aquella cuyas células germinales habían sido utilizadas para la concepción, siendo que actualmente con los métodos de procreación asistida no necesariamente se da esto.

²⁸ Guitrón Fuentesvilla, Julian. México, Promociones Jurídicas y Culturales, S.C., 1992. p. 228

Esa situación crea confusión sobre quien es la madre que debe de reconocer al menor y quien podría incurrir en un delito, sobre todo en el caso de maternidad sustituta, ¿la biológica con cuyas células germinales se procreo, o aquella que llevó a término el embarazo?

En la inseminación artificial intravaginal los donadores generalmente son anónimos, cuando se trata de una mujer casada; al presentar el matrimonio al menor se estaría suponiendo que el padre biológico es una persona distinta a la real. No existen criterios jurisprudenciales que aclaren lo anterior, pues aún cuando se practican en México los métodos de procreación asistida, sin embargo esto todavía no es a gran escala y no se han presentado conflictos que lleguen a tribunales, pero eso no implica que no se den en un futuro y que no sea necesario adecuar la legislación a la realidad.

El artículo 366 quáter del Código Penal vigente para el Distrito Federal, establece que "Cuando el ascendiente sin limitación de grado o pariente consanguíneo colateral o por afinidad hasta el cuarto grado de un menor lo sustraiga o cambie del domicilio donde habitualmente reside, lo retenga o impida que regrese al mismo, sin la autorización de quienes ejercen la patria potestad o resolución de autoridad competente, no permitiendo a la madre o al padre convivir con el menor o visitarlo, se le aplicará una pena de ...", en este caso, como en el anterior, la realidad escapa de la problemática planteada, ya que una mujer puede ser la donadora de la célula germinal y por ende, ascendiente consanguíneo.

Pero si no es ella la que lleva a término el embarazo y la que da a luz al producto, no se le reconoce la maternidad y por lo tanto no se ampara su derecho a ver al menor.

El único artículo que prohíbe una conducta relacionada con la inseminación artificial es el 466 de la Ley General de Salud, que establece:

“Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta fuera menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

Al estar contenido dentro de una ley especial, este delito es federal, acorde a lo dispuesto por el artículo de la ley orgánica del Poder Judicial Federal.

Son varias las hipótesis que se prevén, la primera es cuando se insemina a una mujer sin su consentimiento, la segunda cuando es “menor o incapaz”, en cuyo caso es irrelevante la existencia de la aceptación. El precepto es obscuro, pues no precisa menor que, *¿18 años, es la edad que en que en el Distrito Federal se permite a las personas tener goce pleno de derechos civiles y políticos y ser imputables ante el derecho penal?* o de 12 la cual es la señalada en el Código Penal para el Distrito Federal cuando se trata de violación en la que no es válido el consentimiento de la pasivo. Tampoco se dice que es ser “incapaz”.

Se dan dos penas, una para el caso que se logre el embarazo y otra atenuada para el contrario. Se afirma que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge, pero no se impone pena en el caso de que se lleve a cabo la conducta, además de que con ello se restringe el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y al requerir de la “autorización” del marido se lesiona la igualdad jurídica entre hombre y mujer y contraría el artículo 4º. Tercer párrafo Constitucional en el que se asegura que “Toda persona tiene derecho a decidir de

manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”

Además de ello, no se define en ninguna ley que es lo que se entiende por “inseminación artificial”, lo que obliga a recurrir a una interpretación social del concepto, creando mayor ambigüedad.

Considero que el artículo es poco afortunado en su redacción y no logra cubrir todas las hipótesis que pueden derivar de la problemática de la inseminación artificial, además de que es obscuro y confuso.

Los problemas planteados en segundo y tercer lugar requieren para su solución de la modificación de los preceptos civiles referentes a filiación, lo que se verá en un capítulo aparte, en cuanto al aborto, en caso de que se considere que la conducta es relevante, debe tipificarse de manera precisa. No es el objeto de este trabajo pronunciarse sobre una posición en relación al aborto o su posible despenalización, pero si se cree necesario que exista congruencia en la ley y si se va a proteger el bien jurídico esperanza de vida debe de hacerse de forma consistente, tipificando todas las conductas que lo lesionan; en el caso contrario, debe eliminarse el tipo penal.

3.4 Posición personal.

Tras el análisis de la problemática ética que presenta la inseminación artificial, consideramos que es necesario regularla, pues no puede continuarse ignorando una situación que se da de hecho y cada vez con más frecuencia dentro de nuestro país. Para ello, debe de establecerse el lugar, forma y personas que podrán llevarla a cabo, prohibiéndose el congelamiento o destrucción de pre-embriónes, por lo que solo podrán inseminarse in vitro los ovocitos que vayan a ser introducidos en el cuerpo de la mujer, congelándose los restantes antes de ser fecundados.

Un problema grave es el que se presenta cuando la mujer acepta ser fecundada de forma heteróloga con la finalidad de llevar a término el embarazo y entregar el producto al padre biológico y su esposa, para ser adoptado por ella, caso que malamente es conocido como "madre sustituta". Afirmamos que se le conoce "malamente" de esa forma pues hay identidad entre la mujer que da la célula germinal, lleva a término el embarazo y da a luz la criatura por lo que en realidad es una madre biológica, siendo igualmente delicado el caso de la madre sustituta. Esta última situación debe ser analizada con especial cuidado por los legisladores por todas las consecuencias que puede generar y es precisamente lo que se estudia en subsecuentes capítulos, proponiéndose un contrato tipo que pueda sustituir el vacío legal y evitar posibles controversias en base a la legislación vigente.

CAPITULO IV

DERECHO COMPARADO

4.1.- Estados Unidos de Norteamérica.

En los Estados Unidos de Norteamérica, a diferencia de México en donde llevamos un derecho positivo, se practica el consuetudinario, que día a día evoluciona de acuerdo a las necesidades de la sociedad; esto sumado al adelanto tecnológico que tienen ha motivado que surjan problemas y controversias derivados de la procreación asistida por lo que se han dictado diferentes criterios y regulaciones jurídicas al respecto. Cabe hacer la aclaración, que toda vez de que se trata de un país en el que, al igual que en el nuestro, existe soberanía estatal para regular y legislar en materia jurídica, por lo que se han presentado resoluciones contradictorias.

Muchos Estados han promulgado leyes que por sus términos pudieran ser interpretadas como una prohibición de celebrar contratos subrogados cuando la madre natural recibe una remuneración; según las leyes de California es un delito pagar a un padre natural para que de a su hijo en adopción o colaborar con dinero en los procedimientos que culminen en tal situación, cuando menos otros 15 estados poseen normas similares.

Las leyes mencionadas, aunque tienen como fin prohibir un mercado negro de adopciones y venta de niños, también podrían aplicarse al contrato con la madre subrogada. Se señala en muchos estados norteamericanos que cualquier remuneración que se haga a fin de obtener el consentimiento para una adopción es ilegal, razón por la cual los médicos deben solicitar a la madre subrogada que dé por terminados sus derechos maternos.

En el estado de Nueva Jersey, en el año de 1985, se practicaba ya la maternidad subrogada, con lo cual diversas personas obtenían beneficios, ya fuera el económico o bien el hecho de poder contar con un hijo en el seno familiar, mismo que llenaba el hueco de aquella pareja que no podía concebirlos por diversos motivos que iban desde la infertilidad hasta problemas de salud.

La forma de obtener el hijo deseado se realizaba a través de la celebración de un contrato específico de prestación de servicios oneroso mediante el cual una mujer saludable, se obligaba a prestar " su cuerpo ", a fin de que en el se gestara un nuevo ser. En este contrato participaban no únicamente el padre y la madre del menor sino en el caso de que alguno de los otorgantes fuese casado intervendría también su cónyuge, a parte de las personas que se han indicado con anterioridad intervenían en la celebración del contrato, el Instituto de Infertilidad ya que era el que se encargaba de la obtención de la mujer que se convertiría en el ente-receptor y gestador del producto, este tipo de contratos por la inexperiencia sobre el tema trae diversas consecuencias jurídicas.

Las características que sobresalen del contrato de maternidad subrogada, celebrado en dicho estado son las siguientes:

- 1.- La madre subrogada afirma que es capaz de concebir niños y acepta por el bienestar del producto en no establecer ni intentar establecer una relación paterno-filial con la criatura o criaturas que pueda concebir; que gestará el embrión-feto, hasta el parto; que renunciará y entregará su custodia al padre natural inmediatamente después del nacimiento y concluirá todos sus derechos materno-filiales con el mismo.

2.- El esposo de la madre subrogada debe declarar estar conforme con el convenio y aceptar que su esposa sea inseminada artificialmente comprometiéndose a no establecer ni intentar establecer una relación paterno-filial con la criatura o criaturas que su esposa pueda concebir mediante inseminación artificial y que entregará el niño al padre biológico, para su custodia, concluyendo y renunciando a sus derechos paterno-filiales; que realizará todos los actos necesarios para impugnar/desconocer la presunción de paternidad de la criatura que pudiera nacer.

3.- El padre biológico, acuerda con la madre subrogada, que ella será inseminada artificialmente por un médico con el semen de él. Los esposos subrogados convienen en entregar la custodia de la criatura al padre biológico inmediatamente después del nacimiento, declarando los esposos subrogados que la criatura se concebirá con el único propósito de entregarla a su padre natural y biológico.

4.- Se maneja que la compensación que se entrega es por los servicios y gastos y de ninguna forma debe ser interpretada como honorario por la renuncia de derechos paterno-filiales o pago a cambio de la entrega de la criatura, consintiendo su adopción. El pago será como sigue:

- Se pagará a la madre subrogada al entregar la custodia al padre biológico.
- La cantidad a pagarse a la madre subrogada será depositada con el Instituto de Infertilidad de Nueva York, representante del padre biológico al momento de la firma de este acuerdo.
- El padre biológico pagara los gastos en que incurra la madre subrogada debido al estado de embarazo.

5.- Los esposos subrogados acuerdan que es derecho único y exclusivo del padre biológico, dar nombre a la criatura.

6.- En caso de muerte del padre biológico, antes o después del nacimiento de la criatura, los esposos subrogados aceptan entregar la custodia a la esposa del padre biológico.

7.- La madre subrogada conviene que no abortará al niño concebido, excepto que en opinión del médico que la inseminó, ello fuese necesario para su salud o que se determine que la criatura concebida fuese psicológicamente anormal.

Además del contrato anterior, se realiza otro entre el padre biológico y el Instituto de Infertilidad de Nueva York, persona moral que gestiona la búsqueda de la persona que realizaría los servicios de maternidad subrogada; debiendo el padre biológico pagar al Instituto una cantidad, además de la que pagaría a la madre subrogada. El dinero se deposita en el Instituto, el cual pagaría una vez cumplido el contrato de maternidad subrogada.

En realidad son pocos los estados de la Unión Americana que tienen estatutos que prohíban específicamente los contratos subrogados, sin embargo, en muchos estos podrían ser interpretados como ilegales. Algunas legislaturas estatales han comenzado a introducir o promulgar leyes al respecto, muchos estados lo han hecho respecto a normas que podrían considerarse como una prohibición para celebrar contratos si la madre natural recibe una remuneración aún cuando esas leyes son aplicables específicamente a situaciones de adopción.

Por ejemplo, según las leyes de California es un delito que el padre natural reciba una remuneración por dar a su hijo en adopción. Por lo menos otros 15 estados tienen leyes semejantes. Únicamente se considera legal la adopción si la madre subrogada da por terminados sus derechos maternales

En Kentucky se prohíbe cualquier pago para dar por concluidos los derechos paternales.

En Washington la legislatura incluye un estatuto que prohíbe la venta de niños pero que dispone específicamente que una transacción entre los padres de un menor no constituye venta. Así en este Estado los contratos subrogados pudieran considerarse como legales.

En Michigan un tribunal de circuito prohibió a una pareja pagarle a la madre subrogada una remuneración por procrear un hijo. El tribunal argumentó, que los estatutos sobre la venta de niños manifiesta el interés del Estado para evitar el comercialismo que influye en la decisión de una mujer para dar en adopción a su hijo, que es fundamental que los padres no consientan en vender o comprar a sus hijos.

Si un tribunal considera que un contrato subrogado viola una ley que prohíbe la venta de niños, el contrato es ilegal y no obstante que esos estatutos no fueron redactados para el caso de los contratos subrogados y por lo mismo no pueden aplicarse a la madre sustituta y aún, cuando no hay legislación que norme expresamente los contratos subrogados si el tribunal lo considera pertinente puede decretar que la práctica o validez de los acuerdos son contrarios a las normas y al interés público.

En algunos estados se protege el fuerte vínculo emocional de la madre natural con su bebé, lo que ha sido estudiado entre otros por los médicos Klaus y Kennel quienes aseguran al observar a las mujeres durante el embarazo que existe una vinculación emocional muy fuerte entre la madre

natural y el hijo La primera madre subrogada Elizabeth Kane manifestó que amaba al niño, y que era tonto pensar que no sintiera unión a él, otra declaró que lo más difícil para ella fue alejarse del niño y sintió una gran tristeza al separarse de él después de haberlo conocido, no obstante cedió a su hijo y no se arrepintió de su decisión.

En Nueva York un tribunal sostuvo que el acuerdo que la madre natural tiene antes del parto para ceder a su hijo es contrario al instinto natural de maternidad y va contra las buenas costumbres.

En el caso que la madre o el padre natural no cumplan el contrato subrogado y esto sea declarado así, con base en las buenas costumbres y el interés público; el tribunal podrá resolver que si la madre natural decide quedarse con el niño el padre natural no podrá solicitar la custodia fundamentándose en el contrato, y además es probable que no se le reintegre al padre natural el dinero que pago por adelantado porque según la ley se le considera como participante en un contrato ilegal.

Si la pareja adoptiva no cumple con el contrato la madre natural podrá conservar todo el dinero que ha recibido, pero si el tribunal declara nulo el acuerdo no podrá obtener el resto del dinero acordado y tampoco podrá exigir al padre natural que se lleve al bebé.

En otros casos, si la madre natural desconoce el contrato y desea conservar a su hijo, el padre natural puede acudir a un tribunal y solicitar la custodia del pequeño.

Generalmente si se rescinde un contrato subrogado por una de las partes los tribunales señalan compensaciones económicas por daños a fin de que la parte agraviada posea la misma posición económica que tendría si se hubiera cumplido el contrato.

Si no es aceptada nada más la compensación económica por daños, el tribunal puede ordenar que se cumpla lo acordado en el contrato por la parte que no lo cumplió, para ello se basa en la jurisprudencia de equidad y es llamado cumplimiento específico.

Tratándose de un contrato subrogado si es la madre natural la que rompe el acuerdo el laudo de cumplimiento específico obligaría a quitarle la custodia de su hijo y ordenaría que de por terminados sus derechos maternales.

La equidad exige que "quien busca equidad debe ser equitativo" así en la legislación del estado de California se ha interpretado dicha doctrina manifestando que únicamente se aplicaría el laudo de cumplimiento específico contra la parte infractora y para evaluar si el laudo de cumplimiento específico es justo y razonable, el tribunal comparará la severidad contra la madre natural y el beneficio que obtendría la pareja de adopción de acuerdo a las cláusulas de obligatoriedad y cumplimiento del contrato.

Si se rechaza el laudo de cumplimiento específico y es la madre natural quien no cumple con el contrato subrogado, se deja al padre natural sin ninguna posibilidad y varios comentaristas han manifestado que los tribunales posiblemente no intenten separar al bebé de su madre natural.

Como se ha visto, este tipo de Contratos, trajo consigo incumplimiento de las partes siendo más frecuente el de la madre subrogada quien se negaba a entregar el producto. Tal es el caso del juicio seguido ante el Tribunal en el estado de Nueva Jersey denominado "BABY M", que es uno de los más comentados en la literatura. Según se sabe, el 6 de febrero de 1985 se celebró en los Estados Unidos un contrato de maternidad subrogada, suplente o sustituta, entre la señora Whitehead, su esposo y el señor Stern, padre natural o biológico. La señora Whitehead fue inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procreando una niña que nació

el 27 de marzo de 1986. Establecida la controversia legal entablada por el señor Stern para obtener la patria potestad del menor, producto de la inseminación artificial, el tribunal inferior resolvió el 31 de mayo de 1987 que el contrato era válido, beneficiando así al padre biológico. Sin embargo, ante la apelación presentada por la señor Whitehead, el tribunal supremo del estado de New Jersey resolvió el 3 de febrero de 1988 revocando unánimemente la decisión del tribunal inferior.

En consecuencia, se declaró que la madre subrogada biológica y gestante era la madre legal de la criatura. A su vez, la adopción de ésta por los señores Stern se declaró inválida e ineficaz. Lo más sobresaliente del caso fue lo siguiente:

La madre subrogada fue inseminada artificialmente con el semen del padre biológico, procreando una criatura que nació el 27 de Marzo de 1986. La misma fue inscrita con el nombre de Elizabeth e hija de los esposos subrogantes; tres días más tarde, la madre biológica, gestante y jurídica, entrego la recién nacida a los esposos, los cuales la llaman Melissa al día siguiente, la madre subrogada visitó a los esposos y ante la patente crisis emocional por la cual atravesaba, le dejan se lleve a la bebé por una semana, transcurren cuatro largos y angustiosos meses, que comprenden hasta la huida a otro estado de la Unión Norteamericana, antes de que la criatura regrese a casa de los esposos, después de varias ordenes judiciales, fundamentalmente relacionados con la custodia de la niña, los contratantes exigieron el cumplimiento específico del contrato.

La controversia legal planteada, en palabra del Tribunal Supremo Estatal, es la siguiente:

La validez o no de un contrato que pretende facilitar nuevas vías de traer hijos a una familia por unos honorarios de cierta cantidad, una mujer casada conviene se le insemine artificialmente con el semen del marido de otra mujer: Acuerda concebir una criatura, gestarla y procrearla y entregarla al padre biológico y a su esposa.

El contrato conlleva que la madre natural o biológica de la criatura se separa permanentemente de su hijo, la esposa del hombre con cuyo semen se inseminó artificialmente a la madre natural; ésto es, la cónyuge del padre biológico de la criatura, la adoptaría tanto ella como él, serán considerados los padres para todos los propósitos, este contrato se denomina "Contrato de Maternidad Subrogada" , llamándosele erróneamente "Madre Subrogada" a la madre natural.

El Tribunal inferior había resuelto que el contrato de Maternidad Subrogada era valido en sus términos precisos... Las partes expresaron sus respectivas ofertas y sus acuerdos fueron escritos, si las promesas mutuas fueron suficientes para establecer un acuerdo, entonces ciertamente hubo consentimiento al momento de la concepción. El hombre dio su sémen, la mujer dio su óvulo en su esfuerzo planificado por crear un niño, por ende HAY UN CONTRATO.

Por el contrario, el Tribunal Supremo Estatal , revocando la decisión emitida en primera instancia, pronuncio la nulidad del Contrato por infringir la legislación y la política publica estatal vigentes, en consecuencia, determino su invalidez e inexigibilidad. A juicio del alto tribunal , uno de los fines principales del contrato de maternidad subrogada es lograr la adopción de un niño a través de gestiones de una agencia privada. El uso de dinero para lograr ese propósito es ilegal. Ya que el dinero fue pagado para lograr una adopción y no por los servicios personales de la madre subrogada, . Hay que advertir que aunque la esposa del padre biológico no fue parte del contrato entre él , la madre biológica y su cónyuge, la renuncia de la madre subrogada a todo derecho materno-filial sobre la criatura facilitó y posibilitó a la esposa del padre

biológico la adopción de la criatura, de donde se transparenta uno de los fines del contrato, aunque el mismo no aparezca en su faz, pero sí de la prueba. Explica además la ausencia como parte contractual de la esposa del padre biológico: evadir el posible argumento de que estaba comprando un niño, acto prohibido por la ley, porque el acto fue uno de adopción.

La disposición contractual mediante la cual la madre suplente renunciaba a todo derecho, deber y responsabilidad sobre la niña, la cual había sido declarada válida por el Tribunal Inferior fue declarada nula e ineficaz. Por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey el que resolvió que la renuncia terminación o conclusión de los derechos materno-filiales esta revestida de interés publico y sólo puede existir una vez cumplidos los requisitos legales, lo que no había sucedido en el caso pues la norma del mejor interés y bienestar del menor no es la única aplicable cuando se juzga la validez o no de una renuncia de derechos paterno-filiales.

En consecuencia, se declaró que la madre subrogada-biológica y gestante, era la madre legal de la criatura, a su vez, la adopción de la criatura por la esposa del padre biológico posibilitada por el fallo del Tribunal Inferior declarando válida la renuncia de todo derecho materno-filial por la madre subrogada, fue declarada inválida e ineficaz.

La custodia de la niña fue concedida a su padre biológico, también legal, confirmándose en este aspecto la decisión del Tribunal Inferior y se le concedieron derechos de visita a la madre.

Hay otros pronunciamientos de interés en el caso que nos ocupa, el mismo tribunal señala que no es lesivo al ordenamiento jurídico vigente en el estado de Nueva Jersey el que una mujer voluntariamente y sin que medie pago, convenga en ser madre subrogada, siempre que no este obligada a renunciar a su criatura. El pago y la renuncia de derechos materno filiales obviamente son los elementos que

difieren de esta alternativa de contrato de maternidad subrogada y la del caso BABY M.

Los planteamientos de carácter constitucional, no podían faltar, (el derecho a la procreación), en ese sentido afirma el tribunal que existe el derecho a tener hijos naturales a través de relaciones sexuales o por inseminación artificial, y se limita a sus elementos esenciales; siendo diferentes otras situaciones relativas a la criatura resultante, tales como la custodia, cuidado, compañía y otros.

Se analizaron otros aspecto diversos al caso "Baby M", concluyéndose que la mujer soltera o sola, amparada en el derecho a la procreación, podía ser parte en un contrato de maternidad subrogada.

Así como se resolvió el caso descrito con anterioridad en favor de la madre subrogada, hay otros contrarios, como lo sucedido en el estado de Nueva York, en el cual se celebró un contrato de ese tipo, en el que la mujer en lugar de dar a luz un solo hijo tuvo gemelos. Ante tal situación, la parte aportante de la célula germinal masculina decidió únicamente conservar a uno de los recién nacidos y dar en adopción al otro, ante lo cual la madre subrogada demandó ante el Tribunal correspondiente la nulidad del contrato y la guardia custodia de ambos nacidos bajo el argumento de que no debía separarse a los menores, ya que eran el resultado de un contrato celebrado por ambas partes y que el hecho de separarlos traía como consecuencia el incumplimiento del contrato por parte del aportante. El tribunal que conoció de los hechos resolvió en favor del padre biológico, bajo el argumento de que había cumplido en su totalidad con las obligaciones del contrato, por lo cual al tener la responsabilidad y guarda de los menores, podía resolver y decidir sobre la situación jurídica y moral de estos, por lo que si deseaba dar en adopción a uno de ellos podía hacerlo libremente.

De esto se desprende que los criterios de las autoridades varían, ya que fundamentan las resoluciones en las leyes estatales vigentes que en forma supletoria y partiendo de las bases y elementos que se brindan desde el momento de la elaboración del contrato de la maternidad subrogada son aplicadas para cada caso al carecerse de una legislación específica.

En Estados Unidos de Norteamérica, han proliferado los despachos jurídicos que brindan un servicio completo que va desde la selección de la madre subrogada hasta supervisar el cumplimiento del contrato, el cual es redactado por ellos garantizando el cumplimiento y comprometiéndose en caso necesario a defenderlo ante cualquier tribunal. Cuentan para ello con una amplia gama de posibles madres subrogadas y dan a escoger a los contratantes a la persona que servirá como vientre de cría o como aportante del óvulo, acreditando los antecedentes familiares a fin de que se conozcan los rasgos del posible hijo, además de garantizar la salud de la madre subrogada.

Una vez que se selecciona a la mujer se realizan diversas entrevistas entre los posibles contratantes y se procede a la elaboración y celebración de el contrato.

Entre las posibles receptoras se tienen mujeres que van desde solteras hasta divorciadas pasando por casadas cuyas labores van de secretarias a amas de casa, camareras, hasta profesionistas, ya que el pago puede ser de alrededor de \$10,000 dólares.

Los despachos jurídicos garantizan el cumplimiento del contrato por parte del aportante mediante el depósito de las cantidades pactadas en cuentas bancarias, incluyendo en estas sus honorarios, que son divididos por partes, una por la selección de la posible candidata, otra por la elaboración del contrato y una última que se pagará una vez entregado el producto.

En Estados Unidos de Norteamérica se ha creado una industria alrededor de la maternidad subrogada que genera grandes beneficios económicos y simplifica en tiempo y trámites los necesarios para una adopción que en muchos casos no era conseguida.

En este país, ante la evolución científica, que permitía técnicamente la realización de las inseminaciones artificiales antes que en otros, sumado al poderío económico se ha tenido que analizar el tema, al surgir controversias, no pudiendo ignorar el derecho una situación que se estaba dando.

4.2 Suecia.-

La primera legislación que reguló de manera específica la inseminación artificial fue la sueca, promulgada el 22 de diciembre de 1985, en la que se contempló la inseminación homóloga y heteróloga; estableciéndose que la mujer receptora debía estar casada o tener una relación estable como si lo estuviera; y se dan ciertas previsiones especiales como que "... cuando el semen provenga de un hombre distinto de aquél con el que está casada o convive en relación análoga ... el médico elegirá el adecuado donante del semen y ... los informes sobre éste se registrarán en un libro especial de memoria clínica que se conservará durante un tiempo no inferior a setenta años. El niño engendrado cuando haya alcanzado la suficiente madurez tendrá derecho a acceder a los informes registrados en dicho libro." ²⁹ También se establece que se imponen restricciones en cuanto al lugar y solo podrá realizarse la inseminación en un hospital o institución comparable y por un médico con conocimiento en ginecología; sin embargo, las autoridades sanitarias pueden autorizar a ciertos médicos a practicarla en otra parte."

²⁹ Moctezuma Barragán Gonzálo. InfoJus. Cuadernos Interdisciplinarios. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [Http://www.juridicas.unam.mx/publica-salud-cuadl-barragan.htm](http://www.juridicas.unam.mx/publica-salud-cuadl-barragan.htm). p. 3

En caso de la mujer casada, se requiere la autorización del marido y aún cuando el médico es el autorizado para seleccionar al donante del semen, el esposo puede señalar a otra persona. Al analizar este aspecto debemos tomar en cuenta la fecha de la ley y el que en ese momento todavía no se tenía conocimiento certero de enfermedades como el SIDA. Actualmente el método generalizado es no acudir a donadores de semen fresco, sino al congelado. Este se obtiene de un donador a quien se examina que este sano, dándosele seguimiento durante cinco años; una vez pasado este término, si no aparecieron enfermedades transmisibles como la hepatitis "B" o el sida se procede a utilizar el semen, los cuales están clasificados por raza y características del donador.

En la ley que se analiza se establece como obligación del médico el hacer los trámites para impedir que el esposo sepa quien es el donante.

Existen medidas de seguridad así, la madre que se sometió a la inseminación artificial en época que podía concebir una criatura no puede ser demandada, a menos que pueda darse por cierto que esta no fue concebida por ese método. Tampoco puede promoverse un juicio al donante por la paternidad del producto concebido con su semen. En caso de que el médico no cumpla con los preceptos relativos a la inseminación artificial al practicarla, se le impondrá "...el mayor castigo aparte de una multa"³⁰

El 20 de diciembre de 1984, se refuerzan los anteriores postulados con la ley del cambio en el código civil del título relativo a la paternidad, en cuyo artículo 60 se estableció que si la inseminación se realizó en la madre con el consentimiento del marido u hombre con quien vive en relación similar, éste tendrá la calidad de padre del producto logrado por ese método.

³⁰ Sánchez Vargas Julio, y otro. La inseminación artificial y sus posibles consecuencia penales. México, 1980. Revista Mensual. p. 100.

El tema también se trata en la "ley del secreto", en la que el 20 de diciembre de 1984 se estableció que "... el secreto se mantendrá dentro de la atención médica y de la salud, entre otras materias para el caso de inseminación artificial."³¹

4.3 España.

En España existe la ley sobre Técnica de Reproducción asistida aprobada por el congreso a finales de 1988, la cual cuenta con 21 artículos y es muy precisa al regular la materia, señalando entre otras cosas:

a).-Que las formas de reproducción humana asistida son la inseminación artificial (IA), fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE) y la transferencia intratubárica de gametos (TIG)., lo cuales podrán ser practicados siempre que estén científica y clínicamente indicados.

b).- Deberán realizarse en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, con equipo especializado.

c).- Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otros medios se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

³¹ Moctezuma Barragán Gonzalo. Op. Cit. P. 6 .

d).- Las técnicas solo podrán utilizarse en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario cuando sea posible reforzarlas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas.

e).- Se regula el secreto que debe existir en torno a la identidad del donador del semen, en el artículo 5.5. en el que se prescribe que debe mantenerse el anonimato, pero el niño o niña tienen derecho a recibir toda la información general que requieran sin que le sea revelada la identidad., derecho que asiste también a las receptoras de los gametos.

f). Cualquier mujer puede ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas siempre y cuando tenga al menos 18 años de edad, plena capacidad de obrar y conste su consentimiento por escrito.

g).- "La respuesta que la ley española da a la fecundación post mortem consiste en que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en la ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón; sin embargo, el marido podrá consentir en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, produciendo tal situación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial."³²

h).- Será nulo el contrato en el que la mujer renuncie a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero, ya

³² Idem. p. 7

que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

Como podemos advertir, existe semejanza con la legislación imperante en los Estados Unidos de Norteamérica en cuanto a que en el contrato no puede pactarse desde el inicio el que la madre biológica, mal llamada subrogada renuncie a los derechos derivados de la maternidad. También se toman en cuenta situaciones éticas establecidas en el capítulo correspondiente, como el secreto que debe existir en cuando al donador de los gametos o células germinales masculinas, el lugar donde debe llevarse a cabo la técnica, los casos y las características de la mujer a quien pueden aplicarse.

4.4 Alemania.

En Alemania se regula la maternidad sustituta a través de la ley sobre la Proporción de adopciones y la prohibición de servicios de intermediarios para proporcionar madres sustitutas de noviembre de 1989, en la cual también se contienen disposiciones penales en relación a la materia.

Ante la problemática de la manipulación de embriones humanos y su utilización para fines de investigación científica se propuso un proyecto de ley, en el cual se establecen regulaciones especiales para:

- * El abuso de las técnicas de reproducción.
- * La utilización abusiva de embriones humanos.
- * El abuso en la determinación del sexo del embrión

- * La fertilización arbitraria y trasplante artificial de embriones.
- * La alteración artificial de genes humanos.
- * Los clones y
- * La creación artificial de quimeras e híbridos.

Con tal legislación se adelantan a la posibilidad de los problemas que pueden surgir por la procreación asistida, que si bien no se han presentado hasta el momento pueden hacerlo en cualquiera debido a los adelantos tecnológicos.

4.5 Argentina.

Dentro de la legislación argentina se admite la posibilidad de la inseminación artificial homóloga en cuyo caso el producto será considerado como legítimo, pero se reprueba si se realiza con los gametos de un dador diverso equiparándolo al adulterio.

CAPITULO V

PROBLEMÁTICA DE LA LEGISLACION MEXICANA.

En el artículo 4º, tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece que "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.", sin embargo en ningún texto vigente se hace referencia a los métodos de procreación asistida y aún cuando en el artículo 314 de la ley General de salud se define lo que se entiende por células germinales no se precisa en que casos pueden usarse, cómo, por quién y en donde. También se describe lo que es preembrión, embrión y feto, pero al igual que en el caso anterior en ningún lugar se hace mención al manejo extracorporeo de los mismos.

El capítulo VI de la ley General de Salud se refiere a los delitos, tipificándose en el 466 que "Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge." No puede afirmarse que este precepto sea una norma penal en blanco, pues estos se configuran "... por remisión a una norma de carácter no penal",³³ siendo que en el caso no existe ninguna que defina que es "inseminación artificial", elemento normativo que ante el vacío legal debe ser acreditado conforme a los conocimientos técnicos de la materia médica.

³³ Muñoz Conde Francisco y otro. Derecho Penal Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1993. p. 35

Al comparar nuestra legislación con otras se advierte un retraso y contraposición con la realidad, pues ya se realizan en el país diversos métodos de procreación asistida, entre ellos la inseminación artificial tanto homóloga como heteróloga, la inseminación artificial "in vitro" o "bebé probeta" e incluso existe maternidad subrogada, como se advierte con la revisión del "Internet", en el que instituciones médicas ofrecen sus servicios en estas ramas .

Ello no implica que no se hayan hechos esfuerzos por legislar estas situaciones, sin que hasta el momento ninguna haya fructificado. Así encontramos que en el anteproyecto del recientemente aparecido Código Civil de Guerrero se contemplaba un capítulo en el "... que se establecían normas mínimas relacionadas con la procreación asistida..." ³⁴, tomándose en cuenta el derecho de toda persona a conocer quién es su padre y su madre, aún en los casos de fecundación asistida y adopción, que la fecundación asistida sólo se permitiría mediante consentimiento expreso de la mujer que deseara someterse a ella, previa información precisa de las técnicas que se fueran a emplear y sus riesgos; se definía la fecundación homóloga como aquella que se efectúa con los gametos o células germinales de ambos cónyuges o concubinos y heteróloga cuando se realiza con gametos de personas distintas a ellos, pudiendo ser en ambos casos corpórea o extracorpórea. En caso de que la mujer fuere casada o viviera en concubinato , se requería para la inseminación heteróloga no solo su consentimiento informado, sino también el de su esposo o concubino, los cuales debían constar por escrito fechados y firmados, debiendo ser recabados por el profesional que interviniera en la fecundación. Documento que debía quedar depositado en la clínica, laboratorio o archivo médico del profesional que practicare la fecundación, precisando que si como resultado de la intervención para la cual fue otorgado la mujer no

³⁴ Pérez Duarte Alicia Elena. Op. Cit. p. 3

concibiese, el consentimiento sería válido para sucesivas fecundaciones, salvo que el esposo o concubino lo revocara expresamente y con las mismas formalidades exigidas para el otorgamiento.

Se precisaba que la identidad del donante de los gametos debería quedar debidamente registrada en la clínica, laboratorio o archivo del profesional que practicara la intervención y podría ser revelada en interés del hijo que naciera de dichas prácticas, cuando ello fuere necesario; esto derivado del derecho que tiene toda persona a conocer sus orígenes. Sin embargo, entre el donador de los gametos y el producto no se establecía ningún vínculo de filiación; por lo que no existía ningún derecho u obligación entre ellos, salvo la de informar sobre sus antecedentes clínicos.

En congruencia con el principio de irrevocabilidad del reconocimiento de la paternidad, se disponía que el esposo o concubino que hubiere consentido de la forma legalmente exigida en la fecundación asistida de su esposa o concubina, no podría desconocer la paternidad del menor nacido por esa vía.

“A fin de evitar los conflictos entre los distintos tipos de maternidad y paternidad que se propician con las manipulaciones genéticas encaminadas a la reproducción, se definía que para los efectos de la filiación, se consideraría como la madre del hijo a la mujer a quien se le hubiere implantado el embrión y que hubiere completado la etapa de gestación y dado a luz, siendo el padre el esposo o concubino de esa mujer.”³⁵

A efecto de establecer límites a manipulaciones que pudieran implicar un atentado contra la dignidad de las personas se consideraría ilícita la fecundación asistida de una mujer con el fin de adjudicar la maternidad del producto a una distinta, independientemente de la técnica empleada, siendo sancionado el profesional que realizara la intervención.

³⁵ Idem. p. 4

Gonzalo Moctezuma Barragán, Director General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Salud en 1998, en el artículo "La reproducción asistida en México, un enfoque multidisciplinario", publicado en Internet, afirma que como una primera respuesta a la falta de normatividad en la materia de procreación asistida se planteó un proyecto de norma para la disposición de células germinales humanas , cuyo proceso tuvo que suspenderse debido a las reformas a la Ley de Metrología y Normalización. El objeto de dicha norma sería el determinar la reglas científicas y tecnológicas a las que deberían sujetarse los establecimientos que presten servicios de fertilización asistida, su organización y desarrollo. En el se definen conceptos que el autor considera básicos tales como el de fertilización asistida y fertilización in vitro siendo la primera el conjunto de actividades relativas a la reproducción humana artificial y el segundo la técnica de fertilización asistida que se lleva a cabo en un medio extracorpóreo. Por fertilización asistida homóloga se entiende la que se realiza con células germinales de la pareja que recibirá el tratamiento y heteróloga, cuando esta se lleve a cabo con células germinales no provenientes de ellos.

En tal documento se propone:

- La creación de un "Centro Nacional de Fertilización Asistida" que entre sus funciones tendría la de ser el coordinador del registro nacional de disponentes, receptores y resultados en la materia, supervisar la aplicación y procedimientos de fertilización asistida, sancionar los protocolos de investigación, formar recursos humanos y fomentar la investigación en biología de la reproducción.

- Los requisitos que debían cubrirse para obtener autorización para disponer de células germinales y productos de la fertilización en establecimientos también autorizados.

Reglas sobre la infraestructura que debían reunir las unidades hospitalarias en las cuales se realizarían los procedimientos.

Las pruebas de laboratorio que deben practicarse en forma obligatoria.

Los requisitos para la integración de las comisiones de investigación, ética y de bioseguridad.

Los requisitos que debían reunir las personas que desearan hacer uso de la fertilización asistida, entre los que se encontraban estar unidos por vínculo matrimonial o ser concubinos conforme a lo dispuesto por el Código Civil vigente; que se haya comprobado la esterilidad al menos de uno de los miembros de la pareja y que exista indicación médica.

Las formalidades para la cesión de gametos, requiriéndose carta de consentimiento informado otorgado por el disponente originario en el cual se asienten sus datos generales, lugar, fecha y firma así como la de los testigos idóneos, la que puede certificada ante notario público.

Las condiciones de la cesión de gametos, la cual deberá ser realizada en términos absolutos, gratuita e incondicionalmente.

El anonimato de los donadores de gametos y de las parejas receptoras.

Que cuando se compruebe el embarazo, la pareja deberá reconocer el producto como hijo con todos los derechos que la ley le otorga.

Que si fuera necesario criopreservar (sic) gametos o preembriones, esto sería por un máximo de cinco años., una vez transcurrido el plazo el establecimiento puede dar destino final a los preembriones en términos de la Ley General de

Salud, es decir, su conservación permanente, inhumación o desintegración, a menos que un mes antes de que venza dicho período la pareja en tratamiento renueve el contrato con el mismo establecimiento.

La prohibición de diversas situaciones entre ellas: la de la maternidad subrogada, al no autorizarse la gestación de un pre-embrión en otra mujer que no sea la pareja bajo las condiciones de estabilidad señaladas.

La de trasladar los gametos y preembriones humanos entre establecimientos y la salida e internación de éstos en el territorio nacional.

La de la fertilización de óvulos humanos con propósitos diferentes a la procreación humana

La selección del sexo que no tenga un fin terapéutico.

La mezcla de gametos de diferentes donantes para realizar técnica de fertilización asistida.

La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de sus variantes.

La investigación en preembriones humanos vivos hasta que sea probado científicamente que los modelos animales son inadecuados para este propósito.

Cualquier procedimiento dirigido a la producción de quimera.

Realizar intercambio o recombinación genética entre el humano y otras especies animales para producir híbridos.

Transferir gametos o pre-embiones humanos a cualquier especie animal o viceversa y

La manipulación genética o cualquier otro procedimiento que no sea con propósitos terapéuticos.

En el documento que se analiza se observan graves problemas éticos, tales como el que se permite el congelamiento, inhumación o desintegración de los preembriones, que son considerados desde el punto de vista religioso como seres vivos y del jurídico como esperanza de vida; el que se autoriza para la investigación en preembriones humanos, los que socialmente se consideran personas.

Consideramos que el documento no toma en cuenta estos problemas éticos que ya han sido estudiados, lo que provocaría problemas diversos al ser llevados a la práctica.

En cuanto a los requisitos se observa que se afirma que el consentimiento del donador de gametos para que estos sean usados debe constar por escrito, en un documento que "podrá" ser certificado ante notario público. Al no existir un requerimiento absoluto sino solo una posibilidad, se deja a voluntad de las partes una formalidad.

Aún cuando las propuestas de ley estudiadas presentan problemas, sin embargo tenían la ventaja de referirse a un hecho ignorado por nuestra legislación y que cada día se torna más cotidiano y al no prosperar sigue existiendo un vacío que provoca inseguridad entre un segmento importante de la población.

Sin embargo, no deja de ser un adelanto y sería positivo, especialmente por prohibirse situaciones como la clonación de humanos.

CAPITULO VI

PARENTESCO Y FILIACIÓN

6.1 PARENTESCO

De acuerdo con el Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Don Joaquín Escriche, se entiende por parentesco la relación o conexión que hay entre personas unidas por la sangre y por las leyes.

A efecto de poder determinar si existe alguna relación civil entre los contratantes y el nuevo ser nacido en la situación jurídica que estamos estudiando, debemos precisar con cual de las partes es con la que existe una relación civil, que comúnmente se denomina parentesco.

Todo nexo jurídico entre descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge o entre el adoptado o el adoptante es a lo que se denomina parentesco, y toda vez que existe un grupo de parientes, dan lugar a la constitución de una familia.

Los tratadistas extranjeros consideran el parentesco a través de la filiación, es decir, el nexo jurídico entre padres e hijos, siendo éste, el vínculo más fuerte y directo que pueda existir entre dos personas y visto desde un punto de vista sociológico, el parentesco es la manifestación primaria de la solidaridad social.

Para considerar el parentesco, según la doctrina se toman como fuentes constitutivas de éste "el matrimonio, la filiación y la adopción",³⁶ y el Código Civil en su Artículo 292 lo contempla estableciendo estos mismos tipos de parentesco.

³⁶ Planiol Marcel y otro Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo II. p. 12. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1940. 12ª. Edición.

Artículo 292.- "La Ley no reconoce más parentescos que los de consanguinidad, afinidad y el civil."³⁷

Por parentesco de:

Consanguinidad, se entiende aquel que une a las personas por lazos de sangre, padres, hijos, abuelos, ya que descienden del mismo tronco "de la misma sangre".

Afinidad, se considera a los sujetos "que por ser parientes de uno de los cónyuges, son también parientes en el mismo grado del otro cónyuge",³⁸

Civil, aquel que nace por la declaración bilateral de voluntades, denominada adopción, mediante la cual el adoptante se obliga a la realización de los actos de todo padre, previstos por la Ley mexicana para su adoptado.

Podemos notar las diferencias existentes entre los tres tipos de parentesco, ya que se dan por circunstancias diversas.

PARENTESCO CONSANGUINEO.

La fuente primordial del parentesco consanguíneo es la paternidad y la maternidad, por lo cual, el simple hecho del alumbramiento da origen a éste, partiendo de la idea de que la persona que da a luz es aquella que procrea en unión de su marido al nuevo ser; pero si ésta no aportó el óvulo, aunque de a luz al producto no debe considerarse que existe parentesco consanguíneo, ya que como éste se da por la procreación y no por el nacimiento.

³⁷ Op. Cit. p 28

³⁸ Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Parte General, Personas, familia. Editorial Porrúa. México, 1976. p 444

Nuestra legislación es omisa en esto, ya que sólo por el alumbramiento y la identidad del producto, considera existente la filiación materna.

Consideramos que debe ser más profunda al respecto nuestra legislación y ver quienes son los entes biológicos que dan origen a la nueva vida, misma que por lo establecido por el Código Civil vigente se da en el momento de la procreación, para poder establecer realmente con quien existe el parentesco por consanguinidad.

El artículo 324.- Se consideran hijos de los conyuges:

I.- Los hijos nacidos después de 280 días contados desde la celebración del matrimonio.

II.- Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato o de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”

Esta laguna de la Ley es debido a la falta de actualización con respecto a los avances científicos y sociales que se han operado en los últimos años.

Nuestra legislación provoca conflictos toda vez que por el simple hecho que exista una relación contractual (el matrimonio) entre las partes, el nacimiento de un menor va a generar obligaciones y derechos al esposo aunque no lo haya procreado él; en el caso de que el hombre procreara en unión de otra mujer (que no es su esposa) un hijo, no se crean derechos ni obligaciones para la esposa ni se establece parentesco alguno.

Esto da lugar a que sea una falacia lo marcado por la Ley al establecer que el parentesco consanguíneo se presenta por el matrimonio.

En este orden de ideas reiteramos que el parentesco consanguíneo se da en el momento de la procreación, es decir, cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide, estableciendo este tipo de parentesco entre los entes biológicos y el nuevo ser.

PARENTESCO CIVIL

También llamado por adopción, es aquel en que una persona mediante un acto de voluntad y a través de una sentencia judicial considera como hijo suyo a un menor que no lo era, conforme al texto actual del Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 401-A y 402, la adopción puede ser plena cuando se equipara al adoptado con el hijo consanguíneo para todos los efectos legales o simple cuando los derechos y obligaciones así como el parentesco se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio.

Por este motivo, el parentesco civil no se presenta en el contrato de maternidad subrogada entre los aportantes y el producto. El caso con la madre subrogada es diferente.

RELACIÓN CIVIL DE LOS CONTRATANTES Y EL PRODUCTO

El Derecho Civil actual recoge el sistema cognaticio y el parentesco se origina tanto por línea paterna como por línea materna. Esto da lugar a que una persona en línea ascendente, se encuentre ligada con los parientes de su padre y de su madre, por un parentesco. Si queremos ver este parentesco por la vía de la consanguinidad, es necesario recurrir al hecho natural de la generación, o gestación en otras palabras a la filiación.

Por lo que respecta al parentesco civil como quedó dicho en el apartado que antecede si la adopción es plena se establece el parentesco entre el adoptado y los adoptantes así como con los parientes de éstos; si la adopción es simple el parentesco solo surgirá entre adoptantes y adoptados.

De lo anterior se desprende que el parentesco entre los aportantes y el producto no es el mismo que se puede dar entre madre subrogada y el nuevo ser.

PARENTESCO ENTRE EL PRODUCTO Y LOS APORTANTES

Como ya se dijo entre los aportantes, padres naturales o biológicos, y el producto se establece un parentesco consanguíneo puesto que son los que proporcionan el óvulo y el esperma que al inseminarse in vitro da origen a un embrión y a una nueva vida, es en este momento que se crea dicho parentesco, sin embargo esta hipótesis escapa del contenido del Código vigente para el Distrito Federal, el cual solo va a reconocer el parentesco por consanguinidad entre el producto y la mujer que lo alumbró o parió, sin tomar en cuenta quien o quienes aportaron los gametos.

Si cuando tiene lugar el alumbramiento se registra al menor como hijo de los aportantes, sin tomar en cuenta a la mujer que lo parió, se está cometiendo un delito contra el estado civil de las personas, acorde a lo dispuesto por el artículo 277 fracción I y III del Código Penal para el Distrito Federal, ya que únicamente la mujer que alumbra al niño puede ser considerada como su madre. Aquí se presenta una problemática, puesto que son varias personas quienes intervienen en la procreación del menor, los aportantes de los gametos femenino y masculino y aquella que prestó su cuerpo para la gestación. Para resolverlo, conforme al texto vigente del Código Civil para el Distrito Federal debe registrarse al menor como hijo de la mujer que lo alumbró y celebrarse una adopción entre los aportantes de los gametos y el producto.

PARENTESCO ENTRE EL PRODUCTO Y LA MADRE SUBROGADA

Entre la madre subrogada y el producto conforme a lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal, toda vez que ella es la que da a luz al menor, se establece un parentesco consanguíneo en línea directa ascendente, no obstante que ella no fue la que aportó el óvulo, pues como ya se hizo notar, esta situación escapa al texto vigente del ordenamiento legal en cita.

6.2 FILIACION.

La filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Esta norma jurídica se va a apoyar en el hecho biológico de la procreación para establecer particular relación de derecho entre los progenitores y el hijo. "El estado de la filiación es la especial posición que el individuo ocupa en la familia como hijo."³⁹

De lo anterior se desprende que la filiación es la expresión del hecho biológico de la procreación. La procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento o alumbramiento son hechos jurídicos; el estado jurídico es una situación permanente de la naturaleza, por lo cual el derecho toma en cuenta y atribuye consecuencias tales como son los derechos, obligaciones y sanciones, provocándose consecuencias.

Para el derecho que regula la filiación, el estado jurídico no sólo se origina por la procreación, sino que supone otros elementos para que la relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable, permanente y de por vida.

³⁹ Ripet George y Boulanger Jean. El estado de las Personas. Tomo II, vol. I. p. 465

La filiación a la vez que es un punto de partida para establecer los derechos y deberes que corresponden a los miembros del grupo, produce otros efectos tales como "exigir alimentos"; esta facultad para disfrutar de los derechos derivados de la patria potestad y es llamada a la sucesión hereditaria de su padre o su madre.

El estudio de la filiación, según Fernando Fueello Laneri va a presentar diversos problemas , podemos concretizar éstos, fundamentalmente en tres: ⁴⁰

- La fijación de los criterios para establecer las diversas clases de filiación.
- Los medios de prueba admisibles para tener por establecida legalmente la filiación de una persona determinada, así como los procedimientos de impugnación.
- Los diversos efectos jurídicos que se derivan de las diversas clases de filiación inmediatas, para el derecho positivo de cada país.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA FILIACIÓN EN GENERAL

En nuestro país los elementos constitutivos de la filiación se integran de distinta manera, según se trate de establecer la relación con la madre o la relación con el padre.

⁴¹ Si enfocamos la maternidad, nos encontramos con que el parto va a ser el hecho que permita conocer la filiación en una forma directa, es decir, el alumbramiento es el medio para

⁴⁰ Fueello Laneri Fernando; Derecho Civil; Tomo V. pp. 303-304

⁴¹ Rivero Hernández, Francisco. La Presunción de Paternidad Legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español. p. 57

constatar ésta; pero si lo vemos desde el punto de vista de la paternidad, nos encontramos que no podemos considerar el alumbramiento como prueba directa, ya que las relaciones sexuales que se llevaron a cabo y que supuestamente han dado origen al embarazo fueron realizadas en la intimidad, por lo que únicamente por medio de una presunción pueda afirmarse que el embarazo de la mujer es obra de determinado hombre, aunque en ocasiones hay ciertos indicios que permiten concluir que tal varón es el autor. El hecho del parto sirve para tener deducciones de las circunstancias que han precedido al nacimiento.

En el caso de la maternidad subrogada, el hecho de tener demostradas la maternidad y la paternidad, así como la presunción del hijo nacido del matrimonio legal no implica que la filiación esté demostrada al 100%, porque será necesario demostrar la identidad de la persona que pretende ser hijo de cierta mujer o de cierto hombre; es preciso comprobar que la persona que ha dado a luz, aquella mujer y que ha engendrado determinado varón es aquella cuya filiación se esta tratando de conocer.

DIVERSAS ESPECIES DE FILIACION.

La filiación se deriva de dos formas :

- De una relación de descendencia.
- Una filiación adoptiva.

De la primera de éstas se pueden observar dos tipos de filiación: la matrimonial y la extramatrimonial, lo que a su vez redunda en los llamados hijos legítimos o ilegítimos o naturales dependiendo de la época y del país de que se trate. Por ejemplo, nuestra antigua legislación, Código Civil de 1870,

el Código Civil de 1884, en cuanto a las relaciones familiares, consideran únicamente como hijos legítimos, aquellos que provenían de un matrimonio y como hijos naturales o ilegítimos, a aquellos cuyos padres no estuviesen casados. Para el Derecho Francés y el Español existen otras clasificaciones, ya que van más allá del hecho de que los progenitores estuviesen casados o no, el hijo de dos personas que pudiendo estar casados no lo estaban era ilegítimo o natural; pero si uno de los padres contaba por otro lado con un matrimonio válido en el momento de la concepción, al hijo naciente lo consideraban como adulterino; el hijo de padres emparentados por consanguinidad en grado inmediato era considerado como hijo incestuoso; si la madre era mujer pública, el nuevo ser se le consideraba como hijo mancerero; si el padre era religioso o había tomado las órdenes sacerdotales o la mujer profesaba en una orden religiosa, el hijo era llamado sacrílego, en fin a todos estos últimos no se les llamaba ilegítimos si no eran considerados espurios, por lo que llevaban ante la sociedad una marca de infamia.

En la actualidad nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal desaparece toda clasificación de espurios, legítimos o ilegítimos, ya que va a considerar a todos los hijos como legítimos, sin importar el estado que prevalezca entre los padres en el momento de la concepción o del alumbramiento.

Para el Derecho Civil en México, la filiación se va a demostrar mediante el acta de nacimiento y a través de ésta se podrá determinar si la filiación es matrimonial o extramatrimonial, tal y como lo expone el artículo 340 del Código Civil vigente en el Distrito Federal. Si se anexa para el levantamiento de dicha acta, el acta matrimonial de los padres, se demostrará la filiación matrimonial o marital y en caso de que en el acta de nacimiento se mencione que los padres del menor le dan reconocimiento sin estar casados, nos encontramos ante una filiación extramatrimonial. Este reconocimiento de filiación extramatrimonial puede realizarse en dos momentos:

- En el momento del levantamiento del acta de nacimiento del nuevo ser.
- En fecha posterior al levantamiento del acta de nacimiento del menor, mediante el reconocimiento del padre.

Otra forma en la que se puede demostrar la filiación paterna, es mediante un Juicio de investigación de ésta, con las limitaciones que prevé el Artículo 382 del Código Civil, que a la letra dice:

"La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida:

I.- En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción.

II.- Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre.

III.- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.

IV.- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Los elementos de la filiación natural respecto de la madre, deben ser debidamente probados. Dichos elementos son:

- El parto de la madre, mismo que va a presuponer que el hijo fue engendrado en un óvulo de ésta.
- La identidad del hijo.

A falta de estos elementos probatorios será necesaria para probar la maternidad una sentencia que la declare.

En un reconocimiento como acto jurídico constitutivo de la filiación lo importante no es la relación biológica en sí, sino la declaración solemne de la existencia de tal relación, por lo cual de lo que se ha venido exponiendo se desprende que toda filiación natural tiene su origen o se pretende delimitar, mediante el supuesto de haber existido una relación sexual que da origen a la gestación del recién nacido.

De lo expuesto con anterioridad se reitera que el parentesco consanguíneo y la filiación se establecen en el momento de la concepción.

Y si se considera, que para conocer los elementos de la filiación natural respecto de la madre, éstos deben ser debidamente probados y dado que dichos elementos son:

- El parto de la madre, mismo que va a presuponer que el hijo fue engendrado en un óvulo de ésta.

En el caso que nos ocupa, el alumbramiento no es lo definitivo, puesto que existe un contrato en el que consta mediante confesión de las partes contratantes que el óvulo que da origen al nuevo ser no pertenece a la madre subrogada sino a la madre natural, que es una de las partes que en el contrato se le denomina como aportante.

CAPITULO VII

ANÁLISIS DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Sentadas las bases de que la maternidad subrogada, es actualmente un acto que se practica en diversas partes del mundo e inclusive en México, es necesario que a la luz de nuestro derecho, tratemos de encuadrarlo dentro de las figuras jurídicas existentes en el mismo.

7.1 La maternidad subrogada como un contrato.

Para tal efecto, debe precisarse que el acto trae consigo dos elementos: un acuerdo de voluntades y la creación de obligaciones, por lo que de conformidad con lo señalado por los artículos 1792, 1793 y 1794 del Código Civil, estamos en presencia de un contrato.

7.2 Elementos esenciales del contrato.

En efecto los preceptos antes mencionados, disponen:

" . . . *Art. 1792.-* Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Art. 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos "

Art. 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento.

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

El maestro Rafael Rojina Villegas en su Teoría General de las obligaciones, (Pág.. 400) define el consentimiento de la siguiente manera:

7.2.1 El Consentimiento.

"... 182.- **DEFINICION.**- El consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones. En los convenios, latusensu, el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos de carácter patrimonial. Todo consentimiento, por tanto, implica la manifestación de dos o más voluntades, y el acuerdo de esas voluntades sobre un punto de interés jurídico. Si existe la manifestación de voluntades, pero no existe el acuerdo, no hay consentimiento: si existe esa manifestación y se llega a un acuerdo, pero no se trata de un punto de interés jurídico, tampoco hay consentimiento: dos personas manifiestan su voluntad para ocurrir a una cita y se ponen de acuerdo en día, hora y lugar, y este concurso de voluntades que no tiene interés jurídico, no se llama consentimiento. Se requiere, pues, el concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, para que jurídicamente se integre este elemento en el contrato o en el convenio."

Con base en lo anterior debe concluirse que existe un consentimiento en el acto constitutivo de la maternidad subrogada; en efecto, existen dos manifestaciones de voluntad que forman un acuerdo, por una parte la voluntad de los padres biológicos del producto de entregar el mismo para que se desarrolle dentro del vientre de la prestataria, y que dicho producto nazca vivo y sea viable para lo cual están conformes en proporcionar a la prestataria los servicios médicos y asistenciales necesarios para dicho fin, por otra parte, la voluntad de la prestataria del vientre en el sentido de aceptar que el producto le sea implantado, de conservarlo y cuidarlo hasta su nacimiento y entregarlo a los padres biológicos a cambio de una contraprestación. De esta forma, encontramos formado el primer elemento de existencia de un contrato con todos los requisitos establecidos por la doctrina y la legislación.

7.2.2 El Objeto

A continuación se entrará al estudio del segundo elemento esencial del contrato, es decir, el objeto. El objeto del contrato, de acuerdo con nuestro Código Civil, consiste en crear y transmitir derechos y obligaciones. A este respecto, el maestro Rafael Rojina Villegas en su Teoría General de las Obligaciones dice: "Este objeto del contrato se ha confundido con el objeto de la obligación que nace por virtud del contrato." La obligación a su vez tiene un objeto, que consiste en la cosa o en el hecho de la prestación o de la abstención.

El objeto en el contrato no es la cosa o el hecho. Este es el objeto de la obligación, pero como el contrato crea la obligación y la obligación tiene como objeto la cosa o el hecho, la terminología jurídica, por razones prácticas y de economía en el lenguaje ha confundido, principalmente en los códigos, el objeto de la obligación con el objeto del contrato. De esta manera nos dice el Código Civil: Son objeto de contrato:

- 1o.- La cosa que el obligado debe dar; y
- 2o.- El hecho que el obligado debe prestar.

Desde el punto de vista doctrinario se distingue el objeto directo, que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que a su vez son el objeto directo de la obligación que engendra el contrato.

Analicemos también bajo estas bases el acto constitutivo de la maternidad subrogada. De acuerdo con el artículo 1825 la cosa objeto del contrato debe reunir tres características: existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio; en el presente caso si consideramos que el producto biológico no está en el comercio, podría considerarse que el acto es inexistente por falta de objeto.

Sin embargo, si analizamos las obligaciones que nacen del propio contrato, de maternidad subrogada, podemos concluir que en ningún momento el producto es objeto de comercio sino que se creen obligaciones de hacer y no hacer de las partes intervinientes en el mismo, con excepción de la contraprestación a la que se obligan los padres biológicos, ya que esta en su momento sería una obligación de dar.

Es así como si nos apegamos a lo establecido por el artículo 1827 del Código Civil, encontramos que el contrato de maternidad subrogada tiene un objeto lícito y posible, motivo por el cual reúne el segundo elemento necesario para la existencia de un contrato.

Para reafirmar lo asentado en el párrafo anterior, nos referiremos a lo establecido por el Código Civil en sus artículos 1827 a 1831 del citado ordenamiento.

De la lectura de los preceptos señalados concluimos que el hecho positivo o negativo debe ser posible y lícito y el artículo 1830 define el acto ilícito como el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Nuevamente, nos referiremos al objeto del contrato materia de este estudio y podemos observar que los hechos a que se obligan las partes, son posibles puesto que no son incompatibles con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlos necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización supuesto que no existe norma prohibitiva para la celebración del mismo.

Además, en capítulos anteriores hemos dejado asentado que la maternidad subrogada no es un hecho contra las buenas costumbres ya que permite la procreación y conservación de la especie humana y que de esta forma se cumplan los fines mismos de la institución del matrimonio y se forme una familia base de toda sociedad.

7.3 Requisitos de validez.

Conformado así la existencia misma del acto constitutivo de la maternidad subrogada, es conveniente analizar los requisitos de validez del mismo con objeto de establecer las condiciones sobre las cuales debe celebrarse para que produzca todos los efectos legales que quieren darle las partes.

Al efecto, el maestro Ramón Sánchez Medal en su libro "De los Contratos Civiles", pags. 132 y siguientes establece que los elementos de validez son cuatro y señala como los mismos la capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, la forma y el fin o motivo lícitos.

7.3.1 Capacidad.- Es aquella aptitud que tienen las partes para contratar, reconocida por la ley, lo que puede hacerse a su propio nombre o a nombre de una tercera persona. Las personas que van a carecer de la capacidad para poder obligarse en un contrato son:

Los menores de 18 años,
Los dementes,
Los sordomudos analfabetas,
Los ebrios consuetudinarios y
Los drogadictos,

Todo ello previsto por nuestro Código Civil en el Artículo 450:.

"Artículo 450.- "Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuídos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial, o por adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes,

siempre que debido a la limitación o alteración en la inteligencia que éstos les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio.

Cabe hacer mención que el menor, mediante autorización legal, que puede ser la emancipación, va a poder obligarse en un contrato, así mismo si son peritos en una profesión o actividad, siempre y cuando el contrato se relacione con ésta. La incapacidad en un contrato va a producir como se ha mencionado nulidad relativa lo que da origen a que el contrato pueda convalidarse o perfeccionarse mediante diversas situaciones previstas por la Ley, y un ejemplo de esto es lo previsto en el Artículo 2233 del Código Civil que a la letra dice:

"Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación."

En caso de que un tercero se vaya a obligar mediante otra persona que celebre el contrato, puede hacerse de tres formas :

- Como *mediador*.- Si es que únicamente pone en contacto a las partes contratantes.
- *Nuncio*.- Si sólo transmite la voluntad de una de las partes.
- *Representante*.- Es quien celebra el contrato por cuenta y nombre de una de las partes.

En los dos primeros casos no se requiere de nombramiento por capacidad especial para contratar, ya que la capacidad requerida, únicamente va a ser indispensable en las partes que celebran el contrato.

La tercera, o sea, en el carácter de representante sí es necesario que éste tenga capacidad legal para contratar, ya que la expresión de su voluntad va a producir efectos jurídicos con relación al representado. Esta capacidad se puede configurar en tres aspectos:

* La Capacidad para contratar.- Que es una subespecie de la capacidad de ejercicio aplicada al contrato, capacidad de todas las personas por regla general, excepto las previstas específicamente por la ley.

* La Formalidad Habilitante.- Que consiste en la autorización a una persona capaz, otorgada por autoridad judicial o administrativa, para efectuar determinado trato como lo establece el Código Civil en su Artículo 643, que a la letra dice:

- El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- I.- De la autorización Judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;
- II.- De un tutor para negocios judiciales."

* La Legitimación para Contratar.- Es la actitud reconocida por la Ley para que una persona pueda ser parte de un contrato determinado.

7.3.2 Ausencia de Vicios del Consentimiento.- El consentimiento es un elemento esencial en cualquier contrato, pero este consentimiento puede ser deficiente cuando existen situaciones previstas por la Ley, como es la falta de conocimiento de determinada situación o la falta de libertad para contratar servicios que pueden afectar la inteligencia, como es el error, el dolo o mala fe que pueda afectar la voluntad, como es la violencia o bien alguna que afecte tanto

a una como a otra facultad; si se llega a presentar esta situación nos encontramos con que puede presentarse una nulidad relativa en el contrato, como lo prevé el Código Civil en su Artículo 2228, que a la letra dice:

"La falta de forma establecida por la Ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo."

El error.- "Es la opinión subjetiva contraria a la realidad, según lo establece Sánchez Medal, o la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada"⁴²

Según Sánchez Medal el error en un contrato puede existir de tres tipos:

El Error Obstáculo.- Que es cuando el error recae sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad de la cosa.

El Error Nulidad.- Que es de hecho un error de Derecho, tal y como lo prevé el Artículo 1813 del Código Civil, que a la letra dice:

"El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste, en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa."

El Error Indiferente.- Es aquel que no afecta la validez del contrato. El ordenamiento se reduce a contratar en condiciones más onerosas de las que se pensó.

⁴² Sánchez Medal Ramón. De los contratos Civiles. México. Edit. Porrúa, 1979. p 33

Es nuestra opinión que el vicio más importante que puede afectar el contrato de maternidad subrogada, es el error, supuesto que la naturaleza de las obligaciones que origina deben quedar perfectamente establecidas con el pleno conocimiento de las partes intervinientes; por un lado, los padres biológicos deben tener el perfecto conocimiento del total de las prestaciones a que se obligan y las cuales deben estar vigiladas y supervisadas por profesionistas especialistas en la materia; de esta manera inclusive, sería necesario que a la celebración del contrato en su momento las partes estuvieran asistidas no sólo de un abogado que los asesorara en materia jurídica sino que, y quizá esto fuera lo más importante, deberán ser asesorados por un representante del sector salud (Secretaría de Salud, IMSS e ISSSTE, etc.) que explicara al nivel de las propias partes y en lenguaje cotidiano la responsabilidad de las obligaciones que se contraen con motivo del contrato celebrado.

Lo anterior nos lleva a proponer, de acuerdo con lo establecido por la propia Ley General de Salud, y tomando en consideración lo establecido por los artículos 313 y 314 de la misma, que se estableciera un control y un registro adecuados, quizá a través del propio Registro Civil para que los contratantes queden debidamente garantizados en sus derechos.

El Dolo.- Es aquel artificio que se emplea para inducir a una persona a cometer un error o a mantenerla en éste.

Existen diferentes clases de dolo en un contrato, como son:

El dolo principal o
El dolo incidental.

Dolo Principal.- Es aquel que recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de los contratantes.

Dolo Incidental.- Es aquel que recae sobre otros aspectos que trae consigo el que uno de los contratantes se vea favorecido en alguna forma, en la celebración del contrato.

La Violencia.- La violencia puede ser considerada de dos formas , la violencia física y la violencia moral.

La primera de éstas es aquella en la cual uno de los contratantes obliga a la otra a realizar una conducta determinada, mediante la ayuda de fuerzas externas como son los golpes o la privación de la libertad. La segunda de éstas es aquella intimidación o miedo provocado mediante amenazas. Ambas llevan a un contratante a la disyuntiva de aceptar en ese momento el contrato, o exponerse a un mal presente o futuro para él o sus familiares.

Como está previsto en el artículo 1819 del Código Civil que a la letra dice: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que imponen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado."

Esta violencia no tiene necesariamente que venir del otro contratante, sino puede originarla también una tercera persona, y así lo prevé el Código Civil en su Artículo 1818, que a la letra dice:

"Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato."

Por lo que respecta a la violencia y si como se mencionó anteriormente existe la intervención del Sector Salud en los contratos sobre maternidad subrogada, así como el asesoramiento de un perito en derecho para las partes, es difícil que este vicio llegue a manifestarse, pues requeriría de que los mismos asesores fueren afectados por la violencia para emitir una opinión favorable a la celebración del contrato, faltando así a la más elemental ética profesional. Sin embargo, es nuestra opinión que debe ponerse especial énfasis en seleccionar en su momento a los profesionistas intervinientes en el contrato para evitar que se conviertan en instrumentos de las partes y de esta forma violenten a cualquiera de ellas para la celebración del contrato.

La Lesión.- Es el perjuicio que en un contrato conmutativo, experimenta una parte que recibe una prestación muy inferior a la que va a otorgar al otro contratante. Como lo prevee el artículo 17 del Código Civil, que a la letra dice: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia notoria, inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo, dura un año."

7.3.3 La Falta de Forma.- Es el vicio previsto por nuestra ley en el caso de que no se realice el contrato en los términos previstos y exigidos en las leyes, es decir, es la omisión de la formalidad, así lo prevé el Código Civil en su Artículo 2228 que a la letra dice:

"La falta de forma establecida por la Ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

En el caso del contrato de maternidad subrogada, debemos analizar lo establecido por los artículos 1795 y 1832 a 1834 del Código Civil. Aparentemente, y de acuerdo con lo señalado por los preceptos citados, el contrato de maternidad subrogada, no requiere de formalidad alguna; sin embargo, y tomando en consideración la importancia del mismo nos atrevemos a proponer lo siguiente:

1.- Debe legislarse para que el contrato de maternidad subrogada reúna la más estricta formalidad, pues si la Ley establece la misma para la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es indudable que esa formalidad debe existir cuando se pactan obligaciones cuyo objeto es la conservación de la especie y la integración de la familia, es así como se considera que el contrato debe extenderse ante Notario Público para que conste de manera auténtica la manifestación de voluntad de las partes de obligarse en la forma y términos que señale el propio contrato.

2.- Debe legislarse para que se establezca un registro de contratos de maternidad subrogada, esta proposición la fundamentamos en la necesidad de que desde un principio y a través de dicho registro, se establezca la filiación del ser que nacerá de un vientre distinto al de la madre biológica.

Este registro puede manejarse a través del propio Registro Civil o mediante un organismo creado al efecto y que dependa del Sector Salud.

Se considera conveniente no abundar mas, pues el solo tema de un registro como el que se propone, podría ser materia no sólo de uno o más trabajos como el presente, sino de estudios profundos que deberían realizar en su momento los estudiosos del derecho.

7.3.4 Fin o Motivo lícito.- Este debe ser lícito y de posible realización, ya que de no ser así, provocaría la nulidad. Esto se prevé en el Artículo 1795 del Código Civil vigente el cual a la letra dice:

"El contrato puede ser invalidado:

...III.- Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;

IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece."

Nuestro Código Civil distingue una diferencia entre el objeto y el motivo o fin del mismo contrato, por lo cual no podemos considerar que el elemento esencial objeto, es el mismo que el vicio de la voluntad previsto con motivo o fin, y prueba de esto es lo que establece en su Artículo 1827 el Código Civil, el cual sostiene que el objeto o hecho debe ser lícito y que el fin o motivo determinante de la voluntad de los contratantes debe ser lícito. Así, los Artículos 1827 y 1831, a la letra dicen:

Art. 1827.-

"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I.- Posible.

II.- Lícito"

Art. 1831.-

“El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.”

El Licenciado Rafael Rojina Villegas en su Tratado General de las Obligaciones (Pág. 463) al referirse al objeto, motivo o fin lícito manifiesta lo siguiente:

“... **CAPITULO V.- La causa. 215.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.-** La causa, constituye un caso especial entre los elementos esenciales y de validez de los contratos. La causa ha sido y es un elemento muy discutido en la formación de éstos, de tal manera que se trata de investigar si es un elemento esencial; o de validez; o, si no es elemento, ni para la existencia ni para la validez del contrato, ésta es la forma correcta de plantear el problema, para investigar única y exclusivamente cuál es la función de la causa en la formación de los contratos.

... 231.- **NUESTRO DERECHO POSITIVO.-** Pasando a nuestro derecho positivo, encontramos que los Códigos de 70 y de 84 son anti-causalistas. No obstante que la Comisión encargada de elaborar el Código de 70 tuvo a la vista el Código de Napoleón y el proyecto de García Goyena.- expresamente en esta materia, pasa por alto el elemento-causa y suprime también el artículo que en el Código Francés considera que la obligación es nula cuando le falta aquella, cuando ésta es ilícita o errónea, y esta innovación expresa obedeció a que los legisladores de 70 consideraron, tomando en cuenta la crítica anti-causalista y la reglamentación que hizo el Código de Portugal, que era preferible no incluir este elemento que originaba constantes problemas a la jurisprudencia.

...Por esto, nuestro Código vigente, siguiendo a la Jurisprudencia francesa, a las ideas de Bonnecase y de Duguit, abandona por impropio y por ser fuente de confusiones el término causa y prefiere usar como elemento del contrato la palabra "fin" o "motivo determinante de la voluntad". Reconoce este Código vigente, inspirado en la jurisprudencia francesa de mediados del siglo pasado, que en ocasiones ciertos contratos ilícitos presentan un objeto lícito, pero la finalidad de los contratantes es indiscutiblemente de carácter inmoral o delictuoso; que para evitar los problemas que tuvo que resolver la jurisprudencia francesa, para decretar la nulidad en esta clase de contratos, en que las prestaciones en sí mismas consideradas son lícitas, es preferible considerar que, además del objeto, el fin o motivo determinante de la voluntad, deben ser también lícitos, que si el objeto es lícito, pero el fin o motivo determinante es ilícito, el contrato debe ser nulo, y aplica esta idea también al caso de error sobre el fin o motivo determinante..."⁴³

Partiendo de la opinión anterior de tan conocido tratadista, se hará un pequeño análisis sobre el motivo o fin determinante del contrato de maternidad subrogada para concluir si el motivo o fin del mismo es lícito o está en contra de las buenas costumbres.

A este efecto, es conveniente hacer notar que el artículo 162 del Código Civil establece en su segundo párrafo que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos y por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges. Si nos ajustamos a lo establecido por el precepto antes indicado, encontramos que la decisión de tener hijos y formar una familia corresponde a los cónyuges; en esta forma, como ya se comentó con anterioridad al hablar del consentimiento, y del objeto del contrato de maternidad subrogada, el motivo o fin del mismo es la procreación de hijos y si el mismo no

⁴³ Sánchez Meda Ram6n. De los Contratos Civiles. M6xico. Edit. Porr6a, 1979, p. 33

puede realizarse por causas ajenas a la voluntad de los cónyuges es lícito y ético que los mismos busquen una forma de tener descendencia. De todo lo expuesto se concluye que el motivo o fin lícito existe perfectamente determinado en el contrato de maternidad subrogada y por lo mismo el mencionado contrato es totalmente válido y debe ser aceptado en la sociedad actual como una necesidad.

Como una confirmación a la anterior afirmación, me permitiré mencionar la opinión que aparece en la revista jurídica del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Aguascalientes (Año VII No. 10 Nueva Época) en la que en su página 135 al comentar la obra del doctor argentino titulada Biogenética, Filiación y Delito, se comenta lo siguiente: "...En esta obra jurídica el doctor Soto Lamadrid hace una reflexión crítica, libre y no prejuiciosa en torno al tema que desarrolla. La aplicación de la biogenética depende de la Sociedad que las utilice, en nuestro país son pocos los casos que se han dado y estos no han sido públicos, sin que esto quiera decir que no existan, razón por la cual resulta importante para los estudiosos del derecho contar con obras jurídicas que traten estos tópicos, para no permanecer en un estancamiento intelectual, conociendo un análisis global de los más importantes criterios sobre la creación y manipulación de la vida, así como sus implicaciones jurídicas..."

CAPITULO VIII

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Dado que los contratos son el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, para crear, transferir, modificar convenios o extinguir obligaciones, se da lugar a una gran creación de tipos, por lo cual los estudiosos de la materia, para poder aplicar mejor los criterios referentes a éstos han realizado una amplia clasificación, dependiendo de los criterios, fundamentándose en las leyes, en los intereses de estos contratos y en otras bases. Procederemos en el presente trabajo a la mención y estudio de las clasificaciones:

8.1 CLASIFICACIÓN.- De los contratos basado en lo establecido en el Código Civil:

8.1.1 Criterio Estrictamente Jurídico. Dependiendo de las partes que quedan obligadas; éstos pueden ser unilaterales o bilaterales:

- **Unilaterales.-** Son aquellos contratos en los cuales una parte de los contratantes va a quedar obligada en relación de la otra parte, sin que esta segunda quede obligada en algo, es decir, únicamente una parte deberá de actuar en atención a lo pactado a favor de la otra participante en el contrato.

Esto está previsto por el Artículo 1835 del Código Civil que a la letra dice: "el contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada."

- **Bilaterales.**- Este es en caso en que ambas partes quedan obligadas recíprocamente, pudiendo ser esta obligación de dos tipos: en un sentido amplio, que es en aquellos casos en que la obligación de cada una de las partes, no tiene una interrelación con la obligación de la otra parte; o bien, en un sentido propio y estricto, "cuando la obligación" de una y otra parte tienen entre sí una interdependencia recíproca. ⁴⁴ Esto está previsto por el Artículo 1836 del Código Civil que a la letra dice:

"El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente".

8.1.2. Criterio Preponderantemente Económico.

- **Onerosos.**- Son aquellos en los cuales se va a fijar o estipular algún provecho o gravamen, sea para una parte o para ambas partes, es decir, es recíproco.

- **Conmutativo.**- Es el que se suscita en aquellos casos en los cuales el beneficio o la prestación que va a surgir por la celebración del contrato, es unida en su totalidad desde el momento de la elaboración de este contrato.

- **Aleatorio.**- Es aquel en el cual el producto o beneficio es desconocido, ya que dependería de diversos factores, o sea, de un acontecimiento incierto, mismo que no hace posible la evaluación de la ganancia o pérdida si no hasta que ese acontecimiento se realice.

- **Gratuitos.**- Son aquellos en los cuales no existe beneficio para ambas partes sino que únicamente va a existir un beneficio o provecho para una de las partes, así lo establece el Artículo 1837 que a la letra dice:

"... Gratuito aquel en el que el provecho es solo de una de las partes".

⁴⁴ Sánchez. Medal Ramón. De los Contratos Civiles. México, Edit. Porrúa, 1979. p. 134

8.1.3. Criterio de Acuerdo con la Legislación.

- **Nominados.**- Son aquellos que se van a encontrar estipulados en nuestro Código Civil los cuales van a estar regulados en su totalidad por el estudio específico de las características.

- **Innominados o atípicos.**- Son aquellos que no están contemplados en forma particular o específica en nuestra legislación, van a estar regidos por aquellas reglas generales de los contratos, estipulaciones de las partes y en caso de existir alguna omisión se tomará en cuenta lo dispuesto por la Ley en aquel contrato reglamentado que tenga más analogía con esta situación que prevé el Código Civil en su Artículo 1858 que a la letra dice:

"Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados es este Ordenamiento."

- **Consensuales.**- Son aquellos en los cuales no se requiere determinada formalidad para que exista una validez, situación que prevé el Código Civil en su Artículo 1832 que a la letra dice:

"En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley".

- **Formales.**- Son aquellos en los cuales para que tenga validez, la Ley les exige determinada forma, situación que está prevista por el Código Civil en su Artículo 1833 y 1795 - IV que a la letra dice:

Art. 1833.-

"Cuando la Ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma, no será válido salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal."

Art. 1795 Fracción IV.-

"Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece."

- **Contratos Reales.**- Son aquellos que van a quedar perfeccionados hasta el momento en que se haga entrega de la cosa, situación que se daba en el Derecho Romano pero que en la actualidad han ido perdiendo ya este carácter.

- **Contratos Consensuales.**- Son aquellos en los cuales no se requiere de la entrega de la materia del contrato para el perfeccionamiento, aunque tal entrega pueda ser objeto en ésta de la obligación del contrato que se celebró.

8.1.4 Criterio en función del fin.

- **Mercantiles.**- Son aquellos que van a constituir actos de Comercio en los cuales va a existir un fin de lucro, según lo enumera el Artículo 75 del Código de Comercio que a la letra dice:

"La Ley reputa actos de Comercio:

* I.- Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con el propósito de especulación comercial de mantenimiento, artículos, muebles, o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajos o labrados.

* II.- La compra venta de inmuebles cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial. . .

- **Civiles.**- Son aquellos que van a estar regulados por el Código Civil vigente y que no buscan un lucro comercial.

- **De Dar.**- Son aquellos en los cuales una de las partes se obliga a la entrega de lo pactado, situación prevista por el Código Civil en su Artículo 2011 que a la letra dice:

"La prestación de cosa puede consistir:

I.- En la translación de dominio de cosa cierta.

II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta.

III.- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

- **De Hacer.**- Es aquel mediante el cual sea una o ambas partes de los contratantes se obligan a realizar cierto acto, situación prevista por el Artículo 2027 del Código Civil que a la letra dice:

"Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquel se efectúe por otro, cuando la substitución sea posible."

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida, en este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.

- **De No Hacer.**- Es aquel en el cual alguna de las partes contratantes se compromete a no efectuar acción determinada, esto está previsto por el Artículo 2028 que a la letra dice:

"El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado.

8.2 Clasificación de los contratos basada en fines didácticos.

Algunos autores españoles basándose en una idea didáctica para la exposición de los contratos, en lo particular dividen a éstos en ocho categorías, basándose en modificaciones o retoques:

- **Traslativos de Dominio.**- Son aquellos mediante los cuales una de las partes contratantes se obliga a transmitir la propiedad y posesión de determinada cosa.

- **Traslativos de Uso y Disfrute.**- Son aquellos en los cuales una de las partes contratantes se compromete a otorgar el usufructo de determinado bien o cosa.

- **Contrato de Prestación de Servicios y de Gestión.**- Es el contrato mediante el cual una de las partes se compromete a la realización de determinado acto personal a cambio de una contraparte.

- **Asociativos o de Gestión Colectiva.**- Son aquellos en los cuales una de las partes contratantes es un grupo de personas debidamente constituida que se comprometen a la realización de determinado acto.

- **Contrato de Custodia.**- Es aquel mediante el cual una de las partes se compromete al cuidado de determinada cosa o persona a cambio de una cantidad cierta en dinero.

- **Aleatorios o de Suerte.**- Son aquellos mediante los cuales una de las partes contratantes se obliga a determinado acto sin conocer a ciencia cierta lo que se vaya a obtener, ya que depende de un hecho de realización próxima.

- **De Garantía.**- Es aquel mediante el cual una de las partes contratantes se obliga a corresponder por un tercero en caso de incumplimiento de éste.

- **De Afirmación y Esclarecimiento de Derechos.**- Es el contrato mediante el cual una de las partes se compromete a resolver o esclarecer el conflicto de dos o más partes en un problema, mismos que forman la otra parte en el contrato en estudio.

8.3 Clasificaciones doctrinales de los contratos:

Estas son aquellas que se han hecho en doctrina acerca de los contratos en general o de cierto grupo de ellos.

- *Obligatorios.*- Van a ser aquellos mediante los cuales se generan obligaciones exclusivamente.

- *Efectos Reales.*- Son aquellos mediante los cuales se transmite la propiedad o constituyen derechos reales.

- *De Ejecución.*

. *Ejecución Inmediata.*- Son aquellos en los cuales el resultado se da en el momento de la realización del contrato.

. *Ejecución Diferida.*- Son aquellos en los que los resultados de la contratación se dan en forma pospuesta.

. *De Ejecución Instantánea.*- Son aquellos contratos en los cuales el resultado dado se da en el momento de la realización del contrato.

- *De Duración o Duraderos.*- Son aquellos en los cuales la obligación de una o de ambas partes tendrá una duración prolongada. A su vez se van a dividir en:

. *Duración Continuada.*- Es en la cual el resultado u obligación no cesa en ningún momento.

. *Duración Periódica.*- Es en la cual el resultado u obligación se da en forma periódica.

- *Contratos de Adhesión.*- Son aquellos en los cuales una de las partes contratantes debe someterse a lo establecido por la otra parte.

- *De Igual a Igual o Paritarios.*- Son aquellos en los cuales ambas partes convienen todo el contrato.

- *Liquidativos.*- Son aquellos en los cuales la naturaleza es declarativa y no constitutiva.

CAPITULO IX

EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

De lo que ha quedado expuesto, se hace evidente que en nuestro país se practican diversos métodos de reproducción asistida y que no existe una reglamentación que la regule; si bien no es cotidiano escuchar sobre la existencia de éstos, eso no implica que no se den en este momento y más en el futuro, pues en la medida en que los costos se abaraten y extienda el uso de los métodos, también aumentarán las controversias.

Entre los problemas que pueden surgir se encuentra el de que los aportantes se niegan a recibir al producto por tener éste un defecto o malformación congénita; ó por que en vez de uno sean dos o más; que el sexo no sea el deseado y muchos otros, en los que el más afectado sería el menor, a quien debe de protegerse.

Es por ello y en tanto que no se regule en nuestra legislación de manera expresa la forma como deben practicarse los métodos de reproducción asistida y los alcances de la misma, que debe de buscarse una alternativa que disminuya las posibilidades de conflicto entre quienes intervengan en ellas y sobre todo, la protección del producto.

A continuación, se pasa a proponer un contrato tipo que deberá de aplicar en uno de los casos de reproducción asistida, concretamente en el de la maternidad subrogada, que se considera uno de los más problemáticos.

Elementos del contrato de maternidad subrogada

El contrato de maternidad subrogada que se propone debe contar con elementos esenciales y de validez.

9.1 Elementos esenciales: el consentimiento y el objeto.

9.1.1 El Consentimiento

Como en todo contrato, debe existir un acuerdo de voluntades entre las partes, que serán los aportantes del prembrión y la mujer que prestará el servicio de gestarlo; No necesariamente los aportantes deben serlo también de los gametos que dieron origen al producto, pudiendo esta situación hacerse constar u omitirse.

Se presenta un problema ético en relación a los menores, es sabido que estos no pueden contratar por sí, pero es permitido a través de quienes ejercen la patria potestad o de sus tutores según sea el caso; se considera que en el caso concreto no debe de aceptarse que la gestante o madre sustituta sea menor de edad, ya que no tiene la capacidad para comprender el alcance de su decisión y sus representantes legales no pueden disponer de su cuerpo de esa forma.

El acuerdo deberá de versar sobre las obligaciones esenciales que contrae cada una de las partes y la contraprestación que por sus servicios recibirá la gestante o madre subrogada.

A cargo de la madre subrogada estará llevar a término el embarazo y entregar al niño a los aportantes para su adopción, quienes deberán de recibirlo independientemente de su número, sexo o salud. No existe forma de obligar ni a los aportantes ni a la receptora a recibir o entregar al o los

menores, lo único que puede hacerse es pactar una pena convencional de tal magnitud que desaliente a los contratantes de incumplir. Se está hablando de una persona, por lo que es muy delicado todo lo que se contrate al respecto y debe de protegerse al menor, pactándose para el caso de que los aportantes se nieguen a adoptarlos una pensión que le permita subsistir.

La madre subrogada está prestando un servicio que incluye el acto físico del embarazo y el parto; y desde que suscribe el contrato manifiesta su firme decisión de cumplir con los términos del mismo.

9.1.2 El Objeto

En este contrato es doble ya que una parte admite la implantación del embrión en su útero para su crecimiento y por la otra está el precio pactado a cambio del servicio.

9.2 Elementos de validez.

Los elementos de validez:

Capacidad,

Ausencia de vicios en el consentimiento.

La forma.

Fin o motivo lícito.

Capacidad.- Las partes contratantes deben contar con capacidad para obligarse.

- * La receptora o madre subrogada además deberá tener la natural para el efecto de la gestación del producto.
- * Los aportantes cuentan con la capacidad legal además de la económica.

Ausencia de vicios en el consentimiento.- En el contrato el consentimiento no debe ser deficiente por lo que no debe presentarse ninguna situación de las previstas por la ley, los contratantes deben estar en completa libertad para contratar, sin que exista violencia, lesión, dolo;

La forma.- El contrato dado lo delicado de su objeto, debe ser formal, debiendo constar por escrito estipulando todas y cada una de las obligaciones de las partes.

Fin o motivo lícito.- El contrato de maternidad subrogada es un contrato lícito y de posible realización toda vez que la remuneración que se ofrece a la madre subrogada, es por el servicio que va a prestar, es una compensación en cuanto al uso intensivo de su organismo.

La remuneración como la prestación del servicio constituyen un fin lícito y que no está prohibido por la ley.

9.3 Clasificación del Contrato de Maternidad Subrogada.

El contrato en estudio se clasifica en:

- * **Bilateral.-** Va a generar obligaciones para ambas partes
- * **Oneroso.-** La celebración del contrato va a generar provechos o gravámenes recíprocos.
- * **Atípico.-** El contrato en estudio en la presente tesis no ha sido contemplado por ningún ordenamiento legal mexicano.

- * **Formal.**- Será necesario que sea efectuado en forma escrita, dada la naturaleza y la trascendencia que implicaría el resultado de este contrato.
- * **Contrato Real.**- En oposición al consensual, ya que este contrato quedará perfeccionado hasta la entrega del producto de la implantación del embrión en el útero receptor.
- * **Civil.**- Puesto que la definición de un contrato mercantil presupone que las partes se dediquen a comerciar y en este caso ninguna de ellas se dedican al comercio en este aspecto.

9.4 Propuestas de un Contrato de Maternidad Subrogada.

Contrato de prestación de servicios de maternidad subrogada que celebran por una parte la señora... a quien en adelante se le denominará receptora y por otra parte la señora y el señor... a quienes se les denominará aportantes, al tenor de los siguientes antecedentes y cláusulas:

ANTECEDENTES

A).- La receptora manifiesta:

- 1).- ser sujeto capaz de obligarse por sí, no existiendo impedimento, legal, ni natural para ello.
- 2).- Que se encuentra físicamente apta para gestar y llevar a término un embarazo y parir al producto.
- 3).- Que sabe y conoce los riesgos normales que un embarazo y un parto involucran.
- 4).- Que no se encuentra embarazada.

5).- Que se encuentra sana y no padece ninguna enfermedad que pueda transmitirse al producto de un embarazo.

6).- Que sabe que el procurar la muerte del producto en cualquier momento de la preñez es un delito, conforme a lo dispuesto por el artículo 332 del código penal para el Distrito Federal.

B).- Los aportantes manifiestan:

1).- Ser capaces, no existiendo impedimento, legal, ni natural alguno para la celebración del presente contrato.

2).- Que son propietarios de tres preembriones, obtenidos a partir de los gametos aportados por ellos mismos.

3).- Que cuentan con la asesoría especializada para la implantación del premorión en el útero de la receptora.

Declaran las partes que es su deseo otorgar las siguientes:

CLAUSULAS

PRIMERA.- Los aportantes proporcionan los tres preembriones de su propiedad para que sean implatados en útero de la receptora, quién lo acepta y autoriza.

SEGUNDA.- La receptora deberá de llevar a término la gestación hasta concluir con el alumbramiento, no pudiendo interrumpir el embarazo.

TERCERA.- Los aportantes pagaran a la receptora como contraprestación la cantidad de — la cual deberá de cubrirse de la siguiente manera:

A).- En el momento de la implantación la cantidad de . . .

B).- En forma mensual la cantidad de . . .

C).- En el momento del alumbramiento y entrega del producto la cantidad de...

CUARTA.- La duración del presente contrato comprenderá desde que se efectúen los estudios previos necesarios para que se la implantación del pre- embrión en el útero de la receptora hasta el alumbramiento y entrega del producto. Los pre-embriones serán implantados en el útero receptor por el doctor... en el hospital... el día que indique dicho profesionalista.

QUINTA.- La receptora no podrá tener relaciones sexuales después del estudio realizado mediante el cual se demuestre que no se encuentra en estado de gravidez, hasta en tanto no se depositen los preembriones en su útero y se constate la preñez.

SEXTA.- La receptora deberá someterse a todos y cada uno de los estudios médicos indicados por el profesionalista mencionado en la cláusula cuarta de este contrato antes de que se realice la implantación del pre embrión en su útero.

SÉPTIMA.- La receptora deberá de acudir a consultar al medico señalado cada mes y cuantas veces sea indicado por este, a efecto de revisión, mientras que dure el proceso de gestación del producto.

OCTAVA.- La receptora deberá de realizarse todos y cada uno de los análisis indicados por el profesionista señalado durante el proceso de gestación del producto.

NOVENA.- La receptora no podrá consultar en relación al embarazo, alumbramiento o consecuencias del mismo a ningún otro médico, que el designado en este contrato sin autorización escrita de los aportantes, salvo caso urgente que ponga en peligro su vida o la del producto.

DECIMA.- Los aportantes deberán de cubrir de manera mancomunada todos y cada uno de los gastos médicos originados por los estudios previos necesarios para la implantación del prembrión en el útero de la receptora, los derivados de la implantación, así como los ocasionados por el embarazo, consecuencias del mismo y alumbramiento del producto.

DECIMA PRIMERA.- La receptora deberá de entregar a los aportantes el producto de la gestación, en el momento del alumbramiento.

DECIMA SEGUNDA.- La receptora autoriza a los aportantes a adoptar al producto de la gestación, renunciando a la patria potestad que tenga sobre el mismo; para lo cual deberá de firmar todos los documentos y hacer los trámites necesarios necesarios para ello.

DECIMA TERCERA.- Los aportantes se obligan a adoptar al producto, aun cuando este tenga una malformación, enfermedad o daño congénito.

DECIMA CUARTA.- En caso de que la receptora de a luz a mas de un producto, los aportantes deberán de adoptarlos a todos.

DECIMA QUINTA.- La receptora deberá de observar durante el embarazo una conducta que no ponga en riesgo la vida del producto, siguiendo las indicaciones del médico designado.

DECIMA SEXTA.- En caso de que la receptora corra peligro de muerte con motivo del embarazo, se practicará el aborto correspondiente, debiendo de escucharse de manera previa la opinión del médico designado por los aportantes.

DECIMA SEPTIMA.- En caso de que los aportantes se negaran a adoptar al o los productos de la gestación, la receptora podrá darlos en adopción a quién ella estime conveniente.

DECIMA OCTAVA.- Para el caso de que los aportantes se negaran a adoptar al o los productos de la gestación y la receptora decida quedarse con él o los mismos, los aportantes deberán de pagar de manera mancomunada y a título de pena convencional a la receptora la cantidad de — mensuales, que se incrementarán anualmente en la misma proporción que el índice inflacionario que señale el Banco de México, para que sea destinado a la manutención del o los menores.

DECIMA NOVENA.- En el caso de que solo uno de los aportantes decidiera adoptar al o los productos, la receptora deberá de entregárselo a quién así lo decida.

VIGESIMA.- En caso de incumplimiento del presente contrato por alguna de las partes, la culpable deberá de pagar a la inocente a título de pena convencional la cantidad de —.

VIGESIMA PRIMERA- Ambas partes manifiestan que se someten a la jurisdicción de los Juzgados del Distrito Federal, renunciando desde este momento a cualquiera que les correspondiese por concepto del domicilio, en caso de controversia legal alguna.

CONCLUSIONES

1.- A las parejas imposibilitadas de procrear un hijo por medios naturales, la técnica en la maternidad subrogada e inseminación in vitro les permite obtenerlo.

2.- La intervención científica, médica y la utilización de técnicas nuevas en la reproducción, tropieza con obstáculos motivados por las creencias religiosas, en especial con la Iglesia Católica Romana en el mundo occidental.

3.- El consenso de la mayoría de médicos y científicos en cuanto a la inseminación in vitro de seres humanos y la maternidad subrogada es de considerarla éticamente aceptable.

4.- El parentesco consanguíneo en una maternidad subrogada se presenta desde el momento de la procreación y por lo tanto se da exclusivamente entre los padres biológicos y el menor.

5.- La madre subrogada carece de parentesco alguno con el menor.

6.- El contrato de maternidad subrogada cuenta con los elementos esenciales y de validez para su existencia pero al ser atípico carece de regulación específica, por lo que es necesario legislar al respecto y desarrollar capítulo especial en nuestra legislación para su buen funcionamiento.

7.- En caso que la madre subrogada reclamase a los padres naturales el hecho de que se quedaran con el menor y al no haber legislación expresa, no cometen el delito de privación de la libertad, puesto que, por ser sus parientes consanguíneos ejercen la patria potestad y la guardia custodia del menor.

8.- En legislaciones de otros países, a diferencia de la nuestra se ha legislado ya acerca de la maternidad subrogada, debido a los problemas surgidos por incumplimiento de una de las partes del contrato subrogado.

9.- En nuestro país es indispensable que se legisle respecto a las nuevas técnicas de reproducción, a la maternidad subrogada, al parentesco y filiación derivados de la maternidad subrogada mediante la filiación y parentesco de éste, para no incurrir en delito alguno tipificado en el Código Penal.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

DOCTRINA

Biblia de Jerusalem. Edición Pastoral. Edición Conmemorativa. Edit. Imprimatur. España, 1979.

CASTELLANOS Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa, S.A. México, 1996.

COHEN, Bárbara. Esq. J.D. y Teresa Lynn, Friend, Esq. J.D. Consecuencias legales y éticas de los contratos con madres subrogadas (sustitutas). En Clínicas de Perinatología. Volumen 2. Aspectos éticos y legales en Perinatología, Editorial Interamericana. México, 1987.

DESSOUSA, Alvino Peluso. La inseminación artificial en seres humanos. Edit. Belo Horizonte. Brasil, 1984.

FUELLO Lanerí Fernando, Derecho Civil. Tomo V.

GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Parte General, Personas Familia. Edit. Porrúa, S.A. México, 1976.

GUITRÓN Fuentevilla, Julian. ¿Qué es el Derecho Familiar? Segundo Volumen. Edit. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México, 1992.

IBARROLA de, Antonio. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, S. A. México, 1978.

MAILLET Marck. De los bebes de probeta a la biología del futuro. Volumen II. México, 1981.

MONTERO Duhal, Sara. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, S. A. México, 1985

MUÑOZ Conde, Francisco y otro. Derecho Penal Parte General. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1993.

PLANIOL, Marcel y otro. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo II. Décima Segunda Edición. Edit. José M. Cajica Jr. Puebla, México, 1940. p. 12.

RIPET George y Boulanger, Jean. El estado de las Personas. Tomo II, vol.1.

RIVERO Hernández, Francisco. La Presunción de Paternidad Legítima. Estudio de Derecho Comparado y Derecho Español.

ROGINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. Sexta Ed. México, 1983.

SÁNCHEZ Medal, Ramón. De los contratos Civiles. Edit. Porrúa, S.A. México, 1979.

SOTO Reyna, René. Aspectos Médicos Legales de la inseminación artificial. México, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio, Raúl. Manual de Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1994.

POLIGRAFIAS

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Real Academia Española, Vigésima Primera Edición. Madrid, 1992.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Edit. Porrúa, S.A. Sexta Edición. México, 1993.

DICCIONARIO RAZONADO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Escriche, Joaquín. Cárdenas Editos y Distribuidor. Segunda Edición. México, 1985.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Editorial Driskill, S.A. Buenos Aires, Argentina, 1993.

LEGISLACION NACIONAL

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Edit. Porrúa, S.A. Octava Edición. Tomo I. México, 1995.

CODIGO CIVIL PARA EL D.F. EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. Edit. Sista, S.A. de C.V.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edit. Porrúa, S.A. Edición. México 1999.

LEY GENERAL DE SALUD. Edit. Sista, S.A. de C.V. México, 1997.

FUENTES HEMEROGRAFICAS

AGUIAR H. Henos. Distintos aspectos del problema de la inseminación artificial en seres humanos. Revista mensual número 24. Córdoba, Argentina, 1966.

BATLE Manuel. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid España, 1949.

BATLE Manuel. Teoría del aura seminallis, Gestación a través del contacto directo entre los genes masculinos y femeninos. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, España, 1943.

BRUSUNE Le Riverend, Eduardo. Paternidad sin padres e hijos procreados mediante inseminación artificial. Revista Trimestral. Enero y Marzo. La Habana, Cuba, 1957.

GALLI, Esther. La sexualidad humana y la planificación familiar. Revista. México, D.F., 1980.

GATTI, Hugo. La familia y la técnica actual. Volumen 2, número 12. Madrid España, 1958.

GONZÁLEZ Oseguera, Felipe. La inseminación artificial en la mujer en el derecho mexicano. Revista Trimestral. México, 1980.

HERNANDEZ Vera, César Julio. La Inseminación Artificial Humana. Leyes y Reglamentos. Revista. México, 1950.

LEAL A. Abelardo. Cuaderno de los Institutos. Revista semanal. México, 1961.

MANER, Dante. Etica y Progreso Científico. Ovaciones, Segunda Edición. Marzo 28. México, D.F., 1985

MENDIETA García, Carmen. Fertilización Extracorpórea. Aspectos Legales. Revista Mensual. Director Rafael Hernández Piedra. Durango, México, 1980.

RAMOS, Angélica. Bebés de laboratorio. Revista Trimestral número 60, Noviembre. México. 1985.

La Jornada. Agosto 4. México, 1989.

SÁNCHEZ Vargas, Julio y otro. La inseminación artificial y sus posibles consecuencia penales. Revista Mensual. México, 1980.

SARALEGUI, Cathy. La realidad científica de la inseminación artificial. Revista Número 64. Julio y Agosto. México, 1982.

CONSULTA ELECTRONICA VIA INTERNET

<http://www.reproducción.com.mx-insem.html>

La enseñanza de la Iglesia Católica sobre la reproducción artificial.
<Http://www.vidahumana.org-vidafam-iglesia-ensen-repro.htm>.

MOCTEZUMA Barragán, Gonzálo. InfoJus. Cuadernos Interdisciplinarios. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
<Http://www.jurídicas.unam.mx.pública-salud-cuadl-barragan.htm>.

PÉREZ Duarte Alicia Elena. El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro. Cuadernos del núcleo de investigación interdisciplinaria en salud y derechos humanos.
<Http://info.Juridicas.una.mx.publia.salud.cuad2.perez.htm>.