

40721  
341



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.**

**CAMPUS ARAGÓN**

**ANÁLISIS DE LAS FORMAS LEGALES DE REPRODUCCIÓN  
ASISTIDA Y LOS ATENTADOS EN CONTRA DE LA ESPECIE  
HUMANA FRENTE A LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**MARIA ANTONIETA ARROYO SUMANO**

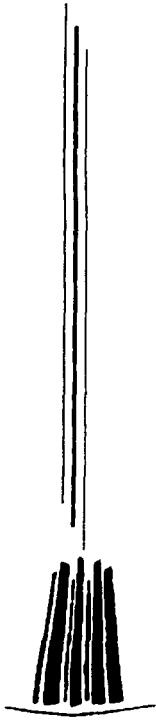
**ASESOR :**

**LIC. EDUARDO TEPALT ALARCÓN**

**MÉXICO**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**2003**





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.



### AGRADECIMIENTOS.

GRACIAS A DIOS: por permitirme ser

GRACIAS A MARIA DEL RAYO: mi mejor amiga, que siempre ha estado conmigo apoyándome con sus consejos, su optimismo y dedicación; y sobre todo por ser mi madre

GRACIAS A SALVADOR: quien siempre ha confiado en mi y me ha animado a seguir adelante, y por supuesto por ser mi padre.

GRACIAS A JOSE Y JESÚS: mis hermanos quienes son el mayor regalo que me ha dado la vida.

GRACIAS A RAFAEL: el amor de mi vida por su paciencia y apoyo en la realización de este logro en mi Carrera profesional.

GRACIAS A LA UIVEISIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, por haberme brindado la oportunidad de ser admitida en su seno y concederme la oportunidad de ser UNIVERSTARIA, abrigándome en sus alas, donde adquirí los conocimientos para mi formación profesional, alcanzando una de mis mayores metas.

Mi triunfo y eterno agradeCimiento.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN





## AGRADECIMIENTOS.

A TODOS MI PROFESORES, en especial al Licenciado Eduardo Tepalt Cervantes, que a lo largo de mi etapa como estudiante, construyeron con sus enseñanzas, a mis logros académicos.

Mi admiración y gratitud.

AL LIC. EDUARDO TEPALT ALARCÓN, por haber aceptado dedicar parte de su valioso tiempo a la asesoría y dirección en la elaboración de esta tesis, ya que fue de suma importancia su ayuda y orientación en el desarrollo y culminación del presente trabajo.

Mi sincero agradecimiento.

### A LOS MIEMBROS DEL JURADO:

Presidente: Lic. Eduardo Tepalt Cervantes.

Vocal: Lic. Gloria Clementina Zarate Diaz.

Secretario: Lic. Eduardo Tepalt Alarcón

1er. Suplente: Lic. José Villanueva Monroy

2do. Suplente: Lic. Gustavo Carranco Plata.

Por permitirme presentar a su consideración esta tesis profesional y haberme hecho el honor de acompañarme.

Con respeto y agradeciendo su tiempo y dedicación.



TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



**AGRADECIMIENTOS.**

**GRACIAS A MIRTA:** por su apoyo como jefa, amiga y compañera en momentos difíciles e importantes principalmente a lo largo del desarrollo del presente trabajo.

**GRACIAS** a quienes pusieron obstáculos en mi camino, ya que a ellos les debo el ser más fuerte para enfrentar los problemas.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



**"ANÁLISIS DE LAS FORMAS LEGALES DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA  
Y LOS ATENTADOS EN CONTRA DE LA ESPECIE HUMANA FRENTE A LA  
MATERNIDAD SUBROGADA"**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

**CAPITULO I. LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL.**

1.1. DEFINICIÓN.....	2
1.2. LA MUJER Y LA MATERNIDAD.....	9
1.3. LA INFERTILIDAD Y LA ESTERILIDAD DE LA MUJER, SUS CAUSAS.....	10

**CAPITULO II. FORMAS LEGALES DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

2.1. INSEMINACIÓN INTRACERVICAL.....	24
2.2. INSEMINACIÓN INTRAVAGINAL.....	25
2.3. INSEMINACIÓN INTRAUTERINA.....	26
2.4. INSEMINACIÓN INTRAPERITONEAL.....	28
2.5. 2.5. FECUNDACIÓN IN VITRO.....	39
2.6. TRANSFERENCIA INTRATUBARIA DE GAMETOS.....	45
2.7. TRANSFERENCIA A LA TROMPA DE UNO O MAS HUEVOS FECUNDADOS.....	47

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**CAPITULO III. MATERNIDAD SUBROGADA.**

3.1. CONCEPTO.....57

3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....58

3.3. TIPOS.....60

    3.3.1. HETEROLOGA.....61

    3.3.2 . HOMOLOGA.....63

3.4. EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA . .....65

**CAPITULO IV. LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

4.1. DERECHO CONSTITUCIONAL.....77

4.2. DERECHO CIVIL.....80

4.3. DERECHO PENAL.....93

4.4. DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS.....100

4.5. PARTICULARIDAD DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE COAHUILA.....104

4.6. INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN.....146

CONCLUSIONES.....174

GLOSARIO.....178

BIBLIOGRAFÍA.....183

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## INTRODUCCIÓN

Respecto a la reproducción asistida en general, el mismo resulta un tanto incierto hasta hoy en día, aun cuando en los diversos medios de comunicación, se habla de los avances tecnológicos en el espectro médico, respecto a suplir las deficiencias humanas de aquellas persona que no les ha sido posible que la naturaleza les otorgue el mismo beneficio de concebir respecto de unas de otras que si lo tienen; por ello en la búsqueda de colmar esas anomalías genéticas y de tratar de lograr la procreación la que se ha considerado como un don divino, muchos de nosotros ignoramos a ciencia cierta dichas técnicas, más aun a que tipos de personas van encaminadas y en que momento se puede decir científicamente que una persona pueda ser objeto de dichos métodos, sin que caiga en cuestiones de ilicitud y asimismo ponga en riesgo su vida tanto física como emocional con los resultados que pudieran darse en forma negativa; por ello se debe considerar de mucha importancia adentrarnos al ámbito medico, para tener una mayor visión sobre el tema, desde que tiempos remotos se ha venido dando, si estos desde sus antecedentes han sido con la finalidad positiva de procrear.

En nuestro país históricamente el fenómeno de la maternidad asistida, no es nuevo; en las sociedades tradicionales ya existían las amas de cría e incluso la gestación ajena y ante la reivindicación de los hijos por parte de las parejas estériles, la baja natalidad de las sociedades más avanzadas y la problemática que supone la adopción de niños, se hace necesaria una reglamentación sobre todas las actividades de procreación asistida, en especial de aquellas en las que intervienen terceras personas.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



En el año de 1975 aparece la maternidad subrogada, la cual se refiere a la renta del vientre, maternidad por sustitución o madre sustituta, gran problema para nuestro derecho hoy en día toda vez que se da la interrogante de ¿ Podrá ser legal la realización de un contrato de maternidad subrogada?, caso que analizare en la presente tesis.

Lo que se demostrara, es que nuestra legislación no esta adaptada a la realidad social ya que no existe sustento legal que avale la realización del contrato de maternidad subrogada.

Lo que nos orilla a la necesidad de examinar las diferentes legislaciones a fin de consultar lo conducente a la reproducción asistida, como se regula, así como sus requisitos de validez, esto a fin de demostrar que el contrato de maternidad subrogada mas que nulo debe ser considerado inexistente, debido a que el objeto materia del contrato no se encuentra dentro del comercio y por lo tanto el cumplimiento forzoso de este contrato no es exigible..

Estudiaremos los posibles supuestos en que podría ser autorizada las técnicas de reproducción asistida y la maternidad por encargo; aclarando que mi postura es evitar este tipo de contratos más aun, cuando el objeto sea la comercialización del ser humano.

Para comprender un poco más de este asunto, resulta fundamental analizar algunas cuestiones previas acerca de la reproducción asistida.

En el primer capítulo analizaremos la maternidad frente a la mujer, sus problemas de esterilidad o de infertilidad y las causas que lo derivan.

En el segundo capítulo analizaremos las formas legales de reproducción artificial en nuestro país y como se legislan.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En el tercer capitulo analizaremos mas afondo la maternidad subrogada, sus antecedentes históricos, así como sus tipos, esto, a fin de poder encontraros en posibilidad de estudiar la hipótesis planteada acerca del contrato de subrogación.

En nuestro cuarto y ultimo capitulo, se estudiara la normatividad aplicable a la maternidad subrogada, y una vez realizado el correspondiente estudio y análisis de estos capítulos se estará en la posibilidad de demostrar la inexistencia del contrato de subrogación

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## CAPÍTULO I

### LA REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL.

#### 1.1 DEFINICIÓN.

El desarrollo científico y tecnológico es un producto genuino de la naturaleza humana.

La ciencia nace con el hombre como una herramienta insustituible en el proceso de develar, y de poner en el conocimiento de todos, la maravilla de nuestra naturaleza.

De maneras muy variadas, el hombre tiene conciencia que su única manera de proyectarse más allá de su propia realidad, es a través de la reproducción.

Así nace su preocupación por la fecundidad y concentra parte de sus esfuerzos científicos en estudiar esa materia.

Reflexionar en principio del tema que nos ocupa, parecería estar pensando en ciencia-ficción.

Así las diferentes corrientes filosóficas, religiosas, biológicas y legales han intervenido con justa razón en el debate y en la reflexión sobre los efectos éticos y legales de este nuevo descubrimiento, así es como nace la denominada bioética.

Este principio implica que todo ser humano es un agente moral autónomo merecedor del respeto de sus semejantes. Así, en una sociedad donde prevalezca el pluralismo religioso y político, ningún individuo o grupos de personas pueden arrogarse el derecho a imponer un autoritarismo moral sobre el resto de los integrantes de la sociedad.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Las leyes están destinadas a regular las atribuciones, obligaciones y las formas de relacionarse entre personas de una determinada sociedad.

A pesar de las dificultades filosóficas para definir desde cuando se es persona, vale la pena hacernos la pregunta, ¿desde que etapa de la fecundación se establece una estructura indivisible cuya identidad se mantiene incambiable hasta nacer y de allí en adelante?. Por cierto ese es el individuo o persona en potencia susceptible de ser protegido por leyes que rigen a las personas.

La técnica de fertilización asistida ha traído aparejada una serie de desafíos éticos y legales que los distintos países han abordado de manera más o menos desordenada y con criterios bastantes diferentes, desde aquellos que permiten todo tipo de uso de embriones congelados, pasando por los que no han legislado sobre la materia, hasta los que han prohibido la crío preservación.

Cuando se habla de embriones implantados, congelados, donados etc., para algunos se está hablando de cosas y no de seres humanos, lo que ha traído como consecuencia una manipulación de seres humanos bastante preocupante, más aún cuando se desechan estos embriones al amparo de la ley y sin ninguna protección.

Los desafíos que la criopreservación está presentando al mundo nos obliga a estar cada vez más alertas en la defensa de la vida y de la dignidad del ser humano. Muchos otros temas como la clonación, la maternidad substituta, el genoma humano, la eutanasia y la eugenesia, por nombrar algunos, nos presentan desafíos claves en cuestiones éticas del nuevo milenio, para las que hay que estar preparados.

El doctor Jean Cohen, director del Center de Stérilité del Hospital de Sevres, de Paris y ex presidente de la Federación Internacional de Fertilidad y Esterilidad, ha

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

afirmado en diversos foros que "la clonación humana no se practica porque no existe consenso científico"<sup>1</sup>.

"Ha mencionado que si bien podría ser un recurso para un pequeño número de parejas que no pueden concebir hijos mediante ningún método de reproducción asistida, estima que "el nuevo individuo perdería su identidad de ser humano, y por lo tanto, su dignidad".<sup>2</sup>

El investigador reveló que no existen dos lugares con leyes idénticas. Estas diferencias generan un fenómeno que los especialistas denominan "turismo de procreación": como algunos procedimientos están permitidos en algunos lugares y en otros no, los interesados en someterse a métodos de reproducción asistida viajan por el mundo detrás de ese hijo que tanto desean.

En algunos países, los médicos se autorregulan; en otros, se someten, por ejemplo, a tribunales de ética profesional.

Existen también regulaciones gubernamentales, que limitan pero dan más garantías a los procedimientos.

La revista prestigiada *Fertility and Sterility*, enumera quiénes pueden recibir tratamiento en cada país. En Alemania, Hungría, Turquía y Polonia sólo es posible la reproducción asistida para matrimonios legales. En Austria, Dinamarca, Australia y Francia pueden tratarse también los concubinos que lleven 2 años de convivencia, pero entre los franceses es necesario obtener un certificado que debe firmar el alcalde. En el Reino Unido y en España acceden a la posibilidad también las mujeres solas y las parejas de lesbianas

Las diferencias también abundan en torno del diagnóstico embrionario para descartar la presencia de anomalías cromosómicas antes de la transferencia. Sólo

<sup>1</sup>Memorias del III Congreso Mundial Vasco, Problemática Plantada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana, Madrid 1988.

<sup>2</sup>Idem

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

se realiza en el Reino Unido, España, Suecia y Bélgica. En Francia no está reglamentado y en Dinamarca, Alemania y Suiza está prohibido.

La donación de óvulos es de anonimato obligatorio en todos los países consultados, pero está prohibida en Austria y en Alemania. En cuanto a la inseminación con espermia de donante anónimo, está permitida en todos los países con consentimiento del marido, excepto en Turquía.

La donación de embriones está prohibida en Austria y en Jordania, y se permite en Dinamarca, Alemania, Israel y Francia, en este último caso, autorizada por un juez.

En los Estados Unidos e Italia pueden recibir tratamiento de reproducción asistida las personas con HIV, cosa que no es posible en Francia. En Austria, Alemania, Polonia y Sudáfrica no existe regulación sobre el tema.

En un principio, cuando nacieron estas técnicas, no existía ningún tipo de regulación, y fue justamente eso lo que permitió un gran desarrollo. Pero ahora es urgente la necesidad de pautas internacionales para bajar costos económicos, individuales y sociales, y también riesgos.

Todo lo antes narrado, ha llevado a que un grupo de expertos franceses, encabezados por Jacques Testard -el pionero de la fecundación artificial que finalmente decidió abandonar esta práctica-, soliciten una "moratoria internacional" en la aplicación de las nuevas técnicas, que permita analizar con atención el mismo concepto de "progreso científico".

En la Argentina no existe una ley, sino lineamientos de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad. Los pacientes firman un consentimiento informado antes de someterse al tratamiento.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata, en Argentina, ha condenado con severos términos las experiencias en favor de la clonación de humanos, promovidas por Ian Wilmut, el creador de la oveja Dolly.

La clonación se obtiene "sin aporte de gametos masculinos y femeninos, por lo que la fecundación es sustituida por la fusión de un núcleo tomado de una célula somática del individuo por clonar, con lo que el individuo obtenido tendría la misma identidad genética del donante del núcleo".

Se afirma que el nuevo individuo será una réplica somática del donante, pero entre seres humanos, la copia no exhibirá una perfecta identidad con el donante en su realidad ontológica y psicológica. "Esto, porque la persona humana es una unidad sustancia de cuerpo y alma y no una simple integración de órganos, funciones y energías".

En consonancia con el pensamiento de la Iglesia, se añade que "el alma es un constitutivo esencial de cada sujeto de la especie humana, creada por Dios y no por los padres, ni por la genética artificial, ni por la clonación".

El documento de la Facultad de Derecho sostiene que el proyecto tiene "olor a eugenesia, es decir la manipulación de las leyes biológicas para un supuesto perfeccionamiento de la especie humana, tendencia de la que Adolfo Hitler fue un fervoroso adherente".

Ciertamente, ante los avances científicos no hay que dejarse llevar por el pánico, pero tampoco por una suerte de optimismo acritico ante todo lo nuevo. En todo caso, se sea o no entusiasta de las nuevas técnicas de fecundación artificial, es claro que están propiciando una auténtica jungla de casos controvertidos.

Según estudios serios, combinando todas las posibilidades existen hoy 36 modos de nacer que trascienden los límites puestos por la biología natural. A la hora de regular o limitar jurídicamente este complicado horizonte, conviene observar sus efectos sobre terceros y las consecuencias a largo plazo.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Buscar soluciones a este tema, incluso supone propuestas audaces como la adopción prenatal.

¿Qué es entonces la reproducción asistida?

Las técnicas de reproducción asistida pueden clasificarse en dos grandes grupos.

La fecundación in vitro con transferencia de los embriones al útero (FIV/TE) y la transferencia de gametos a la trompa (GIFT).

La fecundación in vitro, tiene lugar en un medio de cultivo que simula el fluido tubárico y los embriones resultantes son transferidos al útero.

La transferencia de gametos a la trompa (procedimiento aprobado por la Iglesia Católica), requiere de al menos una trompa normal donde son transferidos los óvulos y los espermatozoides procurando que allí tenga lugar la fecundación, requiriéndose de un mínimo de espermatozoides con capacidad fecundante.

La fecundación asistida facilita la unión de los gametos, pero no interviene en ella, ya que se produce naturalmente; Luego entonces, se entiende por fecundación asistida toda intervención que incluye la manipulación de gametos para fecundar uno a más ovocitos.

En otras palabras, la fecundación asistida facilita la unión de los gametos, pero no interviene en ella, ya que se produce naturalmente.

La fecundación artificial, en cambio, no sólo facilita la unión, sino que la realiza.

Desde otro punto de vista, la fecundación artificial se clasifica según el momento de la fecundación, conociéndose así la fecundación inmediata, que se produce cuando el o los productos de la concepción se colocan en el útero después de horas o días de su obtención, y la fecundación diferida, donde los gametos son congelados por días meses o años, para ser posteriormente implantados en el útero de la mujer.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Ahora bien, existen diferentes tipos de fecundación asistida y artificial. Así, se encuentra la fecundación artificial o asistida in vivo, en que la fecundación se produce dentro del vientre de la mujer, y donde el médico ayuda a que este proceso natural se produzca.

Por otra parte, se encuentra la fecundación in vitro (FIV), que siempre es artificial, donde la fecundación se produce en una cápsula de cultivo, fuera del vientre de la mujer. Actualmente se conocen otras técnicas de fertilización artificial como el ICSI o el ROSNI, que con diferentes variantes inyectan el espermatozoide directamente en el citoplasma del ovocito.

Ambos procedimientos pueden realizarse con gametos pertenecientes a la pareja o a donantes.

Ambos procedimientos pueden utilizar espermatozoides criopreservados, aún no es posible congelar óvulos en forma segura y eficiente.

Cuenta habida de lo anterior, en el proceso de la fecundación, es la singamia el instante que demarca la presencia por primera vez de un individuo genéticamente único, irrepitible, indivisible (salvo la gemelación), que tiene un estatus e identidad propio que van más allá del de sus progenitores.

No debe confundirse lo que es potencialmente un individuo de lo que constituye un individuo en potencia (verdadero objetivo de los cuerpos legales).

Los legisladores se verán enfrentados a la disyuntiva de legislar a favor de la genética o a favor de la maternidad y paternidad.

Lo que sustenta la familia no es una secuencia interminable de genes. La familia humana esta constituida por padres, madres, hijos, nietos, etc., que expresan la voluntad de asumir dichos roles.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## 1.2. LA MUJER Y LA MATERNIDAD.

Sin duda el sufrir el impedimento de concebir hijos propios se vuelve como una experiencia alternamente lacerante para la pareja. Pero probablemente, sea la mujer quien recibe el mayor impacto de la frustración, ya que se le reconoce en la maternidad biológica al rol apoteótico de la femineidad.

Ahora bien, en el desarrollo de este trabajo sé vera la sacralización del vientre materno, que se encuentra presente en nuestra cultura, y de la capacidad física reproductiva, que lleva a cambiar algunos de los elementos esenciales de la naturaleza femenina, puesto que la posibilidad de procrear no es la única meta de la mujer.

Esa concepción con nuevo impulso por los sectores médicos que investigan los temas que se tratan en el presente trabajo, lleva también implícito una demora del rol social de la mujer.

La autora EVA GILBERT, señala: "El cuerpo femenino alrededor del cual se aposenta una persona llamada mujer, se ha convertido en el barómetro enajenado de determinadas comunidades científicas, médicas y de empresas que responden no solo a brillos académicos sino a economías de mercado. La noble vocación científica destinada a resolver infertilidades de mujeres cuyas historias clínicas habían sido cuidadosamente estudiadas, parece convertirse en un nuevo espacio de patriarcado. El cual a través de sus cánones, explícitos o no, produce instrumentos capaces de tensar hasta el infinito el perfil simbólico de un vientre grávido, como emblema de su poder político. Se observa que las técnicas de procreación refuerzan la perspectiva que el rol primario otorga a las mujeres que es tener hijos. Solo se es mujer cuando se ha tenido descendencia. Esto viene a reforzar los estereotipos y a que las mujeres permanezcan socialmente subordinadas, pues su valor radica en la biología y no en su capacidad. Ahora bien hace falta preguntarse acerca del impacto de estos cambios sobre la vida de

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

las mujeres y la influencia sobre su salud, seguridad y las posibilidades de elección".<sup>3</sup>

La iglesia Católica, respecto a la familia, opina que la santidad de la familia es el camino real y el recorrido obligado para construir una sociedad nueva y mejor, para volver a dar esperanza a un mundo sobre el que pesan tantas amenazas. Por eso, las familias cristianas de hoy han de saber aprender de ese núcleo de amor y de entrega sin reservas que fue la Sagrada Familia. El hijo de Dios hecho un niño como todos los nacidos de mujer, recibía allí continuamente los cuidados de la Madre. María, que siempre había permanecido virgen, consagraba diariamente su vida a la sublime misión de la maternidad, y por eso también hoy todas las generaciones la llaman bienaventurada. José, designado para proteger el misterio de la filiación divina de Jesús y la maternidad virginal de María, cumplía su papel, de forma consciente, en silencio y en obediencia a la voluntad divina. ¡Que escuela, que misterio!

"La familia de por sí es sagrada, porque sagrada es la vida humana, que solamente en el ámbito de la institución familiar se engendra, se desarrolla y perfecciona de forma digna del hombre. La sociedad del mañana será lo que sea hoy la familia".<sup>4</sup>

### 1.3. LA INFERTILIDAD Y LA ESTERILIDAD DE LA MUJER, SUS CAUSAS.

Es importante hacer mención que suele emplearse el término de esterilidad o infertilidad indistintamente para referirse a la incapacidad para reproducirse, aunque esto no es exacto. Ahora bien desde el punto de vista médico cabe señalar la diferencia entre la definición de esterilidad que indica "la imposibilidad

<sup>3</sup> Del prólogo de Eva Gilbert al Libro "De la ciguena a la profeta. Los peligros de la aventura científica", de Susana E. Sommer, p. 11 y 12, Editorial Planeta, Buenos Aires, septiembre de 1994, p. 48.

<sup>4</sup> Juan Pablo II, "Nuestro Dios Apareció en el Mundo y Convivió Con Los Hombres", Instrucción Religiosa, Cielo II, Ciudad del Vaticano 29 de Diciembre de 2002 - Barcelona, p. 3, 38.

TESTES  
FALLA DE ORIGEN

de efectuarse la fecundación, e implica que esta alteración es irreversible; el de fertilidad, en cambio expresa la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación y por tanto el desarrollo del embrión o feto".<sup>5</sup>

La autora Jacqueline Costa-Lascoux señala en su libro *Mujer, Procreación y Bioética. en Historia de las Mujeres* que: "la obsesión por la esterilidad es inmemorial. Inspiró muchas ficciones jurídicas en las ciudades antiguas y en las sociedades arcaicas, a fin de que todos los hombres pudieran participar en la transmisión de la vida. Incito a los científicos a descubrir remedios o paliativos. También permitió a los charlatanes, o más a menudo a personas interesadas, la realización de un lucrativo comercio con el sufrimiento y el deseo de un hijo."<sup>6</sup>

La esterilidad es un ente único, que resulta ser un obstáculo que se opone al deseo consciente de dos personas, de crear junto a otro ser humano implantado en su vínculo afectivo.

Sin embargo, hoy en día se están creando una serie de futuras madres que aborrecen la maternidad, la aborrecen absolutamente, porque ese concepto se ajusta perfectamente al de esclava, al de mujer de su hogar, a formar otra vez parte de esa clase social de la mujer y así se aterra, frente a esos hijos no deseados, aun trabajo tampoco deseado, pero, que le resultan mas satisfacciones sociales que la maternidad.

Por otro lado para algunas mujeres, la falta de hijos constituye una herida profunda, no solo en lo emocional o personal, sino que quebranta seriamente el plano social, ya que según la sociedad una pareja sin hijos no es una familia, no es mas que la reunión de dos seres, de dos soledades, en una vida donde falta cruelmente lo esencial.

<sup>5</sup> Vega, Gutierrez Javier, "Reproducción Asistida en la Comunidad Europea, Legislación y Aspectos Bioéticos", Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, España 1993, p. 22

<sup>6</sup> Costa-Lascoux, Jacqueline, "Mujer, Procreación y Bioética, en la Historia de las Mujeres, T.X, "El siglo XX, La mujer" dirigido por Georges Duby y Michele Perrot, Editorial Taurus, Madrid 1994, p. 206.

El hijo es lo que puede agregar sabor, es lo excitante en una vida conyugal, sin lo que la vida se volvería monótona y a veces insatisfactoria.

Ahora hablemos de cómo el hombre siente su esterilidad, y esta se revela como un signo de impotencia, él necesita de un hijo para demostrar, aclarando que antes de a él mismo, a la sociedad la vigencia biológica de su virilidad.

Esta equidad de lo viril con lo sexual, hace que el hombre estéril sufra en nuestra sociedad una intensa ansiedad. Es frecuente que su infertilidad vaya acompañada de cuadros depresivos, bloqueo afectivo, impotencia laboral, entre otros síntomas.

Es justo decir que estas reacciones de carácter conflictivas no solo afectan al varón sino también a su pareja, siendo ella quien suele ocultar a la familia la responsabilidad de los esposos o, en algunos casos, agredirlo.

No hay que olvidar que por lo general la responsabilidad recae sobre la mujer y que en muchos lugares se le considera, además, la única responsable del fracaso.

Y esto contribuye a reforzar las fantasías del hombre que queda así víctima de la trampa que la misma cultura le tiende, ya que esta imputación fantasiosa e inexacta sobre la disfunción procreacional, le lleva a evadir los exámenes exploratorios y los tratamientos que le servirán, precisamente, para obtener la paternidad que tanto desea.

Sin duda, la mujer es quien recibe el mayor impacto de esta incapacidad ya que, según Farrer Meschan: " Su desesperación corrobora la máxima, tan vieja como la humanidad, que relaciona la autoestima de la mujer con su capacidad de procrear.

Ser estéril significa no realizarse como ser humano. Ser como una rama seca que no da frutos: la ansiedad de la mujer fluctúa con periodos de depresión, especialmente marcados en el comienzo de cada ciclo sexual, lo que significa que

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

otro mes ha pasado sin haber realizado su objetivo. Como secuela puede quedar una permanente depresión".<sup>7</sup>

Y es que ser estéril aparece como un signo degenerativo para muchos y también, desde la antigüedad, como un castigo divino para los pecados que se hayan cometido.

Mencionando así, como un ejemplo, lo que señala el capítulo 30 del Génesis:

"Cuando Raquel vio que no daba hijos a Jacob, tuviera envidia de su hermana Lea, y dijera a Jacob desesperada: ¡dame hijos, que si no, me muelo!

Entonces se encendió la ira de Jacob contra Raquel y dijo ¡soy yo acaso en lugar de Dios, que ha negado fruto de tu seno?

Y dijo ella: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y parirá sobre mis rodillas; y así yo también tendré hijos por medio de ella.

Le dio pues a Bilha, su sierva, por mujer; y concibió Bilha y parió a Jacob un hijo.

Y dijo Raquel: ¡juzgóme Dios, y también ha oído mi voz y me ha dado a mí un hijo!"<sup>8</sup>

Sin duda, no faltará quien quiera interpretar este pasaje de la Biblia a la luz de las modernas técnicas de fecundación asistida, haciendo notar la semejanza con la subrogación de óvulo y vientre que tantas críticas ha merecido en nuestro tiempo, y el hecho de que, en aquella ocasión, esta sustitución en la función sexual no fuera condenada por Dios. Ahora bien, muchos años después, según la Biblia,

"Acordóse Dios de Raquel y oyóla Dios y abrió su matriz, de manera que concibió y parió un hijo; y dijo ¡quitado ha Dios mi opróbio!"<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Meschan, Litter, "Importancia del Asesoramiento Matrimonial en la Investigación de la Infertilidad en Símpo-sis Obstétrico-ginecológica", Bs. As., 1990, t. 25, n. L. p. 421-422.

<sup>8</sup> Ricciardi, Ramon, y Otro, "La Biblia, en su Texto Integro", Tercera Edición, Ediciones Paulinas, Editorial Verbo Divino Editorial Alfredo Ortells, Génesis 30, España 1972, p.29-30

<sup>9</sup> Ídem

TESIS COO.  
FALLA DE ORIGEN

Para nosotros, en cambio, la verdadera trascendencia de esta anécdota bíblica, comprueba no solo la antigüedad de la infertilidad femenina, sino que el sentimiento de amargura y frustración que agobió a Raquel, hoy en día continúa siendo el mismo.

Tal vez la meta que nos une con otra persona, entre otras cosas, es el afán de la trascendencia, marcar así un paso en el mundo, de vencer de alguna manera a la muerte, y esto se logra a través de los hijos. Es por ello que la procreación humana no significa un simple acto de reproducción instintiva, como suele ocurrir en los animales, sino que resulta la confirmación de nuestra trascendencia, de que podamos crear vida y a través de ella prolongar la nuestra.

Es por ello, que cuando ese legítimo deseo se ve frustrado por la naturaleza, la esterilidad de la pareja puede encontrar eventual consuelo en otros proyectos de vida, pero cuando, existiendo una esperanza científica, la pulsión natural se ve reprimida por principios de carácter moral o jurídico, entonces el enfrentamiento de valores se vuelve inevitable y su resultado, casi siempre previsible, no favorece necesariamente a la norma.

En este mundo de adelantos médicos y técnicos cada vez más complejos no es fácil tomar decisiones sabias y éticamente correctas.

Esos intentos de manipular la naturaleza producen nerviosismo y temor en muchas personas por no mencionar confusión moral y ética, efectos que nos recuerdan las palabras bíblicas: "Al hombre terrestres no le pertenece su camino. No pertenece al hombre que está andando siquiera dirigir su paso".<sup>10</sup>

Muchas personas opinan y creen que con razones justificadas, que este tipo de investigación viola la santidad de la vida humana porque manipula el cuerpo humano.

---

<sup>10</sup> Ibidem, Jeremias 10,23, p. 10-11

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Sin embargo, la Iglesia Católica opina que para la ética católica las funciones orgánicas y sexuales en el matrimonio son inseparables. Por tal razón, la licitud ética de la reproducción humana está condicionada a que se logre mediante la cúpula perfecta. Lo contrario lo considera una violación de la ley natural.

"Se debe impulsar a los hombres de ciencia a proseguir sus trabajos de investigación, con objeto de poder prevenir y remediar las causas de la esterilidad, de manera que los matrimonios estériles consigan procrear respetando su dignidad personal y la de quien ha de nacer".<sup>11</sup>

La iglesia rechaza la procreación asistida, ya que la considera como un sustituto del acto conyugal con la técnica, y se convierte a la descendencia en un medio de lograr la satisfacción de los cónyuges y no en un fin que es la dignidad del ser susceptible de ser creado.

Está aprueba solamente la inseminación artificial homóloga, la que se lleva acabo utilizando el semen del marido, no así la heteróloga, ya sea que sea utilizado el semen de un donador o bien el óvulo de una tercera persona.

Ciertamente la fecundación homóloga, opina la iglesia, no posee toda la negatividad ética de la procreación extraconyugal; la familia y el matrimonio siguen constituyendo el ámbito del nacimiento y de la educación de los hijos.

Ahora bien, la maternidad sustitutiva o subrogada como se le conoce, para la iglesia no es un acto lícito, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga; es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana.

Ahora hablemos de las causas de la infertilidad;

<sup>11</sup> Congregación para la Doctrina de la Fe. "Instrucción Sobre el Respeto a la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación. Respuestas a algunas cuestiones en la actualidad". Ciudad del Vaticano, 1987



"En primer término es necesario indicar que la esterilidad puede ser originada por diversas causas:

- ▣ Femeninas;
- ▣ Masculinas;
- ▣ Factores mixtos y sin causa aparente o de origen desconocido"<sup>12</sup>.

El tema que nos ocupa es la esterilidad femenina, por lo que enfocare este estudio a sus causas, y estas son múltiples, pudiendo localizarse en cualquiera de los tramos del aparato genital: ovarios, trompas de Falopio, útero o vagina, siendo las primeras las más frecuentes.

Las causas femeninas pueden ser:

▣ Causas ováricas:

- Que es la ausencia de gónadas: sea ésta congénita o adquirida.
- Anomalías de la ovulación: síndrome de los ovarios poliquísticos. Insuficiencia ovárica primaria disgenesia gonadal pura, síndrome de Turner, síndrome de menopausia precoz. Insuficiencia ovárica secundaria; por las alteraciones del eje hipotalamo-hipofisiario, pudiendo incluirse entre sus causas factores psicógenos motivados en contracepción oral o factores desconocidos.
- Alteraciones en la fase lútea: síndrome de folículo luteinizado no roto; deficiencia de la fase lútea, debilidad a la producción de niveles bajos de progesterona y creando consecuentemente un estado inapropiado en la mucosa uterina o por ser un período la fase lútea demasiado breve.
- Endometriosis. ( Presencia anormal de endometrio fuera de la cavidad uterina)

<sup>12</sup> Loyarte, Dolores y Ojra. "Procreación Humana: Artificial: Un Desafío Bioético". Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1995, p. 82-88

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

- La llamada tendencia letal del óvulo, en esta patología el óvulo es expulsado, pero al arribar a las trompas de Falopio parece habiendo sido fecundado o no.

#### m Causas tubáricas.

La primer causa de esterilidad tubárica es la obstrucción. Menos frecuentes son las debidas a un trastorno funcional, sea de tipo secretario o por alteración de su motilidad. Todas estas causas son originadas por existir a nivel de las trompas un proceso inflamatorio, ya sea de etiología infecciosa o no, produciendo adherencias, bridas.

También se cuenta este el factor túbarico las anomalías congénitas, iatrogénicas y cirugías de esterilización.

#### m Causas uterinas.

- Por lesiones del endometrio, ya sea de tipo orgánico, o funcionales vinculadas estas últimas a trastornos ováricos.

- Por falta de permeabilidad: congénita, vinculada generalmente con otras anomalías del tracto reproductor; o adquirida: sinequias uterinas, legrados endometriales o postabortos, inyección intrauterina de cáusticos, etc.

- Por factor mecánico: pólipos, miomas, por alteraciones de la mucosa endometrial y vascularización, neoplasias.

#### m Causas cervicales.

- Alteraciones congénitas: vinculadas con anomalías del cuerpo uterino o vagina: atresia, cuello doble, etc.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

- Posiciones anormales: útero en retroposición o prolapsouterino, circunstancia que entorpece la inseminación adecuada.

- Alteraciones morfológicas o en las dimensiones del cuello; en este aspecto es sumamente importante la disfuncionalidad hormonal a la cual se relacionan estas anomalías.

- Miomas y pólipos cervicales.

- Cervicitis.

- Lesiones traumáticas: sinequias, cauterizaciones profundas, amputaciones, etc.

- Alteraciones funcionales: principalmente en el moco cervical por trastornos hormonales o infecciones.

#### ▣ Causas vaginales.

- Debidas a malformaciones congénitas, vaginitis intensa, entre otras.

#### ▣ Causas Psicológicas.

- Estos factores pueden actuar en todo el tracto genital inhibiendo por ejemplo, la ovulación en forma directa en el ovario o produciendo alteraciones en la mortalidad de las trompas por espasmos tubáricos también presentes en el cuello del útero, o produciendo espasmos de vulva o vagina, lo que podría impedir el coito.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

m Otras causas.

- "También se señalan otros factores que indirectamente pueden afectar la capacidad reproductiva de la mujer; por ejemplo: enfermedades graves, obesidad o adelgazamientos extremos, alteraciones de las glándulas suprarrenales o tiroideas, entre otras que aún son discutidas como causas de infertilidad: drogas, medicamentos, carencias vitamínicas importantes".<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Idem., p. 88

TESIS COM.  
FALLA DE ORIGEN

## CAPÍTULO II.

### FORMAS LEGALES DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Antes de adentrarnos a los métodos de reproducción asistida es importante tocar el punto de vista del porque se llega a la utilización de estos métodos, así como en que rama de las ciencias se localiza.

Cabe hacer notar que dado la naturaleza del presente tema y que se mencionan términos médicos, se anexa un glosario al fin del presente trabajo, con la finalidad de explicar detalladamente cada uno de los términos médicos que se mencionan.

Hablemos de genética la cual es definida por Dolores Loyarte y Adriana E. Rotunda como: " La rama de la biología que se ocupa de los mecanismos responsables de la herencia, del estudio de los caracteres de los seres vivos, de los mecanismos mediante los cuales esos caracteres se transmiten a la descendencia, y de las posibles alteraciones de esos mecanismos, y sus consecuencias."<sup>14</sup>

A su vez se divide en varias ramas, siendo las tres que nos interesan en el caso concreto la Genética General, la Citogenética y la Genética Médica, las cuales estudian respectivamente: "La reproducción sexual, las leyes de Mendel, la herencia ligada al sexo, los cromosomas sexuales, mutaciones, la estructura del gen, etc. ya sea en la especie vegetal como en el animal y la segunda estudia los

<sup>14</sup> Ibidem, p. 19

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

cromosomas de los seres vivos, tanto en cuanto a su estructura, su número y su composición química, y la tercera estudia las causas que perturban los mecanismos de transmisión genética, en el hombre, así como el diagnóstico prenatal, la citogenética, la genética molecular. "15

Otra de las ramas de la Biología y que actualmente ha tenido un gran auge es la EMBRIOLOGÍA, la cual las autoras Dolores Loyarte y Adriana E. Rotunda en base a la Enciclopedia Hispánica la definen como: "la ciencia que estudia el desarrollo del huevo hasta que se constituye el espécimen adulto, tanto en el ámbito vegetal como en el animal. Según determinadas interpretaciones, su campo de aplicación se extiende a los procesos de formación de los gametos y la fecundación."16

Como se desprende de la definición antes descrita, la citada ciencia estudia el proceso de fecundación humana, el cual se describe a continuación para un mayor entendimiento: en cada ciclo ovárico femenino crece un número variable de folículos primordiales por efecto de hormonas especiales. Dentro de la estructura denominada folículo de Graaf, que en los días anteriores a la ovulación alcanza un diámetro de quince milímetros, se halla el ovocito. Como consecuencia del crecimiento del folículo, la superficie del ovario comienza a abultarse- la mancha vascular-, formándose un estigma o abertura como consecuencia del debilitamiento de la zona y la degeneración de la superficie del ovario. A causa de ello, el estigma se abre y escapa líquido folicular y el ovocito es expulsado del ovario.

Antes de producirse la generación de un óvulo en el organismo femenino, acaecen una serie de fenómenos particulares en el cuerpo de la mujer. Así, en la etapa previa a la ovulación las franjas finales de las trompas de Falopio cubren, rodean la superficie del ovario. Movimientos de vaivén de aquellas franjas llevan, luego, al ovocito hacia el interior de las trompas que lo impulsarán hacia la cavidad uterina donde finalmente arribará luego de tres o cuatro días aproximadamente.

Se cree que ese ovocito, también denominado ovocito secundario, muere de doce a veinticuatro horas después de la expulsión del ovario si no es fecundado.

Digamos también que los gametos masculinos, espermatozoides, pueden mantenerse vivos en el tracto reproductor femenino durante veinticuatro horas, aproximadamente.

La fecundación es el fenómeno por el cual se fusionan los gametos masculino y femenino. Se realiza en la región de la ampolla de la trompa de Falopio, región más ancha de dicha trompa y próxima al ovario. Los espermatozoides arriban allí luego de pasar rápidamente de la vagina al útero, debido a contracciones de las capas musculares de éste y, posteriormente, por movimientos de la misma trompa.

En este delicado proceso los espermatozoides atraviesan sucesivos cambios que permiten la fecundación. Dichos cambios se verifican en estrecha relación con variaciones en el aparato reproductor femenino. La biología identifica en primer lugar el denominado periodo de capacitación, en el cual se condiciona el aparato genital femenino, y en el que simultáneamente la membrana plasmática que recubre la región acrosómica (parte superior del gameto masculino) de los espermatozoides elimina una capa de glucoproteína y proteínas plasmáticas seminales. Este fenómeno permite que tenga lugar el segundo período de reacción acrosómica, que se produce cuando el espermatozoide se halla en la cercanía del ovocito, por acción de sustancias derivadas de células de la corona radiante del ovocito. Así la liberación de los contenidos del acrosoma hace posible la penetración en la corona radiante y la zona pelúcida. En esta reacción se liberan las siguientes sustancias: 1) hialuronidasa necesaria para penetrar la barrera de la corona radiante; 2) sustancias del tipo de la tripsina que permiten la

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

digestión de la zona pelúcida; y 3) acrosina también necesaria para que el espermatozoide atraviese la zona pelúcida."<sup>17</sup>

Una vez analizado el proceso de fecundación sabemos cuales son las etapas por las cuales atraviesa tanto el óvulo como el espermatozoide para lograr la fecundación.

Ahora bien y tomando en consideración lo anterior analizaremos cuales han sido los avances que se han tenido en cuanto al tema que nos ocupa y que es la inseminación artificial y la inseminación In vitro.

Como es sabido la inseminación artificial, fue utilizada primero en animales y posteriormente ha tenido su auge en los seres humanos. Según los autores H. Joe Bearden y John Fuquay, manifiestan que "el primer informe que se tiene del uso de la Inseminación Artificial fue en el año de 1300. por un criador árabe de caballos".<sup>18</sup>

Se fue así desarrollando cada vez la inseminación artificial en animales y el primer comunicado que se tuvo fue en el año de 1780. obteniéndose el resultado con inseminación hacia una perra

Asimismo se sabe que los árabes utilizaron la inseminación artificial como medio de defensa en la guerra, ya que inseminaban a animales de otros con algún mal para que se fueran dañando sus animales.

Se dice que alrededor del siglo XV en España se practico sin tener éxito la primera inseminación artificial en humanos, sin que se tuviera éxito dado que la mujer resulto estéril

Ahora bien en virtud de que ya se conocen los avances que se han tenido en los medios de procreación asistida, y de que se tiene conocimiento de que no ha sido

<sup>17</sup> Bearden, p.65-66

<sup>18</sup> Bearden John Fuquay, H. Joe, "Reproducción Animal Aplicada", Editorial El Manual Moderno, S.A de C.V., Universidad del Estado de Mississippi, Estados Unidos, 1980, p.136

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



en estos años cuando se vieron sus avances sino ha comenzado desde más años atrás, analizaremos las características de cada una de ellas.

Como primer definición de Inseminación Artificial los autores H. Joe Beraden y John Fuquay establecen que es: "la practica de manejo más valiosa para el productor de ganado. En el procedimiento se hace uso eficaz de la generosa dotación de espermatozoides disponibles de un macho, de manera que se incrementa considerablemente el progreso genético y se mejora en muchas ocasiones la eficiencia de la reproducción"<sup>19</sup>

Como inseminación artificial, podemos entender, que es una técnica tendiente a dar seguridad de descendencia a aquellas personas que les es imposible por si mismos procrear, y que consiste básicamente en depositar espermatozoides en la vagina, en el cuello del útero, o en el útero.

## 2.1. INSEMINACION INTRACERVICAL.

En la cual se deposita el espermatozoides, en contacto con la secreción cervical; para ello se inyecta una cantidad pequeña en el interior del cuello de útero y el resto del espermatozoides se aplica en una especie de tapón cervical que la misma mujer puede retirar posteriormente.

Con esta técnica se permite que la secreción cervical cumpla las funciones de selección del material seminal que naturalmente está destinada a cumplir. Ver figura 1.

---

<sup>19</sup> Loyarte, Dolores y Oña, Ob. Cit. p. 130

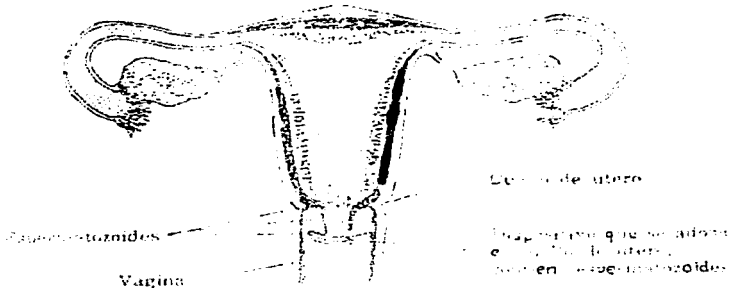


Figura 1.

Esta ilustración nos muestra como es que son incorporados los espermatozoides al cuello del útero, posteriormente se cierra el mismo con un dispositivo que se adhiere al cuello uterino para que los espermatozoides no sean desechados antes de que se realice la fecundación

## 2.2. INSEMINACION INTRAVAGINAL

En este tipo de inseminación se inyecta el espermatozoides fresco en el fondo de la vagina con una jeringa. Ver figura 2

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

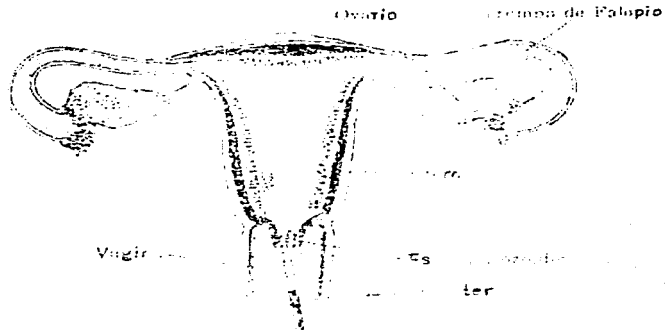


Figura 2.

Esta ilustración nos muestra como es que son incorporados los espermatozoides al cuello del útero, procedimiento que es realizado mediante un catéter que contiene los espermatozoides y así se realiza la fecundación.

### 2.3. INSEMINACION INTRAUTERINA

Se recurre a esta técnica cuando existen diversas alteraciones del cuello del útero y de la secreción cervical. Entonces hay que depositar los espermatozoides en la cavidad uterina.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Aquí el proceso tiene mayores complicaciones, ya que puede provocar contracciones uterinas y trae aparejado riesgo de infecciones por bacterias del esperma que no ha sido filtrado por la secreción cervical.

En este caso resultan sumamente importantes las técnicas de preparación del semen, que tiene por objeto la separación de espermatozoides del plasma seminal y el aislamiento de los espermatozoides más móviles

Entre estas técnicas se hallan:

- El centrifugado;
- El lavado o "sperre washing";
- Filtrado;
- La técnica del "swim up" (en la cual los espermatozoides más veloces, en un medio especialmente preparado, nadan hacia arriba lográndose la separación de espermatozoides más móviles y aptos en la muestra de semen a utilizar)

Las metas en estas técnicas son obtener mayor concentración de espermatozoides móviles en el semen que se va a inocular y en consecuencia, disminuir la cantidad de plasma seminal que contiene elementos que pueden restringir la posibilidad de fecundación.

La inseminación intrauterina homóloga, ha sido usada para una variedad de indicaciones con resultados igualmente variados, e incluso es aplicada empíricamente cuando la causa de la esterilidad no es conocida, pero rara vez como terapéutica de primera línea. Ver figura 3.

Esta ilustración nos muestra, que a diferencia de la inseminación intravaginal, los espermatozoides, son incorporados al útero directamente, procedimiento que es realizado mediante un catéter que contiene los espermatozoides y así se realice la fecundación

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

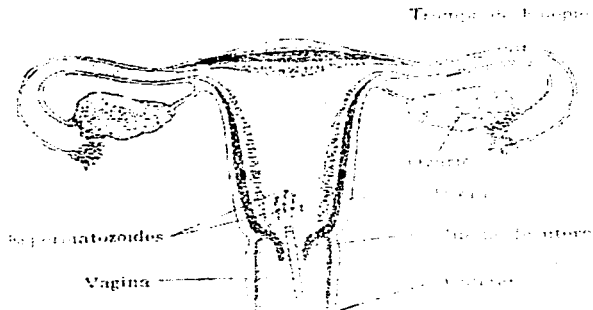


Figura 3.

#### 2.4. INSEMINACION INTRAPERITONEAL.

La técnica consiste en la introducción de espermatozoides directamente en el líquido intraperitoneal, mediante una inyección aplicada a través de la pared posterior de la vagina en el momento de la ovulación. Ver figura 4.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En otras palabras, esta inseminación se practica mediante una inyección de espermatozoides en la cavidad abdominal, para que las propias trompas de Falopio capten a los espermatozoides así como captan al óvulo.

En este tipo de inseminación, el material reproductor masculino, transita el camino inverso al natural (vagina, útero y luego trompas), pues que llega a las trompas de Falopio directamente.

Como se desprende de los tipos de Inseminación artificial antes descritos, los mismos se encuentran enfocados a la forma de cómo se lleva a cabo el proceso, más sin embargo si analizamos las características de la inseminación homóloga, estos se pueden encuadrar a la verificada con elementos de la pareja, tal y como lo comentan los autores Dolores Loyarte y Adriana E. Rotunda: "los tipos de Inseminación antes descritos intraconyugales, y éstos se da cuando existen disfunciones sexuales que impiden la eyaculación y se debe a malformaciones del pene, impotencia, eyaculación retrógrada o emisión del semen en la vejiga."

"Otra de las causas por las cuales se puede llevar este tipo de inseminación es por anomalías del plasma seminal y que puede ser por escaso volumen del eyaculado o por volumen excesivo que hace que se diluyan los espermatozoides".<sup>20</sup>

En este tipo de inseminaciones se puede localizar también los casos en que el hombre ha recibido un tratamiento esterilizante, es decir, al tratarse de vasectomías, castración quirúrgica, esterilización radioterápica o quimioterápica, congelándose el espermatozoide.

Debemos comentar que no solamente es por dificultades en el varón, si no también cuando existen alteraciones femeninas, y esto se da por malformaciones en la vagina, por el vaginismo que "es la contracción intensa del músculo

---

<sup>20</sup> Idem.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

constrictor de la vagina y que pueden ser ocasionadas por cuestiones Psicológicas y cuando existe esterilidad cervical".

Cuando se efectúa la inseminación artificial, y la misma es satisfactoria se verifica dentro de los primeros tres ciclos de intentos, y no es recomendable que se intente más de seis veces, ya que puede causar otro tipo de padecimientos en la pareja.

Para que la inseminación artificial tenga buen éxito es importante que la pareja reúna requisitos físicos como lo es que el semen del hombre cuente con la adecuada cantidad de espermatozoides que funcionalmente sean aptos y fecundantes, y en la mujer la ovulación debe de ser normal y que no presenten anomalías las trompas de Falopio.

Otro de los tipos de inseminación artificial es la denominada: "Inseminación con dación de esperma de un tercero".

Aquí cabe hacer el comentario, que el tema que se trata es de medicina, al igual que jurídico, por lo que si analizamos la palabra "dación", que mencionan los autores en comento, jurídicamente estamos hablando de una forma de extinguir obligaciones, tal y como lo establece el artículo 2095 del Código Civil para el Distrito Federal.

Esta es posible cuando existe alguna imposibilidad para procrear ya sea por el varón o por la mujer, previos los estudios pertinentes.

Se tiene conocimiento que la primera vez que se utilizó este tipo de inseminación fue en el año de 1884, por un ginecólogo inglés denominado Pancoast, en base al congelamiento de espermatozoides y al ciclo normal femenino, creándose así los bancos de espermatozoides.

Ahora analizaremos cuatro de los casos en que se puede dar la inseminación artificial con dación de esperma de un tercero y que son:

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**POR PROBLEMAS GRAVES Y DEFINITIVOS DE ESTERILIDAD MASCULINA.** - Es denominada azoospermia, lo que significa ausencia completa de espermatozoides por causas definitivas e irreparables. Puede tratarse de alteraciones en la producción de espermatozoides, llamada azoospermia secretora. Los antecedentes que la originan pueden ser variados, ya sea genéticos a consecuencia de malformaciones o de tratamientos, (por ejemplo quimioterapias); cuando existen obstrucciones en las vías excretoras del testículo se denomina "azoospermia excretora".

**HIPOFERTILIDAD.**- Se ha demostrado que cuando la eyaculación contiene menos de un millón de espermatozoides móviles, es excepcional que se produzca un embarazo. Otras veces, si bien la cantidad de espermatozoides es suficiente, éstos se hallan afectados por anomalías morfológicas, llamadas teratospermias, que hacen imposible la fecundación.

**MOTIVACIONES GENÉTICAS.**- Pueden ser casos de anomalías transmisibles de forma dominante que afectará uno de los cromosomas del padre o de la madre (los cuales, como hemos visto, se presentan de a pares), si se trasmite el cromosoma "bueno" el hijo será sano, pero si se trasmite el otro, el hijo será portador de la enfermedad".

**SIDA.**- "Aquí nos debe de surgir una gran interrogante, ¿qué pasa en aquellos casos en que el espermatozoide donado no es bueno para la inseminación?, quien o quienes serán los responsables de que se lleve a cabo la inseminación y el producto tenga algunas complicaciones genéticas que van a ocasionar que se tenga una discapacidad a futuro.

Otro de los temas importantes a tratar es el **PROCEDIMIENTO DE CONGELACIÓN DE ESPERMATOZOIDES.**

Es importante resaltar que para que se de el desarrollo de la Inseminación Artificial uno de los factores más importantes es la Crioconservación o Congelamiento de

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Espermatozoides, lo que permite que los mismos puedan durar veinte años o más.

El procedimiento a seguir para la congelación es el siguiente:

"El semen debe disolverse en una solución especial crioprotectora ("anticogelante") compuesta por glicerol, fructuosa, antibióticos y yema de huevo. El esperma puede ser obtenido por masturbación o en algunos centros la obtención de esperma se logra —obviamente en el caso de técnicas homólogas— mediante la utilización de profilácticos especiales, dicho material reproductor es licuado en un término de quince a treinta minutos, a temperatura ambiente. Se observa microscópicamente una muestra para evaluar su movilidad, motilidad y morfología, para proceder luego a mezclarlo con la solución crioprotectora y se distribuye en tubos plásticos, conocidos como pajuelas, de aproximadamente 14 centímetros de largo por 2 milímetros de diámetro. Luego se los expone a vapores de nitrógeno durante diez minutos y se los sumerge en nitrógeno líquido a  $-196^{\circ}$ . Finalmente son almacenados en bombonas llenas de nitrógeno líquido, pudiendo conservarse así veinte años o más".<sup>21</sup>

En base a lo anterior compartimos el criterio de los Doctores Raúl Eduardo Miranda y Roberto Enrique Rodríguez, los cuales establecen que: "la Inseminación Artificial consiste básicamente en intentar la fecundación de la mujer por cauces distintos de la relación sexual, introduciendo el semen, previamente obtenido mediante masturbación, en el interior del aparato reproductor de la mujer. La inseminación suele ser dividida en homóloga y heteróloga, según sea que el material reproductor proceda de la pareja o de un tercero donante. En el Salvador no existe normativa alguna respecto a la inseminación artificial, aún cuando su práctica se desarrolla ya dentro del país. El Código de Familia, por ejemplo no establece norma alguna relacionada a los supuestos relativos a esta técnica de reproducción asistida vinculados con el establecimiento de la filiación, y tampoco

existe una ley administrativa específica al respecto, por lo que existe en el país una situación de anomia."<sup>22</sup>

En base a lo anterior, nos encontramos en una problemática mundial, ya que si analizamos la Inseminación Artificial en muchos países no se encuentra regulada como lo es en el ejemplo antes citado y como lo es en nuestro propio país, ocasionando así una laguna en nuestras leyes, que se debe de subsanar en forma inmediata debiéndose de legislar acerca de las consecuencias jurídicas que se originan por la Inseminación Artificial y más aún con dación de esperma de un tercero.

Los problemas que esta situación genera son diversos; en principio de cuentas podríamos hablar respecto al registro de este tipo de prácticas y en donde se podrían llevar a cabo, el manejo del material genético y lo relacionado a la filiación del hijo que se podría gestar.

Como se ha mencionado los problemas más graves se plantean más que nada en los casos de las inseminaciones en que interviene un tercero, ya que la ley actual no establece normas o mecanismos para el establecimiento de la filiación padre e hijo, que evidentemente no puede identificarse con la paternidad o maternidad biológica.

Se debe de tomar en cuenta que los medios para la determinación de la paternidad en los casos de métodos de Fecundación asistida, no se deberían de considerar relevantes, como los conocidos de (prueba de ADN o sangre), pues de estos se desprenderían la imposibilidad de que el concubino o el cónyuge fuese el padre o la madre desde un punto de vista biológico, pudiendo dicha situación generar problemas de difícil reparación que como se ha señalado no se encuentra

<sup>22</sup> Ponencia en el XI Congreso Internacional de Derecho de Familia, Bogotá Colombia 2000. Familia Tecnológica y Derecho, Bioética y Derecho de Familia. Doctores Raul Eduardo Miranda y Roberto Enrique Rodríguez. Se hace la observación que en los países Sudamericanos se les dice Doctores a los Licenciados en Derecho

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

debidamente legislado en nuestro actual Código Civil para el Distrito Federal, siendo de suma importancia la creación de un Código Familiar en el cual se contemplen todo tipo de cuestiones que atañen a esta materia.

Existen diversas consideraciones que debe tomarse en cuenta cuando se realice la manipulación de gametos y embriones.

El semen podrá congelarse, conservarse y depositarse en bancos de gametos autorizados, durante el tiempo que la Ley determine y con las garantías que se señalen. Hasta que no exista normativa, el tiempo máximo de congelación se deberá establecer en cinco años.

La congelación de óvulos no deberá autorizarse con fines terapéuticos hasta que se demuestre científicamente como realizable, con las garantías precisas.

Estos criterios de permanencia de las muestras en el banco de gametos podrán ser modificadas por indicación de la autoridad responsable, tomando en consideración los nuevos conocimientos o avances técnicos y de forma reglamentada.

Además debe comunicarse a la pareja a cuya mujer se realiza una FIVTE, el número de embriones sobrantes y su manipulación ulterior para la congelación, conservación y depósito.

Los embriones sobrantes, pero no transferidos al útero, podrán ser congelados y depositados en los bancos de embriones autorizados al efecto, por un máximo de cinco años, en tanto este tiempo de congelación no sea fijado por ley.

Pasados dos años del depósito de gametos o embriones congelados, éstos quedarán a disposición de los bancos correspondientes.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Hasta que se legisle al efecto, la duración de la congelación de los embriones podrá ser modificada reglamentariamente por indicación de la autoridad responsable, y en función de los nuevos conocimientos científicos y técnicos.

El posible cambio en el tiempo de congelación de los embriones deberá comunicarse a la pareja que los produjo, salvo que los hubiera donado.

Los embriones congelados y almacenados en el banco de embriones que no hayan sido congelados a éste, o se encuentren en el plazo de congelación establecido, serán patrimonio de la pareja que los produjo para tener descendencia, la cual podrá disponer de ellos durante el tiempo reglamentado, para una nueva gestación. Los embriones que queden a disposición del banco correspondiente sólo podrán ser utilizados para transferencia cuando sean implantables, en las condiciones que legalmente se establezcan, que en ningún caso podrán suponer comercialización de los mismos, o para investigación autorizada.

Las parejas con embriones sobrantes de la FIVTE y congelados, deben expresar su voluntad por escrito sobre aquellos, para el caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, de divorcio, de contratación de enfermedades concretas o cuando deseen donarlos. Si hubieren fallecido, los embriones sobrantes pasarán a disposición del banco de embriones.

Mientras permanezcan congelados y en depósito, los embriones no tendrán ningún derecho jurídico hereditario.

Los gametos o embriones deberán ser revisados periódicamente, en los tiempos que reglamentariamente se estimen.

Por lo que hace a la investigación y experimentación en embriones, sólo deben autorizarse en los no implantables.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Los embriones sólo pueden ser objeto de investigación y experimentación científica positivas hasta el catorce día siguiente al de su formación in vitro, y cuando se manifiesten en ellos señales de su imposibilidad de implantación en el útero de la mujer, por trastornos biológicos o anomalías.

La investigación o experimentación sobre embriones sólo serán posibles si están autorizados legalmente, o en su defecto, por la autoridad responsable. En cualquier caso esta autoridad deberá conocer previamente los proyectos claramente desarrollados, y autorizarlos.

Cualquier investigación sobre embriones no implantables tendrá exclusivamente como finalidad una actuación positiva en beneficio del individuo y de la humanidad.

La investigación y experimentación en embriones deberá contar con el consentimiento de la pareja de la que son sobrantes, una vez que haya sido informada de los fines que se persiguen.

Los embriones no podrán ser mantenidos in vitro más allá de catorce días desde que fueron originados, descontando de ese tiempo el que estuvieren congelados.

Pasados esos catorce días los embriones deberán ser destruidos, o en otro caso se incurrirá en delito.

Los embriones que hayan sido objetivo de investigación no deberán desarrollarse más de catorce días, descontando de ellos el tiempo en que pudiera haber estado congelados.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Por así convenir a los seres humanos debe ser considerado el prohibir la transferencia de embriones al útero de una mujer, cuando hayan sido objeto de investigación.

De igual forma cuando sean utilizados los gametos humanos para producir embriones, si hubieren sido objeto de investigación y experimentación, y su transferencia a una mujer.

Durante la vida intrauterina, el embrión o el feto engendrados por estas técnicas de fecundación asistida o por vía natural, no podrán ser objeto de investigación si no es con una finalidad terapéutica legal (este sería el caso del diagnóstico de anomalías fetales graves para la interrupción voluntaria del embarazo según está establecido por ley).

En la investigación dirigida a conocer el origen y desarrollo de la vida humana, debe autorizarse la infertilidad y sus causas, los medios de anticoncepción y el cáncer, especialmente el coriocarcinoma.

Puede ser autorizado el test del hámster con fines positivos de investigación y experimentación, si bien debería regularse normativamente o, en su defecto ser autorizadas previamente por la autoridad responsable, una vez estudiado el expediente oportuno.

Se prohibirá la unión de gametos humanos con los de otras especies, y las denominadas «desviaciones no deseables» de estas técnicas de reproducción humana asistida que serán consideradas delito.

La terapéutica génica sólo se autorizará en aquellas enfermedades en que haya un diagnóstico muy preciso, que sean de pronóstico muy grave o fatal, que no cuenten con otra alternativa de tratamiento y cuando ofrezca garantías de solución, al menos razonable, del problema.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

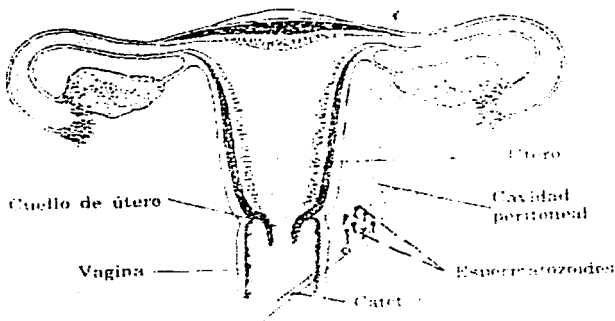


Figura 4.

La pareja debe ser rigurosamente informada sobre los procedimientos, investigaciones diagnósticas, posibilidades de éxito y riesgos de la terapia génica, en el supuesto que ésta les fuera propuesta.

Se debería disponer de una lista de enfermedades en las que la terapia génica cuenta con medios diagnósticos fiables y con posibilidades razonables de éxito.

La terapéutica génica nunca deberá influir sobre los caracteres hereditarios no patológicos ni irá dirigida a la selección de la raza.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La investigación de las enfermedades que se indiquen y la terapéutica génica, se realizará únicamente en centros o servicios autorizados, y por equipos especializados y autorizados.

## 2.5. FECUNDACIÓN IN VITRO.

Antes de profundizar en el procedimiento, debemos de mencionar cuales son aquellos casos en que se llevan a cabo la Fecundación In Vitro, en primer lugar es cuando existe una ausencia total de trompas de Falopio funcionales, o cuando existe algún cambio que afecte la función de las mismas.

Reiteramos la opinión de los Doctores Raúl Eduardo Miranda y Roberto Enrique Rodríguez:

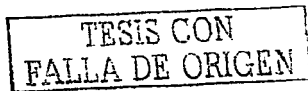
"La fecundación In Vitro implica la posibilidad de que la concepción no se realice en el aparato reproductor femenino, sino en laboratorio, para luego, cuando el embrión ha comenzado sus primeras divisiones, introducirlo en el interior del útero, para desarrollarse luego con normalidad".<sup>23</sup>

Para su desarrollo es preciso- según Gómez de la Torre- de:

- a) "Disponer del semen de un hombre, recogido previamente
- b) Poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado.
- c) Poner en contacto el semen con el óvulo u óvalos en una placa de cultivo esperando que la fecundación in vitro se produzca".<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Loyarte, Dolores y Otrá, Ob. Cit. p. 136

<sup>24</sup> Idem., p. 138





Esta última fase es denominada de Transferencia Embrionaria, y realizada generalmente entre 24 y 48 horas después de la fecundación. Ver figura 5A.

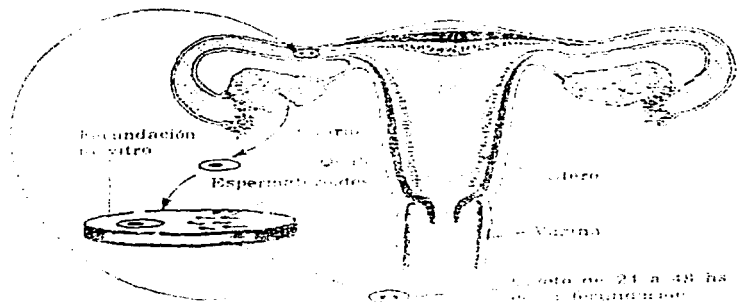


Figura 5A.

Para su desarrollo o procedimiento se comprenden tres etapas: a) obtención y capacitación de los gametos (celulas sexuales) masculinas y femeninas; b) fertilización y división in vitro (tubo de ensayo) del huevo, cigoto o embrión, y c) transferencia embrionaria aun seno materno.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Ibidem, p. 109

TRABAJO CON  
FALLA DE ORIGEN

Asimismo encontramos las manifestaciones de los autores Dolores Loyarte y Adriana E. Rotunda los cuales exponen al respecto lo siguiente:

"La fecundación In Vitro puede darse cuando existe esterilidad masculina, o esterilidad inexplicable y cuando hay casos de "endometriosis" ". Cuando existen casos en que se ha llevado una microcirugía que no fue favorable, se puede dar la fecundación in Vitro".<sup>26</sup>

También es una nueva luz de esperanza para aquellas personas que son mayores de treinta y cinco años y que presentan una disminución en su fertilidad, o que han presentado un gran número de abortos.

En lo que respecta al procedimiento, enumeraremos los pasos a seguir:

Estimulación Ovárica.- En lo que respecta a la mujer se debe de verificar en primer lugar la normalidad de los ciclos menstruales; se examina la cavidad uterina para tener conocimiento si puede ser receptora y aceptar el implante de embriones.

En lo que respecta al varón se debe de controlar la calidad del espermatozoide, así como detectar todo posible foco de infección y estudios para detectar SIDA.

La finalidad de la estimulación ovárica, es provocar la producción en los ovarios, ofreciendo las siguientes ventajas:

- a).- Una cómoda extracción de folículos, que permita conocer con precisión el momento de la ovulación.
- b).- Al obtener folículos preovulatorios, se aumenta el número de ovocitos que se someterán a Fecundación In Vitro. Debiéndose seguir un procedimiento especial

---

<sup>26</sup> Ibidem.

para evitar embarazos múltiples con altas tasas de porcentajes de abortos, o bebés prematuros.

**Inductores de la Ovulación.-** Para que se lleve a cabo se utilizan hormonas que por su naturaleza desarrollan los folículos, denominada F.S.H. (follicle stimulating hormone, u hormona estimuladora del crecimiento folicular).

Dicha hormona es producida por la glándula denominada hipófisis, siendo además otra de su función el desencadenar la ovulación.

Existen dos vías para que se pueda dar la inducción:

- 1.- Directa.- Que se da inyectando las hormonas gonadotropinas.
- 2.- Indirecta.- Es cuando se utiliza una molécula sintética de citrato de clomifeno, a efecto de estimular la secreción de la hormona estimuladora del crecimiento folicular, con la finalidad de desencadenar la ovulación y preparar las paredes del útero para la implantación del embrión.

**AL REALIZARSE EL PROCEDIMIENTO DE SUMINISTRO DE HORMONAS, DEBEN DE REALIZARSE TODOS LOS ESTUDIOS NECESARIOS PARA TENER LA CERTEZA DE QUE NO HABRÁ TRASTORNOS NO DESEADOS Y LAS CONSECUENCIAS QUE PUEDEN DARSE A CORTO, MEDIANO Y LARGO PLAZO.**

La obtención de ovocitos como es de esperarse a evolucionado notablemente, en los primeros casos de obtención de la misma se efectuaba por medio de laparotomía, que como sabemos es por medio de un corte médico en el abdomen o bien por medio de la celioscopia que se refiere a un corte médico bajo anestesia general, a la altura del ombligo para realizar un examen en el abdomen. Actualmente se efectúa vía trasvaginal, llevándose acabo por tres tipos de acceso:

- La aguja puede atravesar el abdomen y la vejiga.
- Puede atravesar el fondo de la vagina o la uretra.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

- La pared posterior de la vejiga.

"La recogida del óvulo para la F. I. V. T. T." <sup>27</sup> ha de realizarse cuando aumenta la secreción de L. H. y el óvulo ha alcanzado cierta madurez, pero antes de que entre en la trompa de Falopio, donde no se podría ceñir ni recoger.

"Una vez extraídos los folículos se respetan tres reglas básicas y fundamentales, en su tratamiento posterior: 1) respetar un medio absolutamente estéril, a fin de evitar cualquier contaminación bacteriana; 2) trabajar a temperatura constante; se mantiene a 37° C mientras dura el proceso de una F. I. V.; 3) finalmente, también es necesario disminuir la iluminación en el laboratorio y evitar observaciones muy prolongadas bajo el microscopio, ello por cuanto desde Robert Edwards en adelante se llamó la atención sobre posibles efectos perniciosos de algunas longitudes de ondas luminosas sobre el desarrollo de la F. I. V. Y, principalmente, sobre la integridad de los cromosomas."<sup>28</sup>

Obtención de espermias.- Como ya se ha indicado se obtienen por medio de masturbación o utilización de sustancias especiales, y se lleva a cabo un espermograma, con la finalidad de observar la cantidad, movilidad, su contestura y contenido del germen.

Fecundación.- "Una vez listo el espermia de mayor velocidad que se logra extraer se deposita junto con el ovocito en un tubo de inseminación, a 37° Centígrados hasta el día siguiente en incubadora. A las 17 o 18 horas siguientes aproximadamente se localiza al ovocito para revisar signos de fertilización. "La fecundación, de llegar a producirse, se constatará al observarse dos pronúcleos en el centro del huevo, el del óvulo y el del espermatozoide. Si ha existido fecundación, el huevo se transfiriere a un nuevo tubo con medio de cultivo desprovisto de espermatozoides. En ese nuevo ambiente el huevo fecundado

<sup>27</sup> No señalan las autoras el significado de F. I. V. T. T.

<sup>28</sup> Las autoras no señalan el significado de F. I. V. Y.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

permanece en las mismas condiciones de temperatura y luz ya mencionadas, hasta 48 horas desde la punción folicular, y se realiza, entonces, la transferencia embrionaria". Ver figura 5.

#### Etapas posteriores. Clasificación de embriones.

Cuarenta y ocho horas después del procedimiento señalado en el punto anterior se dividen los embriones en 2, 3 o 4 células; todos los embriones son implantables a excepción de los que se encuentran en degeneración. Los que son considerados óptimos y transferidos al organismo materno presentan un mayor porcentaje a ser implantados y poder lograr un embarazo clínico; sin que se tengan métodos aún para poder precisar si el embrión es totalmente incapaz de implantarse y prosperar.

Los embriones a implantar son introducidos sin dolor en el cuello del útero y se deposita a un centímetro de la cavidad uterina. Se presentan problemas cuando la mujer se encuentra muy tensa y no permite el ingreso al útero; cuando esto se presenta se anestesia en forma ligera a la mujer para que se pueda dar la implantación en el lugar correcto.

Se debe de elegir el momento óptimo y preciso para el procedimiento de implantación de los embriones en la cavidad uterina, atendiendo a que en forma natural el embrión llega al útero al quinto día de haber sido fecundado, siendo importante llevar dicha implantación al segundo día de la fusión, si se realiza posteriormente a estos días aún dentro del quinto es muy difícil que se dé la implantación satisfactoriamente.

De lo narrado anteriormente surge una cuestión. quien será el responsable cuando se lleva a cabo la fecundación con un espermatozoide que tiene alguna deficiencia y que como ya se ha comentado anteriormente puede traer consecuencias a futuro.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

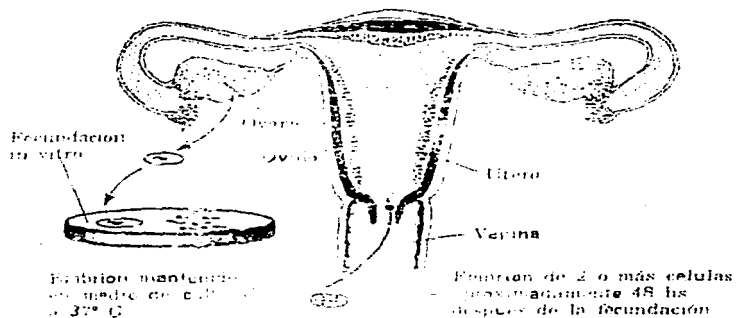


Figura 5.

## 2.6. TRANSFERENCIA INTRATUBARIA DE GAMETOS.

Una vez que hemos analizado tanto la Inseminación Artificial como la Fecundación In Vitro, conociendo las características propias de cada una de ellas, es importante analizar las variantes que existen de procreaciones médicamente asistidas, las cuales se transcriben a continuación, haciendo la observación que las autoras no describen el significado de las mismas.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**TÉCNICA G. I. F. T.-** Esta técnica fue creada por el médico argentino Roberto Asch y consiste en la transferencia de los gametos a las trompas de Falopio. En primer lugar, al igual que en la F. I. V. , se realiza la estimulación de la ovulación, se recoge y prepara el esperma, y se produce una inmediata transferencia de los gametos mediante una laparoscopia a una o a las dos trompas. Su alta tasa de éxito (30-40%) se debe a que justamente el encuentro de óvulos y espermatozoides se realiza en su medio natural. Su desventaja radica en que la punción folicular se debe realizar mediante celioscopia (para la cual es necesaria una pequeña incisión en el abdomen) bajo anestesia general.

La técnica POST consiste en la recuperación de ovocitos por vía trasabdominovesical, bajo control ecográfico, y transferirlos luego, junto con el semen, por la misma vía de peritoneo.

La técnica G. I. A. T, que consiste en la recuperación de ovocitos mediante guía ecográfica vaginal, luego éstos son transferidos junto con el semen, previamente tratado, al fondo del saco de Douglas en la cavidad peritoneal.

La técnica T. I. A. L. S, que consiste en la transferencia al fondo del saco de Douglas, del líquido folicular preovulatorio (éste contiene los folículos de los cuales posteriormente se desprenden los óvulos femeninos). Dicho líquido se obtiene por punción que se practica aproximadamente en el día 12 del ciclo femenino, momento considerado como más oportuno por el desarrollo de los folículos. La técnica se completa con la transferencia de semen- preparado y analizado conforme a las técnicas ya apuntadas-, al mismo saco de Douglas mediante otra punción vaginal." Ver figura 6.

La finalidad de las técnicas, antes señaladas es tener resultados favorables de embarazos, motivo por el cual todas se llevan a cabo dentro del cuerpo de la mujer para que sea un estado natural.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

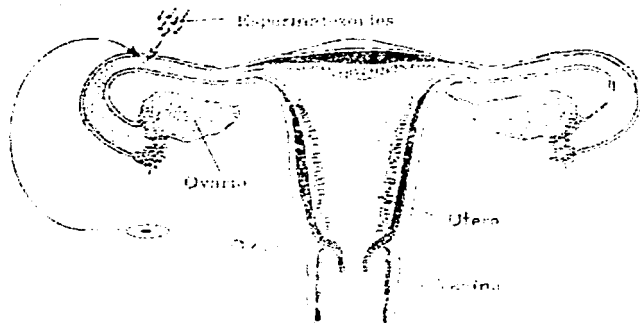


Figura 6.

## 2.7. TRANSFERENCIA A LA TROMPA DE UNO O MÁS HUEVOS FECUNDADOS.

TÉCNICA Z U. T.- Esta técnica se enfoca a la transferencia de los cigotos al útero dentro de las veinticuatro horas después del comienzo de la fecundación; no es una técnica satisfactoria, toda vez que el embrión debe permanecer en el útero como si se estuviera en las trompas de Falopio.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



TECNICA Z. I. F. T.- Esta técnica se lleva a cabo cuando las Trompas de Falopio son sanas y se debe de introducir de veinticuatro a cuarenta y ocho horas después de la fecundación.

TÉCNICA DE TRANSFERENCIA EN ESTADO DE PRONUCLEOS A TROMPAS.- En esta técnica se inicia la fecundación fuera del cuerpo y posteriormente se introduce en las trompas de Falopio por medio de una pequeña cirugía, aunque no se haya producido la división de las células embrionarias y debe de ser dentro del término de veinticuatro horas.

Ahora bien, es importante estudiar un poco acerca de la donación de óvulos, así como las técnicas de manipulación, lo que se detalla de la siguiente manera.

Por lo que respecta a la donación de óvulos, es sabido que, "así como existe el banco de semen respecto de los espermatozoides, también se encuentra un departamento de donación de óvulos, los cuales se efectúan cuando la mujer es infértil por carencia de gametos, deben de realizarse los estudios pertinentes tanto a la donante como a la persona que los va a recibir, por tal motivo no existen tantas mujeres que donen sus óvulos, incrementándose lo anterior en virtud de que no se puede tener en el anonimato a la donante; viéndose favorecido dicho método si existiese una técnica de crioconservación de óvulos".<sup>29</sup>

En cuanto a las técnicas de manipulación, señalare, que esta técnica de micromanipulación de óvulos, se lleva a cabo para facilitar el ingreso del espermatozoide al óvulo existiendo tres formas de realizarse, las cuales se transcriben a continuación:

"1.- La inseminación subzona pelúcida (S.U.Z.I. o Subzonal isemination), que consiste en "inocular" —por medio de una micropipeta- una cantidad determinada

<sup>29</sup> Ibidem.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

de espermatozoides seleccionados, justo bajo la zona pelúcida en el llamado espacio perivitelino. Ver figura 8

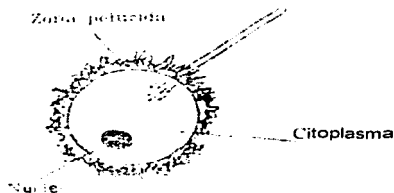


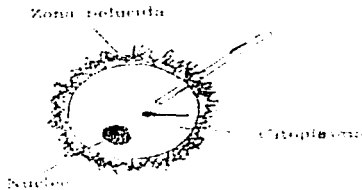
Figura 8.

2.- La inseminación intracitoplásmica (I.C.S.I.), que consiste en inyección de un solo espermatozoide con el citoplasma del óvulo. La aguja con la cual se lleva a cabo la inyección debe tener un diámetro de no más de seis micrones.

3.- Despeludación o disección parcial de zona (P.Z.D.). Mediante ésta se "perfora" la zona pelúcida, que como hemos visto recubre al óvulo humano, para que el espermatozoide acceda más fácilmente al núcleo del ovocito.<sup>30</sup> Ver figura 9.

<sup>30</sup> De lo antes descrito no se desglosa el significado de las siglas por las autoras Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



**Figura 9.**

Posteriormente de haberse practicado alguna de las técnicas señaladas anteriormente se verifica después de veinticuatro horas si se dio la fecundación; siendo estas técnicas utilizadas cuando existe una infertilidad por parte del varón y la misma es severa.

Como hemos observado anteriormente, tanto la inseminación artificial, como la fecundación in vitro, acarrea consecuencias jurídicas de gran relevancia ya que estamos hablando de la persona humana, debiendo de considerar que cada ser individual posee un valor propio y original, sólido, completo e incommensurable, basándose en su realidad y situación concreta y en base a los valores que se le han inculcado dentro de la familia.

Es importante hacer notar que se tiene relación con otros seres individuales, a lo que en el texto de Eugenio Trueba establece lo siguiente: "... aun cuando los seres individuales son distintos los unos de los otros, por su substancia y sus

operaciones, la existencia y operación de los unos está condicionada y coordinada, no obstante, con la existencia y operación de los otros".<sup>31</sup>

De lo anterior se pueden mencionar algunos puntos fundamentales de la persona humana:

- 1.- Es un ser individual, con ideas abstractas y concretas.
- 2.- Esta determinada por el espíritu y no esta ni encima o debajo de la materia.
- 3.- No es material o inmaterial.
- 4.- Su existencia y operación están coordinadas y condicionadas a la existencia y operación de los demás, sin que exista influencia directa, ya que se conserva su propia responsabilidad.

Retomemos la idea de La Pira en cuanto a lo que es la persona humana: "el alma humana se halla potencialmente inclinada a la verdad universal y al bien total. De aquí la consecuencia de que se halle animada de un deseo intrínseco-tendencial, inclinación que no se satisface sin haber alcanzado el conocimiento de esa verdad y la posesión de ese bien. Constituye precisamente la esencia de la voluntad concebida como naturaleza, es decir como tendencia intrínseca en virtud de la cual el hombre se ve potencialmente impulsado a la realización de su propio ser, y por lo tanto, a la conquista de su propia plenitud y perfección."

De lo anterior se desprende que la persona humana no solamente puede conocer, sino también tiene la capacidad de amar a todo lo que existe a su alrededor y así mismo.

Otro de los aspectos importantes de la persona es la libertad interior y que se refiere a la decisión de la voluntad, que no este determinado por los demás, sino que se determine a sí mismo.

<sup>31</sup> Fructa, Eugenio. "Derecho y Persona Humana", Editorial Jus, Colección Estudios Jurídicos, Argentina 1980, p. 41

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Asimismo es importante analizar si el ser humano es dueño de su propio cuerpo, y si puede disponer libremente del mismo y hasta que grado por lo que el autor Antonio Borell Macia, dice lo siguiente:

" El hombre, como sujeto de derechos, como ente alrededor del cual gira toda la universalidad o conjunto de derechos y obligaciones, puede ser considerado en sí mismo o en sus relaciones con el mundo exterior, con los demás seres creados"<sup>32</sup>

Cuando un nuevo ser llega al mundo tiene implícito durante toda su vida un conjunto de derechos originarios, por el solo hecho de ser hombre, a los cuales se pueden denominar derechos de la personalidad.

Uno de esos derechos es el decidir sobre nuestro propio cuerpo, de lo que queremos hacer sobre de él y que no exista la obligación de donar algún órgano, de cortarse el cabello, etc. , haciendo mención que el óvulo y espermatozoide no son órganos, sino son células germinales, y para evitar tal circunstancia surge el derecho y concede acciones para impedir que se de en forma obligatoria tal circunstancia; en base a ello surge también la posibilidad de comercializar nuestro cuerpo, pero teniendo siempre presente que es por voluntad y no por cuestión imperativa ya sea del estado o de terceros.

Surge otra cuestión importante y ésta se da dentro del matrimonio, y que es que el marido siente tener la propiedad de la mujer, el decir que hacer con ella, a tal grado de considerarla como su esclava o solamente objeto de placer, es increíble que en esta época se vean este tipo de conductas, toda vez que ya la mujer ha sabido superarse de varias formas, más sin embargo no se puede descartar en su totalidad que exista la presión por parte del esposo de querer ser el dueño del cuerpo y de la vida de la mujer.

<sup>32</sup> Borell, Macia Antonio, "La Persona Humana. Derechos Sobre su Propio Cuerpo Vivo y Muerto, Derechos sobre el Cuerpo Vivo y Muerto de otros Hombres". Bosch, Casa Editorial, Urgel 51 Bis, Barcelona.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Otro problema que surge en cuanto a la decisión de que hacer con nuestro propio cuerpo, se ve con las personas que ejercen la patria potestad sobre los hijos, obligándoles a hacer conductas que son en beneficios de los padres y no en beneficio de los propios hijos. Podemos mencionar como ejemplo cuando existe alguna enfermedad no grave que ataca al menor y el padre lo obliga a que le sean donados algunos órganos de su cuerpo o en su caso a realizar una operación que no es obligatoria para sanar su enfermedad, lesionando con ello su propia integridad física y moral.

Lo que se ha mencionado anteriormente es a efecto de analizar y realizarnos las siguientes interrogantes: ¿que pasa actualmente con la mujer que dona su óvulo?; ¿ que pasa con el cuerpo de la mujer que da en arrendamiento su vientre?; y ¿qué pasa con el varón que dona su semen?; cuales son las consecuencias jurídicas que esto acarrea y cual es la mejor forma de solucionarla conforme a derecho, si pretendemos buscar las respuestas a estas interrogantes en nuestro derecho no vamos encontrar respuesta alguna.

Sin embargo, debe definirse legislativamente el ámbito constitucional de la investigación de la paternidad y maternidad.

Es importante actualizar la legislación en materia de adopción.

Por lo que respecta a estas técnicas que se han analizado es importante tomar en cuenta que la inseminación artificial y la fecundación in vitro con transferencia de embriones o técnicas afines, tendrán como finalidad fundamental la actualización médica ante la esterilidad irreversible de la pareja humana, para facilitar la procreación cuando sean imposibles de realizar.

Sin embargo existen ciertas consideraciones que deben tomarse en cuenta para la utilización de estas técnicas, siguiendo el marco jurídico que se establezca para el caso concreto, siendo algunas de ellas, las siguientes.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Estas técnicas deben utilizarse también para la prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando estén justificadas porque exista un riesgo serio de transmisión al hijo, y sea factible hacerlo con suficientes garantías.

Una vez realizadas las técnicas, podrá autorizarse la investigación y experimentación con gametos y con embriones humanos no variables ni implantaciones, con fines exclusivamente positivos y en base a una estricta regulación.

Las mismas no deben aplicar solamente cuando haya posibilidades de éxito y no supongan riesgo para la salud de la madre o la descendencia.

Estas técnicas no deben utilizarse con la intervención de seleccionar el sexo del futuro hijo, excepto cuando se trate de evitar una grave enfermedad ligada al sexo del hijo que va a nacer.

Estas técnicas sólo podrán realizarse en personas mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica y genética, cuando aquéllas así lo soliciten y estén indicadas.

Se considera obligatoria una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas de reproducción humana o sean donantes o receptores de gametos y embriones humanos, sobre los aspectos o implicaciones posibles de las técnicas como pueden ser los resultados previsibles o sus riesgos.

La información y asesoramiento se extenderá a cuantas consideraciones de carácter jurídico, biológico, ético o económico (si hubiere costes), lo requieran.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Se debe autorizar la realización de las técnicas de reproducción humana asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro con transferencias de embriones, u otras similares), siempre que estén justificadas y autorizadas y se realicen en centros o servicios sanitarios y por equipos cualificados y legitimados para ello.

Es importante la aprobación de una legislación que posibilite y regule las técnicas de fecundación asistida, así como la investigación y experimentación positivas que de aquellas puedan derivarse. En su defecto, y hasta entonces deberían promulgarse las normas reglamentarias precisas.

La legislación o normativa debe tener en cuenta los intereses en conflicto de las mujeres receptoras, de los padres legales, de los donantes, de los futuros hijos, de los centros sanitarios y de los colectivos profesionales que realicen o intervengan en la realización de estas técnicas.

De igual forma debe producirse legislación o normativa sobre la cualificación y protección jurídica de los gametos y de los embriones humanos, considerando a estos últimos desde su origen y hasta su extinción natural, no provocada caprichosa ni arbitrariamente.

El garantizar tanto al hombre como a la mujer, solteros o casados, el secreto sobre su esterilidad y sobre el origen de los hijos nacidos por estas técnicas de reproducción.

Para estas técnicas se debe considerar como pareja heterosexual estable a la pareja que mantenga una relación similar al matrimonio, y asuma, respecto de los hijos, los derechos y obligaciones de aquél.

Es importante prohibir las denominadas «desviaciones no deseables» será considerada delito criminal, así como la importación de gametos o embriones humanos.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



No debe autorizarse la realización de estas técnicas en parejas homosexuales.

Se debe permitir que un miembro del matrimonio o de la pareja estable pueda utilizar los gametos congelados del otro miembro ya fallecido para lograr su propia descendencia.

La utilización de embriones en favor de un miembro del matrimonio o la pareja, estable, después que el otro miembro haya fallecido.

Al legislar es importante tomar en cuenta que el hijo nacido por IA con semen del marido o varón de la pareja estable, o por FIVTE con un embrión congelado originado con semen de aquellos, cuando el material reproductor no esté en el útero de la mujer del matrimonio o pareja estable en la fecha de la muerte de aquellos, no sea tomado en consideración a fines de la sucesión o herencia del fallecido.

Se debe reglamentar sobre las condiciones en que se puedan congelar los gametos o embriones con garantías para su integridad y viabilidad, y sobre las manipulaciones de que puedan ser objeto.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

### CAPÍTULO III.

#### MATERNIDAD SUBROGADA.

##### 3.1 CONCEPTO.

¿Qué es la maternidad por encargo?

"Mujeres que aceptan ser objeto de inseminación artificial o transferencia de embrión sabiendo que el hijo que va a nacer será criado por las personas que han solicitado sus servicios".

"Es la mujer que gesta y pare un hijo por cuenta de otra mujer. También se denomina "madre portadora", "madre sustituta", "madre de alquiler", "madre subrogada", "maternidad sucedánea".

Ahora al adentrarnos a lo que opina la Iglesia acerca de este tema, nos encontramos que ésta, a su muy particular punto de vista ha realizado una serie de definiciones para la maternidad subrogada:

⊞ La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar el hijo inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación.

⊞ La que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante la inseminación con el esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

El hijo puede ser concebido de dos formas: por inseminación (el espermatozoide pertenece al compañero de la mujer que desea tener el hijo y el óvulo a la madre de alquiler) o por trasplante de embrión (el hijo es concebido a partir de los gametos de la pareja de los futuros padres). En el primer caso, el hijo pertenece genéticamente a la madre de alquiler; en el segundo, la madre de alquiler sólo interviene en la gestación.

### 3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Históricamente el fenómeno no es nuevo; en las sociedades tradicionales ya existían las amas de cría e incluso la gestación ajena y ante la reivindicación de los hijos por parte de las parejas estériles, la baja natalidad de las sociedades más avanzadas y la problemática que supone la adopción de niños, se hace necesaria una reglamentación sobre todas las actividades de procreación asistida, en especial de aquellas en las que intervienen terceras personas.

La inseminación artificial, fue utilizada primero en animales, según los autores H. Joe Bearden y John Fuquay, manifiestan que "el primer informe que se tiene del uso de la Inseminación Artificial fue en el año de 1300, por un criador árabe de caballos".<sup>33</sup>

Se fue así desarrollando cada vez la inseminación artificial en animales y el primer comunicado que se tuvo fue en el año de 1780, obteniéndose el resultado con inseminación hacia una perra.

Asimismo se sabe que los árabes utilizaron la inseminación artificial como medio de defensa en la guerra, ya que inseminaban a animales de otros con algún mal para que se fueran dañando sus animales.

<sup>33</sup> Bearden, John Fuquay y Otro, Ob. Cit. , p. 24.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Posteriormente la inseminación artificial tuvo auge en los seres humanos, se dice que alrededor del siglo XV en España se practicó sin tener éxito la primera inseminación artificial en humanos, dado que la mujer resulto estéril.

Pero el gran salto de la especie animal a los seres humanos se dio hasta el año de 1791, en que el científico inglés John Hunter realizó con éxito la primera inseminación artificial humana de que tiene registro la ciencia médica. El hallazgo tuvo lugar, cuando aplicó el novel invento a la esposa de uno de sus pacientes; se trataba de un Lord que aún cuando padecía hipospadias, quería perpetuar su apellido, por lo que "previo consentimiento de su esposa le inyectó a ésta con una jeringa adecuada el semen de su esposo a temperatura adecuada produciéndose su embarazo y naciendo el deseado heredero".

En el año de 1838 se logró por medio del médico francés Girault inyectando semen en el cuello uterino.

El científico Mario Sims en el año de 1866, ideó la primera forma de inyectar directamente el semen en el canal cervical de la mujer.

Hasta los ejemplos antes indicados, las inseminaciones se efectuaban con semen de la pareja y fue hasta el año de 1884 cuando se practicó la primera inseminación con semen de tercero, la cual se denominó heteróloga.

Los primeros bancos de semen se establecen en los Estados Unidos de América en los años de 1940 y 1945.

En la Segunda Guerra Mundial y en la Guerra de Corea los soldados enviaban su semen congelado para que sus esposas fueran inseminadas, dándose origen a miles de nacimientos; y en el año de 1960 se logra la primera fecundación artificial extracorpórea.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En los años de 1960 y 1961 se logra la primera fecundación In Vitro por medio del biólogo italiano Daniel Petrucci, manteniéndose vivo el embrión durante sesenta días.

En el año de 1975 aparece la maternidad Subrogada, la cual se refiere al arrendamiento de vientre, maternidad por sustitución o madre sustituta, gran problema para nuestro derecho hoy en día toda vez que se da la interrogante de. ¿Quién es la madre?.

El día 25 de julio de 1978, se divulga el nacimiento de la primera niña concebida mediante fecundación In Vitro, lo cual se llevo a cabo por los Doctores Ingleses Patrick C. Steptoe y Robert G. Edwards.

Se tuvo un caso de Inseminación Post Mortem, en el año de 1983, dado que se encontraba en el banco de semen el espermatozoide de un señor que tiempo después de la obtención el mismo falleció y fue implantado en la viuda, lográndose así el primer caso de Inseminación Post Mortem.

Cabe hacer mención que, antes de Cristo, existió también la figura de madre por encargo o sustituta, la cual concebía por medio natural, se puede leerse en Génesis 16, "...Dijo Saray a Abram: Ya vez que Yavé me ha hecho estéril, toma mi esclava por mujer a ver si por medio de ella tendré algún hijo, ...".<sup>34</sup>  
Como sabemos, la esclava era Agar, a quien tomó Abram y así nació Ismael.

### 3.3. TIPOS.

La inseminación tiene lugar en el cuerpo de la mujer, con la ayuda de un profesional del equipo sanitario.

<sup>34</sup> Ricciardi, Ramon, Ob.Cit., Génesis 16, p.15-16

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La inseminación puede ser intravaginal, intracervical o intraperitoneal, siendo la mas frecuente la intracervical.

La inseminación se realiza un poco antes de la ovulación, dado que la presencia de progesterona determina que el moco cervical sea denso, lo que impide la penetración espermática. La ovulación puede ser estimulada en pacientes con ciclos irregulares que presentan ovulación esporádica. La introducción del semen se realiza de forma mecánica, y no mediante el acto conyugal natural, siendo necesaria la obtención previa del semen, que se puede obtener por masturbación, por estimulación eléctrica testicular, o con una técnica copostcoital, mediante un preservativo perforado en una relación conyugal normal, que permite que el acto conyugal este abierto a la vida.

Los factores que pueden inducir al uso de la IA pueden ser: la azoospermia, oligospermia, la vasectomía del varón, la impotencia, la paraplejía, la presencia de anticuerpos contra el espermatozoide, así como causas genéticas, como la hostilidad cervical. La efectividad depende de la causa de la infertilidad y de si se utiliza semen fresco o congelado, utilizándose este cuando el fresco es inadecuado o si hay donante. Los métodos

### 3.3.1. HETEROLOGA.

Esta forma de reproducción es la que suscita mayores problemas dentro de la reflexión católica. Son muchos los que no aceptan moralmente esta forma de inseminación

Se subrayan las consecuencias psicológicas negativas que pueden seguirse de la misma aceptación del complejo de inferioridad de la mujer, que interpreta su esterilidad como una falta de femineidad; dificultades en la relación de la madre

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

con el hijo, ya que esta será un recuerdo permanente de su infecundidad: repercusión en las inevitables tensiones y dificultades de la vida de la pareja.

Sin embargo, la fecundación por donador, aunque se realice con consentimiento de la esposa, atenta contra la unidad del matrimonio y viola las promesas de mutua y exclusiva entrega de los cuerpos incita en el matrimonio. Esa mutua y exclusiva posesión no es meramente carnal, sino que atiende a las consecuencias naturales que de la misma pueden derivarse

Los pasos técnicos son similares a los de la Inseminación Artificial Homóloga, pero cuando se utiliza semen de un donante, ahí se presupone el anonimato y la vigilancia de enfermedades en el donante. El problema que es deontológico y la intervención de una tercera persona en la pareja quienes serán los padres

Al respecto señalan Javier Marco y Martha Tarasco, que se crea una problemática con varias fases:

“ Lo relativo al procedimiento ya explicado para la Inseminación Artificial homóloga.

La degradación del donante y del varón que actúa como pareja.

El derecho del hijo a conocer la identidad de su padre, y la norma que existe para guardar ese secreto.

La comercialización del cuerpo, aun si no existiera un precio económico directo.

La problemática jurídica de la paternidad y filiación.

El desconocimiento del concepto de corporalidad y su relación no escindible de la totalidad de la persona.

La posibilidad de desvincular la maternidad de la familia y de la filiación del padre. La mujer no necesita proveer al niño de un padre que le eduque junto con ella, porque aunque él exista biológicamente, se desconocerían mutuamente.”<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Marco, Javier y Oira, “Diez Temas de Reproducción Asistida”, Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid 2001, p. 21-23

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Pero no mencionan nada acerca de la maternidad subrogada, que es el tema que nos ocupa, ya que esta técnica es una variación de la anterior, aquí la madre sustituta no sólo presta su útero, sino también su óvulo.

Y de igual manera se suscita la problemática con varias fases:

- m La degradación de la donante y de la mujer que sabe que tanto su útero como sus óvulos no sirven y tiene que acudir con otra mujer.
- m El derecho del hijo aquí es igual, ya que él, tiene el derecho de conocer quien es genéticamente su madre.
- m La comercialización del cuerpo, aun si no existiera un precio económico directo.
- m La problemática jurídica que genera esta técnica sobre la maternidad del niño y su filiación.
- m El desconocimiento del concepto de corporalidad y su relación no escindible de la totalidad de la persona.
- m La posibilidad de que la mujer al no querer tener hijos, estando totalmente saludable, utilice esta técnica, para no perder su figura.

Sin embargo, esto no es un tema que el derecho mexicano regule, por lo menos en el Distrito Federal, ya que si se tratara de la utilización del semen de un donante, se acude a un banco de esperma, se realiza la fecundación artificial en cualquiera de las formas que hemos analizado en el capítulo anterior y se lleva a cabo ese procedimiento; no así cuando se trata de utilizar un óvulo y un útero ajeno.

### 3.3.2. HOMÓLOGA.

Se le denomina también inseminación intracorpórea conyugal. Ambos gametos, el óvulo y el espermatozoide, son obtenidos de una pareja que funcionará como

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



padres del niño; frecuentemente se trata de una pareja estable, generalmente matrimonios. Desde el punto de vista médico aquí se presupone una infertilidad, y no esterilidad de la pareja por uno o ambos cónyuges. Si el medio técnico empleado no sustituye al acto conyugal, sino que lo facilita, es moralmente admisible dentro del matrimonio. De otra manera, se disocia voluntariamente el significado instintivo y procreativo del acto conyugal. Además, en cuanto a la obtención del semen, si se realiza por masturbación, se acentúa esa disociación.

Si esto lo vemos desde el punto de vista del hijo, éste tiene derecho a nacer en una familia y a partir del acto procreador en una correcta relación humana, y no por medio de la manipulación artificial.

Desde el punto de vista de la madre, no existen objeciones éticas con las técnicas, sin embargo, biológicamente existe el hecho de que una vez obtenido el semen, la selección natural se altera.

También hay que resaltar que, en algunos casos, esta técnica requiere de una hiperestimulación ovárica de la mujer.

Considerándolo de manera aislada, si la paciente lo requiere es un procedimiento terapéutico y por consiguiente lícito.

Es conocida la práctica de procedimientos inadecuados en este paso, que obviamente no sólo son responsables deontológicamente, sino que representa un problema de salud para la paciente.

Es una característica esencial de este tipo de inseminación, visto desde el punto de vista de la maternidad subrogada, el que la finalidad de realizar este procedimiento sería el utilizar el vientre de otra mujer implantando a este el óvulo fecundado de la pareja que así lo desee.

TESIS CON  
TALLA DE ORIGEN

### 3.4. EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

El Código Civil para el Distrito Federal define a la subrogación de la siguiente manera:

#### Capítulo III

#### De la Subrogación.

Artículo 2058.- La subrogación se verifica por ministerio de ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

- I.- Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;
- II.- Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;
- III.- Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;
- IV.- Cuando el que adquiere un inmueble, paga un acreedor que tiene sobre aquel un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

Artículo 2059.- Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó solo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato.

Artículo 2060.- No habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Artículo 2061.- El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, cuando no basten los bienes del deudor para cubrir todas las porciones, se hará según la prioridad de la subrogación.

Amen de lo anterior, la subrogación en estudio, difiere de lo plasmado por nuestro Código Civil, en virtud de que la subrogación a que nos referimos es a la materna en cualquiera de sus modalidades ya sea la homóloga o la heteróloga.

En este punto haremos alusión a artículos del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que en el desarrollo del mismo, indicaremos únicamente el artículo.

El Código Civil para el Distrito Federal define al convenio y al contrato:

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

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

Las normas que rigen al contrato pueden ser:

*m Las normas taxativas* conocidas también como leyes preservativas, imperativas y prohibitivas, determinan obligatoriamente el contenido y alcance del contrato, sea por leyes ordinarias, reglamentarias o por medio de reglamentos administrativos.

*m Las normas individuales o lex contractus* creadas por los particulares en los contratos, tienen plena validez siempre que no vayan en contra de las disposiciones de orden público o de las buenas costumbres.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

▫ **Las normas supletorias** o permisivas que complementan la voluntad de las partes.

Por su parte, el contrato consta de dos elementos:

▫ **Elementos de existencia**, que son el consentimiento y el objeto, según los artículos 1794 y 2224, algunos autores opinan que la solemnidad;

▫ **Elementos de validez**, que son la capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, forma en los casos exigidos por la ley, y el fin o motivo determinante lícito, esto es, que no sea contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres, de acuerdo a lo que establecen los artículos 1795, 1813, 1830 y 1831.

Sin embargo los elementos de validez no impiden que el contrato nazca, pero si provocan su ineficacia, esto se desprende de lo dispuesto por el artículo 1795, que dice:

El contrato puede ser invalidado;

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

Es importante estudiar cada uno de los elementos que integran a los contratos y así tener elementos para estudiar el contrato que nos ocupa, el contrato de subrogación.

Por ello comenzaremos definiendo los elementos de existencia, siendo el primero el consentimiento, el cual según el autor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, lo define como: " el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

de derechos y obligaciones. Este debe recaer sobre el objeto jurídico y materia del contrato" <sup>36</sup>

Esta manifestación de voluntad debe ser expresada de manera tácita, escrita o por signos indubitables.

Este consentimiento en los contratos se integra por dos elementos: la oferta y la aceptación.

Sin embargo, no existe el consentimiento y por consiguiente el acuerdo de voluntades:

- 1.- Cuando hay un error en la naturaleza del contrato
- 2.- Cuando hay error sobre la identidad del objeto.
- 3.- En los contratos *intuitu personae*, no hay consentimiento, si hay error en la identidad de la persona, toda vez que se celebraron tomando en cuenta la calidad de la persona.

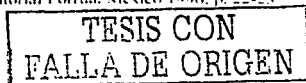
El Objeto del contrato, podemos estudiarlo desde dos puntos de vista, como el objeto jurídico directo que es la creación y transmisión de derechos y obligaciones; y el objeto jurídico indirecto que es el dar, hacer o no hacer.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, al respecto regula simultáneamente estos objetos jurídicos aduciendo:

Que si el contrato se ve como fuente de las obligaciones, entonces tiene como finalidad el crear o transmitir derechos y obligaciones, estas obligaciones pueden consistir en dar, hacer o no hacer.

---

<sup>36</sup> Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, "Contratos Civiles", Editorial Porrúa, México 1996, p. 22-23



Ahora, el contrato obliga a sus contratantes a crear obligaciones, y este contrato existe aún cuando no haya objeto materia del mismo al momento de contratar, como en el caso de la venta de cosa futura, pero si por medio de ese contrato no se crean o transfieren obligaciones éste, entonces, no existe.

El artículo 2011, nos dice:

La prestación de cosa puede consistir:

- I.- En la traslación de dominio de cosa cierta (compra-venta y permuta)
- II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta (arrendamiento y comodato)
- III.- En la restitución de cosa ajena a pago de cosa debida (mutuo)

Ahora hablemos del objeto materia del contrato, siendo este, las cosas, que debe ser físicas y legalmente posibles.

El artículo 1825 nos dice:

La cosa objeto del contrato debe:

1. Existir en la naturaleza,
2. Ser determinado o determinable en cuanto a su especie;
3. Estar en el comercio.

Por lo que respecta al primero de ellos, las cosas futuras pueden ser objeto del contrato con tal de que sean susceptibles de existir.

En cuanto al segundo, debemos entender por especie a una limitación del genero o sea identificación en cuanto a la cantidad y calidad, cuanto pesa, cuanto mide.

Al referirnos al tercer elemento, que consideramos es el más importante, nuestro Código Civil refiere:

Artículo 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

TESIS CON  
FALLA DE ORICEN

Artículo 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivo, y por disposición de la ley, las que ella declare irreducibles a propiedad particular.

Luego entonces, es impórtate distinguir entre lo que no es comerciable y lo que es inalienable, ya que lo primero es aquello que no es susceptible de apropiación particular porque su naturaleza o por disposición de la ley se encuentra fuera del comercio; en cambio lo inalienable se encuentra dentro del comercio pero para proteger a cierto tipo de personas la ley prohíbe su enajenación.

En cuanto a la solemnidad, tercer elemento de existencia, diremos que sólo algunos actos jurídicos lo requieren como elemento esencial ya que la falta de éste produce su inexistencia, tal es el caso del matrimonio.

Los elementos de validez son esenciales para que un contrato exista. Por lo que si hablamos de la capacidad ésta debe ser de goce y de ejercicio. La de goce es la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. La regla general es que todos los individuos son capaces desde su nacimiento, sin embargo la excepción es la incapacidad.

Existen dos tipos de incapacidades las generales que se encuentran establecidas en el artículo 450, que son las que tiene incapacidad natural y legal: los menores de edad; los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que tienen alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre debido a la limitación, o a la alteración de la inteligencia que esto les provoque no pueden gobernarse y obligarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La capacidad especial es cuando personas mayores que no se encuentren en el caso del artículo 450, se ven impedidos de actuar por la relación que tienen con una persona o bien con una cosa.

La ausencia de vicios en el consentimiento, este debe darse en forma libre y veraz, de tal manera que las partes estén de acuerdo tanto en la persona como en el objeto y en las formalidades del contrato, por lo que el consentimiento no debe estar viciado por error, dolo, mala fe, violencia o lesión.

El error es una creencia contraria a la verdad; en un estado psicológico en el que existe una discordancia entre el pensamiento y la realidad, a diferencia de la ignorancia que es la falta de conocimientos.

El error se puede clasificar según el autor Bernardo Pérez Fernández del Castillo<sup>37</sup> en obstáculo, nulidad, e indiferente. Ver cuadro 1.

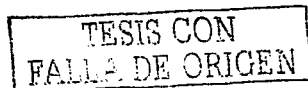
El error obstáculo, nos dice el autor, impide que el contrato nazca por falta de consentimiento.

El error nulidad puede ser hecho o de derecho y provoca la nulidad relativa, mismo que se encuentra regulado por el artículo 1813 que 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 motivo y no por otra causa".<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Ibidem, p. 31

<sup>38</sup> Ibidem, p. 32





El error de hecho se da cuando recae sobre la naturaleza y características del objeto materia del contrato.

El error de derecho es la falsa opinión de un contratante sobre una regla jurídica aplicable al contrato que procede de la ley o de su interpretación.

"El error indiferente o llamado también aritmético recae sobre las cualidades secundarias del objeto materia del contrato".<sup>39</sup>

Error	Obstáculo (inexistente)	Identidad en la persona Identidad en el objeto Naturaleza del contrato
	Nulidad (nulo relativo)	Hecho Derecho
	Indiferente (cuanti minoris)	

Cuadro 1.

Ahora hablemos del Dolo, y diremos que este tipo de conductas se configuran cuando una persona emplea cualquier sugestión o artificio para inducir a error o mantener en el a cualquiera de los contratantes. Art. 1815

El dolo va a nulificar el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad y no sobre características secundarias. Puede existir dolo principal que

<sup>39</sup> Ibidem, p. 33

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

es el que anula el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico; y el dolo secundario que provoca la acción caunti minoris pues de haber conocido se hubiera pagado un precio mas bajo.

La mala fe, se entiende como la disminución del error de los contratantes, una vez conocido. Art. 1815

Esto es cuando una persona no se saca de su error y se permite que continúe en él.

La violencia según el artículo 1819 dice; que es 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.

La violencia produce la nulidad relativa, misma que debe invocarse dentro de los seis meses en que cesó esta.

Ahora bien, durante el proceso del estudio del contrato y sus consecuencias jurídicas existen diferentes clasificaciones, y los artículos 1835 a 1838 los clasifican de la siguiente manera:

- I. Contratos preparatorios: la promesa.
- II. Traslativos de dominio: la compraventa, permuta, donación y mutuo.
- III. Traslativos de uso temporal: arrendamiento y comodato.
- IV. Los que tienen como objeto una obligación de prestación de servicio:  
a) de gestión: mandato, prestación de servicios profesionales, obra a precio alzado, y transporte; b) de custodia: depósito, secuestro, y hospedaje.
- V. Con un fin común: asociación, sociedad y aparcería.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

- VI. Aleatorios: juego, apuesta, renta vitalicia y compra de esperanza
- VII. Los de garantía: fianza, prenda e hipoteca.
- VIII. Los que prevén o resuelven una controversia: transacción y compromiso en árbitros.
- IX. Sociedad conyugal.

Sin embargo, existe otra clasificación de los contratos, mismos que pueden ser:

- Solemnes: que son cuando los formalismos son un elemento de existencia del contrato, ya que sin ellos el contrato sería inexistente.
- Reales: son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa.
- Con formalidades restringidas: para la validez de estos contratos la ley señala que la voluntad se debe exteriorizar de acuerdo con los formalismos en ella establecidos. (artículo 1795, fracción IV)
- Con libertad de formalidades: se les conoce de igual forma como consensuales, para su validez sólo requieren de la exteriorización de la voluntad de los contratantes, la que puede ser verbal o en forma escrita.
- Principales: los que su validez y existencia no depende de otro contrato.
- Accesorios: aquellos cuya validez y existencia depende de otro contrato.
- Típicos: los expresamente regulados en el Código Civil como la compraventa.
- Atípicos: son innominados o no reglamentados, contratos que se celebraron y no están regulados por la ley, sino que nacen de la autonomía de la voluntad y su fuente de obligatoriedad es la teoría general del contrato.

Por lo que hace a su división este puede ser:

- Unilateral: es cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. (artículo 1835)
- Bilateral: cuando las partes se obligan recíprocamente. (artículo 1836)
- Oneroso: es aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.
- Gratuito: es aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

- **Conmutativos:** cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.
- **Aleatorios:** cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino que ese acontecimiento se realice.

Ahora bien, si por subrogación entendemos el sustituir o reemplazar; podemos definir al contrato de subrogación como aquel en que una persona se obliga prestar un servicio de sustitución en beneficio de otra llamada cliente, quien se obliga a pagar un precio cierto por ese uso.

Luego entonces ya que hemos analizado el contrato de una manera muy general y así poder decir cual es la naturaleza del contrato de subrogación materna, por lo que sin dificultad podemos decir que la subrogación materna se califica como un servicio, siempre y cuando se trate del arrendamiento de útero, colocándola entre los contratos que tienen como objeto la prestación de un hecho positivo y no entre los que transmiten el uso o el dominio de una cosa; en virtud de esto, hay que decir que el servicio o el hecho no están en el comercio; haciendo referencia a la gestación por cuenta ajena, pues esta clasificación sólo se aplica a las cosas, por lo que más bien el servicio no es posible o no es lícito.

El alquiler de úteros es posible, como lo pueden atestiguar los centenares de niños nacidos a través de este método.

El denominado alquiler de útero no es un arrendamiento de cosa, dice Claveria Gosalbez, "porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano o parte de él no es jurídicamente cosa, razón por la que se excluye la posibilidad de hablar de comodato. Mas bien se da una prestación gratuita de una conducta de contenido complejo que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimentario, vida ordenada, comunicación de incidencias, etc., y que no

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

es susceptible de clasificación entre tipos conocidos, al modo de un atípico arrendamiento gratuito de obra o de servicio. En este caso como en la donación y el depósito de semen o de embriones, nos hallamos ante actos jurídicos hoy atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al derecho de familia".<sup>40</sup>

Ahora que si analizamos el otro tipo de maternidad subrogada, esto es, aquel que aporta el óvulo y el vientre, cualquiera pudiera decir y con mucha razón que no se trata en realidad de un contrato mixto; por un lado de una prestación de servicio y por el otro de una cosa; sino de un acuerdo sobre el producto de la actividad contratada, es decir, el hijo de la madre sustituta, o más bien la porción que le corresponde, para no olvidar quien aportó el material genético para la inseminación ya que éste podría alegar su copropiedad sobre el producto.

En este último caso si se podría hablar de venta del hijo futuro y desarrollar los conocidos argumentos en contra de las convenciones que hacen del ser humano su objeto directo. Pero la prohibición moral y jurídica de que los niños sean transmitidos como si fueran cosas hace precisamente que el contrato tenga un objeto ilícito y que por lo tanto, sea absolutamente nulo.

Existen diferentes hipótesis acerca de la forma de realizar el contrato de subrogación:

- 1.- El primero de ellos es el alquilar a una mujer que rente su útero únicamente, y así implantarle el óvulo fecundado con el esperma de la pareja.
- 2.- El segundo es cuando la mujer sustituta, no sólo alquila su útero, sino también vende su óvulo. Es justo decir, que en este caso la "madre sustituta" es genéticamente la madre.

<sup>40</sup> Clavería Gosalbez, Luis H., "Las Categorías Negociables y su Adaptación en Función de la Reproducción Humana, en II Congreso Mundial Vasco", "La Filiación a Finales del siglo XX", España 1999, p. 239-240

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## CAPÍTULO IV.

### LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

#### 4.1. DERECHO CONSTITUCIONAL.

Habiendo estudiado lo referente al contrato, ahora es necesario analizar que pasa en nuestra legislación, ¿se encuentra regulada tal circunstancia?; interrogativa que nos formulamos, toda vez en la República del Salvador se encuentra estipulado en su Constitución Política tal circunstancia, lo que a continuación se transcribe:

En el Salvador, tanto la Constitución, como la ley secundaria (es decir el Pacto de San José: un Tratado sobre Derechos Humanos ratificado por el Estado salvadoreño y por lo tanto que tiene el valor de ley de la República) señala que la vida principia desde la concepción, por lo que cabe protegerla desde tal momento; ello genera o implica cierto problema con la etapa de fertilización y división in vitro de los gametos, ya que generalmente para evitar un fallo, o para dar "una opción" al particular, se utiliza, no uno sino varios embriones (dignos de protección de vida), algunos de los cuales luego de la utilización del escogido, pueden quedar congelados, utilizados para la comercialización o simplemente desechados.

Autores como, Bossert y Bellver han planteado con cierta argumentación, "que el embrión constituye una realidad distinta a sus progenitores y que la tutela de su vida impide constitucionalmente aceptar su eliminación.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

De ahí que en sí la fecundación in vitro no es que plante problemas sobre constitucionalidad pero sí en cambio sobre la utilización de los embriones desechados durante el proceso".<sup>41</sup>

Del comentario anterior podemos observar que tan importante es que en nuestra Carta Magna se regule la situación de los óvulos, los espermatozoides y el embrión; así como, que pasa con los menores que nacen en base a una fecundación asistida, en todas sus modalidades o si no es posible, que se estipule la base para que en nuestra ley tanto sustantiva como adjetiva se determine tal circunstancia, que como se ha observado es desde el momento de la concepción, desprendiéndose de nuestra constitución que solamente el artículo 4° regula lo relativo al espaciamiento de hijos y al sano desarrollo de los niños, artículo que establece:

ARTICULO 4° - La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

<sup>41</sup> Bossert, Gustavo A., Zamoni Eduardo, "Procreación Humana Artificial, un Desafío Bioético, Aspectos Biomédicos, aspectos Bioéticos, Aspectos Jurídicos", Ediciones Depala, Buenos Aires 1995, y Bellver, Capella Vicente, "¿Clonar?, Ética y Derecho ante la Clonación Humana, Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida", editorial Comares, Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada 2000.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene de derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Como se puede observar del artículo anterior, nuestra constitución, no refiere nada respecto de las cuestiones que nos ocupan en este trabajo, dejándose en el "aire" lo referente a los embriones pues solo habla de lo que es el "niño", "persona", "menores" y niñez, y no toca la cuestión referente a desde que momento se adquiere la capacidad jurídica o es protegido por nuestras leyes, pero cabría profundizar si a caso solo prohíbe los métodos de fecundación asistida o cabría la máxima que lo que no está prohibido para los particulares está permitido.

Como ya se ha hecho mención en el capítulo anterior nuestra legislación en lo que es materia CONSTITUCIONAL, no regula absolutamente nada al respecto, dejando en completa libertad la circunstancia de que personas que saben que no se encuentra regulado, realicen trámites en forma ilícita sin que se pueda argumentar una violación de garantías.

#### 4.2. DERECHO CIVIL.

En nuestro Código Civil el artículo 22, establece que: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

A que efectos se refiere el artículo antes señalado, que cuestiones son las que va ha proteger la ley, no dice nada al respecto sobre la forma de concebir, será solamente la cuestión de los alimentos, o podría hablarse a su vez de cuestiones hereditarias, así como respecto de la paternidad y la maternidad, interrogantes que no son tan fáciles de resolver, más sin embargo veremos la legislación española que es la más avanzada en este tema y con ellos despejar las interrogantes hasta este momento.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Como ya hemos visto el primer artículo que nos da pauta para la protección del ser que ha sido concebido es el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual ha quedado transcrito en líneas anteriores, antes de analizar el citado Código sustantivo analizaremos las legislaciones de otros Estados de la República Mexicana.

Hemos hablado de lo que es la Filiación y la Paternidad y para un mejor entendimiento de estos dos conceptos definiremos los mismos:

**FILIACIÓN.-** Vinculo existente entre los padres y el hijo de ambos, visto desde el lado de los hijos.

**PATERNIDAD.-** Vinculo existente entre los padres y el hijo de éstos, visto desde el lado de los progenitores.

Una vez definido lo anterior podemos manifestar que tan importante es legislar todas y cada una de las consecuencias jurídicas que implica una fecundación asistida, ya que como hemos visto durante el presente trabajo, se dice que cuando existe la Inseminación Artificial Homologa no existe tanto problema, ya que estamos hablando de los mismos integrantes de una familia es decir esposos o concubinatos, estipulando nuestro Código Civil lo relativo a la disolución del matrimonio y que pasaría si se efectúa una Inseminación Artificial, siendo el factor importante el consentimiento de los cónyuges; pero el problema más grande se desprende cuando hablamos de la Inseminación Artificial heteróloga, y más aun cuando es necesario la intervención de "LA MATERNIDAD SUBROGADA", que como ya hemos visto también, en el Código de Coahuila no se permite tal circunstancia ya que es inexistente y por tal motivo no trae consecuencias jurídicas, y que es lo que pasa en este caso, que la persona que intervenga en la prestación de su vientre, al nacer el hijo ésta sería la madre y no la persona que desea tener un hijo, lo que da pauta a que se lleve a acabo esta circunstancia en

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

forma ilegal, o que se tramite posteriormente una acción basada en una posible suplantación o un parto falso.

En nuestro país en el Estado de Coahuila, dentro de su Código Civil se encuentra debidamente regulado en el Capítulo Tercero De la Filiación, Sección Tercera "DE LA FILIACIÓN RESULTANTE DE LA FECUNDACIÓN HUMANA ASISTIDA" que comprende de los artículos 482 al 491; los cuales transcribiremos a continuación:

ARTICULO 482.- Se entiende por asistencia médica para la procreación las prácticas clínicas o biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural.

ARTICULO 483.- Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles.

En caso de esterilidad o infertilidad, médicamente diagnosticada, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación heteróloga.

Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y por fecundación heteróloga aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero.

ARTICULO 484.- A los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, la Secretaría de Salud del Estado deberá entregarles una guía que contenga especialmente:

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

- I.- Las disposiciones legales sobre procreación asistida.
- II.- Descripción de las técnicas.
- III.- Las disposiciones legales relativas a la adopción y las instituciones de asistencia autorizadas para promoverla.

ARTICULO 485.- Además de lo dispuesto en el artículo anterior, la Secretaría de Salud del Estado deberá informar a los cónyuges o concubinos:

- I.- Las posibilidades que la ley ofrece en materia de adopción.
- II.- Las posibilidades de éxito o fracaso de las técnicas de la asistencia médica para la procreación.
- III.- Que solo se permite la fecundación de un ovocito que deberá ser implantado a la solicitante.
- IV.- Que una vez fecundado el ovocito deberá ser implantado a la solicitante.
- V.- Que está prohibido todo diagnóstico preimplantatorio.

ARTICULO 486.- Previo al inicio del tratamiento, los cónyuges deberán dar su consentimiento en escritura pública otorgada ante notario y justificar con certificación de tres médicos especialistas en la materia, de los cuales uno lo será de la Secretaría de Salud del Estado, la necesidad de someterse a ese tratamiento. Igualmente deberán justificar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 483 y 484.

ARTICULO 487.- El consentimiento a que se refiere el artículo anterior, quedará revocado de pleno derecho con la muerte de quien lo otorgó, si antes no se hubiere producido la fecundación.

ARTICULO 488.- Si el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no podrá ser inseminada con material genético de quien fue su marido. Si hubiere un óvulo fecundado en forma

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

extracorpórea, deberá ser implantado a la viuda, divorciada o a la mujer cuyo matrimonio se anuló.

Si el hijo nace dentro de los trescientos días de disuelto el matrimonio, o de que el óvulo fue implantado, quedará atribuida la paternidad a quien era el marido de la madre.

ARTICULO 489.- Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente.

ARTICULO 490.- La identificación de una persona por medio de sus improntas genéticas, está permitida cuando tenga por objeto establecer o rechazar un lazo filiatorio.

También está permitido a la persona la investigación de su origen biológico, pero tratándose de fecundación asistida heteróloga no se establecerá ningún lazo filiatorio entre el hijo y el donante de los gametos.

ARTICULO 491.- El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.

El Código de Coahuila como podemos observar esta demasiado adelantado y avanzado en lo que se refiere a la FILIACIÓN RESULTANTE DE LOS METODOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA, comenzando por hacer un análisis de lo que son los citados métodos: nos habla de que dichas técnicas serán para parejas que se encuentran unidas en matrimonio o concubinato, sin hablar de las personas solteras que quisieran procrear un hijo, estableciendo a su vez el término para

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

que se de la Inseminación artificial ya que habla de cinco años, podríamos presuponer que el tiempo que señala sería para estabilizar la relación de pareja.

Asimismo en el artículo 484 y 485 establece la intervención de la Secretaría de Salud del Estado, por lo que se reviso la citada ley sin que se contemple legislación alguna al respecto.

Una cuestión importante que se encuentra legislado en este Código es lo relativo al consentimiento que debe de ser expresado en escritura pública, previendo con ello que más adelante exista una posible negativa para registrar al hijo; quedando únicamente establecido cuando queda revocado dicho consentimiento.

Cuando se da alguno de los siguientes supuestos de que se disuelva el matrimonio ya sea por muerte, divorcio o nulidad, no se podrá inseminar a la mujer, solamente cuando exista una fecundación extracorpórea por lo cual esta regulando la fecundación In vitro.

En lo que respecta a la Inseminación Heteróloga, la misma se encuentra regulada en lo que respecta a las consecuencias que pudiese acarrear por la intervención de un tercero donante, manifestando que no existe filiación alguna con el menor y el donador.

Y no acepta la maternidad subrogada, ya que la maternidad será de la mujer de la cual provenga el material genético, lo cual debería de contemplarse siempre y cuando no se este en el supuesto de que la persona que quiera tener el hijo se encuentre totalmente imposibilitada para procrear y por tal motivo no pueda llevarse acabo un embarazo en si misma.

Asimismo en otros Códigos de Estados de la República Mexicana, no encontramos más legislación al respecto en lo que es materia de Filiación por alguno de los métodos de fecundación artificial, más sin embargo en el Código de

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Tabasco y Querétaro, en el capítulo de personas se encuentra regulado lo siguiente:

ARTICULO 31.- La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aún cuando no se encuentren en el útero materno.

De este artículo se desprende que desde el momento de la concepción que hubiese sido por cuestión natural o por medio de algún método artificial en el Código Civil se protege al embrión, tocando la cuestión de la fecundación In Vitro.

El Código de Querétaro dice en el:

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

La persona que haya sido producto de una inseminación artificial o procreación asistida, tendrá el derecho imprescriptible de conocer la identidad de sus padres biológicos. En los casos de adopción plena, se estará a lo dispuesto por este Código.

En base a este artículo no estamos de acuerdo con lo que el mismo establece, en virtud de que se ha analizado anteriormente que si alguna pareja ya sea matrimonio o concubinato a decidido tener un hijo y por cuestiones naturales no puede hacerlo y es necesario que sea por algún método en el que intervenga un

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

tercero, es decir la persona que dona su espermatozoide o su óvulo, y tener derecho a saber quienes son sus padres biológicos, el hijo tendría un grave problema tanto físico como emocional, lo cual repercutiría tanto en su desarrollo emocional como en su persona su forma de actuar, etc. y en lugar de evitar un problema, como se ha mencionado tendría otras consecuencias más graves, sin que con ello se viole derecho alguno del menor ya que para él sería una confusión tener cuatro padres

#### MATERIA DE SALUD.

En la Ley General de Salud, no se encuentra regulada cuestión alguna al respecto, ya que son pocos los artículos que establecen cuestiones relativas a las células y embriones, los cuales se transcriben a continuación:

ARTICULO 61.- La atención materno infantil tiene carácter prioritario y comprende las siguientes acciones:

I.- La atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio.

II...-

III...

ARTICULO 313.- Compete a la Secretaría de Salud:

I.- El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado centro nacional de trasplantes, y...

ARTICULO 314.- Para efectos de este título se entiende por:

I.- Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión; ...

V.- Destino Final, a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables...

VIII.- Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima gestacional;

IX.- Feto, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

ARTICULO 315.- Los establecimientos de salud que requieren de autorización sanitaria son los dedicados a:...

III.- Los bancos de órganos, tejidos y células y...

ARTICULO 317.- Los órganos, tejidos y células no podrán ser sacados del territorio nacional.

Los permisos para que los tejidos puedan salir del territorio nacional, se concederán siempre y cuando estén satisfechas las necesidades de ellos en el país, salvo casos de urgencia.

ARTICULO 318.- Para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta Ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan.

ARTICULO 321.- La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consistente en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

ARTICULO 323.- Se requerirá el consentimiento expreso:

II.- Para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Como se desprende de los artículos en comento, nos habla en forma general tanto de células como tejidos y órganos, sin que exista una legislación correcta de lo que nos interesa en el tema, ni mucho menos como se encuentra regulado en otros países, pues como ya se analizó en Europa existen leyes de protección a embriones y todas las consecuencias jurídicas que la misma conlleva.

Pero estaríamos hablando que se podría estipular como un contrato el hecho de que una mujer permita el préstamo o arrendamiento de su vientre para que se dé el crecimiento del embrión, y como se denominaría dicho contrato "Arrendamiento de vientre" o "Prestación de Servicios Profesionales", el Código Civil establece lo siguiente respecto al Arrendamiento y a la Prestación de Servicios:

"ARTICULO 2398.- Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto..."<sup>42</sup>

Podríamos en base a la definición anterior, contemplarlo como "arrendamiento de vientre", no especifica más que una persona concede el uso temporal de una cosa y la otra a pagar por ese uso o goce; se daría este supuesto, se podría establecer que el vientre es una cosa, ya que se entiende como tal "todo lo que tiene entidad, ya sea corpórea o espiritual, natural o artificial, real o abstracta, y entidad lo que constituye la esencia o la forma de una cosa."<sup>43</sup>

ARTICULO 2606.-El que presta y el que recibe los servicios profesionales puede fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos...

<sup>42</sup> Baqueiro, Rojas Edgar y Otra, "Derecho de Familia y Sucesiones" p. 178, Editorial Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México.

<sup>43</sup> Diccionario Enciclopédico Ilustrado, Oceano Uno, México 1994.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Sería un contrato de prestación de servicios profesionales?, No estipula más que se fijara de común acuerdo retribución por dicho servicio.

Si analizamos los dos conceptos de los contratos antes referidos podría estipularse en ambos, o como otros críticos han establecido en realizar una expresión de voluntades ante Notario Público, para regular y establecer las condiciones de la mujer que prestara el vientre.

" En las legislaciones foráneas se ha contemplado la vigencia de los contratos o pactos de subrogación que contienen la manifestación de someterse a las técnicas científicas que conlleven maternidad subrogada o el préstamo de útero. Por la misma naturaleza de los mismos se contemplan en ellos dos situaciones para el caso particular:

- a) Pacto por el que una mujer se compromete a proporcionar su vientre hasta el momento del nacimiento del niño, la cual puede pertenecer o no al seno familiar.
- b) Acuerdo de entregar el niño a la pareja cuya mujer es estéril.

Pero la efectividad de dichos contratos se cuestiona a partir de deficiencias de conceptos, naturaleza y objeto mismo de la relación contractual, pues al darse el caso que la madre que ha dado a luz, se niegue a entregar el producto que ha llevado por nueve meses en su vientre, se dificulta la posibilidad de exigir el legal cumplimiento de tal acuerdo, que objetivamente fue otorgado en condiciones físicas, emocionales y materiales completamente diferentes a las que se presentan una vez acontecido el alumbramiento. No es propio de los sistemas legislativos intervenir o mediar entre las partes otorgantes de un acuerdo que implique negociaciones sobre un ser humano, aunque hasta el momento en gran parte de los países de Europa, si bien no se han prohibido tajantemente los

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

mismos, se ha mantenido una tendencia de evasión al no entrar en esencia a regular los efectos de los citados contratos o pactos de subrogación".<sup>44</sup>

#### MATERIA MERCANTIL.

De aquí surge otra interrogante, se puede negociar con tal circunstancia, podríamos vender el óvulo, el semen y el embrión, que establece el Código de Comercio al respecto, los regula como actos de comercio:

ARTICULO 75.-La ley reputa actos de comercio:

- I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajos o labrados;
- II. Las compras y ventas de bienes, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;
- III. Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;
- IV. Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
- V. Las empresas de abastecimientos y suministros;
- VI. Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;
- VII. Las empresas de fábricas y manufacturas;
- VIII. Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo;
- IX. Las librerías y las empresas editoriales y tipográficas;
- X. Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda;

<sup>44</sup> Loyarte, Dolores y Otra, Ob. Cit. p. 215

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

- XI. Las empresas de espectáculos públicos;
  - XII. Las operaciones de comisión mercantil;
  - XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;
  - XIV. Las operaciones de bancos;
  - XV. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;
  - XVI. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;
  - XVII. Los depósitos por causa de comercio;
  - XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;
  - XIX. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;
  - XX. Los valores u otros títulos a la orden o al portador y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;
  - XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;
  - XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;
  - XXIII. La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;
  - XXIV. Las operaciones contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;
  - XXV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código.
- En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por árbitro judicial.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Podemos entender del artículo en comento que no se localizan dentro del comercio, y en este supuesto que pasa con los bancos de semen, estarán actuando en forma ilícita, o será en forma gratuita y por tal motivo no incurren en responsabilidad. Una gran interrogante nos ha dejado este comentario.

#### 4.3. DERECHO PENAL.

Tocaremos desde el punto de vista PENAL si puede configurarse algún delito dentro del tema que estudiamos, se puede dar la figura del aborto cuando se ha llevado un procedimiento de Inseminación Artificial que dice la legislación penal al respecto:

ARTICULO 329.- Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

ARTICULO 334.- No se aplicará sanción:

I.- Cuando el embarazo sea resultado de una violación, o de una inseminación artificial no consentida.

II...

III...

IV...

Que entendemos por preñez, antes de ser niño, como lo considera nuestra ley, será desde que es un embrión, entendiéndolo como: "1.- Cualquier organismo en sus fases precoces de desarrollo. 2.en humanos, estadio del desarrollo

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

prenatal desde el momento de la implantación del huevo fecundado, dos semanas después de la concepción, hasta el final de la séptima u octava semanas".<sup>45</sup>

O será cuando ya se denomina feto: "(fetus, foetus), descendiente de un animal vivíparo, antes de su nacimiento y después de haber adquirido la forma particular de la especie; más específicamente, el descendiente humano dentro del útero después del periodo embrionario y del comienzo del desarrollo de las principales características estructurales, normalmente desde la octava semana tras la fertilización hasta el nacimiento."<sup>46</sup>

No se entiende desde que momento se da el aborto, ahora bien en lo que respecta al segundo artículo nos habla de cuando exista una Inseminación artificial no consentida, nos referimos a la mujer, podría forzársele a que se llevara en ella una Inseminación Artificial sin su consentimiento, consideramos que en la practica es difícil que se pueda dar este supuesto, pues médicamente para que se pueda iniciar el tratamiento de Inseminación Artificial debe de existir el consentimiento de la pareja.

Otro de los supuestos a tratar en el presente trabajo es el hecho de que como se ha analizado en los artículos anteriores si no se da el supuesto del aborto, si se pudiera considerar como homicidio, entendiendlo que el Código Penal, establece en el artículo 302: "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro". en este supuesto y en base a nuestra legislación actual, podríamos decir que si no se encuentra dentro de los supuestos del aborto, pudiese considerarse como homicidio, una gran interrogante y laguna hacia el derecho penal.

Otro de los casos importantes que se deben de tocar en el presente trabajo, es lo relativo a que se pueda considerar como adulterio el hecho de que una mujer llevase a cabo alguno de los métodos de fecundación asistida sin el

<sup>45</sup> Diccionario Mosby, "Medicina, Enfermería y Ciencias de la Salud", Quinta Edición, Harcourt, España, p. 422-423.

<sup>46</sup> Idem, p. 534

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

consentimiento de su cónyuge, en materia civil, se ha analizado que se da el supuesto de causal de divorcio, pero en la materia penal podría considerarse como una infidelidad; interrogante de la cual como se desprende del Código penal, ha sido derogado, todo lo que respecta al adulterio.

A continuación estudiaremos otro tema de gran importancia y que es la ADOPCIÓN PRENATAL, a esto la Dra. GRACIELA MEDINA en el XI Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en Bogotá Colombia, estableció lo siguiente:

1. La adopción prenatal es el instituto apto para dar solución al problema de los embriones congelados no implantados.

2. Si la legislación positiva vigente no contiene disposiciones específicas referidas a la adopción prenatal esta puede ser realizada por aplicación de los principios contenidos en la Convención Internacional de Derechos del Niño.

2. Resulta conveniente el dictado de una legislación específica sobre adopción prenatal que disponga que:

a. Podrán entregarse en adopción los óvulos fecundados, en caso de fertilización extracorpórea cuando hubiese sido imposible realizar la transferencia de los mismos al seno materno.

b. La adopción prenatal será plena cuando:

- Los óvulos fecundados se encontraran huérfanos de padre y madre.
- Los óvulos fecundados hubieran sido abandonados en el centro médico donde se realizó el tratamiento.
- Cuando ambos progenitores de común acuerdo manifiesten su consentimiento judicialmente para la adopción prenatal.

c. Cuando el óvulo fecundado se encontrara huérfano de madre, el padre podrá decidir si lo entrega en adopción plena o simple.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



4. En principio ha de preferirse a las parejas casadas o de concubinos heterosexuales como adoptantes de óvulos fecundados no implantados. Si no existieren parejas interesadas en la adopción debe permitirse la adopción por mujeres solas y autorizarse la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

5. La adopción prenatal no requiere del juicio de guarda previo por lo cual el consentimiento para la adopción debe ser dado judicialmente, siendo, en consecuencia, imprescindible la intervención de los padres de sangre en el juicio de adopción.

6.- Ningún pago, cualquiera fuese su forma, puede darse a los progenitores en el caso de adopción prenatal." <sup>47</sup>

En este tema se habla lo que respecta a los embriones que se encuentran congelados y no están implantados, teniendo como primer interrogante que pasa con las personas que fueron los dueños del semen, otorgaron su consentimiento para que se lleve acabo la fecundación o se realizo sin su consentimiento, son de diferentes personas o son de una pareja; se estarían violando sus derechos, recordemos que en el presente trabajo se ha hablado que se debe de conocer la identidad de los donantes, con la finalidad de saber si se encuentra vivo o si no ha adquirido alguna enfermedad, aunque no se encuentre regulado en nuestro país se lleva a la práctica, siendo una forma de maternidad subrogada.

Por último cabe hacer notar que el Lic. J. Daniel Cervantes Martínez, en su libro Innovaciones Tecnológicas como Medios de prueba en el Derecho Procesal Mexicano, establece lo siguiente:

"En la medicina encontramos nuevos descubrimientos como lo son la procreación in vitro, la substitución de la madre al ser inseminada una tercera persona la

<sup>47</sup> XI Congreso Internacional de Derecho de Familia, Bogotá Colombia 2000, Familia, Tecnología y Derecho, Septiembre 2000; Adopción Prenatal, Ponente Dra. Graciela Medina, haciendo la observación que en los países de Sudamérica, se les dice Doctores a los Licenciados en Derecho.

clonación y las combinaciones genéticas consistente en la procreación asistida y demás experimentos que repercuten en la esfera jurídica..."<sup>48</sup>

Lo anterior se refiere a que la tecnología a avanzado en demasía, y que actualmente se cuenta con los medios de prueba descritos, pero más adelante nos refiere que dichos avances, van a servir para tener conocimiento de quienes son los padres, es decir, tramitar lo que se refiere a maternidad, paternidad, patria potestad, obligación alimenticia, sucesiones; de lo cual no compartimos su idea, en virtud de que durante el presente trabajo se ha estado analizando cuales son las consecuencias jurídicas, de llevar a cabo ya sea una inseminación artificial, ya sea homologa o heteróloga, que consecuencias traería el hecho de que participara una mujer que fuese quien prestara o diera en arrendamiento su vientre, y en base a lo que el otro en comento establece en su libro, lo único que ocasionaría serian problemas más graves para las personas que fueron donantes, para la pareja que por cuestiones de infertilidad no pueden tener hijos o y mas el grave problema para los menores que han nacido en base a dicha Procreación Asistida.

Cabe retomar los comentarios realizados por el DR. FLAVIO GALVAN RIVERA, en el Foro denominado IMPLICACIONES MEDICAS Y JURIDICAS DE LA REPRODUCCION ASISTIDA, efectuado en la Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, LVII Legislatura, Comisión de Salud el día 10 de Octubre del presente año, en el cual el Doctor Galván, externo sus opiniones en base a sus amplios conocimientos en la materia de fecundación asistida, tocando las consecuencias jurídicas que acarrear a nuestro derecho desde el punto de vista, Constitucional, Penal, Civil.

<sup>48</sup> Cervantes, Martínez J. Daniel, "Innovaciones Tecnológicas como Medios de Prueba en el Derecho Procesal Mexicano", Editorial Angel, México 1999, p. 90-91.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hizo referencia al artículo 4 párrafo tercero de la misma, que establece que "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, informada y responsable sobre el número y espaciamento de sus hijos". Siendo un derecho de toda persona lo anterior.

En el Derecho Familiar existe una interrogante, en sentido de que cuando se trata de Inseminación Artificial Homóloga, no hay tanto problema pero cuando se trata de Inseminación Artificial Heteróloga, existe la interrogante de ¿es hijo de quien?, Pues interviene un donante del espermatozoide, un donante del óvulo o ambos donantes.

Haciendo referencia a lo establecido por el artículo 293 del Código Civil, el cual habla de los hijos consanguíneos, encontrando un grave error en el mismo, pues establece en su segundo párrafo que: "También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consentan"; es decir que pueden consentirla, los médicos que asistieron el parto, las enfermeras, y en el caso de Inseminación Artificial Heteróloga, los donadores del óvulo o del espermatozoide, y si es el caso de que existe madre gestante ya es otra persona más.

Lo anterior origina problemas de alimentos, herencia, Impugnación de paternidad, etc.

Otro tema es lo que respecta a la materia Civil, en el cual establece si puede darse la donación, ya sea del óvulo, espermatozoide o del embrión.

Cuando existe un donante y es desconocido o no otorga su consentimiento, no se puede dar el contrato de donación, ya que para su celebración se necesita el acuerdo de voluntades, pero se debe de saber si el mismo no tiene enfermedades congénitas guardando la información.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Y cabe la pregunta ¿podrá el hijo investigar?, al respecto y en opinión personal, considero que si dentro de la pareja existe una amplia comunicación, ambos externaron su voluntad de llevar a cabo una fecundación asistida y llevarón al menor ante el Registro Civil, institución ante la cual no se les dice que biológicamente no es su hijo, pues en el andar cotidiano se dice "que es más padre el que educa que el que engendra".

En lo que respecta al registro Civil, debe de abstenerse de dar información alguna, tomando en consideración que al presentar a un menor a registrar no se informa al Registro Civil, si es producto de una Fecundación Asistida, ya que el dato se deriva de la Constancia de Alumbramiento, y el problema que se tendría aquí es cuando se trata de una mujer que presta el vientre, por lo que al darse este supuesto si se daría a conocer dicha circunstancia a los médicos que atienden el parto, así como a los encargados del hospital, para que se asienten en la constancia de alumbramiento los datos de la mujer que desea tener el hijo, por lo que debe de existir un contrato antes de que se dé la gestación.

Otro de los temas que menciona es lo que se refiere a que si pueden estar en el comercio los óvulos y espermatozoides, manifestando que el problema se origina cuando se habla de embriones, pero no cuando se tocan en forma particular. Y en lo que respecta a las obligaciones menciona si existe responsabilidad civil, de quien lo implanta, de quienes lo realizan, y si puede darse el daño moral.

Hace mención que el Juez de lo Familiar no conoce de lo que es Bioética, por lo cual si tiene algún caso de esta naturaleza no lo podría resolver. Aquí cabe el comentario que si se presenta un caso concreto ante un Juzgado Familiar, puede allegarse de las personas que cuenten con los conocimientos que se requieran en la materia para resolverlo.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Otra de las cuestiones importantes que retoma es la creación del CONSEJO DE FAMILIA, lo que ya se contempla en otras legislaciones nacionales e internacionales.

#### 4.4. DERECHO DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS.

Cabe hacer mención de lo que establece la CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS la cual establece:

"PARTE I.

ARTICULO 1.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad

ARTICULO 7.- 1.- El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos. 2...

EL MANUAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS EN EL DISTRITO FEDERAL dice:

"...ARTICULO 5.- De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente Ley las niñas y los niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

<sup>42</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, México 1999, p. 588.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

B).- A la identidad, Certeza Jurídica y Familia:

IV.- A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aún en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña y niño..."<sup>50</sup>

De estas dos últimas legislaciones se desprende que los menores tienen derecho a conocer a sus padres, más sin embargo no compartimos lo establecido por el Código de Querétaro, como ya se dijo en líneas anteriores, ya que se debe de atender a su vez al interés superior del menor y el hacer de su conocimiento que las personas con las cuales, vive y ha compartido su vida no son sus padres le causaría un grave perjuicio.

#### **MATERIA CIVIL.**

Y no podemos dejar de analizar nuestro Código civil el cual establece en diferentes artículos cuestiones relativas a los métodos de fecundación asistida:

**ARTICULO 162.-** Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Manual de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, Gobierno del Distrito Federal, Equidad y Desarrollo Social, Título Segundo De los Principios rectores y de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, Capítulo II de los Derechos, México 2001.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

De aquí se desprende que para que una pareja unida en matrimonio pueda tener un hijo por algún método de Fecundación asistida, forzosamente requerirá del consentimiento de su cónyuge.

Si no existe ese consentimiento y se efectúa algún método de fecundación trae como consecuencia lo que establece a continuación:

ARTICULO 267.- Son causales de divorcio:

FRACCION XX.- El empleo de métodos de fecundación asistida, sin el consentimiento de su cónyuge.

Y aquí cabría una interrogante ¿qué pasaría con ese hijo, se considerará hijo de matrimonio?, como ya hemos señalado para que se de tal conducta de acudir a alguno de los métodos de Fecundación Asistida se debe de tener el consentimiento del otro cónyuge, en tal virtud si se efectúa sin el consentimiento del otro, tenemos una causal de divorcio y el hijo no se consideraría de matrimonio, sino de "madre soltera" o de "padre soltero", lo que reforzaría lo establecido por el artículo siguiente:

ARTICULO 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan...

A su vez el artículo 324 que regula lo relativo a los hijos del matrimonio, sin que se desprenda cuestión alguna de hijos nacidos por medio de técnicas de fecundación asistida.

ARTICULO 326.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

ARTICULO 329.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

Como se desprende del primer artículo mientras exista consentimiento no se podrá impugnar la paternidad, y si se reconociere como hijo de matrimonio sin el consentimiento del cónyuge con la utilización de métodos de reproducción asistida posteriormente el varón podría tramitar la impugnación de paternidad, en lo que respecta al segundo de los artículos es complemento del primero, puesto que si naciere el hijo después de los trescientos días de la disolución del matrimonio se deja abierta la acción que quiera ejercitar la persona a la que afecta la filiación, excepto si el mismo consintió en la utilización de los métodos de fecundación asistida:

Otro artículo del Código Civil que debemos de analizar es el que se refiere al CONTRATO DE DONACIÓN, del cual hemos hablado en demasía en el presente trabajo

En el artículo 2332 de la ley sustantiva en cita, se establece que: "Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes." En base a lo anterior estaremos hablando de que el espermatozoide o el óvulo son bienes de la persona, si se podrá llevar

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



acabo la donación de éstos, es necesario que se analice tal circunstancia pues como se ha hecho mención no se contemplan como bienes por tal motivo debe de regularse de tal manera que se puedan considerar dentro de la donación.

Siendo lo más importante para que se de dicha donación que se exprese la voluntad tanto del donante como del donatario, estableciendo el Código Civil que dicho consentimiento puede ser por escrito

#### **4.5. PARTICULARIDAD DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE COAHUILA DE ZARAGOZA.**

Antes de empezar a estudiar, en particular la legislación del Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza, con respecto a la maternidad subrogada, es necesario que realicemos un análisis de las legislaciones que sobre el tema han realizado otros países que se han encontrado con la realización de este tipo de reproducción asistida, y así tener un panorama más amplio de estudio del porque este estado ha legislado sobre este tema en particular.

Existen pocos países en los cuales ya se encuentra regulado este tema; en FRANCIA existe un Código de Genética, y del cual se desprenden los siguientes puntos.

Artículo 16.- La ley garantiza la primacía de la persona, prohíbe toda vulneración de la dignidad de la misma y asegura el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida.

16-1 El cuerpo humano es inviolable.

El cuerpo humano sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

16-5 Serán nulos los contratos que tengan como finalidad conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos o sus productos.

16-6 No podrá concederse ninguna remuneración a quien se preste a un experimento sobre su persona, a la extracción de elementos de su cuerpo o la recogida de productos del mismo.

16-7 Será nulo todo contrato que tenga por objeto la procreación o la gestación por cuenta de un tercero.

16-8 No podrá divulgarse ninguna información que permita identificar a la vez a la persona que ha realizado la donación de un elemento o de un producto de su cuerpo y a la que lo ha recibido. El donante no podrá conocer la identidad del receptor ni el receptor la del donante."<sup>51</sup>

En base a lo anterior se desprende de los artículos 16-7 y 16-8, que entre los mismos existe una contradicción, pues el primero de los citados hace mención a que será nulo el contrato que tenga por objeto la procreación o gestación de un tercero, y en el segundo de los artículos en cita, establece que no podrá conocer la identidad del donante el receptor y a su vez éste el del donante, contradicción que deja una gran laguna en la legislación Francesa, pues por un lado no lo contempla y por otro permite la existencia del tercero.

En el **REINO UNIDO** existe la LEY DE 1 DE NOVIEMBRE DE 1990, de FERTILIZACION HUMANA Y EMBRIOLOGÍA.

La cual establece lo siguiente:

<sup>51</sup> Soto Lamadrid, Miguel Angel, " Biogenética, Filiaición y Delito, La Fecundación Artificial y la Experimentación ante el Derecho", Editorial Astrea, Buenos Aires 1990, p 356

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Artículo 1. Significado de <<embrión>>, <<gameto>> y expresiones afines.

1.- En esta ley, excepto cuando se disponga lo contrario:

- a) Se entiende por embrión humano vivo cuando la fertilización esté completamente consumada, y
- b) La referencia al embrión es extensiva al huevo en proceso de fertilización, y, a estos efectos, la fertilización sólo se considerará consumada y completa cuando aparezca un cigoto de dos células.

2.- Esta Ley, en la medida en que rige el proceso de creación del embrión, se aplicará únicamente al proceso de creación de un embrión fuera del cuerpo humano; y en la presente Ley:

- a) Toda referencia a embriones cuya creación se haya producido in vitro (tratándose de aquellos en los cuales la fertilización fuese completa y consumada) será extensiva a aquellos para los cuales la fertilización comenzó fuera del cuerpo humano, independientemente de si se completó allí o no, y
- b) La referencia a embriones extraídos de una mujer no incluye los embriones cuya creación se produjo in vitro.

3.- La presente Ley, en la medida en que rige el almacenado o el uso del embrión, se aplicará únicamente al hecho de conservar o utilizar un embrión fuera del cuerpo humano.

4.- Las referencias en esta Ley a gametos, huevos o espermatozoides, excepto en caso de que se disponga lo contrario, comprenderán los gametos, huevos o espermatozoides vivos, pero no incluirán ni gametos ni óvulos en proceso de fertilización.

Artículo 2 - Otros términos:

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

<< El consejo>> se refiere a la autoridad competente en materia de fertilización humana y de embriología que se crea por el artículo 5º de esta Ley...

Se entiende por << servicios de tratamientos >> servicios médicos, quirúrgicos o de obstetricia ofrecidos al público o a determinadas personas con el fin de asistir a las mujeres embarazadas.

Toda referencia en esta Ley almacenamiento, en relación con embriones o gametos, incluye el almacenamiento en estado de conservación, ya sea conservados por criopreservación, ya por cualquier otro método; y en esta Ley se hará referencia a los embriones y gametos así guardados mediante el término <<almacenado>> (y del mismo modo se interpretarán las palabras << almacén >> y << almacenamiento>>).

3.- A los efectos de esta Ley, no se considerará embarazada a una mujer hasta que el embrión haya anidado.

#### Artículo 3.- Prohibiciones en materia de embriones

1.-Nadie:

- a ) llevará acabo la creación de un embrión, ni
- b) almacenará o utilizará un embrión, excepto en caso de que obtenga permiso para ello.

2.- Nadie Implantará en el seno de una mujer:

- a) un embrión vivo que no sea humano, ni gameto vivo alguno que no sea humano.

3.- Ningún permiso podrá autorizar a:

- a) almacenar o utilizar un embrión después de que haya aparecido la línea primitiva.
- b) implantar embriones en animales, cualesquiera que sean.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

- c) almacenar o utilizar embriones en cualesquiera circunstancias en que lo prohíba una disposición legal, ni a
- d) sustituir el núcleo de una célula de un embrión por el núcleo extraído de una célula de persona alguna, ya se trate de embrión o de su desarrollo posterior...

Artículo 4.- Prohibiciones en materia de gametos:

1.Nadie:

- a) podrá almacenar gametos, ni utilizar espermatozoides de hombre alguno durante el tratamiento a que se halle sometida una mujer a menos que este servicio se preste al hombre y a la mujer juntos o que se utilice los óvulos de otra mujer.
- b) o bien juntar gametos con gametos vivos de animal alguno.

...3.- Nadie podrá colocar espermatozoides ni óvulos dentro de una mujer en ninguna de las circunstancias especificadas por la ley, salvo que exista el correspondiente permiso" <sup>52</sup>

Cabe hacer notar que en este mismo código existe un Consejo de fertilización Humana y Embriología.

En SUECIA existe la Ley n.º 115, de 14 de marzo de 1991, relativa a las medidas con fines de investigación o de tratamiento en relación con los embriones; de la cual se transcriben los siguientes puntos:

"Artículo 1.- En el sentido de la presente ley, las medidas relativas a embriones de origen humano estarán sujetas al consentimiento de los donantes del espermatozoides y los óvulos.

Artículo 2.- Todo experimento con fines de investigación o tratamiento realizado sobre embriones deberá efectuarse durante un plazo máximo

de 14 días a partir de la fecundación. La experimentación no podrá tener como finalidad el desarrollo de métodos que generen modificaciones genéticas que puedan ser hereditarias.

Al término del plazo contemplado en el párrafo anterior, todo embrión que haya sido objeto de experimentación deberá ser inmediatamente destruido.

...Artículo 4. Los embriones que hayan sido objeto de experimentación con fines de investigación o de tratamiento no podrán ser introducidos en el cuerpo de una mujer. Las mismas disposiciones se aplicarán si los óvulos no fecundados o los espermatozoides utilizados para la fecundación han sido objeto de experimentación."<sup>53</sup>

En **ALEMANIA** existe la **LEY SOBRE LA PROTECCIÓN DE EMBRIONES**, del 13 de diciembre de 1990, la cual se enfoca a la utilización abusiva de técnicas de trasplante, la utilización abusiva de embriones humanos, prohibición de elección de sexo, fecundación arbitraria, implante arbitrario de embriones y fecundación artificial después de la muerte, lo que a continuación se transcribe:

"ARTICULO 1.- Utilización abusiva de técnicas de trasplante.

1.- Se castigará hasta con tres años de privación de libertad o con sanción pecuniaria a quien

1.- Implante a una mujer un óvulo ajeno no fecundado;

2.- Intente fecundar artificialmente un óvulo con una finalidad distinta a la de producir un embarazo en la mujer de la que proceda dicho óvulo;

3.- Intente implantar, dentro de un mismo ciclo, más de tres embriones a una mujer;

4.- Intente fecundar, dentro de un mismo ciclo, más de tres óvulos, mediante un implante intratubárico de gametos;

5.- Intente fecundar más óvulos de una mujer de los que se deban implantar dentro de un mismo ciclo;

6.- Extirpe un embrión de una mujer antes de que se complete su proceso de anidación en el útero, con la finalidad de implantarlo a otra mujer, o para utilizarlo con un propósito distinto de su conservación; o

7.- Intente fecundar artificialmente a una mujer que esté dispuesta, tras el nacimiento del niño a cederlo para siempre a una tercera (madre adoptiva), o pretenda implantarle un embrión humano.

Aquí cabe hacer mención en el apartado 1, que a contrario sensu, esta permitido si el óvulo ya esta fecundado in vitro solo para implantar en la mujer; al igual que en el apartado 2 procede la interrogante de que si es para embarazo esta permitido.

2.- Se castigará igualmente a quien:

- 1) ocasione, por métodos artificiales, la penetración de un espermatozoide humano en un óvulo humano;
- 2) o implante artificialmente un espermatozoide humano a un óvulo humano, sin la intención de provocar un embarazo en la mujer de la que procede dicho óvulo.

Aquí podríamos hacer el comentario de que se podría decir que esta prohibido solo experimentar en la mujer la fecundación.

3.- No se castigará:

- 1) en los casos del apartado 1, números 1, 2 y 5, a la mujer de la que provenga el óvulo o el embrión, así como tampoco a la mujer a la que se le implante un óvulo o a la que deba implantarse el embrión;

TESIS CON  
 FALLA DE ORIGEN

2) en los casos del apartado 1, número 7, a la madre adoptiva, así como tampoco a la persona que quieran hacerse cargo permanente del niño.

4.- En los casos del apartado 1, número 6, y del apartado 2, será punible asimismo la tentativa.

ARTICULO 2.- utilización abusiva de embriones humanos.

1.- Quien venda o, con un propósito distinto de su conservación, ceda, adquiera o utilice un embrión humano producido extracorpóreamente o extirpado de una mujer antes de su anidación definitiva en el útero, será castigado con privación de libertad o con sanción pecuniaria.

2.- Igualmente se castigará a quien, con propósito distinto al de producir en embarazo, facilite el ulterior desarrollo extracorpóreo de un embrión humano.

3.- Será punible asimismo la tentativa.

ARTICULO 3.- Prohibición de elección de sexo.

Quien intente artificialmente fecundar un óvulo humano con un espermatozoide, que haya sido elegido a tenor del cromosoma sexual que contenga, será castigado con pena de hasta un año de privación de libertad, o con sanción pecuniaria. No procederá pena cuando la elección del espermatozoide por parte de un médico tenga como fin evitar que el niño contraiga una distrofia muscular de tipo Duchenne, o que resulte afectado por una enfermedad, igualmente grave, hereditaria según el sexo, y cuando el organismo competente, según el Código Civil, haya reconocido dicha gravedad en la enfermedad que amenaza al niño.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



ARTICULO 4.- Fecundación arbitraria, implante arbitrario de embriones y fecundación artificial después de la muerte.

1.- Será castigada hasta con tres años de privación de libertad o sanción pecuniaria, quien

- 1) intente fecundar artificialmente un óvulo sin que la mujer, cuyo óvulo sea fecundado, ni el hombre, cuyo espermatozoide sea utilizado para la fecundación, hayan dado su autorización al efecto;
- 2) intente implantar un embrión a una mujer sin su autorización; o
- 3) conscientemente y mediante un procedimiento artificial, fecunde un óvulo con el espermatozoide de un hombre tras la muerte de éste.

2.- No se castigará en el caso del apartado 1, número 3, a la mujer a la que se someta al proceso de fecundación artificial."

La ley transcrita alemana nos ha dejado un panorama de reflexión, en el sentido de que en la misma se encuentra regulado lo que no se ha visto en las leyes señaladas con anterioridad de los países de Suecia, reino Unido y Francia, toda vez que en esta se señala lo que es referente a la madre adoptiva, y además en el artículo 4 habla de las penas hacia aquellas personas que realicen la fecundación de un óvulo con el espermatozoide de un hombre ya fallecido, cuestión que se vería en los bancos de semen y se perdería el control si no se tiene el registro del donante así como los datos generales del mismo, debiendo tener a su vez, la precaución de continuamente estar en contacto con los donantes a efecto de saber si se encuentra vivo o si no ha adquirido alguna enfermedad posterior que pueda traer una consecuencia jurídica más adelante.

Con relación al artículo 4, apartado 1, podríamos considerar que se conozca al donador o haya dado su voluntad al momento de donar el óvulo o espermatozoide respectivamente y definitivamente Pos. Mortem, esta prohibido, sino dejo disposición testamentaria al respecto.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Asimismo se encuentra regulado la prohibición de elegir el sexo del embrión; y aquí se puede hacer mención que actualmente "la ciencia ha crecido tanto que se puede elegir el sexo del embrión, así como el color de los ojos y otro tipo de características físicas, comentario que se realizó en el Foro de Implicaciones Médicas y Jurídicas de la reproducción asistida, efectuada el día diez de octubre del presente año".<sup>54</sup>

Como se puede desprender de los códigos antes transcritos, existen países en los cuales se encuentra regulado satisfactoriamente la utilización del óvulo, espermatozoide y embrión, lo que debe de tener como consecuencias, que se lleve un seguro control de cuantas personas llevan acabo el procedimiento de Fecundación asistida en sus modalidades según el caso concreto, es decir, por Inseminación artificial o por Fecundación In vitro, y con ello prever alguna problemática que se pueda desprender de las mismas, pues como se ha comentado es un tema de importancia mundial la cuestión de la filiación entre los donantes y el embrión, observándose de los mismos que todo se refiere o va encaminado hacia la voluntad de las personas, haciendo notar que en Francia es Nulo el contrato el cual su objeto sea la procreación o la gestación por cuenta de un tercero, reiterando que existe una contradicción e la ley Francesa, en virtud de que si contempla la figura del donador, por lo que se podría entender que podría estar permitido, pero mal regulado o redactado.

Al pretender una regulación hacia la maternidad subrogada el Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza, decidió regular la misma en su Código Civil, que fuera publicado en el periódico oficial, el viernes 25 de junio de 1999, en donde el C. Rogelio Montemayor Seguy, gobernador Constitucional del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza, a sus habitantes dio a conocer las formas realizadas.

<sup>54</sup> Foro Implicaciones Médicas y Jurídicas de la Reproducción asistida, Efectuada el día 10 de Octubre del 2001, Cámara de Diputados II Congreso de la Unión LXIII Legislatura, Comisión de Salud, tema 11. GENOMA HUMANO Dra. Mabel Cerrillo Hinojosa, Orozco Delicias Antonio, "Fundamentos Antropológicos de Ética Racional, Qué es la Persona y cuál es su Dignidad, Cuaderno de Bioética"

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Es de considerarse que al legislar sobre este tema, se tomaron en consideración muchos aspectos relacionados con el mismo, los cuales fueron enfocados a salvaguardar los derechos del ser humano.

Primeramente se autoriza la realización de las técnicas de reproducción humana asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro con transferencias de embriones, u otras similares), siempre que estén justificadas y autorizadas y se realicen en centros o servicios sanitarios y por equipos cualificados y legitimados para ello.

Después la aprobación de una legislación que posibilite y regule las técnicas de fecundación asistida, así como la investigación y experimentación positivas que de aquellas puedan derivarse. En su defecto, y hasta entonces deberían promulgarse las normas reglamentarias precisas.

La legislación o normativa debería tenerse en cuenta los intereses en conflicto de las mujeres receptoras, de los padres legales, de los donantes, de los futuros hijos, de los centros sanitarios y de los colectivos profesionales que realicen o intervengan en la realización de estas técnicas.

Es importante producir legislación o normativa sobre la cualificación y protección jurídica de los gametos y de los embriones humanos, considerando a estos últimos desde su origen y hasta su extinción natural, no provocada caprichosa ni arbitrariamente.

Hay que garantizar tanto al hombre como a la mujer, solteros o casados, el secreto sobre su esterilidad y sobre el origen de los hijos nacidos por estas técnicas de reproducción.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Se debe considerar como pareja heterosexual estable a la pareja que mantenga una relación similar al matrimonio, y asuma, respecto de los hijos, los derechos y obligaciones de aquél.

Debe prohibirse las denominadas «desviaciones no deseables» será considerada delito criminal.

Se debe permitir que un miembro del matrimonio o de la pareja estable pueda utilizar los gametos congelados del otro miembro ya fallecido para lograr su propia descendencia.

Se debe autorizar la donación de gametos y embriones humanos.

La donación de gametos para la fecundación asistida no debería poder ser revocada.

La donación de gametos y embriones humanos nunca tendrá carácter lucrativo y comercial, si bien deberán compensarse a los donantes los gastos que pudieran originarse por aquéllas, tales como la pérdida de ingresos ocupacionales o los gastos de desplazamiento.

Se debe prohibir las instituciones, ajenas a los centros sanitarios autorizados para realizar las técnicas de fecundación asistida, que trafiquen con gametos o embriones humanos.

Las personas que trafiquen mercantilmente con embriones o gametos humanos serán objeto de sanción.

La donación de gametos o de embriones será realizada únicamente por personas mayores de edad, en buen estado de salud psicofísica y genética y con libertad y capacidad para decidir

La donación de gametos a los bancos de gametos sólo se podrá realizar cuando el estudio psicofísico estandarizado de los donantes resulte favorable, e incluirá el

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

genotipo y el cariotipo, para descartar la transmisión de enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas.

Tales estudios de selección de donantes, y en el caso de utilización de material genérico fresco para uso inmediato, se realizarán en la medida de lo posible con la misma amplitud que cuando el material se va a congelar.

La donación de gametos o embriones será siempre voluntaria, y se realizará sin ningún tipo de coacción o inducción sobre los donantes, que la realizarán dando consentimiento escrito una vez que son aceptados como tales y han sido informado sobre sus fines y consecuencias.

La edad de los donantes debería establecerse entre los dieciocho y los treinta y cinco años de edad.

Cada hombre o mujer que donen semen y óvulos, respectivamente, y también si conjuntamente donaran embriones, deberán comunicar si están casados o forman pareja estable o no. Cuando ocurra lo primero, deberán hacer la donación con consentimiento del otro miembro al que están vinculados.

Los donantes de gametos y embriones deberán ser mantenidos en el anonimato, custodiándose su ficha o historia clínica referencia en los Centros y Servicios Sanitarios con la exigencia del más escrito secreto.

Los donantes no deberán conocer la identidad de la receptora, y viceversa.

Los donantes de gametos y embriones deberán ser advertidos de la posibilidad de que el o los hijos nacidos de su donación deseen ampararse en la Constitución y en las leyes para intentar recabar la investigación de la paternidad.

Los donantes de gametos y embriones, en ningún caso podrán reclamar ni ser reclamados para el cumplimiento de las responsabilidades ligadas a su paternidad o maternidad.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Los donantes tienen derecho a que los gametos o embriones sean tratados con las debidas garantías científicas y técnicas.

De una misma donante de semen u óvulos, respectivamente, sólo deberían nacer como máximo seis descendientes, y en una misma circunscripción territorial, hasta que este número se determine por Ley.

Se prohibirá develar la identidad de los donantes de gametos o embriones, y de los receptores.

Sólo cuando se den circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, debería ceder el secreto de la donación en aras de aquel interés preeminente, sin que ello implicara reconocimiento jurídico de al paternidad ni publicidad de la identidad del donante.

No será divulgada ninguna información respecto de los donantes o de los receptores, o de las exploraciones o técnicas de que hayan sido objeto, para ningún fin, salvo que los receptores o los hijos nacidos soliciten información general sobre los donantes que no incluya su identificación.

Debe organizarse un registro nacional informatizado de donantes de gametos y embriones, así como de las muestras de material reproductor humano, con las garantías, cautelas y requisitos precisos, y en forma de clave.

El registro nacional de donantes de gametos y embriones debería consignar asimismo cada uno de los hijos nacidos de los distintos donantes, la identidad de las parejas o personas receptoras y su localización territorial, siempre que sea posible.

Se garantizará a los donantes de gametos o embriones que el material reproductor donado nunca será objeto de comercio y que su utilización será la acordada expresamente al hacer la donación.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La donación por parte del banco de gametos o embriones a posibles receptores, exigirá en éstos los mismos estudios y pruebas a los donantes.

Los donantes de gametos de gametos y embriones nunca intervendrán en el traslado del material donado de un Centro o servicio a otro.

Cuando en el registro nacional citado o en los centros o servicios sanitarios dedicados a la fecundación asistida se tenga conocimiento de que han fallecido los correspondientes donantes, la muestra donada deberá pasar a disposición de los bancos en que el depósito deberá conservarse para ser utilizada según el acuerdo establecido al hacer la donación.

Los gametos de un miembro de una pareja estable o matrimonio, ya fallecido, podrán ser utilizados por el otro y para lograr su propia descendencia, pero en ningún caso el hijo nacido deberá ser tomado en consideración a efectos de sucesión y herencia del fallecido.

Las personas que vayan a ser tratadas con radio terapia, quimioterapia o procedimientos similares para los mismos fines, podrán depositar sus muestras de material reproductor en los bancos correspondientes, y sólo para su propia utilización posterior. Estas muestras serán destruidas si los depositantes fallecieran.

No debe permitirse la donación de embriones obtenidos por lavado uterino, para transferencia a otra mujer.

Se debe recomendar como edades más idóneas de la mujer para la procreación utilizando estas técnicas, las comprendidas entre los dieciocho y los treinta y cinco años.

Quienes vayan a ser asistidas por estas técnicas de procreación no podrán escoger los donantes, debiendo confiara su elección al mejor criterio del equipo médico que realiza las técnicas.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Se debe garantizar que los donantes tengan la mayor similitud fenotípica e inmunológica, y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y con el varón de pareja o matrimonio que constituyen.

Las receptoras de gametos o embriones y el varón que forme la pareja estable o matrimonio, tienen derecho a conocer determinadas características del o de los donantes, tales como el genotipo, el grupo étnico, el grupo sanguíneo, la salud genética, etc., pero no su identidad.

La mujer y su pareja tienen derecho a ser informados sobre las pruebas que se hayan realizado al o a los donantes elegidos para contribuir a la realización en ella de estas técnicas.

Debe regularse que le matrimonio o pareja estable a cuya mujer se realice una IAD, o una FIV con semen, óvulos o embriones de donantes previa y fehacientemente el consentimiento de ambos miembros de aquel vínculo, serán los padres legales del o de los hijos que nazcan.

El marido o varón de una pareja estable, a cuya mujer se ha realizado una IAD o una FIV con material germinal donado, sin que él haya dado su consentimiento o cuando si hubo consentimiento éste fue desatendido en sus términos sustanciales probadamente, podrá al hijo así nacido, que será registrado como sin padre.

Cuando se hayan donado embriones de una pareja previamente fallecida, la pareja receptora serán los padres legales, y sus hijos serán sus herederos (y no de los donantes), siempre que la pareja receptora haya dado su consentimiento expreso y escrito.

La condición de padres legales previamente consentida en esos casos citados, no podrá anularse aunque los hijos nacieren con taras o enfermedades hereditarias.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Los niños nacidos con estas técnicas de procreación cuando en su origen hayan participado donantes anónimos, tendrán los mismos derechos que los niños concebidos, de forma natural o no, con gamenio.

Los niños nacidos por estas técnicas tienen derecho a exigir la protección de sus padres legales.

Los hijos nacidos por estas técnicas cuando intervienen donantes, se inscribirán en el registro local sin que conste ningún dato sobre su origen biológico.

El hijo nacido por estas técnicas de procreación deberá ser considerado legalmente como hijo de la madre que lo ha gestado y del varón de la pareja que constituye, siempre que ambos lo hubieran acordado y aceptado previamente en un documento fehacientemente.

Debe prohibirse cualquier acción de filiación, cuando los padres hayan consentido la realización de estas técnicas a la mujer, previa y expresamente por escrito.

Se debería garantizar el secreto del origen de los niños nacidos por estas técnicas de procreación, no sólo por los profesionales o centros sanitarios, sino también al amparo de una legislación.

Ahora, por lo que respecta a los hijos nacidos post-mortem, al legislar sobre el tema es importante considerar lo siguiente.

Los hijos nacidos de donantes tendrán derecho, llegada la mayoría de edad, a conocer las características generales biofísicas de los donantes, pero no su identidad.

Debe establecerse legalmente si los hijos nacidos de donantes pueden recurrir al amparo constitucional y a las leyes para recabar la investigación de la paternidad.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En cualquier caso, la investigación de la paternidad no deberá tener consecuencias legales para los donantes de gametos o embriones.

Para establecer la progenitura en los niños nacidos por donación de embriones se tendrá en cuenta la fecha en que nacieron y no el momento de la producción in vitro de los embriones correspondientes.

Debe prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia.

Debe ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que las realicen.

Se debe considerar como objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizaran las técnicas para la gestación de sustitución.

Puede autorizarse la gestación en la mujer sola por medio de estas técnicas, si padece una esterilidad irreversible que las justifique, y con cargo al erario público.

Si la mujer sola estéril tiene un ciclo ovárico normal no se autoriza la gestación por donación de embriones.

La mujer sola estéril podrá beneficiarse de estas técnicas. Se autorizará únicamente la inseminación artificial con semen de donante, sin que los gastos de su realización se hagan con fondos públicos.

Para autorizar una gestación en la mujer sola por estas técnicas, se valorará previa y razonablemente si la mujer reúne las condiciones precisas para gestar, mantener y educar dignamente al futuro hijo, y para facilitarle el adecuado ambiente de bienestar, evitando que pueda ser vejado o indiscriminado socialmente por causas ostensibles y notorias inherentes a la mujer.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Todos los centros o servicios en los que se realicen estas técnicas de procreación humana deberán tener la consideración de centros o servicios sanitarios, públicos o privados, y se regirán por lo informado en la «Ley general de sanidad» y en la normativa correspondiente de las distintas Administraciones públicas.

Las técnicas de fecundación asistida, y las actuaciones permitidas que de ellas pueden derivarse, sólo podrán ser realizadas en centros o servicios sanitarios legalmente autorizados, acreditados y homologados para tales fines. Estarán dirigidos por un médico o titulado superior cualificado en las materias específicas que realicen, y su ámbito actuacional serán los equipos de trabajo.

El incumplimiento de los requisitos reglamentarios para el funcionamiento de estos centros y servicios, con responsabilidades que de ello puedan derivarse, será sancionado administrativamente, sin perjuicio de otras actuaciones legales de que pueda ser objeto.

Para garantizar la buena práctica de estas técnicas, los centros y servicios deberán contar con el equipamiento y medios precisos, humanos y materiales, y entre ellos, en su caso, gabinetes psicológicos.

Los centros y servicios tendrán carácter regional y nacional.

Los centros y servicios deberán someterse al control de calidad y la evaluación de sus actividades.

Se debe tender a que los bancos de gametos y embriones formen una unidad específica e interdisciplinar en los centros o servicios en los que se realizan las técnicas de fecundación asistida.

En los departamentos o servicios de ginecología debería procurarse que las personas subsidiarias de estas técnicas y tratamientos sean atendidas independientemente de otras usuarias.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Se debe reglamentar el transporte de gametos o embriones entre los centros o servicios que realicen estas técnicas.

Se debe contar con un registro nacional de centros o servicios que realizan estas técnicas de procreación, a disposición de los usuarios.

La autoridad responsable de la de fecundación asistida» y las Administraciones sanitarias deben indicar, y ser exigidos por las últimas, los requisitos de organización y funcionamiento de estos centros y servicios y los mecanismos de información y asesoramiento.

Los equipos médicos que trabajen en estos centros o servicios sanitarios deberán estar contrastadamente cualificados y legitimados y contarán con las estructuras y equipamiento necesarios. Actuarán interdisciplinarios y bajo la dirección de un director de centro, departamento o servicio.

Los equipos médicos que responsabilicen de la realización de estas técnicas habrán de exigir los oportunos consentimientos de los donantes, de las receptoras y en su caso de los varones del matrimonio o pareja que constituyan, anticipadamente y por escrito.

Los equipos médicos serán responsables penalmente si violan el anonimato de los donantes, si realizan mala práctica con los gametos o embriones o con las técnicas de fecundación asistida o si por omitir el chequeo genético de las partes implicadas se transmitirán a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias que hubieran podido evitarse con aquel examen previo.

El equipo médico que hayan actuado con buena práctica no será responsable de los problemas que estas técnicas puedan derivarse, siempre que las técnicas hayan sido programadas y realizadas correctamente y que las personas estén debidamente informadas de las posibles eventualidades y riesgos.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

El equipo médico que hayan actuado con buena prácticas no será responsable de los hijos nazcan con taras o malformaciones, si bien, ocurriendo esta posibilidad con igual incidencia que en el embarazo normal, deberá comunicarse previamente a las personas sometidas a estas técnicas.

El equipo médico que actúe con buena práctica no será responsable de los daños que puedan producirse en los gametos o embriones, tanto frescos como congelados.

Los equipos médicos deberán realizar a los donantes y a las receptoras cuantos estudios estén protocolizados, y en especial los que puedan evitar la transmisión de enfermedades infecciosas, hereditarias o genéticas, o de cualquier otro factor que pueda originar daños a la mujer o al futuro hijo.

El equipo médico y el personal que trabaje en estos centros y servicios estarán obligado a guardar el secreto de los donantes y de las personas a las que se realicen estas técnicas.

Se sancionará penalmente cualquier información sobre los donantes o receptoras, con excepción de la gestación de sustitución, si esta se autoriza.

Todas las referencias o datos sobre los donantes o receptoras y sus compañeros en el matrimonio o la pareja, así como los consentimientos de las partes implicadas, deberán recogerse en una historia clínica en los centros o servicios correspondientes, con la debida cautela y protección.

La no-realización de las historias clínicas o la omisión de las citadas referencias o datos, determinará responsabilidades de los equipos médicos

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Los datos de las historias clínicas, exceptuando la identificación de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y del varón al que está vinculada, o del hijo legal de ambos nacido por estas técnicas (llegada la mayoría de edad) si fueran solicitados por aquellos.

El equipo médico no aceptará la donación de gametos o embriones cuando pueda sospechar razonablemente que no va a guardarse el secreto de la donación.

El equipo médico deberá responsabilizarse del seguimiento de los embarazos que haya conseguido por estas técnicas, aunque éstos puedan ser atendidos en el ámbito territorial de la mujer gestante.

El equipo médico deberá explicar a los solicitantes de estas técnicas las razones por las que no acepta realizarlas.

El equipo de un banco de gametos o embriones deberá explicar las razones por las que un candidato a donante es rechazado.

El equipo médico no podrá realizar investigaciones o experimentaciones en gametos o embriones si no están legalizadas, o en su defecto si no han sido autorizadas previamente por la autoridad sanitaria, oída la «Comisión nacional de fecundación asistida», y en base a un proyecto.

Los equipos médicos no realizarán terapéuticas genéticas cuando haya otra posibilidad, o si no hay las debidas garantías diagnósticas y del tratamiento a seguir.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Ya que hemos analizado lo anterior, veamos la Particularidad en el Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza, transcritas a la letra:

### SECCIÓN TERCERA

#### CAPÍTULO VIII

#### DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

ARTÍCULO 88. Los derechos de la personalidad son el conjunto de atributos inherentes a las personas físicas, cuyo objetivo es garantizar a éstas el goce de sus facultades físicas, psíquicas, espirituales y de relación, en condiciones óptimas dentro de sus propias circunstancias.

Los derechos de la personalidad son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables, ingravables y pueden oponerse a toda persona, sea autoridad o particular.

ARTÍCULO 89. Con relación a las personas físicas son ilícitos los hechos o actos que:

- I. Dañen o puedan dañar su vida.
- II. Restrinjan o puedan restringir, fuera de los casos permitidos por la ley, su libertad.
- III. Afecten o puedan afectar su integridad física.
- IV. Lastimen el afecto, cualquiera que sea la causa de éste, que tengan por otras personas o por un bien.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

ARTÍCULO 90. Toda persona tiene derecho a que se respete:

I. Su honor o reputación; y en su caso, el título profesional que haya adquirido.

II. Su presencia estética.

III. El secreto epistolar, telefónico, profesional y testamentario.

IV. Su vida privada o íntima.

ARTÍCULO 91. Sin consentimiento de una persona, no pueden revelarse los secretos de ésta, a menos que la revelación deba realizarse por un interés legítimo de quien la haga o en cumplimiento de un deber legal.

ARTÍCULO 92. La ley determinará quiénes tienen el deber de revelar un secreto.

ARTÍCULO 93. La protección del derecho a la individualidad o identidad personal por medio del nombre, se rige por lo dispuesto al respecto por este código.

ARTÍCULO 94. Nadie puede atentar contra la integridad de la especie humana.

Queda prohibida toda práctica eugenésica tendiente a la selección de personas. Se prohíbe la clonación humana.

ARTÍCULO 95. El cuerpo de la persona humana es inviolable y por ello tiene derecho a que se le respete. El óvulo fecundado corpórea o

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



extracorpóreamente, cualquiera que sea su grado de desarrollo, merece la protección que este código y las leyes otorgan a la vida humana inherente a las personas concebidas; en consecuencia, se prohíbe:

I. La concepción in vitro de embriones humanos con fines de estudio, investigación o experimentación, de industrialización o comercialización, o cualesquiera otros distintos a los permitidos por este código.

II. Toda experimentación sobre embriones.

III. Su crioconservación.

ARTÍCULO 96. El cuerpo humano, sus elementos y sus productos, están fuera del comercio y no pueden ser objeto de ningún derecho patrimonial.

Toda convención que tenga por efecto conferir valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos o sus productos, será inexistente.

ARTÍCULO 97. Quien modifique artificialmente el genoma de una célula reproductora humana, responderá de los daños y perjuicios ocasionados como autor de un hecho ilícito, sin perjuicio de las sanciones penales a que pudiera hacerse acreedor.

Queda prohibido y en consecuencia incurrirá en la misma responsabilidad quien intente:

I. Utilizar con propósito de fecundación células reproductoras humanas con un genoma modificado artificialmente.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

II. Asociar en una unidad celular embriones con genomas diferentes, cuando por lo menos uno de ellos sea humano.

III. Producir un embrión diferenciado mediante la fecundación de un óvulo humano con espermatozoide de un animal, o de un óvulo animal con el espermatozoide de un ser humano.

IV. Implantar uno de los embriones a que se refieren las fracciones anteriores a una mujer o a un animal,

V. Implantar un embrión humano a un animal,

VI. Realizar una hibridación o clonación en la que por lo menos una de las células sea humana.

VII. Usar células humanas con fines de reproducción con un genoma modificado artificialmente.

ARTÍCULO 98. Toda persona capaz tiene derecho a disponer parcialmente de su cuerpo en beneficio terapéutico de otra, siempre que tal disposición no ocasione una pérdida o disminución grave y permanente de las funciones de sus órganos o facultades, o de la integridad corporal del disponente, que le afecte su misión social como persona, ni ponga en peligro su vida.

Puede igualmente disponer de su cuerpo para después de su muerte, con fines terapéuticos, de enseñanza o de investigación.

ARTÍCULO 99. En el segundo de los supuestos previstos en el artículo anterior, se aplicarán las siguientes disposiciones:

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

I. El que pretenda disponer de su cuerpo hará saber por escrito su voluntad en tal sentido, a su cónyuge y en su defecto a sus parientes más próximos, así como a la institución beneficiaria y a la Dirección General del Registro Civil.

II. Acaecida la defunción del disponente, su cónyuge o los parientes más próximos de aquél, lo harán saber a la institución beneficiaria y ésta gestionará ante el Oficial del Registro Civil y ante el Director General del Registro Civil la entrega del cuerpo.

III. El Oficial del Registro Civil autorizará la entrega del cuerpo a la institución beneficiaria, si no hay inconveniente desde el punto de vista médico y oyendo la opinión de un médico legista.

IV. Cuando existan signos externos que hagan suponer la comisión de algún delito, se requerirá la autorización del Ministerio Público.

ARTÍCULO 100. Queda prohibido divulgar información que permita identificar a quien haya hecho donación de un órgano o sustancia de su cuerpo, o a quien los haya recibido. El donante no puede conocer la identidad del receptor, ni éste la del donante.

En caso de necesidad terapéutica, sólo los médicos pueden tener acceso a la información que permita la identificación del donante y la del receptor.

El médico que divulgue la identidad del donante o del receptor, además de las penas en que incurra conforme al código penal, se le inhabilitará para el desempeño de su profesión por un término de dos a cinco años

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

y responderá, como autor de un hecho ilícito, de los daños y perjuicios que ocasione.

ARTÍCULO 101. El que arbitrariamente y por cualquier medio se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, será obligado a cesar en tales actividades y a indemnizar al agraviado.

Los tribunales, con arreglo a las circunstancias del caso, aplicarán razonablemente estas sanciones.

ARTÍCULO 102. Salvo lo que dispongan las leyes, la exhibición o reproducción de la imagen de una persona, sin consentimiento de ésta y sin un fin lícito, es violatoria de los derechos de la personalidad. La autoridad judicial, a solicitud del agraviado, ordenará suspender la reproducción o exhibición, sin perjuicio de la responsabilidad del autor de la violación

ARTÍCULO 103. El honor, el respeto al secreto y a la imagen de los difuntos, se protegen en beneficio de los deudos de estos.

ARTÍCULO 104. Los habitantes del Estado de Coahuila tienen derecho a que las autoridades y los demás miembros de la comunidad, respeten los derechos de convivencia por medio de los cuales se protegen las relaciones interpersonales.

ARTÍCULO 105. Enunciativamente se consideran de convivencia los siguientes derechos:

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

I. De asistencia o ayuda en caso de accidente, sin perjuicio de lo que disponga el Código Penal del Estado.

II. De entrar libremente en la casa habitación o lugar de trabajo, sin que lo impidan vehículos u objetos estacionado o colocados frente a la misma, aunque no haya aviso de prohibición en ese sentido.

III. De que no se depositen desechos o desperdicios en el frente o a los lados de la casa habitación, aunque no haya señal o prohibición en este sentido.

IV. A no ser perturbados constantemente con sonidos estridentes, estruendosos o cualquiera otro ruido molesto, o por la luz temporal de lámparas que impidan el trabajo o el reposo.

V. A transitar libremente en calles, avenidas, bulevares y caminos públicos, salvo lo dispuesto por autoridad competente.

ARTÍCULO 106. La violación de los derechos de la personalidad puede producir daño moral y daño económico.

ARTÍCULO 107. La violación a los derechos de la personalidad, por actos de un particular o de una autoridad, es causa de responsabilidad civil tanto por lo que hace al daño moral como al económico, de acuerdo con lo dispuesto en este código, independientemente de cualquiera otra sanción que corresponda al autor de la violación.

ARTÍCULO 108. Puede ocurrirse a los tribunales para que decreten las medidas que procedan, a fin de que cese la violación a los derechos de la personalidad que se esté realizando, si se efectúa por actos

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

continuos o reiterados, o para evitar que se realice una amenaza de violación de estos mismos derechos.

ARTICULO 109.-.....

### CAPÍTULO III

#### DE LA FILIACIÓN

#### SECCIÓN TERCERA

#### DE LA FILIACIÓN RESULTANTE DE LA FECUNDACIÓN HUMANA ASISTIDA

ARTÍCULO 482. Se entiende por asistencia médica para la procreación las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural.

ARTÍCULO 483. Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato, y que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir, sin que sean estériles o infértiles.

En caso de esterilidad o infertilidad, médicamente diagnosticada, se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación heteróloga.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos y por fecundación heteróloga aquella en que por lo menos uno de los gametos es donado por un tercero.

ARTÍCULO 484. A los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida, la Secretaría de Salud del Estado deberá entregarles una guía que contenga especialmente:

- I. Las disposiciones legales sobre procreación asistida.
- II. Descripción de las técnicas.
- III. Las disposiciones legales relativas a la adopción y las instituciones de asistencia autorizadas para promoverla.

ARTÍCULO 485. Además de lo dispuesto en el artículo anterior, la Secretaría de Salud del Estado deberá informar a los cónyuges o concubinos:

- I. Las posibilidades que la ley ofrece en materia de adopción.
- II. Las posibilidades de éxito o fracaso de las técnicas de la asistencia médica para la procreación.
- III. Que solo se permite la fecundación de un ovocito que deberá ser implantado.
- IV. Que una vez fecundado el ovocito deberá ser implantado a la solicitante.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

V. Que está prohibido todo diagnóstico preimplantatorio.

ARTÍCULO 486. Previo al inicio del tratamiento, los cónyuges deberán dar su consentimiento en escritura pública otorgada ante notario y justificar con certificación de tres médicos especialistas en la materia, de los cuales uno lo será de la Secretaría de Salud del Estado, la necesidad de someterse a ese tratamiento. Igualmente deberán justificar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 483 y 484.

Quien haya dado su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación no podrá impugnar la filiación, a no ser que la pretensión se base en que el hijo no nació como consecuencia del tratamiento o que el consentimiento fue privado de efecto.

El concubino que prestó su consentimiento para un tratamiento de asistencia médica para la procreación esta obligado a reconocer la paternidad del hijo resultante de dicho tratamiento.

ARTÍCULO 487. El consentimiento a que se refiere el artículo anterior, quedará revocado de pleno derecho con la muerte de quien lo otorgó, si antes no se hubiere producido la fecundación.

ARTÍCULO 488. Si el matrimonio se disuelve por muerte, divorcio o nulidad, la mujer no podrá ser inseminada con material genético de quien fuera su marido. Si hubiere un óvulo fecundado en forma extracorpórea, deberá ser implantado a la viuda, divorciada o a la mujer cuyo matrimonio se anuló.

Si el hijo nace dentro de los trescientos días de disuelto el matrimonio, o de que el óvulo fue implantado, quedará atribuida la paternidad a quien era el marido de la madre.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



ARTÍCULO 489. Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente.

ARTÍCULO 490. La identificación de una persona por medio de sus improntas genéticas, está permitida cuando tenga por objeto establecer o rechazar un lazo filiatorio.

También está permitido a la persona la investigación de su origen biológico, pero tratándose de fecundación asistida heteróloga no se establecerá ningún lazo filiatorio entre el hijo y el donante de los gametos.

ARTÍCULO 491. EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA ES INEXISTENTE Y POR LO MISMO NO PRODUCIRÁ EFECTO LEGAL ALGUNO.

Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.

Es necesario aclarar además que no es lo mismo la regulación normativa de las técnicas de reproducción asistida, que la regulación normativa de los efectos de dichas técnicas. es decir, que lo primero va encaminado a como el derecho regulará el ejercicio de las practicas de reproducción asistida, como son quien puede ser el beneficiario, cual es su objetivo y finalidad, y lo segundo al establecimiento de la filiación ya sea paterna como materna cuando se ha utilizado alguna de estas practicas.

“En el Derecho comparado a este respecto existen dos formas, clases o tipos de normar estas realidades: la primera es, separando ambos contenidos,

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

estableciendo que el primero, es vinculado a una fiscalización sanitaria-administrativa, mientras que el segundo estará directamente relacionado con el Derecho de Familia; no obstante, también existen legislaciones en las que se hace un tratamiento global, encontrándonos con leyes sobre reproducción asistida, que contienen aspectos regulatorios de Derecho administrativo, pero también aspectos relativos a la determinación de la filiación de los hijos".<sup>55</sup>

Por lo que pasemos a analizar ahora que pasa en nuestra legislación, ¿se encuentra regulada tal circunstancia?; interrogativa que nos formulamos, toda vez en la República del Salvador se encuentra estipulado en su Constitución Política tal circunstancia, lo que a continuación se transcribe: "En el Salvador, tanto la Constitución, como la ley secundaria (es decir el Pacto de San José: un Tratado sobre Derechos Humanos ratificado por el Estado salvadoreño y por lo tanto que tiene el valor de ley de la República) señala que la vida principia desde la concepción, por lo que cabe protegerla desde tal momento; ello genera o implica cierto problema con la etapa de fertilización y división in vitro de los gametos, ya que generalmente para evitar un fallo, o para dar "una opción" al particular, se utiliza, no uno sino varios embriones (dignos de protección de vida), algunos de los cuales luego de la utilización del escogido, pueden quedar congelados, utilizados para la comercialización o simplemente desechados.

"El embrión constituye una realidad distinta a sus progenitores y que la tutela de su vida impide constitucionalmente aceptar su eliminación. De ahí que en sí la fecundación in vitro no es que plantee problemas sobre constitucionalidad, pero sí en cambio sobre la utilización de los embriones desechados durante el proceso."

<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Soto, Lamadrid Miguel Ángel, Op. Cit., p. 363.

<sup>56</sup> Idem.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Del comentario anterior podemos observar que tan importante es que en nuestra Carta Magna se regule la situación de los ovulos, los espermatozoides y el embrión; así como, que pasa con los menores que nacen en base a una fecundación asistida, en todas sus modalidades o si no es posible, que se estipule la base para que en nuestra ley tanto sustantiva como adjetiva se determine tal circunstancia, que como se ha observado es desde el momento de la concepción, desprendiéndose de nuestra constitución que solamente el artículo 4° regula lo relativo al espaciamiento de hijos y al sano desarrollo de los niños, artículo que establece:

**ARTICULO 4°.-** La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Toda familia tiene de derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Como se puede observar del artículo anterior, nuestra constitución, no refiere nada respecto de las cuestiones que nos ocupan en este trabajo, dejándose en el "aire" lo referente a los embriones pues solo habla de lo que es el "niño", "persona", "menores" y niñez, y no toca la cuestión referente a desde que momento se adquiere la capacidad jurídica o es protegido por nuestras leyes, pero cabría profundizar si a caso solo prohíbe los métodos de fecundación asistida o cabría la máxima que lo que no está prohibido para los particulares está permitido?

En nuestro Código Civil el artículo 22, establece que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

A que efectos se refiere el artículo antes señalado, que cuestiones son las que van ha proteger la ley, no dice nada al respecto sobre la forma de concebir, será solamente la cuestión de los alimentos, o podría hablarse a su vez de cuestiones hereditarias, así como respecto de la paternidad y la maternidad, interrogantes que no son tan fáciles de resolver, más sin embargo veremos la legislación española que es la más avanzada en este tema y con ellos despejar las interrogantes hasta este momento.

En España se encuentran la ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y la Ley sobre Donación y Utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos.

El ámbito de aplicación de las citadas leyes es la siguiente:

"El artículo 1.1. de la LTRA especifica que la regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida Humana incluyen la inseminación artificial (I.A.), fecundación In Vitro (F.I.V.) con transferencia de embriones (T.E.) y la transferencia intratubárica de gametos (T.I.G.)<sup>57</sup>. Esta relación parece enunciativa y no excluye a nuestro entender la diversificación, perfeccionamiento y consiguiente inclusión de nuevas técnicas siempre que << esten científica y clínicamente indicadas y se realicen en Centros y Establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados y por equipos especializados"<sup>58</sup>

Las técnicas de reproducción antes mencionadas se encuentran debidamente especificadas en el presente trabajo, motivo por el cual ya no es necesario retomarlas.

<sup>57</sup> Ley de Técnicas de Reproducción Asistida

<sup>58</sup> Vidal, Martínez Jaime, "Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida. La regulación de la Reproducción Humana asistida en el Derecho Español", Granada España 1990, p. 70

Siendo la finalidad de las leyes comentadas que se pueda dar ampliamente la utilización de las técnicas de reproducción y sea una gran ventana de opciones para aquellas parejas que sufren de esterilidad, regulando a su vez la utilización de las mismas por aquellas personas que no sufren de esterilidad, pero que tienen algún padecimiento hereditario y que desean tener hijos sin que éstos sufran las mismas enfermedades.

Un tema muy importante que toca la ley de asistencia de reproducción asistida, es enfocado a las <<usuarias de las técnicas>>, en el artículo 6° se establece que:

"toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento en la forma que se indica y reúna los requisitos de capacidad antes aludidos"<sup>59</sup>

A este texto, se adhiere el comentario siguiente, pues si bien es cierto del mismo no se desprende nada relativo al varón, la legislación española establece en general que debe existir un hombre que asuma la paternidad legal, por lo que se reitera que solamente puede darse la inseminación dentro de la pareja y quedando prohibido que sea en personas solas, ya que se estaría violando la Constitución, respecto de los derechos del hijo a tener un padre.

El artículo 6.4 de la ley de Técnicas de Reproducción Asistida, establece que: "el consentimiento del varón prestado ante la utilización de estas técnicas a los efectos prevenidos... deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal especificando el citado precepto que el documento extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de esas técnicas se considera escrito indubitado a los

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del registro Civil; queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad".<sup>60</sup>

Que podemos entender de este artículo, efectivamente establece que cuando existe la utilización de técnicas de reproducción asistida por parte del varón debe de existir su consentimiento por escrito el cual cuenta con valor total, pero si existe un tercero que es el donante del semen, se dejan a salvo los derechos de éste para la reclamación de la paternidad, cuestión que suena difícil de asimilar, toda vez que el donante al extender su voluntad, sabe que ese hijo que se puede engendrar no va hacer suyo, sino de la pareja a la cual se le va a practicar alguna de las técnicas de inseminación artificial, por tal motivo no debe de dejársele a salvo derecho alguno respecto de la paternidad.

Ahora bien en lo que respecta a la Ley de Gametos y Preembriones Humanos, la misma se establece con la finalidad de tener un control de donantes para hacer efectivo el derecho a la mujer a fundar su propia familia; más sin embargo se tiene regulada una cuestión muy importante respecto al embrión lo cual se estipula en su Constitución y en el Código Civil, lo que a continuación se transcribe: "La reflexión ética y la discusión jurídica se han proyectado abundantemente sobre la turbadora realidad del embrión humano concebido in vitro. Por nuestra parte tratamos de destacar al abordar esta compleja cuestión que en nuestra Ley civil el concebido es alguien, un ser que vive para nacer, concluyendo tras el examen de distintos textos legales, que los principios contenidos en el artículo 10.1 de la Constitución española suministran una base jurídica para la protección del embrión humano concebido in vivo o in vitro. A nuestro entender resulta claro que la identidad y el desarrollo biológico del ser humano se producen ininterrumpidamente y de forma progresiva desde la concepción. El embrión concebido in vivo o in vitro participa de la dignidad del ser humano, por que de un ser humano se trata. Sin embargo no siempre será posible garantizarle el bien de la vida por cuanto ésta depende de su implantación en el útero materno que no

<sup>60</sup> Ibidem, p. 82

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

puede imponerse forzosamente, como asimismo de una serie de contingencias que pueden determinar en muchos casos de modo forzado su no-viabilidad. En tales circunstancias parece imponerse el criterio de permitir la utilización para fines de experimentación por cuanto se trata de embriones humanos que no tienen expectativa de personalidad..."<sup>61</sup>

Una gran luz de esperanza se establece en el párrafo antes aludido, se le da pleno conocimiento y protección a los embriones, considerándolo como ser humano desde ese momento, por tal motivo y como ya se había comentado anteriormente en nuestra legislación no se establece absolutamente nada al respecto, es decir que en nuestro país se tiene conocimiento que se efectúa la utilización de Técnicas de reproducción Asistida sin tener un completo orden, ni secuencia, ni control de las mismas, desprotegiéndose en todo su ámbito al embrión, el cual el día de mañana llegara a ser un niño del cual no se sepa el paradero de su padre, negándole el derecho a saber quien es.

Esta ley al igual que las demás que se han incluido en este trabajo nos han abierto un cúmulo de expectativas de las cuales podemos enfocar a nuestro derecho a legislar en esta materia, en forma satisfactoria, a lo cual retomaremos la idea de nuestra Constitución, que como ya ha quedado asentado solamente contempla en forma general el derecho de los padres a tener hijos, sin ampliar o especificar si puede ser por cuestión natural o con la utilización de alguno de los métodos de fecundación asistida, más aún que todo niño tiene derecho a la dignidad, satisfacción de sus necesidades y de que sean conocidos sus derechos o sus padres, es decir al Derecho del niño a conocer a sus padres.

Uno de los derechos a los que nos referimos, sería que estuvieran reconocidos por sus padres, cuando dicha inseminación se haya realizado entre los genes de la pareja o bien con genes de un donante: aquí nos encontramos con el gran

<sup>61</sup> Ibidem, p. 86-87

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



problema cuando se trata de Inseminación artificial Heteróloga, toda vez que aquí podríamos tener los siguientes supuestos:

- 1.- Madre Biológica, dona el óvulo ( de la pareja)
- 2.- Padre (de la pareja)
- 3.- Madre substituta, arrendamiento de vientre. (genes de la pareja)
- 4.- Padre Biológico, dona el espermatozoide (tercero)
- 5.- Padre y madre donantes.

Nos encontramos ante cinco supuestos de los cuales se desprendería que cinco personas serían los padres del menor en sus diferentes modalidades, por tal motivo es de suma importancia estipular la calidad de los donantes, es decir, desde el momento en que se ha depositado su semen en el banco, se debe de conocer su personalidad a efecto de verificar que el mismo no cuente con alguna enfermedad congénita o posterior a la donación y además saber si el mismo sigue vivo y no ha fallecido, pero dicho semen será utilizado por las personas que lo requieran sin que el donante tenga derecho a reclamar la paternidad o la maternidad del menor rompiéndose así todo tipo de lazo con los mismos, y una vez que se lleve acabo el procedimiento de registro del nacimiento, ante la Institución del Registro Civil, dicha dependencia se abstenga de proporcionar todo tipo de información al respecto, debiendo ser "secreto".

Otro factor del cual debemos de estipular su alcance y su función es lo que se conoce como maternidad subrogada, arrendamiento de vientre, madre substituta, etc y que como sabemos se lleva acabo cuando la madre que desea tener un hijo, no puede hacerlo en virtud de que sus trompas de Falopio se encuentran dañadas, haciendo la observación que si la mujer que desea tener un hijo, tiene dañada una trompa pero la otra le funciona satisfactoriamente se puede dar el embarazo.

Por lo cual se deben de realizar los estudios necesarios para que se tenga la certeza que la mujer efectivamente, no pueda tener hijos, y no sea utilizada

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

únicamente para evitarse las molestias del embarazo o en su caso "perder su figura", a este comentario, es necesario manifestar que antes de que se pueda realizar una fecundación con madre substituta, primero se debe de diagnosticar que totalmente a la mujer que desea tener el hijo, y una vez con la certeza que le es imposible, entonces se lleva a cabo la fecundación en tercera persona.

Cabe hacer notar que en España se estipula lo siguiente en relación al tema que estamos analizando, lo que se localiza en el artículo 10 de la Ley de Reproducción asistida: "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de la mujer, que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales."<sup>62</sup>

A grave problema nos enfrenta este precepto, pues nos estipula que dicho contrato será nulo, y la maternidad será de la mujer que de la luz al niño, por tal motivo no se contempla la maternidad subrogada, pero si le da la pauta para ejercer la acción de la paternidad.

En este supuesto no se violarían los mismos derechos que los Españoles contemplan, en el sentido de que deberán ser protegidos desde el momento de ser concebidos, pero aquí nos enfrentamos ha otro problema, toda vez que hemos puesto de ejemplo el derecho Español, como el país mas avanzado en lo que respecta a los métodos de Reproducción asistida, efectivamente su Constitución regula dichos métodos, cuentan a su vez con la Ley de Métodos de Fecundación Asistida, pero dentro del Código Civil no hace ninguna manifestación respecto de los hijos nacidos bajo alguna de las técnicas de Reproducción asistida

---

<sup>62</sup> Citedo Yague Francisco, "Compendio de Derecho Familiar Civil", Editorial Dykinson, Madrid España 1999, p. 144

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

#### 4.6. INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE SUBROGACIÓN.

El mayor impedimento para la validez de los contratos de subrogación es que son contrarios a la política basada en que los niños no son mercancía y por lo tanto no pueden ser materia de actos de comercio o de simple donación

Se entiende que la decisión de procrear y tener hijos es un asunto esencialmente privado que encuentra cierta protección en la Constitución, pero, la actividad comercial que implica el contrato afecta intereses superiores del Estado, como por ejemplo, el que tiene en la custodia de los menores y tal interés no puede ser lesionado por el trato

Posiblemente este tipo de contratos se pueden relacionar a la compraventa de niños, delito que es tipificado, circunstancia que hace nulo este tipo de contratos. Los interesados en que se legalicen este tipo de contratos defienden sus intereses alegando al efecto que es un acto inconstitucional por parte de la autoridad y pretenden que se les de un trato similar al que rige a la inseminación artificial por donador considerando como donadora de óvulos a la madre subrogada

Sin embargo, no existen grandes escenarios en donde pueda estudiarse las consecuencias jurídicas de este tipo de contratos, por lo menos casos conocidos en nuestro país, por lo que recurri a los acontecidos en Estados Unidos de Norteamérica, en el Estado de Michigan, los cuales narrare de una manera muy explícita para poder tener un mejor panorama de las consecuencias que atraen este tipo de actos.

Al conocer cada uno de ellos nos daremos cuenta que existen diferentes móviles para cada uno, y así poder decir que tan conveniente sería el permitir este tipo de contratos de subrogación.

Existen muchas batallas, por llamarlas de algún modo, en donde son motivadas por el incumplimiento de sus pactos y otras para lograr su legalización

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

"El primero y más conocido es el caso de Baby M, que es el nombre que dio la justicia norteamericana a la niña nacida por un contrato de maternidad subrogada, entre Mary Beth Whitehead, de 29 años de edad, y los esposos William y Elizabeth Stern. El tema acaparo durante más de un año los titulares de los diarios del mundo. La misma cuenta con una gran carga emotiva, porque resulta interesante imaginar como esta fuente de información masificada puede influir, para bien o para mal con su fuerza narrativa y su parcialidad consciente. a que la sociedad forme su propio criterio y modifique o adopte una posición definida frente a las nuevas técnicas de procreación, redefiniendo, su paso, la moral publica.

En el año de 1985, un químico de 40 años de edad y su esposa, médico peditra de 41, considerando que un embarazo podría agravar la esclerosis múltiple que la señora padecía, decidieron contratar a una mujer que se embarazara con el esperma del marido y al dar a luz les entregara al niño renunciando a sus derechos sobre el para que la esposa lo adoptara. El clásico contrato de subrogación: la compraventa de niños.

Mary Beth Whitehead de 27 años, casada con un modesto empleado municipal, madre de dos hijos e imposibilitada para procrear otros mas con su pareja por haberse practicado su marido vasectomia cuando contaba con veinte años de edad, fue seleccionada entre un catalogo de aspirantes por su notable parecido fisico con la esposa del subrogante. Tanto ella como su esposo estuvieron de acuerdo en recibir diez mil dólares por la subrogación y entregar al niño vivo y aceptar la cantidad de mil dólares si resultaba muerto. Sin embargo, al nacer la niña Mary Beth cambio de idea y no quiso entregar a la niña, a la que llamo Sara, mientras los Stern la bautizaron Melissa.

Mary Beth dijo haberse equivocado, y aconsejo a las mujeres que nunca acepten convertirse en madres sustitutas. La rencilla origino un proceso en el que el juez Harvey Sorkow pronunciara sentencia el 30 de marzo, tres días después de que baby M. cumpliera un año.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Harold Cassidy abogado de Mary Beth, expuso en la atestada sala del tribunal de la ciudad de Hackensak que la Corte no puede ignorar las posibilidades sociales prevaletientes en materia de maternidad sustitutiva.

El Juez según Cassidy, debería tener en cuenta la condena moral de la Iglesia Católica hacia las técnicas artificiales de reproducción.

A su vez, el abogado del matrimonio Stern, insistió en que entre las partes existe un contrato y éste debe ser respetado.

Pero el abogado de la madre sustituta acuso al matrimonio de explotación, diciendo que William y Elizabeth Stern constituyen un matrimonio con una relativa buena posición, que busco aprovecharse de una mujer de condición social inferior y por añadidura, desocupada.

El abogado Cassidy insistió en que, como se determino durante el proceso Elizabeth Stern no era estéril, como se pensaba, sino que, padeciendo una ligera forma de esclerosis múltiple, temia complicaciones en caso de quedar embarazada.

A la espera de la sentencia, la prensa norteamericana opina que, casi seguramente, el juez confiara a Baby M. a los Stern (La prensa, Bs. As., 2173/87). "Madre por contrato" Pierde pleito.

Hackensack. Estados Unidos (UP). Un juez decidió que el contrato por el que Mary Beth Whitehead se convirtió en madre por dinero, la obliga a renunciar a su hija y dio la custodia de la bebita a la pareja que pago a Whitehead por tenerla.

El Juez del condado de Bergen, Nueva Jersey, Harvey Sarkow, afirmo que Whitehead violo su contrato. y que una custodia conjunta no es el resultado apropiado para el primer pleito judicial por un niño nacido de un contrato de maternidad.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

William Stern, cuyo semen fue usado para fecundar a Whitehead, y su esposa Elizabeth, sonrieron tomados de la mano luego de dictarse el fallo.

La pareja que no había tenido hijos, debía pagar a Whitehead diez mil dólares por tener un hijo. El dinero fue puesto en una cuenta de fideicomiso. La decisión judicial termina con todos los derechos de Whitehead como progenitora, incluidas las visitas a su hija.

Posteriormente el Tribunal Supremo de Nueva Jersey revoco la anterior decisión, anulando el contrato de diez mil dólares entre los esposos Stern y Whitenead, este Tribunal considero ilegal el alquiler de madres, pero devolvió a la niña con el matrimonio demandante, alegando diversas razones por las que los Stern podrían proporcionar un mejor hogar a la pequeña.

El fallo dividió a la opinión pública y de nuevo la validez de los contratos, que no formo parte del juicio de custodia, fue puesta a discusión, considerando unos que debian legalizarse y hacer exigible su cumplimiento y otros prohibirse por minar las bases mismas de la tradición familiar.<sup>63</sup>

Ahora hablemos del chantaje que podría darse en este contrato, ya que existe gente sin escrúpulos que al ver dinero fácil puede de una manera desvergonzada exigir cantidades de dinero a cambio de no abortar o negarse a entregar el producto de su embarazo al nacimiento.

También en Inglaterra ocurrió un caso de subrogación, "en el año de 1978 en donde le correspondió a un juez de lo familiar de la Suprema Corte de Justicia Inglesa fallar un caso de disputa sobre un niño nacido como consecuencia de una subrogación. Una pareja estéril que vivía en unión libre, decidió contratar los servicios de una mujer que se embarazara con gametos del marido y les entregara el hijo al nacer

<sup>63</sup> Soto, Lamadrid Miguel Angel, Ob. C. i. p. 348.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Las gestiones para encontrar a la mujer que se prestara al trato resultaron infructuosas, la mujer inglesa es más conservadora, resolviéndose entonces a ofrecer el contrato a una prostituta callejera por la suma de tres mil quinientas libras esterlinas aceptó embarazarse.

Una agencia de subrogación clandestina contrató una clínica que sin hacer mayores averiguaciones procedió a la inseminación con éxito. La prostituta recibiría la compensación al hacer entrega de su hijo; los gastos del embarazo y el parto corrían por cuenta de los contratantes.

La experiencia maternal hizo cambiar de opinión a la mujer y al nacimiento de su hijo se negó a entregarlo conforme a lo tratado, rechazando las ofertas de mayor paga que le hicieron para que cumpliera con el contrato.

El padre biológico acudió entonces a los tribunales demandando la custodia y control del niño, pretensiones que le fueron negadas, recibieron e cambio el tratamiento que corresponde al padre natural de un hijo ilegítimo, alimentarlo hasta que pudiera valerse por si mismo. A cambio de sus deberes decretó el tribunal el derecho de visitarlo.

Inconforme con los derechos de visitas concedidos al padre, la mujer apeló la resolución y la Suprema Corte en forma unánime revocó ese derecho, prohibiendo además la publicación de los incidentes de su concepción y nacimiento".<sup>64</sup>

Un nuevo caso se dio cuando ninguna de las dos parejas, ni la subrogante ni la subrogada aceptaron al niño en gestación. Relacionadas por medio de una agencia clandestina, una madre de cuatro hijos se comprometió, con el consentimiento de su marido, a gestar al hijo de otra pareja que había devenido en estéril.

<sup>64</sup> Hurtado, Oliver Xavier, "El Derecho a la Vida y ¿A la muerte?, Procreación Humana, Fecundación In Vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido, Problemas Éticos, Legales y Religiosos". Editorial Porrúa, México 2000, p. 209

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En consecuencia, la subrogada sería inseminada artificialmente con gametos del varón de la pareja contratante, para que al nacimiento del niño les fuera entregado. Avanzado el embarazo la pareja subrogante al parecer se arrepintió, dejó de cubrir los gastos médicos y desapareció, por lo que la embarazada y el marido acudieron a las autoridades para hacer cumplir el contrato. Como en Inglaterra los contratos de subrogación no son exigibles, la gestante y su marido fueron advertidos por las autoridades de que, al nacer el niño sería legítimamente suyo y en consecuencia deberían asumir las obligaciones derivadas de la paternidad. En resumen, la pareja con cuatro hijos tendría cinco, uno de ellos habido por la esposa con el varón de la otra pareja.

En el caso conocido como Baby Doe, un niño microcefálico, el 10 de junio de 1983, nació en Lansing, Michigan, un hijo de la señora Judy Stiver. Ella y el marido habían aceptado que fuera inseminada con semen de Alexander Malahoff, encargándose del contrato una de las muchas agencias que los Estados Unidos se dedican a este lucrativo negocio.

De acuerdo con el pacto, la señora Stiver y su marido recibirían diez mil dólares cuando naciera el niño y renunciaría a sus derechos a favor del padre biológico. El niño microcefálico, deformación que es signo de retraso mental, y pronto desarrolló una infección producida por estreptococos.

Las autoridades del hospital donde nació sugirieron un tratamiento que el supuesto padre biológico rechazó, por lo que acudieron a la Corte para que impidiera que Malahoff dispusiera del enfermo e interfiriera en su atención. En tanto se definía su situación, el niño fue llamado Baby Doe, como acostumbraban llamar a aquellos que por alguna circunstancia tienen una filiación incierta.

Mientras se resolvía esa situación Malahoff, comenzó a dudar que el niño hubiese sido engendrado por él, y finalmente objetó la paternidad legalmente. La noticia del litigio trascendió a los medios y comenzó a ser explotada por un programa de televisión donde las partes concurrían para exponer sus argumentos. La señora

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Stiver confeso públicamente que ella y su marido habían aceptado el contrato porque los diez mil dólares ofrecidos los utilizarían para disfrutar de unas vacaciones que no habían tenido desde hacía muchos años.

El resultado de los análisis de DNA del niño, del marido de la mujer y del contratante fue anunciado en un auditorio repleto de curiosos, con la asistencia de los interesados. Malahoff no era el padre sino el marido de la subrogada quien confesó que él y su mujer habían violado el pacto de abstinencia sexual y que no le extrañaba la condición del niño pues en otro matrimonio había engendrado un retraso mental.

Finalmente el niño fue puesto en adopción, bajo la custodia del estado. Ni los padres biológicos ni el pretendido padre subrogante aceptaron hacerse cargo de él. Con razón un comentarista escribió: "Baby Doe fue visto y discutido como mercancía de inferior calidad, como una imperfecta criatura que vino al mundo como un artículo dañado", y agregó: "se critica a la señora Stiver por carecer de sentimientos por rechazar cualquier conexión con el niño, pero esos sentimientos son precisamente los que busca destruir el proceso de la subrogación"<sup>65</sup>.

El contrato de subrogación no es otra cosa que la comercialización de niños, ya que los tratan como mercancía que puede ser comprada o vendida. "En el caso de baby M., el contrato estipulaba que la madre recibiría diez mil dólares por entregar un niño vivo y mil dólares si resultaba muerto, por lo que el objeto del contrato era la compra de un niño vivo, y los mil dólares serían la compensación por el fracaso. El Director de *Nacional Comité for Adoption* dice que están en contra de la maternidad subrogada y siente que debe ser prohibida, pues solamente se trata de una comercialización de niños sino también una nueva forma de explotación de las mujeres".<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Idem p. 221

<sup>66</sup> Ibidem, p. 235

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Estos casos, como resultado de los contratos de subrogación, son los que justifican su rechazo como medio de procreación, ya que no es ético ni legal que un ser humano sea materia de un contrato y sea literalmente considerado como un producto manufacturado.

Las leyes no impiden a las parejas estériles procrear o gestar un hijo, sino controlan los medios por los cuales puedan obtenerlo. La garantía debe interpretarse no como un positivo derecho a tener un hijo sino el negativo a estar libre de instrucciones del Estado en la decisión de tenerlo, por lo que prohibir el pago a la madre subrogada para que renuncie a sus derechos de maternidad, no viola ese derecho.

La subrogada es la que esta ejerciendo el derecho a la procreación constitucionalmente garantizado, en tanto que es ella la que procrea y a quien, en consecuencia, la Constitución protege contra intromisiones del Estado en el ejercicio de ese derecho

En algunos de los casos antes citados, al practicarse la maternidad subrogada se generan graves problemas no solo legales, sino sociales y morales, que son difíciles de evitar.

La mayoría surgen porque la madre no quiere entregar a su hijo, y ya analizamos en el capítulo primero que la maternidad no es propiamente un instinto de la mujer, sino un sentimiento de solidaridad y amor que surge como consecuencia del embarazo; madre e hijo forman durante ese tiempo un solo cuerpo y dependen de una misma fuente de vida, simbiosis difícil de romper por el solo hecho del cumplimiento de un contrato que no es natural, que se opone a la naturaleza de la madre que gesta. De allí que los problemas de la maternidad subrogada seguramente continuarán, no importa si algunas madres contratadas superan el sentimiento de maternidad por causa de la necesidad.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Es por ello, que es necesario que "la lógica, la conciencia y la razón, nos hagan pensar que la prohibición de los contratos de subrogación, debe ser tomada como una medida necesaria, ya que en la realidad, llevarse a cabo este tipo de contratos, resulta una forma de suplir la adopción, que lleva al hogar a niños sin vínculo de sangre con la familia, ser adoptante demuestra una calidad humana de extraordinario valor; en cambio la subrogación es una forma de que el hijo deseado tenga identidad sanguínea por lo menos con uno de los cónyuges".<sup>67</sup>

Es necesario aclarar además, que no es lo mismo la regulación normativa de las técnicas de reproducción asistida, que la regulación normativa de los efectos de dichas técnicas, es decir, que lo primero va encaminado a como el derecho regulará el ejercicio de las prácticas de reproducción asistida, como son quien puede ser el beneficiario, cual es su objetivo y finalidad, y lo segundo al establecimiento de la filiación ya sea paterna como materna cuando se ha utilizado alguna de estas prácticas.

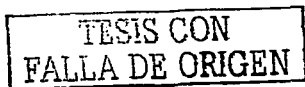
Los contratos de subrogación materna, son nulos absolutamente. Sin embargo, el sistema jurídico mexicano, establece que la nulidad absoluta por regala general, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos los cuales eran destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparecerá por la confirmación o la prescripción. (artículo 2226 del Código Civil)

Resulta necesario saber, primeramente, que en el estudio de las inexistencias y las nulidades es uno de los temas más difíciles en el estudio del derecho.

El asunto de las nulidades tiene su punto de partida en el derecho romano, como parecen demostrarlo algunos textos jurídicos, se cree que el problema que se pretende resolver con las teorías sobre las nulidades surge como un antecedente

---

<sup>67</sup> Ibidem, p. 71



directo de los problemas en particular, en la doctrina y en la jurisprudencia del antiguo derecho francés.

En el antiguo derecho romano, tan dependiente de la forma en la celebración de los negocios, era difícil que ante ciertos descuidos el acto se viera impedido de producir sus efectos normales por considerarse nulo, aun cuando hubiera desaparecido las causas de su invalidez. No obstante, para solucionar algunos conflictos surgidos de la exacta aplicación de las leyes el derecho pretoriano fundado en la buena fe y en la equidad se limito a reconocer la nulidad de algunos actos a condición de que el perjudicado ejercitara la acción correspondiente de este modo en la época del imperio existían ya dos clases de nulidades: la civil que era de pleno derecho y operaba automáticamente y la pretoriana, que requería el ejercicio de una acción judicial y la sentencia correspondiente.

El derecho romano influye fuertemente en el Francés en lo concerniente a las nulidades, en este último también se distinguen dos especies de actos, según la mayor o menor gravedad de los vicios que lo afecten. Si la realización del acto afecta el interés público se dice, según expresión de Coquille, que esta afectado de nulidad absoluta, debiendo tenerse como no celebrado no realizado. Esta nulidad debe velar incesantemente porque el interés general sea respetado.(1) No obstante que la tradición había impuesto las expresiones "Nulidad absoluta" y "Nulidad radical" en el Código de los franceses su redactores prefieren usar las expresiones "Nulo y sin ningún efecto" o "Nulo de pleno derecho", formulas aparecidas en el siglo XVII.

Planioi y Ripert señalan como nulidades absolutas las siguientes: "la fundada en una nulidad inmoral perseguida por los contratantes; la nulidad de toda promesa de realizar voluntariamente un acto ilícito, hállese o no sancionado por la ley penal, la nulidad de todo acto de disposición de un bien perteneciente al dominio público, la nulidad de los pactos contrarios a las reglas sobre organización del estado y la nación, del régimen de las funciones públicos, de las profesiones

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

reglamentadas o controladas, a la salvaguardia de la integridad de la persona física y de la salud humana; a los principios de la libre circulación de los bienes, de la libertad de comercio y de industria, etc. Por ser absolutas pueden ser alegadas por todo el que tenga algún interés, reconocido por el derecho en hacer tal cosa, especialmente por el que hubiere quedado obligado y por sus causahabientes a título universal".<sup>68</sup>

La nulidad relativa, es la sanción que impone la ley al acto que se celebra en perjuicio de una de las partes que en el intervienen, tiene como misión sancionar todas las prohibiciones de favor; debe servir a los protegidos para curar sus faltas, para condenar las maniobras de que han sido objeto por parte de las personas de mala fe, para corregir las injusticias de que han sido víctimas, para evitar los riesgos y perjuicios inherentes a su inexperiencia. Apenas si es necesario decir que por su carácter personal la nulidad relativa no puede ser invocada mas que por las personas que la ley expresamente la concede. Únicamente en su provecho ha sido probada y en vista de su situación especial se ha agotada la prohibición.

Por lo tanto el acto anulable puede ser ratificado por que deberá demandar la nulidad, pudiendo optar por su ejecución, por ello el acto subsistirá plenamente hasta el momento de su anulación tanto respecto de las partes como de terceros, pero no podrá intentarse la acción de nulidad por quien dio lugar a ella. Planion y Ripert señalan como nulidades relativas las que provienen de incapacidad, de vicios del consentimiento, de falta de causa, de inobservancia de las reglas dictada para la protección de la libertad personal y de los débiles, la nulidad de los pactos sobre sucesión futura y la nulidad de venta de cosa ajena. Esta nulidad pueden reconocerla las partes que han realizado el acto nulo, privándolo voluntariamente de sus efectos, o bien, el interesado puede pedir ante la autoridad judicial para obtener la declaración respectiva.

<sup>68</sup> Gallardo, Guíllas Ignacio. "Derecho Civil, Parte General". Editorial Porrúa, Tomo VI, México, 1987

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Luego entonces, la nulidad absoluta es declarada por el juez, aunque no lo pidan las partes, siempre que ésta resulte manifiesta.

El arrendamiento de útero, y todavía, la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre constituyen contratos notoriamente ilícitos y por lo tanto, afectados de nulidad absoluta, por lo que si se pidiera judicialmente su cumplimiento a través de la ejecución forzosa, la autoridad judicial, sea por vía oficiosa o como excepción de parte, según la legislación de que se trate rechazará dicha solicitud argumentando la ineficacia absoluta de estos acuerdos. Esto se daría en el Distrito Federal ya que no existe disposición legal que autorice este tipo de negocios.

Sin embargo, el incumplimiento crea situaciones diversas según el momento en que se produzca.

Una vez que se halla formalizado el contrato de subrogación, independientemente de su licitud, la mujer alquilada podría negarse a someterse a la inseminación o la trasferencia del embrión; a continuar el embarazo una vez lograda la concepción, o a entregar la criatura después del nacimiento.

En la primera hipótesis responderé, siguiendo la solución ya establecida, que el ser estos contratos nulos no producen la acción de cumplimiento, pero aunque fuesen autorizados por la ley en el futuro, o la moral pública los admitiera, no sería posible exigir a la mujer arrepentida, que se sometiera al procedimiento de inseminación heteróloga o a la transferencia del embrión engendrado in vitro, por tratarse de actos personalísimos sobre los que no cabe ninguna coacción legal, aunque si el pago de los daños y perjuicios si el incumplimiento careciera de justificación.

En el segundo ejemplo, si la mujer se niega a continuar el embarazo, el caso podría superar los límites contractuales, según existiese o no la posibilidad jurídica

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

de abortar impunemente en este país. Si esta decisión se lleva a la práctica en una legislación que permita la interrupción del embarazo en forma amplia, el incumplimiento sólo tendrá efectos en las cláusulas económicas del contrato o en la posibilidad de exigir alguna indemnización. Pero si el aborto está prohibido, como sucede en nuestro país, la continuidad del embarazo se convierte en una obligación de carácter público, no así de tipo contractual, derivada de la norma criminal que prohíbe el aborto. Por cierto, que la mujer que incurriera en este incumplimiento, no podría justificarse en una cláusula contractual que admitiera esta contingencia, para tratar de evadir su responsabilidad penal en el aborto.

En la tercera hipótesis, si el embarazo culmina con el nacimiento de la criatura, la solución entonces se divide, pues una cosa es exigir el cumplimiento del contrato, es decir, la entrega del niño, y otra el entablar una acción de filiación que tiene, a su vez, sus propios matices, pues no es lo mismo que la pareja infértil aportara el embrión, transferido posteriormente al útero de la mujer gestadora, a que la subrogada sea la madre genética, por haber aportado, además del vientre, el óvulo fecundado por inseminación heteróloga, como ocurrió en el caso Baby M.

En principio resulta fácil afirmar que el contrato de subrogación es inexigible a causa de su invalidez. El problema surge cuando lo que se reclama no es el cumplimiento del convenio, sino el emplazamiento de una relación paterno-filial apoyada en las modernas pruebas sobre histocompatibilidad, pretendiendo desconocer la presunción que surge a favor de la mujer que subroga su vientre, por el hecho in cuestionado del parto o cuando el contratante del servicio, que también aportó su material genético para la inseminación heteróloga de la madre subrogada, reclama los derechos derivados de su paternidad biológica.

A fin de tratar de resolver si la hipótesis planteada veamos algunos criterios sustentados por diversos juristas y así estar en posibilidad de determinar en principio, si el contrato de subrogación es válido o no, teniendo que:

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

I. MORENO LUQUE, denomina al contrato de maternidad como la prestación de óvulo y vientre (INSEMINACIÓN HETERÓLOGA) y, simple contrato de incubación, cuando se aporta exclusivamente el vientre para recibir uno o varios cigotos, producido con material genético ajeno (FECUNDACIÓN HOMÓLOGA).

Concluyendo que, cuando la gestadora o madre de alquiler también pone el óvulo, debe considerarse siempre nulo el contrato, pues el objeto está fuera del comercio y por lo tanto, no puede demandar el cumplimiento forzoso.

Cuando se trata de un contrato de alquiler de útero, donde no hay precio sino un fundamento altruista y se fijan condiciones de servicio, debería ser válido y por ello de cumplimiento forzoso.

II. Un Comité de Ciencias Biomédica reunido en Estrasburgo en el año de 1987, sostuvo que no debería de autorizarse esos contratos, pero de forma excepcional, podría autorizarse la fecundación a una madre de sustitución si:

- a) La madre subrogada no tiene ventaja material de la fecundación y,
- b) Si la madre SUSTITUTA puede optar por quedarse con la guarda del niño al nacer.

III. Otros dicen que, si trata de un arrendamiento de útero o arrendamiento de obra, cuyo resultado es el hombre, deben prohibirse absolutamente, para evitar que la persona o sus componentes sean objeto de esas relaciones jurídicas.

IV El Congreso de diputados de España para prohibir esos contratos, argumentó "distorsión deshumanizada que no respeta la unidad de valor en la maternidad, y el peligro de autorizar una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



V. Otros más, opinan que se podría llegar a dar con estas prácticas, que mujeres, al no querer la carga de la maternidad por razones estéticas y contar con recursos económicos, celebren este tipo de contrato.

VI. Algunas facciones, opinan que, no deberían de hacerse esas practicas, sea la inseminación de una mujer que se obliga a entregar al hijo, como la implantación de un embrión fertilizado in vitro, en una madre portadora, ya sea a titulo oneroso o gratuito y para el caso de que se aleguen derechos derivado de ese tipo de acuerdos debería de establecerse en la ley que ninguna pretensión será atendida por ser dichos acuerdos nulos.

VII. Ahora veamos que opina el civilista GALINDO GARFIAS respecto de la validez de los contratos.

GALINDO GARFIAS señala que, "cuando decimos que un acto es válido, estamos afirmando su idoneidad para producir todos los efectos jurídicos que, de acuerdo con su naturaleza, es susceptible de crear. Si decimos que, es inválido, presenta varios grados de gravedad, atendiendo su origen a los que la ley aplica también un diverso tratamiento. Ejemplo.- Hay casos en los que la causa de invalidez ataca al acto en forma tan profunda que, no permite siquiera que este nazca (inexistencia), en tanto que, otras causas no dañan tan radicalmente al negocio jurídico, ya que permiten su nacimiento, pero no su correcta conformación".<sup>69</sup>

Podríamos decir que, ha nacido defectuoso (nulidad), porque el motivo o fin del acto es ilícito, porque la voluntad del autor no se ha expresado en forma libre y consiente ya sea por su incapacidad o por vicios de la voluntad o porque esta no se ha expresado con determinadas formalidades.

Si quienes realizan el acto, pretender alcanzar un fin reprobable para la colectividad o la moral o si el objeto de la obligación es en si mismo inmoral o

<sup>69</sup> Solo, Lamadrid, Miguel Angel, Ob. Cit.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

ataca a las normas de orden público, la violación resultante será de mayor gravedad que la falta de formalidades o que los vicios del consentimiento (error, dolo o violencia) que sólo atañen al interés privado.

En los dos casos anteriores, el acto será inválido, por regla general la nulidad que proviene de la ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, da lugar a una invalidez más severa que se denomina nulidad absoluta, en tanto la ausencia de los otros requisitos (error, dolo o violencia), producen la nulidad relativa del acto.

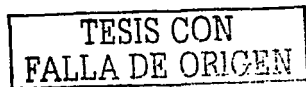
VIII. "BONNECASE, distingue entre nulidad absoluta o de interés general y nulidad relativa, argumentando en que la primera, puede ser invocada por cualquier interesado y no desaparece por confirmación o prescripción, mientras que la segunda, solo puede ser reclamada por ciertas personas y si puede desaparecer por confirmación o extinguirse por prescripción.

IX. La Suprema Corte de Justicia de nuestra nación, al respecto, ha sustentado el criterio jurisprudencial en el que determina que, las diferencias entre nulidad e inexistencia, son meramente teóricas. Sexta Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Tomo: Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 296. Página: 199. NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEÓRICAS".<sup>70</sup>

Tomando las opiniones que anteceden, el Doctor Miguel Soto Lamadrid, queda convencido que los contratos de maternidad subrogada, están afectados de nulidad absoluta, a causa de la ilicitud de su objeto.

Por último, el Maestro Sánchez Medal, concluye que, "el objeto (ART. 1794 II), es una de los elementos esenciales de todo contrato y que su ausencia produce la inexistencia del mismo. Pero no significa, que toda anomalía debe llevarnos, por fuerza, a la misma conclusión, pues si el objeto existe pero es contrario a la moral

<sup>70</sup> Idem.



o las buenas costumbres (ART. 1830), estaremos en presencia de un acto ilícito y, por lo tanto, absolutamente nulo".<sup>71</sup>

La Iglesia opina que el contrato de maternidad subrogada representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propio padres; insta en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen.

Pasando a exponer la teoría de la inexistencia diremos que en el Código de Napoleón no existe esta figura. El precepto que en términos generales se ocupa de las nulidades es el 1108 que dispone: "Para la validez del contrato son esenciales cuatro condiciones: El consentimiento de la parte que se obliga; capacidad para contratar un objeto que constituya la materia de la obligación; una causa ilícita de la obligación". A partir de este texto se hizo el estudio de las nulidades en una ocasión se presentó el siguiente problema particular que es el origen de la teoría de las inexistencias. En un matrimonio uno de los cónyuges mostraba la apariencia propia de su sexo. Pero después se descubre que es impotente por causa de una deformación congénita y toda vez que el matrimonio es una institución basada en relaciones de orden íntimo y que la esterilidad total de una de sus miembros podía dar lugar a combinaciones de orden inmoral había necesidad de dar solución al problema basada en la imperfección o insuficiencia del ser humano. La solución era bastante difícil puesto que existe el principio que establece que en materia de matrimonio no establecía la nulidad si no había texto expreso de la ley que hacía lo estableciera y como el caso expuesto no estaba previsto no era posible declararlo nulo.

<sup>71</sup> Sánchez, Medel Ramon, "De los Contratos Cíviles. Teoría General del Contrato. Contratos en Especial". Undécima Edición, Editorial Porrúa, México 1991, p. 154

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

En estas condiciones se origino el problema en una deficiencia de los textos canónicos o del Código de Napoleón. "La solución del problema se debió al genio de Zachaire, quien con unos razonamientos tan sencillos como convincentes argumento que en relación con la diferencia de sexo de los futuros esposos la ley no tenían necesidad de hacer referencia expresa, pues sería establecer innecesariamente una condición mas, era una condición obvia, dependiente de la naturaleza misma de las cosas, por lo que el legislador, sin lugar a dudas, la supuso también tácitamente, por lo que ante su ausencia el matrimonio debe tenerse por nulo, sino por inexistente".<sup>72</sup>

La inexistencia se da en aquellos casos en que se dan los presupuestos indispensables para que se configure un acto jurídico por lo tanto en esos casos estaremos frente a la nada, es decir frente al acto inexistente. y a la nada no podemos clasificar de nula, no de forma absoluta no de forma relativa. Para que un acto sea nulo primero se necesita que exista.

Iniciada la teoría de la inexistencia en el problema de cónyuges de igual sexo pasa después, un tanto timidamente, al problema de la falta de consentimiento de los futuros esposos, de ahí, ya fortalecida, a su aplicación en actos de carácter patrimonial en los que instaura su autoridad en creciente demérito de la nulidad absoluta.

La teoría de las inexistencias atraviesa por las siguientes tres etapas: en la primera determina una postura bipartita en la que por un lado figuraran refundidas las nulidades absolutas y las relativas y por otro las inexistencias; en la segunda fase la inexistencia es envolvente de las nulidades absolutas vinculadas al orden publico y a las buenas costumbres y por ultimo, en la tercera fase que es actual, se separa tanto de la nulidad absoluta como de la relativa estableciéndose así una postura tripartita

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal refiere en cuanto al tema lo siguiente que a la letra se transcribe:

## TITULO SEXTO

### De la inexistencia y de la nulidad

Artículo 2224. El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Artículo 2225. La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

Artículo 2226. La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

Artículo 2227. La nulidad es relativa cuando no requiere todos los los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

Artículo 2228. 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

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

Artículo 2229. La acción y la excepción de nulidad por falta de forma, compete a todos los interesados.

Artículo 2230. La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad sólo puede invocarse de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.

Artículo 2231. La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida.

Artículo 2232. Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

Artículo 2233. 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.

Artículo 2234. El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Artículo 2235. La confirmación se retrotrae al día en que se verifico el acto nulo, pero ese efecto retroactivo no perjudicara a los derechos de tercero.

Artículo 2236. La acción de nulidad fundada en incapacidad o en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurra esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días contados desde que el error fue conocido.

Artículo 2237. La acción para pedir la nulidad de un contrato hecho por violencia prescribe a los seis meses, contados desde que cese ese vicio del consentimiento.

Artículo 2238. El acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo, si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menor que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que solo íntegramente subsistiera.

Artículo 2239. La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

Artículo 2240. Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consisten ambas en suma de dinero o en cosas productivas de frutos, no se hará la restitución respectiva de intereses de frutos sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí.

Artículo 2241. Mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

contrato esta obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte.

Artículo 2242. Todos los derechos reales o personales transmitidos a tercero sobre un inmueble por una persona que ha llegado a propietario de él en virtud del acto anulado quedan sin ninguna valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras que no se cumpla la prescripción, observándose lo dispuesto para los terceros adquirentes de buena fe.

En el capítulo tercero se analizaron las formalidades de todo contrato, ahora revisaremos algunos elementos de existencia para el contrato de maternidad subrogada.

Comenzando por el Objeto del contrato. En nuestra legislación son objetos las cosas y los bienes; entonces, existen objetos materiales y objetos inmateriales. Entendamos como cosas materiales, los bienes. Pero la cosa es para nuestro derecho, todo objeto material que tenga un valor económico.

Sin embargo, aunado a la palabra cosa, de igual forma se emplea la palabra bien; vocablo que tiene un doble origen, ya por un lado surge del término latino *beare*; hacer feliz. y por el otro *bonum*; es decir, bueno, amable, útil. Luego entonces el bien es aquello que hace feliz y trae provecho.

Ahora la definición de cosa, lo podemos clasificar de acuerdo a la posibilidad de ser o no libremente enajenados; por lo que nos encontramos con cosas que estén dentro del comercio y con aquellas que no lo están.

Entendamos que las cosa que se encuentran dentro del comercio son aquellas susceptibles de valor económico, que pueden ser enajenadas, transferidas y ser objeto de acuerdos entre particulares.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Entonces, las cosas que se encuentran fuera del comercio son aquellas in vendibles por expresa prohibición legal o cuya enajenación esta sujeta a autorización previa.

Y que hay con respecto a los sujetos; ya que los objetos no tendrían sentido si no hubiera sujetos a los cuales estuvieran relacionados.

Los objetos son un medio para satisfacer las necesidades de todo ser humano.

El sujeto es el centro de imputación normativa, ya sea de forma pasiva o activa. Nuestro Código Civil, establece quienes son los sujetos de derecho:

- las personas físicas;
- las personas jurídicas o colectivas o morales o ficticias

La persona es un ente y todo ente, como centro de imputación de derechos y obligaciones, es algo que es y existe.

Es obvio, que no podemos hablar del ser humano sin hablar de su esencia biológica. De donde surge que el cuerpo es requisito esencial de la existencia. Pues, por que no hay ser humano sin cuerpo.

El cuerpo, entonces, resulta ser la coraza del ser humano, el soporte de las nociones jurídicas

Ese soporte del hombre es inescindible de la noción de este. Entonces; ¿Es el cuerpo una cosa?, ¿Es un bien? o ¿es un sujeto?

De acuerdo a la definición que se dio con anterioridad, el cuerpo encuadraría perfectamente dentro de las cosas que están fuera del comercio ya que no es susceptible de tener un valor económico, por lo que no puede ser comercializado.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

"Hay una cierta clase de bien que esta íntimamente ligado al sujeto que resulta difícil separarlo, ya que son atributos inherentes a la persona en si; cualidades inseparables de esa persona de manera que no pueden existir sin el. Son los llamados derechos de personalidad, derechos personalísimos o derechos humanos".<sup>73</sup>

Estos derechos son:

- innatos,
- vitalicios
- inalienables,
- imprescriptibles
- extrapatrimoniales, etc.

El ser humano como sujeto, tiene derecho al cuerpo desde el comienzo de su vida hasta el final de la misma, ya que sin el, pues no sería sujeto.

Es por ello que el sujeto, el derecho de su cuerpo y a la integridad corporal es un bien jurídico.

El autor Antonio Orozco Delclos, en su Libro Fundamentos antropológicos de ética racional. Qué es la persona y cuál es su dignidad, manifiesta: "El cuerpo vivo no es una cosa, sino un bien indisponible in totum".<sup>74</sup>

Respetar el cuerpo es una forma de respetar al hombre.

Lo que mejor identifica al sujeto es la persona, que es un ente individual con todos los atributos que le son propios, que lo caracterizan y que son inalienables.

La materia que procura el respeto y la consideración del ser humano en su total dimensión, desecha la visión de utilidad y practicidad de las cosas y de los bienes.

<sup>73</sup> Loyarte Dolores y Oñate. Ob. Cit. p. 158

<sup>74</sup> Ver cita 23.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

ya que los considera por su valor, esto es, servirse de las cosas sin que ellas aniquilen al hombre.

Es por ello que los avances científicos deben servir al crecimiento del ser humano y no a destruirlo.

La humanidad siempre, debe estar al pendiente del proceso de evolución y tener los cuidados necesarios para que dentro de los avances tecnológicos exista siempre el preservar la dignidad del ser humano

Pero se ha hablado de los derechos humanos que también podríamos llamar libertades fundamentales del hombre, que son derechos distintos a los ordinarios, ya que se ocupan de la vida misma del individuo, de su dignidad y las violaciones contra ellos adquieren una repercusión social.

Y ¿que son los derechos humanos?, son aquellos derechos morales que se poseen sólo por la razón de ser un individuo humano, esto es, derechos morales que se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana.

La procreación asistida trastorna los valores y creencias tradicionales. Desintegra la sexualidad de la reproducción; la concepción de la filiación; las nociones de padres biológicos y padres legales o afectivos. Y corre el riesgo de favorecer el sobredimensionamiento de la idea del derecho al hijo, la ilusión de tener un hijo puede transformarse en la exigencia de un pretendido derecho al hijo a toda costa. Existen personas que creen que las libertades que ofrecen las técnicas de reproducción asistida les dan el derecho a todo, sin embargo entre el deseo y el derecho hay una gran distancia.

Cuando la procreación es homóloga, las responsabilidades procreacionales se limitan al ámbito familiar, y las responsabilidades de los miembros de la institución

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

médica son de índole civiles, penales, administrativas y no responsabilidades familiares como la de los progenitores.

Cuando la procreación en heteróloga, el número de responsables procreacional se amplía considerablemente. La prestación previa del consentimiento de los dos miembros de la pareja que solicita la asistencia del equipo biomédico será fundamental para ajustar sus responsabilidades posteriores.

Entonces, si el contrato se basa en la entrega del niño nacido de la subrogación, entonces es de tomarse en cuenta, que desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no la ha sido desde entonces. Esta evidencia de siempre, la genética moderna otorga una precisa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado en el programa lo que será ese ser viviente; un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas.

Por lo que el embrión merece respecto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. Debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y por eso a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente, a la vida.

Ahora bien, nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 22 dispone que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero, desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el Código.

Por tanto, no puede ser objeto de un contrato ya que no se encuentra dentro del comercio.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Pero, si el objeto materia del contrato es la renta del útero de la mujer subrogante, entonces se estaría atentando en contra del cuerpo humano, porque de igual forma se estaría comercializando con un ser humano, ya que se esta vendiendo a si mismo.

En conclusión; debe ser considerado inexistente el contrato de maternidad subrogada y por lo tanto no producir efecto legal alguno.

Lo anterior, tomando en consideración que no cuenta con uno de los elementos de existencia de los contratos, el objeto, y debido que para que el contrato sea física y legalmente posible, es que la cosa materia del mismo se encuentra dentro del comercio.

Sin embargo, y debido a que nuestra legislación no cuenta con disposición alguna para su regulación, resulta necesario que esta nueva técnica sea considerada como de efecto equivalente que permite la procreación fuera del proceso natural. Técnica que deberá ser destinada a aquellos matrimonios o concubinatos que después de cinco años, por razones biológicas, no hayan podido engendrar o concebir.

A los destinatarios de esta técnica, deberá la secretaría de Salud entregar una guía que contenga las disposiciones legales de esta técnica, su descripción y las disposiciones relativas a la adopción.

Es indiscutible que todo intento de legislación futura que se enfrente sobre el tema de la maternidad subrogada, no debe evitar los principios rectores trazados por la Carta Magna.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Tampoco deberá descuidar las palabras que se alzan en protección integral del niño y luego del adulto, desde el inicio de su vida y hasta su muerte en un marco de respeto de su dignidad como ser humano.

Lo que nos lleva a concluir que el contrato de maternidad subrogada, cuando tenga como finalidad la entrega de un hijo a cambio de una remuneración económica deberá ser considerado inexistente y por lo tanto no producir efecto legal alguno.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## CONCLUSIONES

Primera.- La esterilidad o infertilidad, son la incapacidad para procrear en forma natural mediante el acto sexual de la pareja, constituye un problema psicológico, moral y social para quienes la padecen, porque tener descendencia propia es una aspiración innata en el ser humano; la sociedad espera que cada nueva pareja inicie una familia distinta de aquella de la que provienen, estar impedida para cumplir esa aspiración genera inquietud y frustración

Segunda.- La reproducción asistida, es un proceso utilizado por los seres humanos con la finalidad de perpetuar su especie.

Tercera.- La inseminación artificial debe ser terapia de la esterilidad y no sistema de procreación.

Cuarta.- Las técnicas de reproducción asistida pueden clasificarse en la fecundación *in vitro* con transferencia de los embriones al útero y la transferencia de gametos a la trompa.

Quinta.- La principal diferencia entre la fecundación asistida y la fecundación artificial es: que la primera facilita la unión de los gametos pero no interviene en ella ya que se produce naturalmente y la segunda no solo facilita esta unión, sino que la realiza.

Sexta.- La maternidad subrogada se realiza cuando la mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero genéticamente, que es ajeno debido a que fue obtenido mediante la unión de gametos de donantes, tiene el compromiso de

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

entregar al hijo inmediatamente después de haber nacido, a quien ha encargado o contratado la gestación.

Séptima.- Se define a madres sustitutas a aquellas mujeres que aceptan ser objeto de inseminación artificial o transferencia de embrión sabiendo que el hijo que va a nacer será criado por las personas que han solicitado sus servicios, y también, es la mujer que gesta y pare un hijo por cuenta de otra mujer. También se denomina "madre portadora", "madre sustituta", "madre de alquiler", "madre subrogada", "maternidad sucedánea".

Octava.- Hay dos formas para que se realice la maternidad subrogada; la primera es la llamada homóloga, en donde la madre sustituta acepta prestar su útero para que le sea implantado el óvulo fecundado de otra mujer con el semen de la pareja de la misma, en su vientre. Y la segunda es la heteróloga en donde no solamente la madre gestadora renta su útero sino además da su óvulo. Es importante mencionar que aquí la madre gestadora es genéticamente la madre.

Novena.- La maternidad subrogada debe considerarse como una nueva técnica de procreación artificial, debiendo ser legislada para su debida aplicación.

Décima.- Como se ha visto nuestros legisladores deben de legislar ampliamente respecto de la maternidad subrogada y en las materias que se han hecho mención, materia Civil, Penal, Mercantil, Constitucional, en Materia de Salud; y ver la creación de un Código Familiar que se adecuó a la realidad social y jurídica de nuestro Estado, pues la doctrina se ha aferrado a la idea que existe un derecho a la procreación que se ha derivado de varios derechos fundamentales como el derecho a la vida, derecho a la integridad física y a la libertad, desde ésta perspectiva se concibe el derecho a procrear como el alcance mismo de la libertad personal, siendo el factor primordial el proteger al embrión y más aún a las parejas

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



que por cuestiones naturales no has podido ser padres y necesitan para lograrlo llevar a cabo el procedimiento de inseminación artificial

Décimo Primera.- Existen pocos países que han legislado sobre el tema de maternidad subrogada, por mencionar algunos diremos que en Francia existe un Código de Genética; en Reino Unido hay una Ley de Fertilización Humana y Embriología; en Suecia existe una Ley relativa a Medidas con Fines de Investigación o de Tratamientos en Relación con los Embriones; en Alemania hay una Ley sobre la Protección de Embriones

Décimo Segunda.- En el Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza, ha legislado sobre el tema de la maternidad subrogada, y manifiesta que debe ser tomada como una técnica de efecto equivalente que permita la procreación fuera del proceso natural.

Décimo Tercera.- El cuerpo humano esta fuera del comercio, así como sus elementos y sus productos, por o que no pueden ser objeto de ningún derecho de carácter patrimonial.

Décimo Cuarta.- El contrato de maternidad subrogada debe considerarse inexistente y por consiguiente no tener efecto legal alguno.

Décimo Quinta.- El mayor impedimento para la validez de los contratos de subrogación es que son contrarios a la política basada en que los niños no son mercancías y por lo tanto no pueden ser materia de actos de comercio o de simple donación.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Décimo Sexta.- Como excepción para que esa técnica sea viable es necesario que se tomen en cuenta dos aspectos importantes: el primero es que la madre sustituta no tenga ventaja material de la fecundación y la segunda es que la madre sustituta pueda optar por quedarse con la guarda del niño al nacer cuando hablemos de la forma de maternidad subrogada heteróloga.

Décimo Séptima- La inexistencia del contrato de subrogación radica en que el objeto materia del contrato no esta dentro del comercio. Esto es, que la madre gestadora preste su vientre entonces el contrato seria la renta del mismo para gestar el óvulo fecundado de la pareja contratante y por otro lado hablemos de que la madre sustituta renta su útero y su óvulo.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**GLOSARIO.**

**ACROSOMA.-** (acrosome), estructura en forma de cápsula que rodea el extremo anterior del núcleo del espermatozoide.

**CELIOSCOPIA.-** (celioscope) laparoscopia.

**EMBRIOGENESIS.-** Proceso de formación del embrión.

**ESPERMATOZOIDE.-** (spermatozoon. Pl espermatozoa), célula germinal masculina madura, que se desarrolla en los túbulos seminíferos de los testículos. Parecido a un renacuajo, tiene una longitud aproximada de 50 u.m. y presenta una cabeza con un núcleo, un cuello y una cola que le permite la propulsión.

**ESPERMATOCITO.-** ( spermatoocyte), célula germinal masculina procedente de una espermatogonia.

**ESPERMATOGONIA.-** (spermatogonium, pl. spermatogonia), célula germinal masculina que da lugar a un espermátocito al principio de la espermatogénesis.

**FECUNDACIÓN.-** (fecundation), impregnación o fertilización; acto de fertilización.

**FECUNDACIÓN ARTIFICIAL.-** Cualquier caso de fecundación que no se realice por procedimientos estrictamente naturales.

**FOLICULO.- (FOLLICLE),** depresión en forma de bolsa. como los folículos dentales, que engloban al diente antes de su erupción, o los folículos pilosos presentes en la epidermis.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**FOLICULO DE GRAAF.-** (Graafian follicle) Reijnier de Graaf, médico danés, n. 1641. vesícula ovárica madura, que mide entre 10 y 12 mm de diámetro, que se rompe durante la ovulación para liberar un óvulo. Existen muchos folículos ováricos primarios, cada uno con un óvulo inmaduro de aproximadamente 35 u de diámetro, situados cerca de la superficie del ovario. Bajo la influencia de la hormona foliculostimulante de la adenohipófisis, un folículo ovárico madura hasta constituir un folículo de De Graaf en la fase proliferativa de cada ciclo menstrual. La cavidad del folículo se colapsa cuando se libera el óvulo y el resto de células foliculares crecen para formar el cuerpo lúteo.

**GAMETO.** (gamete) 1.- Célula germinal madura masculina o femenina, capaz de intervenir en la fertilización o en la conjugación, y que contiene un número haploide de cromosomas de la célula somática. 2. óvulo o espermatozoide.

**GERMINAL.-** (germinal), perteneciente a o característico de una célula germinal o de las fases precoces de desarrollo.

**GLUCOPROTEINA.** (glycoprotein), grupo numeroso de proteínas conjugadas en las que la sustancia no proteica es un carbohidrato. Las mucinas, los mucoides y las condroproteinas son algunos ejemplos.

**HEMATOPOYETICO.-** (hemopoietic), relacionado con el proceso de formación y desarrollo de los diferentes tipos de células sanguíneas.

**HYALURONIDASA.-** (hyaluronidase), enzima que hidroliza el ácido hialurónico. Se prescribe para aumentar la absorción y la dispersión de otros fármacos parenterales, para la hipodermoclisis y para mejorar la resorción de agentes radiopacos.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**HIPOSPADIAS.-** (hypospadias), defecto congénito en el que el meato urinario está en la cara inferior del pene. No se produce incontinencia porque los esfínteres no están afectados.

**HORMONA.** (hormone), sustancia química compleja producida en una parte u órgano del cuerpo que inicia o regula la actividad de un órgano o grupo de células en otra parte del cuerpo. Las hormonas segregadas por las glándulas endocrinas son transportadas por la corriente sanguínea al órgano diana.

**INSEMINACION ARTIFICIAL.-** (artificial insemination), introducción de semen dentro de la vagina o del útero a través de medios o de instrumentos mecánicos, en lugar de hacerlo mediante el contacto sexual. Este procedimiento se planifica para que coincida con el momento esperado de la ovulación, de modo que pueda producirse la fertilización.

**LAPAROSCOPIA.-** (laparoscopy), examen de la cavidad abdominal con un laparoscopio a través de una pequeña incisión en la pared abdominal.

**LAPAROSCOPIO.-** (laparoscope), tipo de endoscopio, que consta de un tubo iluminado con un sistema óptico, que se introduce a través de la pared abdominal con el fin de examinar la cavidad peritoneal.

**OVARIO.-** (ovary), par de gónadas femeninas situadas a cada lado de la región inferior del abdomen, junto con el útero, en un pliegue del ligamento ancho. En la ovulación, un óvulo es expulsado a partir de un folículo situado en la superficie del ovario bajo el estímulo de las hormonas gonadotrópicas, la hormona foliculostimulante (FSH) y la hormona luteinizante (LH). El folículo ovárico maduro segrega estrógenos y progesterona que regulan el ciclo menstrual mediante un sistema de retroalimentación negativo en el que el aumento de los estrógenos disminuye la secreción de FSH por la hipófisis y un aumento de la progesterona disminuye la secreción de LH. En condiciones normales cada ovario es sólido y

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

liso y se parece a una almendra en tamaño y forma. Los ovarios son homólogos de los testículos.

**OVULO.-** (ovum), 1. huevo. 2 célula germinal femenina expulsada a partir del ovario en el momento de la ovulación.

**OVOCITO.-** Célula animal femenina que experimenta la meiosis.

Primario: Ovocito que experimenta la primera división meiótica y origina un ovocito secundario y un cuerpo polar.

Secundario: Ovocito que experimenta segunda división meiótica y origina una ovótida y un cuerpo polar.

**PERIVITELINO.-**(perivitellene), alrededor de la masa vitelina o yema.

**PRE-EMBRION.-** El embrión antes de completar la anidación, es decir, hasta los catorce días desde el momento de la fecundación.

**UTERO.-** (uterus), órgano femenino interno de la reproducción, hueco, con forma de pera, en el que se implanta el óvulo fertilizado y se desarrolla el feto y desde el que fluye la decidua de las menstruaciones. Su superficie anterior descansa sobre la superficie superior de la vejiga. El útero está formado por tres capas; el endometrio, el miometrio y el parametrio. El endometrio recubre el útero y se engruesa y vasculariza en el embarazo y durante la segunda mitad del ciclo menstrual bajo la influencia de la progesterona. El miometrio es la capa muscular del órgano. El parametrio es la capa más externa del útero; está constituido por tejido conectivo seroso y se prolonga lateralmente a través del ligamento ancho. Durante el embarazo puede aumentar muchas veces su tamaño normal, casi exclusivamente por hipertrofia celular. El útero tiene dos partes: el cuerpo y el cuello uterino. El cuerpo se extiende desde el fondo hasta el cuello uterino, justo por encima del istmo. La cavidad del interior del cuerpo es un espacio virtual. Las paredes del cuerpo se tocan, a menos que la mujer esté embarazada. El cuello

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

uterino tiene porción vaginal, que protruye en la vagina, y una porción supravaginal en la unión con el segmento uterino inferior.

**ZONA PELUCIDA.**- (zona pellucida), membrana gruesa, transparente, no celular, que envuelve el huevo de los mamíferos. Es secretada por el huevo durante su desarrollo en el ovario, conservándose casi hasta el momento de la implantación.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**BIBLIOGRAFÍAS.****DOCTRINA**

BAQUEIRO, Rojas Edgar y BUENROSTRO, Baez Rosalia, "Derecho de Familia y Sucesiones", Editorial Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios. México.

BEARDEN,- John Fuquay, H. Joe. "Reproducción Animal Aplicada". Editorial El Manual Moderno, S.A de C.V., Universidad del Estado de Mississippi, Estados Unidos 1980.

BELLVER, Capella Vicente, "¿Clonar? Ética y Derecho ante la Clonación Humana, Biblioteca de Derecho y Ciencias de la Vida", Editorial Comares, Ministerio de Sanidad y Consumo. Granada, 2000.

BORELL, Macia Antonio. "La Persona Humana, Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto, Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres". Editorial Bosch. Casa Editorial, Urgel 51 bis. Barcelona.

BOSSERT, Gustavo A. Zanoni Eduardo. "Procreación Humana Artificial, Un Desafío Bioético, aspectos Biomédicos, Aspectos Bioéticos, aspectos Jurídicos". Ediciones Dfepala. Buenos Aires 1995.

CERVANTES. Martínez J. Daniel. "Innovaciones Tecnológicas Como Medios de Prueba en el Derecho Procesal Mexicano". Editorial Ángel. México 1999

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



CLAVERIA Gosalbez, Luis H., "Las categorías negociables y su adaptación en función de la reproducción humana." en II Congreso Mundial Vasco, "La filiación a finales del siglo XX", España 1999.

COSTA- LASCoux, Jacqueline. " Mujer, Procreación y Bioética, en la Historia de las Mujeres T.X,""El siglo XX, La mujer" dirigido por Georges Duby y Michele Penot, Editorial Taurus, Madrid 1994.

GALINDO, Garfias Ignacio. "Derecho Civil" parte general, Editorial Porrúa, México 1987, Tomo VI.

GILBERT, Eva, De su prologo al Libro "De la cigüeña a la probeta. Los peligros de la aventura científica", de Susana E. Sommer, paginas. 11 y 12, Editorial Planeta. Buenos Aires, septiembre de 1994.

HURTADO, Oliver Xavier, "El Derecho a la vida ¿y a la Muerte?, Procreación Humana, Fecundación In Vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido Problemas Eticos, Legales y Religiosos", Editorial Porrúa, Segunda Edición, México 2000.

Juan Pablo II, "Nuestro Dios apareció en el mundo y convivió con los hombres". Instrucción Religiosa, Ciclo B. Ciudad del Vaticano 29 de Diciembre de 2002. Barcelona

LLEDO YAGUE FRANCISCO, Compendio de Derecho Familiar, Civil, Editorial Dykinson, Madrid España, 1999.

LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E., "Procreación Artificial: Un Desafío Bioético". Ediciones Depalma. Buenos Aires 1995.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

MARCO, Javier y TARASCO, Martha, "Diez Temas de Reproducción Asistida", Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid 2001.

MESCHAN, Farrer, "Importancia del Asesoramiento Matrimonial en la Investigación de la Infertilidad en Síntesis Obstretico-ginecológica", Bs. As., 1990, T.25, n.4.,

PÉREZ, Fernández Del Castillo Bernardo, "2Contratos Civiles", Cuarta Edición. Editorial Porrúa, México 1996.

RICCIARDI, Ramon y BERNARDO, Hurault, "La Biblia en su Texto Integro", Tercera edición, Ediciones Paulinas, Editorial Verbo Divino, Editorial Alfredo Otells, España 1972.

SÁNCHEZ, Medal Ramón. "De los Contratos Civiles. Teoría General del Contrato. Contratos en Especial". Undécima Edición. Editorial Porrúa, México 1991.

SOTO, Lamadrid Miguel Ángel. "Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación artificial y la experimentación ante el derecho", Editorial Astrea, Buenos Aires 1990.

TRUEBA, Eugenio, "Derecho y Persona Humana", Editorial Jus, Colección Estudios Jurídicos, Argentina 1980.

VIDAL, Martinez Jaime. "Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida, la Regulación de la Reproducción Humana Asistida en el Derecho Español". Granada España 1990.

VEGA, Gutierrez Javier. "Reproducción Asistida en la Comunidad Europea, Legislación y Aspectos Bioéticos". Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, España 1993.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**LEGISLACIONES**

Compilación de Legislación Sobre Menores, Sistema Nacional para del Desarrollo Integral de la Familia, México, D. F. 1997.

Manual de los derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, Gobierno del Distrito Federal Equidad y Desarrollo Social, 1ra. Edición, México, D. F. 2001.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 133ª. Edición, México 2000.

Código Civil para el Estado de Querétaro, Editorial Sista S.A. de C.V., 2001.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza, Colección Porrúa, Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 2001.

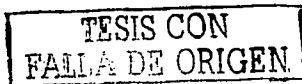
Código Civil para el Distrito Federal Editorial Sista, S.A. de C.V., México, D. F. 2000.

Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V., México, D. F. 1989.

Summae Jurídica, Sistema de Consulta Legislativa, Septiembre 2001.

Memorias del XI Congreso Internacional de Derecho de Familia, Bogotá Colombia 2000. Familia Tecnología y Derecho.

Ley General de Salud, Editorial Sista, S.A. de C.V., México, D.F. 2001.



Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco, Summae Jurídica, Sistema de Consulta Legislativa

Código de Comercio. Summae Jurídica, Sistema de Consulta Legislativa.  
Innovaciones Tecnológicas como medios de prueba en el Derecho Procesal Mexicano, J. Daniel Cervantes Martínez, Pág. 90-91, Editorial Ángel, 1999.

Ley General Sobre los Derechos de La niñas y Los Niños, 5° edición, México 2000.

Ley Sobre Derechos Humanos, 5° edición, México 2000, 439 p.

#### OTRAS FUENTES

"Diccionario Mosby. Medicina. Enfermería Y Ciencias de la Salud", Quinta Edición, Editorial Harcourt, España.

"Diccionario Enciclopédico Ilustrado", Océano Uno, México 1994.

Consortio de Médicos católicos, "No merecen Aprobación Moral", Esquíú, Buenos Aires 22 de septiembre de 1985.

Congregación para la Doctrina de la Fe, "Instrucción Sobre el Respeto a la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación. Respuestas a algunas cuestiones en la actualidad", Ciudad del Vaticano, 1987

Ponencia en el XI Congreso Internacional de Derecho de Familia, Bogotá Colombia 2000. Familia Tecnología y Derecho. Bioética y Derecho de Familia. Dres Raúl Eduardo Miranda y Roberto Enrique Rodríguez. Se hace la

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

observación que en los países Sudamericanos se les dice Doctores a los Licenciados en Derecho.

Convención sobre los Derechos del Niño. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, Pág. 588. Manual de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, Gobierno del Distrito Federal, Equidad y Desarrollo Social, Título Segundo De los Principios rectores y de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal, Capítulo II de los Derechos.

Manual de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal, Gobierno del Distrito Federal, Equidad y Desarrollo Social, México 2001.

Foro Implicaciones Médicas y Jurídicas de la Reproducción asistida. Efectuado el día 10 de Octubre del 2001, Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión LVIII Legislatura, Comisión de Salud, tema EL GENOMA HUMANO Dra. Mabel Cerrillo Hinojosa. Orozco, Delclos Antonio, " Fundamentos antropológicos de ética racional. Qué es la persona y cuál es su dignidad, Cuaderno de Bioética"

Memorias del II Congreso Mundial Vasco, Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción Humana, Madrid 1988.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN