

00761



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**“NUEVAS TECNICAS DE REPRODUCCION
HUMANA: EL UTERO COMO OBJETO DE
CONTRATO.”**

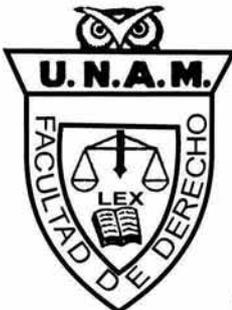
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

LIC. DINA RODRIGUEZ LOPEZ



DIRECTORA DE TESIS:

DRA. HILDA PEREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO

CD. UNIVERSITARIA, MEXICO, SEPTIEMBRE, DE 2004.



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.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: DINA RODRIGUEZ

LOPEZ

FECHA: 18/OCT/04

FIRMA: 

*Porque de Él, y por Él, y para Él, son todas las cosas. A Él sea la gloria por lo siglos. Amén.
(Romanos 11:36)*

*A mis Padres, Hermanos y a Juan Manuel,
personas a las que dedico este trabajo.*

Con profundo agradecimiento a la DRA. HILDA PEREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, por lo humana y profesional con la que se condujo en el asesoramiento y dirección de este trabajo de Tesis, es de reconocerse el gran entusiasmo y apoyo que me brindó en el camino de la elaboración de esta investigación, por sus consejos y puntualizaciones, mismas que me ayudaron a un crecimiento académico significativo a efecto de poder expresar con mayor claridad, precisión y metodología jurídica, las ideas contenidas en la presente.

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCION.....(VII)

CAPITULO I.

“Marco conceptual en torno a las nuevas técnicas de reproducción humana.”

1.1 Consideraciones generales.....	(02)
1.2 La pareja estéril.....	(06)
1.3 La pareja infértil.....	(08)
1.4 Aspectos Psicológicos de la esterilidad e infertilidad en la pareja.....	(13)
1.5 Influencias Socioculturales que generan diversas pérdidas emocionales en la pareja estéril o infértil.....	(18)
1.5.1 Pérdida de la salud.....	(20)
1.5.2 Pérdida del status o prestigio.....	(21)
1.5.3 Pérdida de la autoestima, autoconfianza, competencia o control.....	(22)
1.5.4 Pérdida de la seguridad económica.....	(23)
1.5.5 Pérdida de fantasías o de la esperanza.....	(23)
1.6 Reconocimiento del problema y redimensionamiento de la familia.....	(24)
1.7 Las técnicas de reproducción asistida como solución al problema de infertilidad y esterilidad en la pareja.....	(25)
1.8 Concepto y antecedentes de las técnicas de reproducción asistida.....	(26)
1.9 Las diferentes técnicas de reproducción humana asistida.....	(33)
1.9.1 Inseminación artificial (IA).....	(34)
1.9.2 Hiperestimulación ovárica controlada (HOC).....	(35)
1.9.3 Perfusión espermática a oviductos (FSP).....	(35)
1.9.4 Fertilización <i>In Vitro</i> (FIV) y transferencia de embriones (TE).....	(36)
1.9.5 Transferencia Intratubaria de Gametos (GIFT).....	(39)
1.9.6 Transferencia Intratubaria de Embriones o Cigotos (ZIFT).....	(40)
1.9.7 Donación de Oocitos y Espermatozoides.....	(40)
1.9.8 Donación de embriones.....	(42)

1.9.9 Aspiración Microquirúrgica de Espermatozoides de Epidídimo (MESA).....	(43)
1.9.10 Ingeniería genética; micromanipulación de gametos y embriones.....	(44)
1.9.11 Sustitución nuclear o Clonación.....	(45)
1.9.12 Portadoras Subrogadas.....	(45)
1.10 Punto de vista médico de las técnicas de reproducción asistida.....	(48)
1.11 Punto de vista iusnratalista de las técnicas de reproducción asistida.....	(50)
1.12 Punto de vista iuspositivista de las técnicas de reproducción asistida.....	(52)

CAPITULO II.

“Marco jurídico en torno a las nuevas técnicas de reproducción humana.”

2.1 Consideraciones generales.....	(55)
2.2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	(57)
2.3 Ley General de Salud.....	(62)
2.4 Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de Investigación para la Salud.....	(72)
2.5 Entidades Federativas, que regulan algún aspecto de las técnicas de reproducción humana asistida, en México.....	(79)
2.6 Legislación en materia de reproducción asistida para el Distrito Federal....	(79)
2.6.1 Código Civil para el Distrito Federal.....	(80)
2.6.2 Código Penal para el Distrito Federal.....	(87)
2.7 Legislación del Estado de Tabasco en materia de reproducción asistida...	(91)
2.8 Derecho Comparado en torno a las técnicas de reproducción humana asistida.....	(102)
2.8.1 Legislación Española.....	(106)
2.8.2 Legislación Inglesa.....	(109)
2.8.3 Legislación de Estados Unidos.....	(112)

CAPITULO III.**“El alquiler de útero como realidad social actual.”**

3. 1 Consideraciones Generales.....	(120)
3.2 Antecedentes de la maternidad subrogada.....	(122)
3.3 El alquiler de útero como realidad social actual.....	(127)
3.4 Concepto y clases de maternidad subrogada.....	(133)
3.5 Obligaciones derivadas del alquiler del útero.....	(140)
3.5.1 Obligaciones de la pareja solicitante.....	(145)
3.5.2 Obligaciones de la madre sustituta.....	(148)
3.5.3 Obligaciones del esposo de la madre sustituta.....	(153)
3.5.4 Obligaciones de los donadores de los gametos femenino y/o masculinos.	(155)
3.5.5 Obligación de los Centros hospitalarios y profesionistas que intervienen en la realización de la práctica de alquiler de útero.....	(158)
3.6 Consecuencias prácticas derivadas del alquiler de útero.....	(163)
3.6.1 La negación de la madre sustituta a entregar el bebé gestado.....	(164)
3.6.2 La utilización de mujeres dada su condición sociocultural y económica.....	(171)
3.6.3 El <i>modus vivendi</i> de las mujeres dedicadas al alquiler del útero.....	(172)
3.6.4 Violaciones al acuerdo por parte de la pareja solicitante.....	(173)
3.6.5 La clandestinidad de la práctica.....	(175)

CAPITULO IV.**“¿PUEDE EL UTERO SER OBJETO DE UN CONTRATO?”**

4.1 Consideraciones Generales.....	(179)
4.2 El contrato a la luz del Derecho Civil Mexicano.....	(180)
4.3 Elementos de existencia de un contrato.....	(183)
4.3.1 El Consentimiento en los contratos.....	(183)
4.3.2 El Objeto en los contratos.....	(185)
4.3.3 La Forma en los contratos.....	(187)

4.4 Elementos de validez de un contrato.....	(188)
4.4.1 La Capacidad de las partes.....	(189)
4.4.2 Ausencia de vicios en el consentimiento.....	(191)
4.4.2.1 El error.....	(192)
4.4.2.2 El dolo.....	(194)
4.4.2.3 La violencia.....	(194)
4.4.2.4 La lesión.....	(196)
4.4.3 Licitud en el objeto, motivo o fin del contrato.....	(197)
4.4.4 La voluntad de las partes exteriorizada con las formalidades establecidas por la Ley.....	(199)
4.5 Clasificación de los contratos.....	(200)
4.6 Contrato de alquiler de útero en el Derecho Mexicano.....	(203)
4.6.1 Clasificación del contrato de alquiler de útero.....	(208)
4.6.2 Elementos de Existencia del contrato de alquiler de útero.....	(213)
4.6.2.1 Consentimiento.....	(213)
4.6.2.2 El objeto.....	(215)
4.6.3 Elementos de validez del contrato de alquiler de útero.....	(217)
4.6.3.1 Capacidad.....	(217)
4.6.3.2 Forma.....	(218)
4.6.3.3 Vicios del Consentimiento.....	(219)
4.6.3.4 Licitud en el objeto, fin o motivo.....	(219)
4.7 ¿Puede ser el útero, objeto de un contrato?.....	(221)

CAPITULO V.

"PROPUESTA JURÍDICA EN RELACION A LA MATERNIDAD SUSTITUTA, EN NUESTRO PAIS."

5.1 Consideraciones Generales.....	(226)
5.2 La necesidad de una respuesta jurídica.....	(229)
5.3 Propuesta de legislación en relación a la maternidad sustituta.....	(233)
5.4 Consideraciones Finales.....	(241)
CONCLUSIONES	(251)
FUENTES DE CONSULTA	(259)

INTRODUCCION.

La presente investigación representa el esfuerzo intelectual que pretende contribuir al desarrollo y aplicación de la ciencia jurídica en relación a circunstancias sociales que se presentan a la par del avance científico y tecnológico de nuestro tiempo, mismos que se aplican en todas las áreas del quehacer humano e incluso en todas las etapas biológicas del hombre en cuanto a su condición de ser vivo.

La etapa de desarrollo tecnológico que nos ha tocado vivir, ha generado un rompimiento de esquemas socioculturales, pues con el auge de los medios de transporte y comunicación, se han superado las barreras de tiempo y espacio, propiciando la globalización de todas las regiones del mundo, lo que significa también, que el ser humano se encuentra en una etapa de globalización de conductas y de valores.

Ante el trastocamiento vertiginoso de conductas y valores, el derecho se enfrenta a la dura tarea de estarse actualizando y de incorporar a esas nuevas conductas sociales al amparo de la Ley, la cual debe delimitarlas correctamente para que el sistema jurídico en su totalidad se armonice y pueda dar respuesta integral a los nuevos esquemas conductuales y de valores que se integran al cuerpo social.

Dentro del desarrollo científico, encontramos el área de la salud reproductiva del ser humano, misma que no es la excepción en cuanto al trastocamiento de valores a nivel mundial, tenemos que desde la

década de los setentas, se hicieron públicas una serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad y esterilidad, a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida.

El nacimiento de Luise Brown en 1978, gracias a la fecundación *in vitro*, y su posterior implantación embrionaria en el útero de su madre, ha significado un parteaguas en la salud reproductiva pues a partir de ese momento hasta hoy, las técnicas de reproducción asistida han tenido un perfeccionamiento continuo, propiciando que cada vez más parejas estériles o infértiles, alrededor del mundo, tengan la posibilidad de lograr la propia descendencia.

Dentro de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, encontramos a la erróneamente denominada "maternidad subrogada", que tiene la peculiaridad de agrupar para su realización a varias técnicas de reproducción asistida a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate, de esa manera podemos encontrar el uso de la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la implantación de embrión en el útero, e incluso la manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o para simplemente seleccionar el sexo del nuevo ser.

Precisamente es esta técnica reproductiva denominada "maternidad subrogada", la cual constituye el objeto de estudio de esta investigación, en virtud de considerarla muy interesante, no sólo por el hecho de implicar el uso de varias técnicas reproductivas a la vez, sino

porque para su realización, en ella no sólo interviene la ciencia sino que tiene que ver con el acto de la voluntad de una mujer que se prestará a la gestación de un embrión, que en ningún momento debe considerar como un hijo, el cual debe entregar a la pareja solicitante después del nacimiento de ese bebé.

Al estar supeditado este acto a la voluntad de las partes que intervienen en él, pero en particular a la voluntad de la madre sustituta, la aplicación de esta técnica, tiene un desenlace incierto, pues al tener el humano una voluntad y conducta cambiantes, aunque se haya pactado por escrito la entrega del menor así gestado, la madre sustituta, puede rehusarse a entregarlo, surgiendo con ello toda una problemática digna de analizarse a la luz de nuestro sistema jurídico a efecto de estar en la posibilidad de determinar la viabilidad o no de esta técnica.

Algunos de los Estados de la Unión Americana, presentan la posibilidad jurídica de considerar al acuerdo de voluntades que precede a la realización de la maternidad por cuenta ajena, igual que un contrato de índole patrimonial, de tal manera que encontramos ejemplos judiciales de controversias dirimidas ante algunas cortes de ese país.

En relación a este panorama contextual y la necesidad de una respuesta jurídica al respecto, consideramos como objetivo central de la presente investigación el presentar a esta técnica de reproducción humana asistida en relación con nuestra realidad social, cultural y aún

legal, para poder en un momento determinado proponer una alternativa de legislación al respecto en base al análisis previo de estos elementos.

Lo anterior, porque pensamos que en la medida en que se comprenda a la perfección los alcances y limitaciones de la llamada maternidad sustituta en cuanto alternativa de solución para la esterilidad se podrá dar una respuesta jurídica integral, coherente y justa, para las personas que en un momento dado podrían recurrir o recurren a ella.

Es así como presentamos en el capítulo primero de esta investigación un acercamiento general a lo que es la problemática de la infertilidad y la esterilidad, apuntando por supuesto, la diferencia entre ambas. Esta problemática se analiza, no sólo desde el ámbito de pareja, sino también del entorno social, familiar incluso hasta cultural, que propician serias afectaciones emocionales en este tipo de parejas, que los llevan a recurrir a cualquier tipo de alternativas para lograr el tan ansiado hijo.

La intención de este primer capítulo la constituye además de la parte informativa en torno al aspecto médico de las técnicas de reproducción asistida, el dejar en claro que la psicopatología que se desarrolla en las parejas estériles o infértiles, les lleva a no pensar objetivamente, hasta en tanto no se acepten y busquen alternativas de solución congruentes con su problema, lo cual les lleva a desplegar conductas que tienen repercusión en el mundo exterior.

En el segundo capítulo, encontramos el marco jurídico existente en nuestro país, en torno al llamado derecho a la reproducción, que se consagra constitucionalmente, realizando un breve análisis del mismo, y de la regulación existente en otros cuerpos legislativos secundarios, como lo serían la Ley General de Salud y alguno de sus reglamentos, el Código Civil y Penal, ambos para el Distrito Federal, así como el caso peculiar de Tabasco que incorporó una serie de reformas a su Código Civil, contemplando a la maternidad subrogada como un contrato celebrado entre la madre sustituta y la pareja comitente, presumiendo la paternidad legal del menor a favor de éstos últimos.

El capítulo tercero tiene la intención de mostrar la realidad social actual, en nuestro país de la técnica reproductiva denominada maternidad por cuenta ajena o "alquiler de útero", a efecto, de poder valorar la necesidad real de ser legislada o no, así como para determinar la manera en que sería regulada en un momento dado.

El capítulo cuarto se ha realizado con la intención de verificar a la luz del derecho civil mexicano, el acierto o el error de considerar al acuerdo de voluntades que da origen a la realización de esta práctica reproductiva como un contrato patrimonial dentro de los principios jurídicos que nos regulan, lo cual nos permitirá regularlo adecuadamente de acuerdo a la categoría jurídica con que se le conozca.

Por último, en el capítulo quinto de la presente investigación, concluimos el desarrollo de esta tesis con una propuesta legislativa en

relación a la maternidad sustituta, a la luz del sistema jurídico mexicano y en aras de contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica en nuestro país, en relación al tema particular, propuesta que significa la conclusión lógica de los capítulos precedentes y que no significa más que el esfuerzo sistematizador de los elementos centrales de la presente investigación expresados en una propuesta que puede tomarse como alternativa jurídica para la maternidad sustituta en nuestro país.

**CAPITULO I.
“MARCO CONCEPTUAL EN TORNO A LAS NUEVAS
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA.”**

Quiero ver jugueteando por las piezas y patios un muñeco de carne mitad tú, mitad yo, que lleve en sus cabellos el color de tu pelo y en sus ojos de cielo la mirada piadosa que Dios te regaló.

José Antonio Cisneros (canción popular)

1.1 Consideraciones generales.

Los albores del siglo XXI representan una etapa de consolidación y perfeccionamiento de los avances científicos y tecnológicos que se presentaron de manera sorprendente en el último cuarto del siglo XX, pues es a partir de esta etapa donde el ser humano empieza a desarrollar investigaciones científicas cuyos resultados sólo eran material de la ciencia ficción de tiempos más remotos.

En este contexto, la humanidad de hoy día vive diversos sucesos científicos y tecnológicos de una manera muy cotidiana casi podríamos decir rutinaria, en la más absoluta normalidad, pues diversos medios de comunicación nos dan cuenta constantemente de los diversos avances que tiene la ciencia, sobre todo en el ámbito de la genética humana y las técnicas de reproducción asistida.

La sociedad mediática en la que vivimos, contribuye a que todos estos avances sean tomados de manera positiva por parte de los miembros de la sociedad, puesto que el mensaje que los diversos medios de comunicación dan acerca de las técnicas de reproducción asistida, es como si éstas representaran un gran logro en beneficio de la humanidad.

Ante el poderío mediático en el que nos desenvolvemos, las opiniones se generalizan de manera casi simultánea, por lo que se requiere cierta destreza para poder leer entre líneas los mensajes transmitidos por ellos, de esta manera pocas son las voces que se detienen a analizar el fondo de la forma mediática que con albricias presenta a las nuevas técnicas de reproducción asistida.

Es deber de todo estudioso de los fenómenos sociales de nuestro tiempo, tratar el tema de estudio con la más absoluta objetividad a efecto de presentar un análisis integral del mismo, que nos permita conocer sus causas y sus fines en aras de presentar la exactitud del problema y sus repercusiones en la sociedad.

En este entendido, hemos decidido tratar en la presente investigación, las diversas formas de reproducción humana que hoy día se encuentran tan en boga entre los miembros de la comunidad médica, quienes la presentan como una alternativa real de paternidad, así como en la sociedad misma, que influenciada por la opinión mediática toma a las técnicas de reproducción asistida como un verdadero avance científico que contribuye a aliviar el dolor humano derivado de la esterilidad o infertilidad.

En el presente capítulo presentamos el panorama general del problema de la infertilidad y la esterilidad humana, que representa la causa generadora del surgimiento y desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción humana, como alternativas de solución a este problema y a sus consecuencias secundarias como lo son una serie de alteraciones emocionales que se pueden dar en la pareja en cuestión.

En aras de una exposición organizada del tema que nos ocupa, este capítulo se encuentra estructurado de tal manera, que se expone en primer lugar el problema de la infertilidad y esterilidad humana en cuanto a su concepto, pues ambos problemas a pesar de que son tomados como sinónimos, tienen diferencias muy marcadas, que en su momento se verán.

Una vez ubicado el problema central es conveniente mostrar la problemática secundaria que surge con ello, misma que se puede apreciar en una diversidad de consecuencias psicológicas que propician el sufrimiento humano, pues veremos que el individuo que padece cualquier tipo de imposibilidad

reproductiva, con frecuencia es blanco de las presiones socioculturales y familiares que le impiden tomar con objetividad su circunstancia en particular.

Veremos que en este entorno psicológico endeble, el individuo se convierte en presa fácil de personas que saben aprovecharse de la necesidad imperante de una pareja infértil o estéril de poder reproducirse, lo que hará que ésta acepte a someterse a cualquier técnica de reproducción asistida que se le presente como alternativa de solución, sin importar los altos costos económicos y emocionales que tenga que pagar por ello.

Sin querer situarnos en una posición de iusnaturalismo católico, en esta investigación, pretendemos mostrar las dos caras de la moneda, no soslayando la circunstancia de que las diversas técnicas de reproducción asistida, han ayudado a muchas parejas alrededor del mundo a ver satisfecha su necesidad de procreación, no obstante que presentaban problemas médicos que podrían tomarse en épocas anteriores como imposibles de solución.

Expondremos en este capítulo las técnicas de reproducción asistida en general, partiendo de la más sencilla inseminación artificial hasta las más complejas técnicas de ingeniería genética, como serían la clonación y la manipulación genética de embriones.

Daremos cuenta de cómo cada una de estas técnicas de reproducción asistida presentan diversas particularidades que no dejarán de sorprendernos y que podrían constituir por sí mismas, un tema muy amplio de investigación, es por ello, que centraremos nuestro objeto de estudio en sólo una de ellas, que será la técnica de la maternidad por cuenta ajena.

La maternidad sustituta no es mas ni menos importante que las otras técnicas de reproducción humana asistida, pero su interés radica en que su desarrollo involucra varias técnicas de reproducción asistida a la vez, de igual

manera, varias personas intervienen en ella, y no sólo la pareja estéril o infértil, personas a las cuales se les genera diversas obligaciones jurídicas que tienen que respetar, así como, diversos derechos subjetivos a los que deben renunciar, como lo sería en el caso de la madre portadora o de los donadores de los óvulos o espermatozoides.

La técnica de reproducción asistida, objeto de nuestro estudio, implica también el trastocamiento de varias instituciones jurídicas de orden civil, familiar, penal e incluso en un momento dado hasta constitucional, por lo que significa para nosotros un útil objeto de estudio, que servirá para aplicarse a las demás técnicas de reproducción humana asistida.

Por último, en este capítulo se analizará de manera general el punto de vista médico en relación a las técnicas de reproducción asistida, que las presenta básicamente como un avance en beneficio de la humanidad.

Asimismo, se verá el punto de vista iusnaturalista en su vertiente católica, pues ésta es una de las voces retractoras de las técnicas de reproducción humana, que más se escucha en nuestros medios, y que afirma que existe un poder supremo, al cual los seres humanos no debemos desafiar alterando el orden que previamente se había establecido.

Por último, tocará el turno a la exposición del discurso iuspositivo, en torno a las nuevas técnicas de reproducción humana, presentadas como una forma de lograr el acceso a las parejas infértiles o estériles a su derecho a la reproducción, que en la mayoría de las constituciones del mundo se consagra y que en la nuestra se establece en el artículo cuarto de la Carta Magna mexicana.

1. 2. La pareja estéril.

Hemos anotado ya en líneas precedentes que existe una diferencia conceptual entre los términos de infertilidad y esterilidad, que muchas veces son utilizados por la mayoría de nosotros como sinónimos, pero que en la ciencia médica denotan cosas totalmente distintas, razón por la cual, a continuación daremos los conceptos de cada uno de estos términos de manera particular.

Por **pareja estéril** se entiende al matrimonio que busca la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no puede darse bajo ninguna circunstancia¹.

El especialista mexicano Efraín Pérez Peña, abunda un poco más en torno al concepto de **esterilidad**, enunciándola como la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva.²

Aun más, este especialista nos indica que la esterilidad puede darse de dos formas: **primaria**, cuando nunca se ha logrado el embarazo, bajo ninguna circunstancia y por ningún tratamiento, y **secundaria**, cuando ha habido embarazos previos, pero que en la actualidad ya no, situación que pudo haberse ocasionado por circunstancias iatrogénicas, como lo son intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas, retardo en el diagnóstico, etc.³

¹ ARRIGHI, Arturo y Miguel Cogorno; "Infertilidad" en TOZZINI, Roberto Ítalo; *et al Esterilidad e infertilidad humanas*, 2ª ed., Ed. Médica Panamericana, Buenos Aires; Argentina, 1992, p. 352.

² PÉREZ PEÑA, Efraín; *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral*, 2ª ed., Ed. Salvat, México, 1995, pp. 1-11.

³ *Ibidem*, pp 1-2

En la exposición del presente concepto, hemos manejado diversos términos, a los que resulta conveniente referirnos *grosso modo*, en virtud de que tienen implicaciones que serán tratadas en el desarrollo de la presente investigación.

Expresamos que por pareja estéril, se entendería al **matrimonio**, que busca reproducirse y que no puede concebir por alguna u otra circunstancia, (nos hemos referido al matrimonio porque legalmente es la única forma de integrar una familia a efecto de procurar a los hijos un ambiente de seguridad jurídica en cuanto al concepto de familia).

Cabe hacer mención que existen en nuestro contexto sociocultural diversas formas de ser "pareja", en virtud de existir diversas formas de convivencia de hecho, así hablamos de **parejas de homosexuales**, hombres y mujeres, que buscan incluso la posibilidad de criar hijos en su afán de homologar sus derechos con los de las parejas heterosexuales legalmente casadas, máxime si hablamos que en diversos sistemas jurídicos, como el nuestro, la regulación de las técnicas de reproducción asistida tiene ciertas reticencias, el suponer que se permitirá a parejas homosexuales tener bajo su guarda y custodia a menores de edad y más aún que puedan reproducirse biológicamente a través de la utilización de diversas técnicas de reproducción asistida, resulta más lejano todavía.

Otro tipo de parejas humanas que existen en nuestras sociedades del siglo XXI, son las llamadas **concubinarios o de unión libre**, las cuales a pesar de ser una unión heterosexual, no se encuentran legalmente unidas, lo que da a la relación una sensación de libertad y existe la posibilidad de romper la relación a voluntad de cualquiera de las dos partes en el momento que así lo desee, lo que da como resultado una posibilidad de inestabilidad para el hijo que se pretende procrear, por lo cual las legislaciones de los países que permiten la utilización de este tipo de técnicas, pide como requisito, el que la pareja esté legalmente casada.

Una circunstancia más que el concepto anteriormente vertido encierra, al referirse al matrimonio, como pareja estéril, es que se está generalizando la intención de muchas mujeres de nuestro tiempo, que no se encuentran dispuestas a unir su vida a varón alguno y que optan por ser **madres solteras**, por lo que muchas veces solicitan se les apliquen diversas técnicas de reproducción humana asistida, siendo la más común de ellas la llamada inseminación artificial, al presentar las solicitantes algún impedimento para concebir y gestar adecuadamente.

1.3 La pareja infértil.

Por **pareja infértil**, entenderemos a aquélla que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta a diferencia de la esterilidad es susceptible de corrección.⁴

Por su parte Arturo Arrighi, nos dice que la **infertilidad**, es la imposibilidad de llevar a término el producto concebido, afirmando, que este concepto es mucho más difícil de definir, toda vez que para la esterilidad basta decir que existe una imposibilidad para concebir, mientras que la infertilidad no tiene parámetros plenamente determinados, lo que ha llevado a establecer diversas incógnitas en cuanto a los parámetros para establecer la infertilidad, como lo son:

- 1) Luego de cuantos abortos debe considerarse a una pareja infértil.
- 2) Si solo deben de ser aceptados los abortos, partos inmaduros y prematuros con feto muerto como expresión de fracaso reproductivo, y

⁴ *Ibidem*, p. 2

- 3) Si los embarazos ectópicos y los fetos groseramente mal formados sin posibilidad de ulterior viabilidad, son también una expresión de infertilidad⁵.

Derivado de lo anterior es fácil definir a la infertilidad partiendo de su antónimo **fertilidad**, término que significa eficiencia reproductiva y que será medida en términos de productos vivos, y en cambio la infertilidad es tratada en las clínicas de reproducción asistida, pues es el supuesto que permite ser corregido y origina una expectativa mayor de reproducción en las parejas.

Consideramos pertinente hablar en este apartado del porcentaje aproximado de la población mexicana que presenta alguna deficiencia de las ya mencionadas en su capacidad reproductiva, cifra que de acuerdo a los datos que maneja el especialista mexicano Efraín Pérez Peña corresponde al **15 %** de la población en México, la cual nos dice, que tiende a aumentar por las tensiones propias del mundo moderno en el que nos desenvolvemos⁶.

Hemos llegado a un punto conveniente de tratar las **causas generadoras** de estos tipos de problemas reproductivos, toda vez que llama la atención la puntualización de los médicos en relación a que el contexto social y cultural de nuestra época, contribuye al incremento de la tasa de problemas reproductivos.

Con la llamada liberación femenina del último cuarto del siglo XX a la fecha, se ha permitido a la mujer desarrollarse en ámbitos laborales y profesionales que antaño resultarían impensables para sus predecesoras, pero que ahora están siendo ocupados por mujeres que se desenvuelven de manera exitosa en ello. Esta situación ocasionó que la mujer pudiera obtener una economía propia y depender cada vez menos del varón.

⁵ARRIGHI, Arturo y Miguel Cogorno; *Op Cit* p. 353.

⁶PÉREZ PEÑA, Efraín. *Op Cit*. p. 3.

En este contexto, la mujer fue dejando de lado como meta primordial de vida, la maternidad, así que sin dejar de deseársela, la posponía para edades más avanzadas, en aras de seguir desarrollando su actividad laboral o profesional, esto ha ocasionado que la mujer deje pasar la edad fértil que se da entre los 24 y 26 años, misma que va declinando gradualmente hasta los 30 años y que tienen un declive más acentuado alrededor de los 35. Al momento se considera que la fertilidad después de los 40 años es mínima, todo esto porque con la edad la mujer va presentando alteraciones en la función ovulatoria o en la viabilidad del óvulo y asimismo con la edad aumenta la incidencia de abortos espontáneos⁷

El **posponer la maternidad para edades más avanzadas** disminuye la fertilidad en una pareja, y hace que al momento de querer reproducirse se enfrenten con diversidad de impedimentos, lo que hará que recurran a las clínicas de reproducción asistida en busca de una alternativa de solución a su problema.

Otro factor dado por la modernidad de nuestras sociedades urbanas en las que nos ha tocado vivir, es la circunstancia de la libertad sexual de la que hacen uso desde temprana edad muchas mujeres, lo que ocasiona que recurran a una **empleo indiscriminado de técnicas anticonceptivas**, que en muchas ocasiones obedece a una automedicación sin la correspondiente evaluación médica que determine cuál es el método anticonceptivo más viable o más recomendable para cada persona en particular.

Muchos de estos métodos alteran el organismo, principalmente de las mujeres y provocan diversas afecciones que disminuyen su capacidad reproductiva, de tal manera que al momento en que estas personas desean poder reproducirse no lo pueden hacer y tienen que recurrir al especialista en reproducción quien les recomendará alguna técnica o método de reproducción asistida.

⁷ PÉREZ PEÑA, Efraín. *Op Cit.*, p. 4 .

Derivada de la misma circunstancia de la libertad sexual que se da en nuestro tiempo, encontramos que existe una **mayor incidencia de enfermedades venéreas**, que si no ocasionan la muerte, sí generan diversas imposibilidades o disminuciones para la concepción o producen la infertilidad, lo que se convierte en un factor más, que provocará que en un futuro, estas personas acudan a las clínicas de reproducción asistida en busca de una alternativa de solución.

Las sociedades urbanas de principios del siglo XXI generan una gran presión en las personas, pues los trabajos hoy día son extenuantes y provocan gran **estrés**, circunstancia que origina una alteración fisiológica y hormonal en los seres humanos, debido a la segregación de importantes cantidades de sustancias tóxicas derivadas de la adrenalina, sustancia que liberamos en situaciones de gran tensión emocional.

A manera de un efecto dominó, el estrés que a diario se vive en nuestra sociedad, genera situaciones emocionales diversas que orillan a las personas a circunstancias tales como la **drogadicción** y el **alcoholismo**, como forma de escape a sus problemas, lo que es un factor más que disminuye la capacidad reproductiva en los seres humanos, pues el consumo de estas sustancias, aumenta la posibilidad de que un producto presente algunas malformaciones congénitas.

Ligada a la drogadicción y al alcoholismo, encontramos un problema que parecería no serlo, pero que tiene consecuencias muy importantes en la afectación de la salud reproductiva de las personas. Este problema es la **automedicación**, la cual encontramos con mayor frecuencia en los sectores más desfavorecidos económicamente en nuestro país, pues muchas veces se recurre a este sistema por la falta de posibilidad de acudir a un médico que recete la medicina apropiada, lo que genera en muchas ocasiones que se afecte la función neuroendócrina, así los fenómenos ovulatorios, la espermatogénesis, y en

diversas ocasiones se altera el funcionamiento sexual, al usar **tranquilizantes, estimulantes, o analgésicos.**

El gran estrés que se genera en nuestra sociedad ha incrementado el uso de estimulantes menores como lo sería la **cafeína** y la **nicotina**, que si bien no provocan un daño a corto plazo, sí generan severas afecciones a largo plazo, pues su ingesta se ha vuelto crónica en grandes sectores de nuestra población, lo que significa un factor más, que altera la función reproductiva en humanos.

Nuestra sociedad mediática que rige en muchas ocasiones la forma de ver el mundo a nuestro alrededor, ha contribuido a que exista un estereotipo de belleza en humanos el cual es el de un cuerpo sumamente esbelto, lo que ocasiona que diversidad de personas, generalmente mujeres, busquen alcanzarlo a través de **dietas severas** y de **ejercicios extenuantes**, lo que altera la capacidad reproductiva en humanos, pues se convierten en elementos que alteran la función neuroendócrina del cuerpo al generarse diversas sustancias químicas con el ejercicio exagerado y al presentarse cuadros de desnutrición grave con diversidad de dietas.

La sociedad de nuestro tiempo también nos obliga a vivir muy de prisa, por lo que se ha dado en los últimos años un "*boom*" de restaurantes de comida rápida que han incrementado la porción de los alimentos para cada persona, generando una ingesta mayor de grasas y carbohidratos lo que ocasiona que una importante cantidad de la población mexicana padezca de **obesidad**, que desde el punto de vista médico es un factor más que altera la función reproductiva.

Una herencia más del progreso tecnológico que nos contextualiza, es la forma en que se ha alterado la armonía con el medio ambiente, ya que se le ha contaminado, sobre todo con diversas **sustancias tóxicas** con las cuales el ser humano tiene contacto o está expuesto, como lo son los pesticidas, plomo, solventes, gases, pinturas y radiación, esta última que incluso proviene de los

aparatos eléctricos de los cuales se hace uso de manera cotidiana como lo es por ejemplo, el televisor, la computadora, teléfonos celulares y hornos de microondas.

Independientemente de las causas de esterilidad o infertilidad que podemos encontrar en el contexto sociocultural en el que nos desenvolvemos, no hay que soslayar las causas Biológicas que se dan en los humanos, y que son materia propia del lenguaje médico, tales como: Miomas uterinos, malformaciones uterinas, sinequia uterina, edenoma endometrial, endometriosis, baja producción de espermatozoides, alteraciones cromosómicas en la pareja, entre otras.

Las causas que ya hemos enunciado, pueden generar esterilidad o infertilidad que pueden haber surgido por malformaciones genéticas.

Hemos enunciado estos factores como las causas primordiales que propician alteraciones en la capacidad reproductiva en humanos, por lo que, desde nuestro punto de vista los problemas de infertilidad o esterilidad no se encuentran tan lejos de nosotros, pues el contexto sociocultural de nuestro tiempo, presenta la posibilidad de un aumento en el porcentaje de la población que padece alguna consecuencia de este tipo.

Por todo lo anterior, resulta conveniente que el jurista se detenga a considerar este problema que como veremos en capítulos posteriores genera una diversidad de problemas secundarios a los cuales el derecho debe atender.

1.4 Aspectos Psicológicos de la esterilidad e infertilidad en la pareja.

Cuando una pareja decide tener hijos y descubre que no puede hacerlo, experimentan múltiples reacciones psicológicas de las que habitualmente no está preparada la pareja, puesto que sus reacciones son complejas, diversas y en ocasiones irracionales.

El descubrir que no se puede lograr un embarazo es una situación muy traumática, y que, las parejas, no están preparadas para afrontarla. Se genera una crisis mayor, puesto que el problema representa retos diversos, ya que existen limitaciones diagnósticas y terapéuticas, así como algunos factores causales con muy mal pronóstico, y a veces, al corregir un factor se altera otro.

Los recursos económicos de la mayoría de las parejas en nuestro país, no son suficientes para superar este tipo de problemas, lo cual pone en riesgo sus metas y objetivos de vida, aflorando múltiples sentimientos inconscientes que hacen que este problema sea difícil tratar debido a que la mente humana, es un verdadero enigma, que genera cambios o alteraciones en el mundo exterior.

Podemos decir, que el tratamiento de una pareja estéril o infértil, requiere un enfoque integral y multidisciplinario con base en conocimientos de ginecología, andrología, biología, endocrinología, medicina interna, urología, técnicas diagnósticas y quirúrgicas sofisticadas, así como de psicología, puesto que la carga emocional de una pareja al verse incapacitada para tener hijos, la hacen fácil presa de mitos y supercherías que dificultan su tratamiento.⁸

La psicología clínica propia de los problemas reproductivos, busca atender las repercusiones psicológicas de la esterilidad o infertilidad, no obstante que estos padecimientos reproductivos pueden tener un origen psicológico, pues se conocen casos en donde alteraciones psicológicas muy profundas, traen consigo la esterilidad de la persona que las padece.

Para ayudar a reestablecerse las consecuencias psicológicas de una esterilidad o infertilidad, el psicólogo debe, en palabras de la doctora Helena López Dabat;

⁸ PÉREZ PEÑA, Efraín, *Op Cit.*, p. 6.

"...estudiar al ser humano en su totalidad, en las situaciones concretas y en sus vínculos interpersonales presentes y pasados, en definitiva indagar el mundo interno del sujeto que de alguna manera está condicionando respuestas en su interacción con el mundo externo. A partir de la conducta manifiesta explorar y llegar a comprender lo latente, las fantasías inconscientes que subyacen..."⁹

Esta especialista continúa diciéndonos que la esterilidad debe tomarse como un rasgo de una personalidad total que se conecta con el mundo externo, y en el cual este rasgo es una forma de expresión.

Debe tomarse en cuenta que la situación emocional que enfrentan este tipo de parejas, es sumamente difícil de manejar en virtud de que la posibilidad de un hijo, se convierte en necesidad y expectativa de su mundo, convirtiéndose en un anhelo y a la vez en una negación y frustración que engendra desde luego agresión.

El especialista mexicano Efraín Pérez Peña, nos muestra de manera más sistemática, las reacciones que surgen ante la esterilidad o la infertilidad en una pareja que la presenta. Estas reacciones se presentan en un orden de sorpresa, negación, aislamiento, enojo y agresión, culpa y autodevaluación, regateo, depresión sufrimiento, duelo y aceptación o resolución, por lo cual *grosso modo*, hablaremos a continuación de cada una de estas reacciones.¹⁰

La primera reacción que se genera de manera temprana y superficial ante la esterilidad o la infertilidad, es de **sorpresa**, pues las personas generalmente no están preparadas para ello, y por lo general, dentro de los planes de vida de todo ser humano, se ve planteada la posibilidad de ser padres, lo cual para muchas parejas lleva un largo proceso de planeación y en el momento que lo desean llevar a cabo, se dan cuenta de que no pueden hacerlo realidad.

⁹ LOPEZ DABAT, Helena; "Aspectos psicológicos de la esterilidad" en TOZZINI, Roberto Ítalo; *Op. Cit.* p. 381.

¹⁰ PEREZ PEÑA, Efraín; *Op. Cit.* p. 628-630.

Después de la sorpresa, se da paso a la **negación**, lo cual es un mecanismo de defensa inicial que permite a la pareja adaptarse a esta realidad, que resulta intolerable, pues se niega la posibilidad de que esté ocurriendo, se contempla la alternativa de un diagnóstico equivocado o negligente, y se deja para después el volver a tocar el tema.

El **aislamiento**, se genera por todas las presiones sociales que surgen ante el conocimiento del problema por el submundo familiar que gira en torno a la pareja, que presenta cualquier disminución en su capacidad reproductiva, pues es común que las parejas se vean incomodados por la compasión o consejos no solicitados de sus familiares o amigos, o por las burlas de algunas personas, no tan bien intencionadas, lo que puede generar que aun los mismos integrantes de la pareja, se aislen entre sí y rompan su comunicación.

En este orden de ideas, una vez que se han experimentado las anteriores reacciones, se presenta el **enojo** y la **agresión** contra sí mismo, la sociedad, amigos, familiares y médicos en una manifestación fehaciente de pérdida de control sobre las emociones, pensamientos, cuerpo y posibilidades de elegir, lo que la vuelve una reacción irracional y desproporcionada y lo único que se refleja es angustia, depresión, frustración y desesperación.

Los sentimientos de culpa en la pareja aparecen como una forma de explicar o justificar lo que está sucediendo, entonces se remontan a sucesos pasados, se habla de errores, pecados, malas acciones, entre otras cosas más, que justifica la consecuencia de un castigo divino para bien pagar lo malo que se ha hecho, teniendo como motivos más comunes para culparse, las relaciones sexuales extramaritales, el empleo previo de anticonceptivos, masturbación, abortos provocados, pensamientos homosexuales, entre otros.

Cuando una pareja de este tipo decide acudir a un médico en busca de alternativas de solución, suele ocurrir el fenómeno del **regateo**, al tratar de obtener

más de lo que el médico está planteando como alternativa de solución, incluso se plantea que si se acepta someterse a tal o cual tratamiento, lo será bajo la garantía de resultados satisfactorios, cosa a la que cualquier médico con una adecuada ética profesional, de ninguna manera puede comprometerse.

Ante esfuerzos infructuosos y la presión sociocultural del entorno, las parejas suelen pasar a la **depresión**, la cual puede centrarse en sí mismo o por una pérdida importante como pareja, lo que genera de nueva cuenta el aislamiento o hábitos peligrosos como el alcoholismo o la farmacodependencia.

Puede considerarse una pareja exitosa, aquella que logra **reconocer** la pérdida, sentir aflicción y pena por la misma, vivir un proceso de **duelo** y recuperarse del mismo, mediante la **aceptación** o **solución**, puesto que esto encierra una gran complejidad y dificultad, pues lo que no se logra es hijo real.

El impacto psicológico que se genera en el hombre y la mujer tienen características propias y no pueden ser las mismas que se experimentan como pareja, por lo que es conveniente no olvidar que la pareja está constituida por dos seres humanos de distintos sexos, que de acuerdo al contexto sociocultural, se les ha designado ancestralmente roles plenamente definidos.

En la mujer, las presiones socioculturales, son mayores, toda vez que se ha asociado la femineidad con la maternidad-fertilidad, estereotipándose una serie de patrones sobre cómo debe desempeñar la mujer su papel de maternidad, por lo que este anhelo revive continuamente al ver a otras mujeres embarazadas o con hijos pequeños, surgiendo la sensación de no estar completas o ser menos femeninas, si no se logra el embarazo, afectando su autoestima y su vida en general.

En el varón, se experimentan las mismas reacciones que las mujeres, pero habitualmente no las expresan con la misma intensidad, puesto que tratan de

cumplir con el rol social de ser los fuertes de la pareja y de dar apoyo a la mujer en crisis, sin embargo, a decir de los estudiosos del tema, su concepto de virilidad se ve fuertemente amenazado y es causa frecuente de que no asistan al consultorio médico con su pareja y mucho menos que se dejen practicar exámenes médicos.

Hasta aquí, con la exposición de las reacciones psicológicas que una pareja infértil o estéril experimenta con este tipo de padecimientos reproductivos, pues un estudio de mayor profundidad no sería de nuestra competencia, sino de la rama del saber correspondiente a la psicología clínica.

Lo que hemos pretendido lograr a través de este apartado, es concientizar al lector de las repercusiones que estos padecimientos tienen en la sociedad y en el mundo interno de los individuos que los presentan y que indudablemente, sin pretensiones exageradas, puede provocar cambios en el mundo externo, cuando éstos se dejan guiar por los sentimientos de ira y agresión, que experimentan en diversos grados.

En el siguiente apartado se presenta la manera en que la misma sociedad presiona a las parejas, que sufren estos padecimientos reproductivos, por lo que entran en claro conflicto y generan diversas pérdidas en las parejas que los presentan.

1.5 Influencias Socioculturales que generan diversas pérdidas emocionales en la pareja estéril o infértil.

Pareciera paradójico que en tiempos en que se habla de sobrepoblación a nivel mundial, se esté dedicando tiempo y esfuerzo en la investigación biomédica para perfeccionar la diversidad de técnicas de reproducción humana asistida, que se ocupen de ellas, no sólo los médicos, sino también los sociólogos, historiadores, juristas y otros estudiosos de los fenómenos sociales.

Puede pensarse que se subestima el sentir de las parejas que no pueden tener hijos, por lo menos en nuestro país, ya que su manejo no forma parte de los programas prioritarios de las instituciones de salud pública y ningún seguro de gastos médicos cubre este tipo de tratamientos, pues se le considera que no es causa de muerte o de dolor físico.

Incluso podría pensarse que es una forma natural del control de la natalidad, y que si habiendo tantos niños huérfanos y padres sin hijos bien pudieran complementarse ambas necesidades y satisfacerse mutuamente, e incluso que resulta egoísta el no contemplar la adopción como solución única a este tipo de padecimientos, soslayando todas las implicaciones psicológicas que esto representa.

Este sentir de la sociedad que menoscaba el problema de la esterilidad o infertilidad en las parejas, resulta contradictoria a los roles que los mismos miembros de la sociedad han dado al varón y a la mujer casados, que desean procrear, pues desde tiempos muy remotos en diferentes culturas y religiones, la humanidad ha estado obsesionada con la fertilidad a la cual le ha dado un gran valor.

En tal virtud, a la procreación se le ha considerado un regalo divino, el objetivo de la existencia, prueba de la valía, evidencia de la capacidad sexual, demostración de la madurez como adultos, forma de perpetuarse, etc., lo que ha originado creencias como el que su ausencia es un castigo divino, falta de valía o de merecimientos, fin de una estirpe, entre otras consideraciones. Éstos y muchos otros mitos han justificado en la historia, prácticas absurdas como ser causal de divorcio el que la mujer no tenga hijos, o justificar que un hombre tenga hijos con otra mujer con el consentimiento de su esposa estéril, etc..

Observamos de esta manera que las influencias socioculturales, condicionan frecuentemente que las parejas que no embonan en los patrones de conducta de

las parejas fértiles, la sociedad los menosprecie, aisle, desconfíe de ellas, las presione o les tenga lástima.

En el mejor de los casos, sucede que el entorno social de la pareja no sabe cómo tratarlos, puesto que la esterilidad o infertilidad al no involucrar una pérdida real, lo más frecuente es de que se trate infructuosamente de ignorar el asunto, lo que genera situaciones embarazosas al tocar el tema.

El entorno de la pareja constituye en buena medida, el factor central que contribuye a que en la pareja se manifiesten reacciones psicológicas de las diversas magnitudes, lo que las lleva a perder relaciones con personas emocionalmente importantes, y asimismo a perder salud, status o prestigio, autoestima, autoconfianza, seguridad, fantasías o la esperanza de lograr un plan de vida importante.

En este contexto consideramos pertinente hablar de manera general de las diversas pérdidas que en mayor o en menor grado, una pareja estéril o infértil experimenta, a efecto de exponer de manera integral toda la problemática que generan este tipo de disminuciones en la capacidad reproductiva, que van a ser determinantes indudablemente, por la conducta que un individuo despliegue en el mundo exterior.

1.5.1 Pérdida de la salud.

De acuerdo con el doctor Efraín Pérez Peña el no funcionar adecuadamente para engendrar y gestar un hijo, constituye un golpe narcisístico para cada miembro de la pareja, entendiendo el narcisismo como el amor a sí mismo, que se expresa en la necesidad de perpetuar el yo. Así ante esta problemática, el individuo cambia la concepción que tiene de su cuerpo, al cual percibe como defectuoso, independientemente de su aspecto¹¹.

¹¹ PÉREZ PEÑA, Efraín, *Op Cit.*, p. 627.

Para un individuo con esterilidad o infertilidad, la imagen de sí mismo, es de un ser enfermo en relación con los demás, por lo que es muy común que estos individuos sean dados a asumir un papel de víctima ante estos padecimientos, lo que los lleva a padecer diversas afecciones meramente psicossomáticas, padecimientos físicos generados desde la mente del individuo, como una forma de auto castigo.

1.5.2 Pérdida del status o prestigio.

Para la sociedad, frecuentemente las parejas sin hijos son consideradas menos aceptables, anormales, no confiables, fuera de lugar, etc., como hemos mencionado en líneas precedentes, no es raro que se les agrede y presione para que cumplan con las expectativas tradicionales y con patrones de conducta establecidos, en cuanto a la procreación, de tal manera que cuando deciden vivir sin hijos ante otras alternativas no aceptables para ellas, se les considera egoístas o inmaduras, independientemente de lo difícil que sea tomar esta decisión.

Existe una separación real entre las parejas estériles y las fértiles, independientemente de los lazos de amistad, afecto o parentesco, ya que éstas, cuando sus hijos son pequeños giran alrededor de ellos y tienen ocupaciones diferentes a aquéllas, con lo cual se les va separando de los diversos eventos familiares que tengan que ver con niños pequeños.

Las actitudes que hemos descrito generan en la mente de la pareja un duro golpe a su autoestima, toda vez que se les relega de la convivencia del mundo familiar que les rodea, y que no sabe cómo tratarlos.

1.5.3 Pérdida de la autoestima, autoconfianza, competencia o control.

En los anteriores apartados hemos establecido que cualquier tipo de limitación a la capacidad reproductiva en humanos, genera que la percepción de sí

mismo se vea notoriamente devaluada, con lo cual los logros personales, profesionales, familiares, intelectuales o de cualquier otra índole, son menospreciados al darse cuenta que no pueden tener hijos.

La presión que se genera entorno a estas parejas, ocasiona que las mismas pierdan entusiasmo y no encuentren sentido a muchas de sus actividades, incluso a aquellas que anteriormente le hubieran podido parecer fascinantes, y entonces el interés en todo lo que les rodea decrece, en palabras sumamente dramáticas, estas parejas llegan a expresar que esto pareciera ser una "muerte en vida".

El tener que depender de médicos y tratamientos, incluso de terceras personas para lograr lo que la mayoría de la gente realiza sin mayor esfuerzo, da una sensación de pérdida del control, de poder realizar por sí mismos una función que pareciera tan "natural". De esto nos habla con mayor claridad el multicitado especialista mexicano, el doctor Efraín Pérez Peña en la siguiente forma;

"La decisión de ver a un especialista en fertilidad puede ser tan difícil como reconocer que se necesita ayuda de un psicoanalista, psiquiatra o psicólogo. Para cooperar durante el proceso diagnóstico o terapéutico hay que reconocer que existe un problema fuera de su control y que se requiere ayuda especializada."¹²

1.5.4 Pérdida de la seguridad económica.

No debemos soslayar que el manejo de cualquier impedimento en la capacidad reproductiva, desde el punto de vista médico, es prolongado y azaroso, por lo cual la pareja se ve en la necesidad de poner como prioridad económica dichos tratamientos, que son por lo regular muy costosos, de ahí que otros gastos que para la pareja eran prioridades antes del tratamiento reproductivo, pasan a segundo término.

¹² PÉREZ PEÑA, Efraín, *Op Cit.*, p. 628.

La pérdida de la seguridad económica, en una pareja se hace latente, no sólo por el costo de los estudios y tratamientos que requieren estas técnicas de reproducción asistida, sino porque además los mismos reclaman bastante tiempo de la pareja, lo que interfiere con sus obligaciones de trabajo, el cual, significa su fuente de ingresos y se genera un círculo vicioso en detrimento de la capacidad económica de la pareja.

1.5.5 Pérdida de fantasías o de la esperanza.

De acuerdo con la doctora Elena López Dabat el perder la posibilidad de tener hijos hace que se pierdan la vivencia de un embarazo, disfrutar del nacimiento y el amamantamiento del hijo, sus caricias, sus palabras, o su convivencia afectuosa, incluso el vivir a través de sus hijos, perpetuar su nombre, apellido, sangre o estirpe, la posibilidad de tener nietos y en fin toda una visión idealizada que se pierde si no se hubiera presentado¹³.

El perder la capacidad reproductiva, a algunas personas les disminuye el interés o el sentido de la vida dentro de las reacciones psicológicas de la pareja, se crean situaciones que hablan de esa necesidad de vivir para y por los hijos, ya que sin ellos no tendría sentido vivir, pues como ya ha quedado mencionado, esto obedece a una carga psicológica ancestral que ha definido roles respecto de la paternidad y la maternidad.

Resulta pertinente mencionar que este tipo de pérdidas en las parejas estériles o infértiles, no sólo se vive un día, sino que se revive constantemente con múltiples situaciones, ya que ven a sus amigas o familiares embarazadas, y surge el tema de los hijos en conversaciones familiares, en lecturas, películas, etc..

¹³ LÓPEZ DABAT, ELENA; *Op Cit.* p.p.383-387.

1.6 Reconocimiento del problema y redimensionamiento de la familia.

En el lenguaje de la psicología una pareja debe estar en la posibilidad de reconocer el problema para poder reproducirse y para contemplar alternativas de solución, que lleven a redefinir para ellos el concepto de familia, una vez que hayan restaurado su mundo interior y dejen aflorar toda su capacidad creativa.

La solución se presenta cuando se acepta psicológicamente la idea de un hijo potencial biológico. Una vez diagnosticado un factor anormal en la reproducción y se llega a la etapa del reconocimiento, se estará en la posibilidad de discutir con la pareja diversas opciones terapéuticas en la exacta dimensión de sus posibilidades, pues habrá casos en los que la posibilidad de lograr un embarazo será realmente nula.

En la etapa de aceptación psicológica es el único momento en el que pueden tomarse decisiones responsables que de manera alternativa propicien soluciones al problema que se plantea, estas soluciones pueden ser: adopción, técnicas de reproducción asistida con o sin donadores de gametos, o vivir sin hijos, evaluando las ventajas y desventajas de cada opción.

Una vez que se pasa por todo el ciclo psicológico que se da en torno a los problemas reproductivos, puede decirse que al final la resolución que tome la pareja, será la que los convenza más y lo harán seguros de que dieron su mejor esfuerzo, que fueron tratados por profesionales, mismos que hicieron todo lo posible por ayudarles. De esta manera la autoestima se renueva y se dan cuenta que el tener o no hijos, no es lo que le da sentido o importancia a su vida.

1.7 Las técnicas de reproducción asistida como solución al problema de infertilidad y esterilidad en la pareja.

Cuando los métodos, diagnósticos y técnicas terapéuticas tradicionales no encuentran una causa que explique la esterilidad o infertilidad, o después de tratarla no se obtiene un embarazo, hay posibilidades adicionales con técnicas no coitales de reproducción, también llamadas técnicas de reproducción asistida.

Cada una de estas técnicas que en la actualidad son usadas para ayudar a parejas estériles o infértiles a concebir un hijo, se desarrollarán en los apartados siguientes de manera general, sin embargo, es de hacerse notar que estas técnicas involucran una invasión mucho mayor en la mente y en el cuerpo de los individuos, de tal manera que esta posibilidad la perciben como una última oportunidad de lograr el tan anhelado embarazo.

La complejidad de algunas de las técnicas de reproducción humana asistida genera, no sin algo de razón, riesgos tales como dañar gametos en el proceso de la preparación, el que se puedan equivocar y confundir los gametos con los de otra pareja, el que en ocasiones se requiera utilizar gametos de donadores, cuya carga genética se desconoce, el verse substituido uno de los cónyuges en su función de engendrar por un donador, donadora, o madre substituta.

Las técnicas de reproducción asistida, se han vuelto a últimas fechas objeto de controvertidas discusiones en torno a su legitimidad, al derecho de procrear y a los derechos del nuevo ser, así como una serie de consideraciones éticas y filosóficas, sin embargo, en el presente capítulo nos limitaremos a presentarlas en una función meramente conceptual, no inmiscuyendo cualquier apreciación personal o subjetiva.

1.8 Concepto y antecedentes de las técnicas de reproducción asistida.

Es ya común hablar de la revolución que en las últimas décadas se ha producido en la biología y en la medicina, se dice que los avances en estos campos han sido mayores, en estos últimos cincuenta años, que en los cincuenta siglos precedentes. Encontramos que de una simple inseminación artificial se ha pasado ya al desarrollo de la ingeniería genética que ha desarrollado ya diversas formas de creación de seres humanos, como lo es la clonación.

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos y en especial de la biomedicina y la biotecnología, han hecho posible entre otras cosas, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la reproducción de la pareja humana, generalmente conocidas como *técnicas de reproducción asistida o artificial*, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco tiempo.

Para efectos del presente trabajo entenderemos por **técnicas de reproducción asistida o reproducción no coital**, al empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa el contacto sexual, para que la fertilización ocurra. Puede dividirse en **básica o avanzada** y tiene importantes y diferentes implicaciones éticas, religiosas, psicológicas, legales y económicas según sean los procedimientos que se utilicen.¹⁴

Las *técnicas de reproducción asistida*, han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad, cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces, y aunque no está indicada para todos los problemas de esterilidad, permite embarazos en casos considerados previamente desahuciados y sus indicaciones y aceptación son cada vez mayores, por lo que se le utiliza con mayor frecuencia.¹⁵

¹⁴ PEREZ PEÑA, Efrain: *Op. Cit.* p. 644

¹⁵ GOMEZ SÁNCHEZ, Yolanda; El derecho a la reproducción humana, Ed. Marcial Pons, Madrid; España 1994, pp. 181-186

Paulatinamente se ha tomado conciencia de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana y que el ser humano se ha dado los recursos científicos y tecnológicos para manipular su propia herencia e influir sobre ella modificándola.

Para darnos una idea sobre la aparición y desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, cabe hacer mención de algunas referencias históricas que fueron dando la pauta para que las técnicas de reproducción humana asistida fueran surgiendo y perfeccionarse en la forma que hoy en día se encuentran.

Existen noticias de que Armand de Villeneuve, que era un afamado médico de reyes y papas, en 1610, intentó el embarazo de Juana, esposa de Enrique IV de Castilla, al cual llamaban "el impotente", con semen de éste último, aunque sin éxito, pero este acto pudiera ser el antecedente más remoto de las técnicas de reproducción asistida en humanos, aunque la inseminación artificial se comenzó a practicar en primera instancia en animales.¹⁶

Fueron practicadas primitivas inseminaciones de mujeres en los años de 1776-1779, realizadas en Londres por John Hunter a imitación de unas experiencias similares que había realizado con perras, el abate Lázaro Spallanzani y que había traído como consecuencia el nacimiento de varios cachorros.¹⁷

Resulta pertinente contextualizar estas prácticas, remontándonos en el tiempo. Podemos saber que todo lo que se hizo en materia de inseminación artificial, ya sea en animales o en humanos, se realizó de manera empírica, casi intuitiva en virtud de que en esas épocas el estado de los conocimientos sobre la reproducción humana, era mucho más limitado para entender esas tentativas, puesto que por ejemplo, en el siglo XVI, Fallopio descubrió las trompas en el aparato reproductor femenino que ahora llevan su nombre y en el siglo XVII,

¹⁶ LEMA AÑÓN, Carlos; Reproducción, poder y derecho, p. 30

¹⁷ *Ibidem*. p. 31

Leeuwenhoeck descubrió los espermatozoides y no se llegó a establecer que *la fertilización* consistía en la unión de un óvulo y un espermatozoide sino hasta el último cuarto del siglo XIX.¹⁸

Otro elemento contextual que nos hace imaginarnos cuan difícil era el estudiar todos estos elementos que contribuían a la fertilidad o infertilidad, consiste en la forma de vida de las sociedades donde el entorno masculino era el que moldeaba y determinaba los paradigmas a seguir, así la esterilidad siempre se atribuía a la mujer en esa asociación que se daba de la feminidad con la fertilidad, sin embargo, en 1677 Johann Ham afirmó que la esterilidad también se podía deber a la ausencia de espermatozoides, lo que ocasionó incluso el rechazo de la propia comunidad médica de ese tiempo y propició que hasta finales del siglo XIX, no se encontrara ningún registro o indicación sobre la posible utilización de la inseminación artificial o cualquier otra técnica de reproducción asistida, para el caso de la esterilidad masculina.¹⁹

Un elemento más contra el cual debían luchar los precursores de todo este desarrollo en materia de reproducción humana, consistía el contexto sociocultural de la época, que como ya se ha dicho en páginas precedentes, influye de manera determinante en la conducta de los individuos en virtud de que este contexto se vio claramente determinado por los cánones religiosos de la época, que eran mucho más estrictos que ahora y propiciaban que todas estas prácticas experimentales se hicieran en oculto, lo que impedía de alguna manera que los avances o descubrimientos logrados en un lugar y época se transmitieran o compartieran con otros médicos, y por ende, todo este estudio se volvía lento.

Volviendo a los antecedentes de las técnicas de reproducción humana asistida, nos remontaremos a épocas más recientes; así encontramos que en el siglo XIX se realizaron varios intentos de inseminación artificial y se documentaron

¹⁸ DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO, Ed. Editores unios mexicanos, México 1998, tomo 2 p. 459

¹⁹ LEMA AÑON, Carlos; *Op. Cit.* p. 31

algunos embarazos, así en 1808, en la facultad de medicina de París se realizó la primera inseminación artificial humana en Francia. Dejó además una detallada descripción de la operación, así como algunas reflexiones sobre su utilidad, mismas que a continuación se transcriben:

“Esta puede ser útil: a las mujeres frías, a las que son indiferentes a los juicios de los maridos, a las que tienen antipatía por los hombres y a las mujeres públicas. El marido puede desear la inseminación artificial si la mujer tiene demasiada negligencia para la higiene, una transpiración fuerte, un olor molesto, aliento desagradable, algunos defectos en la fisonomía...”²⁰

En 1884, se produce el primer embarazo resultante de una inseminación artificial realizada con semen de un hombre distinto del cónyuge de la mujer inseminada, misma que realizó un ginecólogo llamado Pancoast quien fue profesor del *Jefferson Medical College* de la ciudad norteamericana de Filadelfia, quien después de examinar a la mujer en cuestión, llegó a la conclusión de que ella era fértil y el problema se encontraba en su marido que no producía semen viable. Por lo tanto Pancoast decidió sin consultar a la mujer, realizar un experimento con ella, la recostó en la mesa de operaciones alrededor de la cual se encontraban seis estudiantes de medicina y le administró cloroformo para anestésicarla, después le introdujo semen procedente de uno de los estudiantes en el útero, y después lo taponeó con gasa. La mujer nunca fue informada de lo que había pasado, ni siquiera cuando nueve meses después tuvo un hijo.²¹

En 1890, Dickinson comienza a realizar secretamente y de forma sistemática inseminaciones artificiales con semen de personas distintas del cónyuge de la mujer inseminada, sin embargo, los registros médicos sólo conocían 88 casos de inseminación artificial hacia los años treinta en siglo XX.²²

²⁰ VIDAL MARTINEZ, Jaime. Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del derecho civil Español, ed. Civitas, España, 1988, p. 56

²¹ VIDAL MARTINEZ, Jaime, *Op. Cit.*, p. 59

²² *Idem.*

En 1932, se produjo otro acontecimiento médico importante en la materia, dos científicos de nombres Ogino y Knaus, determinan las fases del ciclo menstrual, lo que daba mayores probabilidades de éxito a la inseminación artificial, pues el médico sabía cuándo debía aplicar la inseminación a la mujer en cuestión, tomando como base el período de mayor fertilidad.

En la década de los cuarentas la práctica de la inseminación artificial tuvo un gran auge sobre todo en los Estados Unidos, se dice que los soldados norteamericanos enviaron semen congelado por avión para ser aplicado a sus esposas, sin embargo las primeras noticias de embarazos logrados, de esta forma se da hasta 1953 cuando por las experiencias de Bunge y Sherman, se producen tres embarazos logrados por este método, así para los años cincuentas, la práctica de inseminación artificial se encontraba plenamente introducida en los Estados Unidos y en la década de los setentas se encontraba en plena vigencia en aquél país. Por su parte en Europa, es hasta 1960 cuando el Belga Robert Schoysam, pionero de la inseminación en el continente funda el primer banco de semen.²³

Por su parte, la fecundación *in vitro* o extracorpórea, se realizó sin éxito en animales a finales del siglo XIX: Schenk en 1878 la intenta en cobayas y conejos; Heape en 1890 intenta transferencia de embrión con mamíferos de una hembra a otra, a finales de los años cincuentas del siglo XX, se consiguen los primeros éxitos de la fecundación *in vitro* con animales.²⁴

Las primeras tentativas de fecundación *in vitro* realizadas con gametos humanos, la llevan a cabo los biólogos Rock y Merkin en 1944, con el resultado de cuatro embriones normales tras haber utilizado cien óvulos. En 1955 la fecundación de óvulos humanos había sido experimentada con éxito, se obtuvo un

²³ LEMA AÑON, Carlos; *Op. Cit* p. 32

²⁴ COSSARI, J.M. El embrión de probeta Ed. Reus, España, 1987, p.20.

embrión que fue desechado porque los científicos de aquel tiempo desconocían la técnica e implantación en el útero femenino.

Los científicos ingleses Steptoe y Edwards comenzaron a trabajar en esta materia a partir de 1967, por lo que para el año 1971, concibieron la idea de un tratamiento hormonal destinado a estimular el crecimiento de los folículos ováricos y desde 1978 empezaron a conseguir fecundaciones de forma sistemática.²⁵

Es en julio de 1978, cuando Steptoe y Edwards, logran su objetivo y después de once años de investigación, nace la primera niña llamada "bebé probeta", pues los gametos en sus padres fueron fecundados en un platillo de laboratorio, cuyo nombre es Louise Brown, en el *Oldham General Hospital*, en Inglaterra.²⁶

Este evento histórico tiene una profunda significación comparable con la llegada del hombre a la Luna o a la división del átomo. Con esta práctica los médicos ingleses Patrick Christopher Steptoe y Robert Goefrey Edwards, lograron la culminación de los esfuerzos científicos iniciados un siglo atrás y sentaron las bases indiscutibles para muchos experimentos relacionados con la procreación.

Otro elemento destacable en materia de reproducción humana asistida, es da en el año de 1984, cuando nace Zoe Leyland, en Melbourne, por las investigaciones de Trounson y Mhor, tratándose del primer bebé nacido procedente de un embrión previamente congelado, abriendo la línea de investigación en torno a la crioconservación de embriones.²⁷

Por cuanto hace a la técnica que nos ocupará en el presente trabajo de investigación, que es la *maternidad subrogada*, se tiene el antecedente de un anuncio insólito en el diario "La Crónica de San Francisco", correspondiente al 15

²⁵ COSSARI, J.M. *Op. Cit.*, p. 23

²⁶ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Op. Cit.*, p. 15

²⁷ LEMA ANÓN, Carlos; *Op. Cit* p. 34

de abril de 1975, en donde un hombre casado con una mujer infértil deseaba tener un hijo de probeta, para ello buscaba una mujer inglesa o del noroeste europeo, que se interesara "en colaborar", por lo cual debía indicar los honorarios que pretendía y su edad.²⁸

A tal llamado 180 mujeres respondieron, siendo seleccionada una mujer de la bahía de San Francisco, quien por la suma de diez mil dólares aceptó ser inseminada y al dar a luz un niño, lo entregó a su padre renunciando a sus derechos conforme a lo pactado.

Otro de los primeros casos de esta práctica, se dio en 1980 cuando una mujer llamada Elizabeth Kane de 37 años de edad y madre de tres hijos recibió diez mil dólares por el servicio de gestar un niño por encargo, mediante contrato de una agencia intermediaria, esto en Louisville, Kentucky, Estados Unidos.

En Knoxville, Tennessee, en 1980 Samantha Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado.²⁹

El primero de octubre de 1987, una mujer sudafricana da a luz a tres hijos procedentes de óvulos de su hija, fecundados *in vitro*, convirtiéndose así en madre y abuela. Al año siguiente en Estados Unidos, se dan a conocer varios casos, en los que la mujer gestante es hermana de la que ha aportado los óvulos y así mismo sale a la luz una asociación de "madres sustitución", que a pesar de no significar un avance científico muy significativo en cuanto a la técnica empleada, su práctica se ve envuelta en grandes polémicas, que en cierta manera han popularizado esta técnica.

²⁸ HURTADO OLIVIER, Javier. El Derecho a la vida, ¿y a la muerte? 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, p.53

²⁹ *Ibidem.* p. 56

A partir de entonces cientos o quizá miles de niños han nacido alrededor del mundo mediante contrato de maternidad sustituta, aun en contra de la oposición de diversos sectores de la sociedad y de la derivación de diversos y graves problemas de índole legal y moral, a los cuales la práctica ha dado lugar.

1.9 Las diferentes técnicas de reproducción humana asistida.

A continuación se presenta una visión general de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, que desde el punto de vista médico, significan una alternativa de solución a la problemática de las parejas estériles o infértiles, entre dichas técnicas encontramos la inseminación artificial, la hiperestimulación ovárica, perfusión espermática a oviductos, fertilización *in vitro*, transferencia de gametos y de embriones, donación de óvulos y espermatozoides, clonación, manipulación de genes y por supuesto la maternidad sustituta.

Las técnicas de reproducción asistida demuestran que lo que vivimos en materia de biotecnología apenas significa el comienzo de muchos avances más y que definitivamente estas técnicas no dejarán de aplicarse, sino por el contrario, tienden a perfeccionarse para dar respuesta a casos que aún hoy se consideran desahuciados, por lo que su práctica evidencia que han llegado para quedarse.

Veremos que la maternidad sustituta es una técnica mas de reproducción asistida y lo que justifica que sea objeto de la presente investigación es que a su vez implica el uso de varias técnicas mas y que además engloba una serie de dilemas de carácter ético moral que hacen difícil su tratamiento.

Entremos pues a la conceptualización de cada una de estas técnicas, mismas que haremos de manera muy general y desde el mas estricto punto de vista médico, sin entrar a consideraciones de cualquier índole respecto de las mismas.

1.9.1 Inseminación artificial (IA).

La inseminación artificial, consiste básicamente en el depósito de semen, fuera del marco de una relación sexual, realizada por parte de un especialista médico, un ginecólogo, en los genitales internos de una mujer, con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización si se produce ocurren el lugar y de la forma habitual.³⁰

De igual manera se le puede definir como el depósito de espermatozoides previamente preparados en el útero de la mujer sin efectuar un contacto sexual, la técnica más utilizada y efectiva es la intrauterina, aunque también se han empleado la intracervical, vaginal, intraperitoneal e intrafolicular, permitiendo estas técnicas aplicarse de diferentes maneras, según la condición del semen y de la persona de la que éste proviene.³¹

Para distinguir los diferentes tipos de inseminación artificial, se siguen criterios meramente técnicos, los cuales atienden a la preparación del semen, al lugar en el que se deposite, a la técnica utilizada, y a si el semen proviene o no del esposo de la mujer a quien se le está aplicando esta técnica, o a un tercero donador.

Encontramos que la inseminación artificial puede practicarse con **semen fresco**, es decir, que es aplicado inmediatamente después de ser eyaculado por un hombre, con lo cual se logran mayores probabilidades de embarazo, o con **semen congelado**, el cual permite verificar más la calidad de la muestra y el riesgo de reducir la transmisión de graves infecciones a la mujer por no haber sido debidamente analizado; puede ser **completo**, es decir, se insemína todo lo eyaculado o **fraccionado**, lo que implica un tratamiento del semen en el laboratorio a efecto de volverlo mas viable, puede ser **homologa**, si el semen

³⁰ LEMA AÑON, Carlos. *Op. Cit* p. 35

³¹ PÉREZ PEÑA, Efraín. *Op Cit*. p. 644.

proviene del esposo o compañero de la mujer, y **heterologa**, si el semen proviene de un donador, asimismo se diferencia, por el lugar de los genitales femeninos donde es depositado, como lo puede ser, la vagina, el interior del útero, en la cerviz, en su parte interior o exterior.³²

Podemos decir que la inseminación artificial, consiste en un procedimiento para fecundar a una mujer sin la realización de la cópula mediante la implantación del semen en el órgano genital adecuado, pero en realidad la fecundación que resulta de la inseminación es natural, lo artificial consiste en las maniobras para lograr la aproximación de los gametos.³³

1.9.2 Hiperestimulación ovárica controlada (HOC).

Esta técnica se ha comenzado a utilizar en muchas técnicas de fertilidad para complementar o facilitar el uso de otras técnicas como lo serían la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, se realiza con la finalidad de aumentar la cantidad de óvulos disponibles a través de la aplicación de gonadotrófinas, esto es, se realiza una estimulación hormonal a efecto de que el ovario produzca varios óvulos a la vez, y para ello, la paciente debe someterse a un tratamiento hormonal indicado por su médico.³⁴

1.9.3 Perfusión espermática a oviductos (FSP).

Esta técnica es conocida por su nombre en inglés, del cual derivan sus siglas, siglas que quieren decir *Fallopian Sperm Perfusion*, y es un procedimiento utilizado por el doctor Kahn, en Noruega, y la cual consiste en inseminar un mayor volumen de medio de cultivo con espermatozoides previamente capacitados para que lleguen a las fimbrias por vía transcervical, se combina con la

³² LEMA AÑÓN, Carlos; *Op. Cit* p. 36.

³³ VILLALOBOS OLVERO, Rogelio. Reproducción asistida en humanos, en *Lecturas Jurídicas*, no. 88, Chihuahua, 1993, p. 89.

³⁴ PÉREZ PEÑA, Efraín, *Op Cit*. p. 647.

Hiperestimulación ovárica controlada para aumentar la posibilidad de unión entre el óvulo y el espermatozoide.³⁵

1.9.4 Fertilización *In Vitro* (FIV) y transferencia de embriones (TE).

También es conocida como fecundación artificial, extracorpórea, o "bebé probeta", es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo con el espermatozoide del padre, por decirlo en palabras comunes.³⁶

Otro concepto nos habla de la unión del espermatozoide y óvulo, fuera del cuerpo humano, es decir, consiste en reproducir con técnicas de laboratorio el proceso de fecundación que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio.³⁷

Esta técnica está íntimamente ligada con lo que sería la transferencia de embriones, pues una vez obtenido el huevo fecundado, se le conserva en un medio de cultivo para verificar su viabilidad y su correcta división, y una vez logrado esto, se le traslada a la cavidad uterina para su posterior desarrollo, requiriéndose para su aplicación, un útero normal y al menos un ovario que funcione para poder obtener los óvulos, así como una muestra espermática aceptable, y en el entendido de que la fertilidad disminuye con la edad, no se aplica a pacientes mayores de 40 años pues los resultados son casi nulos.

Una vez que se ha transferido el embrión al útero de la mujer, hay que esperar que la implantación se produzca, pues no en todos los casos ocurre y una vez implantado se debe esperar a que no resulte una complicación como lo sería

³⁵ PÉREZ PEÑA, Efraín. *Op. Cit.* p. 648.

³⁶ VIDAL MARTINEZ, Jaime. *Op. Cit.* p. 155.

³⁷ VILLALOBOS OLVERO, Rogelio. *Op. Cit.* p. 90.

un aborto o embarazo extrauterino, de no ser así se lleva a cabo una gestación completamente normal.³⁸

Cabe señalar que esta técnica implica no sólo la fecundación de un óvulo con un espermatozoide, en un medio de cultivo, sino que se realizan múltiples actos de fecundación, lo que genera la existencia de varios embriones, que en potencia podrían dar lugar a un ser humano si se implantaran en el útero de una mujer, la razón de ello se da porque existe una baja probabilidad de que un solo embrión siga el proceso esperado, por lo que hay que tener varios embriones para ser aplicados, así esta práctica implica la transferencia de 3 a 5 embriones al útero de la mujer con la esperanza de que uno de ellos se implante.

La circunstancia de la utilización de varios embriones para la aplicación de esta técnica, genera duras polémicas de índole ético moral en virtud de que en muchas ocasiones, esto genera graves riesgos para la salud de una mujer y situaciones como la de un embarazo múltiple que obliga en muchos de los casos, a practicar abortos selectivos de fetos dentro de una mujer con la finalidad que uno o dos de ellos sean viables, asimismo, cuando se ha logrado el procedimiento con éxito, los padres por lo general se olvidan de los demás embriones obligando a muchos laboratorios a disponer de ellos para su destrucción o bien para su experimentación.

Cabe mencionar que en nuestro país el 18 de junio de 2003 ha tenido lugar por vez primera, en un hospital público el nacimiento de la primera niña concebida por este procedimiento desde su fecundación *In Vitro* hasta su nacimiento con la participación de médicos trabajadores del Centro Médico Nacional Veinte de Noviembre del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).

³⁸ LEMA AÑON, Carlos. *Op. Cit.* p. 38.

Se trata de una bebé de nombre Ethel Mariana que nació sana y con las mismas posibilidades de desarrollo que cualquier hijo engendrado por una relación sexual, según palabras del doctor Rafael Gutiérrez Amescua, Jefe de Ginecología del hospital ya referido, su llegada se celebra en nuestro país, porque significa un abanico de posibilidades para los derechohabientes de esta institución que tienen problemas para procrear y que desean tener hijos, pues estos tratamientos en hospitales privados supera en costo los cien mil pesos.³⁹

De acuerdo con datos que arroja esta Institución pública, se estima que el 15 % de la población con vida sexual activa en México, atraviesa con problema para procrear un hijo y de ese porcentaje el 34% de la causa de infertilidad, corresponde a problemas con la mujer, el 33% a problemas con el hombre y el 33% restante resulta combinado, estas mismas cifras oficiales reportan que en México existen 25 centros de reproducción asistida que atienden cada año alrededor de 1500 casos de parejas que no pueden tener hijos.⁴⁰

Por su parte, el doctor Carlos Maquita Nakano Director General del Instituto Médico de la Mujer, menciona que la fertilización *In Vitro*, se recomienda principalmente para el caso de la obstrucción total o parcial o ausencia de trompas de Falopio o por deficiencia en la calidad del esperma y explica que todo comienza cuando los médicos observan la maduración de los óvulos y determinan el tiempo de la inyección con hormonas que provoca la ovulación, así como el día y hora de la punción para obtener los óvulos, mismos que se introducen en un medio de cultivo en donde se depositan aproximadamente cien mil espermatozoides y una vez terminado el proceso, se implanta el embrión en la matriz de la mujer entre las 40 y 48 horas siguientes con ayuda de un pequeño catéter, señalando que el Instituto Médico de la Mujer, es un centro enfocado a la atención de parejas de

³⁹ RODRÍGUEZ, Ruth; "Fertilización In Vitro esperanza de vida", EL UNIVERSAL, año: LXXXVII, tomo: CCCXLV, número 31,294, sección México, México, 2003, p. A20.

⁴⁰ *Idem*.

clase media y media baja, entre las cuales muchas veces se piensa que una acción médica de esta naturaleza está fuera de su alcance.⁴¹

1.9.5 Transferencia Intratubaria de Gametos (GIFT).

Conocida de esta manera por sus siglas en inglés *Gamete Intra Fallopian Transfer*, es un procedimiento que fue desarrollado por un científico argentino de nombre Ricardo Asch y sus colaboradores, mismo que consiste en la colocación de óvulos y espermatozoides capacitados para lograr la fertilización en las trompas de la mujer estéril, siempre y cuando la permeabilidad de éstas no esté afectada, propiciando el proceso fisiológico de fecundación propio del ser humano, de tal manera que tanto la fertilización como el transporte y nidación siguen los parámetros normales.⁴²

Esta técnica se desarrolló para mejorar los resultados de la fecundación *in vitro* y después de experimentar con primates de 1977 a 1984, Asch y su grupo propusieron una nueva alternativa en el tratamiento de la esterilidad para pacientes que al menos tuvieran una trompa de Falopio en buen estado, ya que el procedimiento consiste en colocar por laparoscopia o minilaparotomía, espermatozoides y oocitos en la porción ampular de un oviducto para que ahí se realizase la fertilización.⁴³

Se podría decir que esta técnica es el punto intermedio entre la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, pues a pesar de que la fecundación no es extracorpórea, es necesario preparar los óvulos y los espermatozoides en el laboratorio, además exige una operación de extracción de óvulos precedida generalmente de un tratamiento hormonal de inducción a la ovulación.

⁴¹OJANGUREN, Silvia. "Procreación: el milagro de la vida". EL METRO.

⁴²BOTTI, Gustavo. *et al.* "Técnicas de fertilización asistida" en TOZZINI, Roberto Ítalo; *et al.* Esterilidad e infertilidad humanas. p. 263.

⁴³PÉREZ PEÑA, Efraín. *Op Cit.* p. 652.

1.9.6 Transferencia Intratubaria de Embriones o Cigotos (ZIFT).

Esta técnica es conocida por su nombre en inglés *Zygote Intra-Faollopian Transfer*, y se podría decir que es la mezcla entre el GIFT y el FIV ya que aquí la transferencia intratubaria es de embriones o huevos fecundados. Se le denomina de manera diferente según sea el estadio del huevo fecundado, ZIFT paracigotos, PROST (*Pronuclear Stage Tranfer*), paracigotos o embriones en la etapa pronuclear o TEST (*Tubal Embryo Stage Tranfer*), para embriones de dos a ocho células, pero a efecto de simplificar esta conceptualización, nos referiremos en general a todas estas técnicas bajo el nombre de ZIFT.⁴⁴

Como hemos visto en el apartado correspondiente a la FIV, la transferencia de embrión o cigoto en realidad es una variable de esta última, con la diferencia de que la transferencia no se realiza al útero sino a una trompa de falopio, y hoy día se trata de una técnica no demasiado utilizada, pues hoy por hoy se prefiere practicar la fecundación *in vitro*.

1.9.7 Donación de Oocitos y Espermatozoides.

La donación de oocitos tiene las mismas implicaciones éticas que la donación de espermatozoides, pues es la unión de estos dos gametos el que genera el origen de un nuevo ser humano, pero tratándose de donación, implica que el padre o la madre biológicos cedan su material genético para que otras personas funjan como padre o madre del nuevo ser.

Es una técnica que se ha utilizado desde hace más de cien años, donde comenzó a utilizarse la donación de espermatozoides, porque era muy difícil obtener los oocitos y sincronizar a la donadora y a la receptora en un desarrollo ovular y endometrial completamente a la par, sin embargo, en las últimas dos

⁴⁴ *Ibidem* p. 655..

décadas del siglo XX este procedimiento cobró fuerza y se perfeccionó a efecto de hacerse viable.

Se ha demostrado que la calidad del oocito y no la del endometrio es la que causa las tasas bajas de embarazo en mujeres de edad avanzada y que cuando se utilizan oocitos de donadoras jóvenes aun en recipientes de edad avanzada, los resultados mejoran notablemente. Por lo que la donación de oocitos se ha empezado a utilizar con diferentes técnicas de reproducción asistida según el caso particular.⁴⁵

Las donadoras y donadores pueden ser anónimos o conocidos; en el caso de los varones la mayor parte del esperma viene de bancos plenamente establecidos, y con bastante tiempo de operación, mismos que ofrecen sus servicios como una especie de catálogo en el cual se puede elegir el material genético que se desea en la creación de un nuevo ser, es decir, se eligen las características físicas y psicológicas que se describen en esos catálogos.

Tratándose de las mujeres, en el mundo no existe propiamente los bancos de óvulos, sino que todos los oocitos utilizados provienen de las pacientes que han acudido a programas de reproducción asistida y en cuyos tratamientos existe un sobrante de oocitos, mismos que previamente acceden a donar si no se van a utilizar en ellas, sin embargo, se da el caso de que provengan de familiares, conocidos o de jóvenes que aceptan donar sus óvulos a cambio de una remuneración económica.

El desarrollo y auge de este tipo de donaciones, tiene mayor presencia cada vez más en la sociedad de nuestro tiempo, en virtud de que existen circunstancias muy peculiares que obligan a las parejas a hacer uso de este recurso, un ejemplo de ello lo podemos observar en el anuncio de que en julio de 2003 nacerá lo que se ha llamado el primer "bebé *online*", en Gran Bretaña, el cual

⁴⁵ BOTTI, Gustavo, *et al*; *Op Cit*, p. 268.

fue procurado por una pareja de lesbianas que buscó a un donante a través de internet, para realizar una inseminación artificial, dando origen a que por esta misma situación catorce mujeres más estén embarazadas, las cuales, son todas clientas de la empresa de internet llamada *ManNotIncluded.com*, cuyo nombre en inglés significa "Hombres no incluidos".

En dicha página web se especifican entre otras características el color de la piel, la estatura, el color del pelo, la calificación laboral, los pasatiempos preferidos del donante, entre otros, de esta manera Saphier y su compañera Sarah Watkinson se decidieron por un hombre "muy sano, con cabello marrón y ojos azules" con un procedimiento que les costó dos mil doscientos ochenta dólares.

El creador de esta página John González indicó que tiene registrado mas de cinco mil donantes y que ofrece sus servicios también en España, Alemania, Holanda, Francia e Italia, con un gran éxito porque las parejas homosexuales son rechazadas habitualmente en las clínicas de reproducción asistida.⁴⁶

Hecho que nos demuestra las implicaciones que esta técnica trae consigo y que por supuesto la consagra como una de las técnicas que se utilizarán o que incrementarán su uso con el paso del tiempo.

1.9.8 Donación de embriones.

Esta técnica significa una extensión lógica de la fecundación *in vitro*, al no existir métodos adecuados en la actualidad para criopreservar oocitos, así la donación de huevos fecundados *in vitro* o *in vivo* se vuelven la opción para criopreservar embriones y posteriormente utilizarlos, en la aplicación de diversas técnicas de reproducción asistida.

⁴⁶ GUEVARA, Beatriz, "Nacerá el primer bebé *online*", EL UNIVERSAL, año: LXXXVII, tomo: CCCXLV, número 31,295, sección Pasiones, México, 2003, p. G5.

Los embriones obtenidos *in vivo*, se caracterizan porque son el resultado de la unión de los gametos masculinos y femeninos en el útero de una mujer para después ser extraídos de la cavidad uterina mediante el lavado de la misma.⁴⁷

La mayoría de los embriones son excedentes de los embriones utilizados en las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, de tal manera que las parejas que ya han logrado su objetivo aceptan donar los embriones sobrantes o bien simple y sencillamente jamás se vuelven a acordar de ellos dejándolos en pleno uso de las clínicas de reproducción asistida, lo que genera diversas implicaciones de tipo ético.

1.9.9 Aspiración Microquirúrgica de Espermatozoides de Epidídimo (MESA).

A esta técnica se le conoce mejor por sus siglas en inglés que son MESA y que significan *Microsurgical Epididimal Sperm Aspiration*, y esta es una técnica desarrollada específicamente para el problema de esterilidad en los hombres por problemas obstructivos posttesticulares.⁴⁸

Para este problema masculino no existía un tratamiento aceptable hasta que con los avances en la tecnología en reproducción asistida, desde 1987 se inició este procedimiento que actualmente ofrece un buen pronóstico para pacientes antes desahuciadas o remitidas a inseminación terapéutica por donador o bien se recurría como solución alternativa a la adopción, ante la imposibilidad de sus esposos para la procreación.

⁴⁷ PÉREZ PEÑA, Efraín. *Op Cit.* p. 657.

⁴⁸ PÉREZ PEÑA, Efraín. *Op Cit.* p. 659.

1.9.10 Ingeniería genética; micromanipulación de gametos y embriones.

En los últimos tiempos hemos tenido noticia de que como una extensión de los procedimientos de reproducción asistida se han empezado a manipular bajo el microscopio gametos y huevos fecundados, en un intento inicial de mejorar los resultados de la reproducción y posteriormente también se les ha manipulado para la corrección de anomalías genéticas y cromosómicas.

Estas técnicas se engloban en lo que hoy día se conoce como **ingeniería genética**, la cual ha tenido un desarrollo relativamente reciente, puesto que el conocimiento de los ácidos nucleicos se inicia en el siglo XIX y la estructura del DNA se conoció hasta mediados del siglo XX, así en 1953 James D. Watson y Francis Crick propusieron la estructura de doble hélice para el DNA, de tal manera que todo esfuerzo realizado en la ingeniería genética se centra en el estudio del DNA genómico siendo de esta manera esta área la principal expresión de la biología molecular.⁴⁹

La ingeniería genética busca lograr su principal expresión en lo que se ha denominado **Proyecto Genoma Humano**, el cual consiste en realizar un cartografiado genético del DNA del hombre a efecto de conocer todas las enfermedades que le han atacado y atacan y aun las futuras enfermedades del ser humano y poder en primera instancia prevenirlas en aras de erradicarlas buscando el logro de la especie humana completamente sana.⁵⁰

La manipulación genética se ha utilizado para cambiar desde el núcleo del embrión fecundado algunas posibles malformaciones congénitas en los productos y poder actuar a tiempo.

⁴⁹ LUQUE, José y Angel Herraes. Biología Molecular e Ingeniería Genética, ed. Harcourt, Madrid; España, 2001, p. 2

⁵⁰ F. LEE, Thomas. El Proyecto Genoma Humano, ed. Gedisa, Barcelona; España, 1994, p.233

1.9.11 Sustitución nuclear o Clonación.

La tan en boga técnica de la clonación, se le conoce médicamente como sustitución nuclear en virtud de que involucra la extracción del núcleo de una célula (citoplasto) seguida de la transferencia de otro núcleo rodeado de una pequeña porción de citoplasma (carioplasto) proveniente de una segunda célula, la fusión del carioplasto y el citoplasto puede realizarse con microinyección o utilizando un virus como vector, esto permite la creación de seres idénticos.⁵¹

La clonación ha sido lograda en animales, tal es el caso de la oveja Dolly, quien fue el producto de una clonación y que parecía llevar un desarrollo normal hasta finales del año 2002 cuando murió de cáncer, en humanos existía un fuerte debate de carácter ético, moral y religioso sobre su conveniencia o no, siendo en la mayoría de los casos tajantemente rechazada, no obstante ello el 20 de enero de 2003 una empresa norteamericana confirma el primer nacimiento de un ser humano clonado a quien se le puso el nombre de EVA, en un intento de asimilar este nacimiento con una nueva especie humana.

La veracidad de estas afirmaciones se desconoce, toda vez que esta empresa norteamericana manifestó que por el momento no dará a conocer la identidad y el paradero de la niña y de la pareja que funge como sus padres a efecto de protegerlos del acoso de los diferentes sectores de la sociedad y de los medios de comunicación, manifestando que incluso alrededor del mundo han tenido y tienen lugar diversos nacimientos de bebés clonados.

1.9.12 Portadoras Sustitutas.

Esta técnica es conocida con una diversidad de nombres así se le puede identificar como madres sustitutas, madres de alquiler, gestación contratada, gestación por cuenta ajena, alquiler de útero, alquiler de vientre, entre otros.

⁵¹ PÉREZ PEÑA, Efraín. *Op. Cit.*, p. 661.

Médicamente esta técnica se ha desarrollado para mujeres estériles sin útero y con ovarios, de tal manera que se han creado programas en donde mujeres que reúnen ciertos requisitos de edad y características psicológicas, médicas, entre otras, establecen un contrato en el que se comprometen a llevar en su útero el producto de la concepción de oocitos y espermatozoides de una pareja estéril y regresarlo a esta pareja inmediatamente después del parto vaginal o cesárea.⁵²

La paciente estéril sin útero se somete a una hiperestimulación ovárica para producir oocitos en sincronía con el ciclo natural de la portadora subrogada y se realiza después el procedimiento de reproducción asistida que se haya decidido, especificándose en un contrato, como lo es en el caso de Estados Unidos e Inglaterra las especificaciones pertinentes.

Se llama **maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero**: al acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste.⁵³

Así las llamadas **madres sustitutas o madres de alquiler** son mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que, normalmente, se ha generado mediante el espermatozoides del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, y que producido el parto entregará el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron en su caso el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

Ahora bien para la realización de esta técnica existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento, donde es frecuente que la gestadora sea al mismo tiempo madre genética inseminada con

⁵² PÉREZ PEÑA, Efraín. *Op Cit.* pp. 657-659

⁵³ LEMA AÑON, Carlos. *Op. Cit.* p. 136

semen proveniente del marido de la contratante, también es frecuente que se utilice la fecundación *in vitro*, en donde el óvulo como el espermatozoide pertenecen a la pareja contratante y el embrión es luego implantado a la gestadora, mediando generalmente para esta práctica un pago cierto y determinado que los contratantes hacen a la madre gestadora.

De lo anterior podemos inferir que la maternidad de sustitución admite las siguientes modalidades:⁵⁴

1.- **Subrogación total:** Implica que la mujer contratada sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, renuncie a todos sus derechos que la maternidad le genera y admita la adopción de la pareja del padre biológico en relación con la maternidad del menor, técnicamente se debe reconocer que esta hipótesis corresponde más que nada a una inseminación artificial heteróloga, toda vez que en realidad la madre del bebé lo es de manera genética y obstétrica y por lo tanto no existe sustitución del vientre alguna, es decir no se da la hipótesis de que una mujer se preste a gestar un embrión que genéticamente es de otra mujer.

2.- **Subrogación parcial:** Esta se da cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado *in vitro* que le ha sido transplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante.

3.- **Subrogación comercial:** Se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

4.- **Subrogación altruista:** Se da cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera totalmente gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja implicada un lazo de amor, amistad, o parentesco.

⁵⁴ GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. *Op. Cit.*, pp. 136-140

Cabe mencionar, que estas clases de maternidad subrogada son utilizadas dependiendo de las deficiencias y padecimientos de la pareja solicitante, por lo que toca a la institución especializada en este método determinar cuál será la maternidad subrogada a la que se hará referencia en cada caso en particular.

En virtud de lo anterior se llamará **madre sustituta o madre subrogada**, a la mujer fértil que se ofrece a gestar a un hijo por cuenta ajena acordando mediante un "contrato", permitir el implante de un embrión humano en su útero o bien ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo, para que al momento que éste nazca renuncie a sus derechos maternos filiales sobre el hijo, para que la esposa del padre pueda adoptarlo.⁵⁵

La maternidad substituta ha recibido el rechazo de la doctrina y generalmente es objeto de la prohibición legislativa, pues más que involucrar dificultades médicas implica una serie de problemas respecto a la filiación paterna y/o materna, siendo objeto además de múltiples rechazos de carácter ético y moral.

1.10 Punto de vista médico de las técnicas de reproducción asistida.

A través de los medios de comunicación tenemos noticias de las técnicas de reproducción asistida que cada día son más novedosas y tecnologizadas, lo que implica que al mismo tiempo traigan consigo una serie de consecuencias médico, jurídico, familiares y ético morales realmente complicadas.

Estas técnicas de reproducción asistida han sido objeto de múltiples debates interdisciplinarios que se ven presididos por la desconfianza, la ausencia de diálogo ante posturas completamente contrarias, lo que lleva a que estos debates en realidad sean inconexos e infructuosos, en estos apartados analizaremos los

⁵⁵ VIDAL MARTINEZ, Jaime. *Op. Cit.*, p. 15

tres debates más sobresalientes que en torno a estas técnicas se dan, a manera de panorama general para poder conciliar de alguna manera los puntos que han sido dejados de lado.

Toca el turno al punto de vista médico que concibe a la esterilidad e infertilidad humanas como un problema desde el punto de vista de la salud, al que hay que hacerle frente y proveer de alguna u otra manera de una solución, es decir, se le ve como una enfermedad y a la diversidad de técnicas de reproducción asistida como una práctica terapéutica a la misma.

El discurso médico apela a la infertilidad y esterilidad como argumentos legitimadores de la diversidad de técnicas de reproducción asistida, aduciendo que existe un crecimiento en la tasa de infertilidad en las sociedades modernas de nuestros días, lo que a su vez genera problemas individuales y colectivos lo que es razón suficiente para que se les tome en cuenta y procuren ser solucionados.

Existen incluso posturas que establecen que la esterilidad y la infertilidad son un gran mal de salud por ser génesis de grandes sufrimientos de tipo psicológicos, pues el deseo de reproducirse es una necesidad biológica, sustentada por un gran marco cultural que da una fuerte importancia a la misma y que incluso tiene envergaduras de tipo evolutivo en nuestra especie, por lo cual presentan las formas reproductivas asistidas como técnicas que actúan en beneficio de las personas que presentan estos problemas en lo individual y en lo general en la misma sociedad.

Consideramos que el discurso médico encierra fundamentalmente tres tópicos, los cuales a saber son 1) Que existe una problemática creciente en las sociedades de todo el mundo en torno a la infertilidad y esterilidad humana; 2) Ante estos problemas las técnicas de reproducción asistida son una alternativa de solución viables en el actual momento histórico; y 3) Que estas técnicas han traído consigo resultados óptimos a las demandas de los pacientes y se ha propiciado para ello

un mejoramiento de los mismos y que incluso ha ampliado el horizonte de investigación para su perfeccionamiento.

Debemos considerar que este tipo de manifestaciones por parte de los médicos e investigadores han contribuido a generar significados sociales con relación a las nuevas técnicas reproductivas, puesto que éstas tienen gran difusión en los medios de comunicación, modificando con ello el pensamiento de muchas personas, pues sabemos que en las sociedades mediáticas en las que nos desenvolvemos se han llegado a trastocar incluso las costumbres más profundas en comunidades enteras, y por ende los paradigmas mágico religiosos que explican la esterilidad o infertilidad también se ven modificados por las explicaciones científicas.

El discurso médico se vuelve antagonista de las consideraciones religiosas que conciben a la esterilidad y la infertilidad como un castigo divino correspondiente al pecado, y que se ha centrado sobre todo, el caso femenino, ya que se ha demostrado que existe también este problema para los varones y que no solamente pueden ser solucionadas mediante plegarias o sacrificios.

Se ha buscado además el sustento de estas prácticas en la aprobación de la sociedad, en virtud de que la mayoría de las legislaciones alrededor del mundo no han contemplado a estas técnicas en sus sistemas de derecho e incluso en algunos países se llega a prohibirlas tajantemente.

1.11 Punto de vista iusnaturalista de las técnicas de reproducción asistida.

Podemos decir como premisa inicial que los discursos iusnaturalistas que se han enfrentado a las cuestiones de las técnicas de reproducción asistida están notoriamente influenciados, al menos en las sociedades occidentales, por la posición de la Iglesia Católica al respecto, lo que incluso ha incidido directa o

indirectamente a que las mismas se encuentren reguladas o no en diversos países en particular.

Observamos que en países con una religión dominante, cualquiera que sea, el debate en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida es prácticamente inexistente, pues los preceptos religiosos en la mayoría de ellas se contraponen a lo que las diferentes técnicas de reproducción asistida encierran.

En este trabajo nos referiremos a la postura de la Iglesia Católica, respecto de las técnicas de reproducción asistida, pues es la religión imperante en nuestro país, y nos servirá para conocer los argumentos que se esgrimen en contra de ellas, por ejemplo la inseminación artificial homóloga en principio fue rechazada porque atentaban contra el precepto de que la unión carnal del marido con su mujer era el único medio moral para la procreación y al mediar un tercero inseminador, este acto perdía totalmente su significado.

Tratándose de la inseminación artificial heteróloga, o sea cuando el semen no corresponde al del marido, la Iglesia Católica afirma que esto es un adulterio en la plena extensión de la palabra y que incluso era moralmente más ofensivo a los cánones religiosos porque ésta se daba con consentimiento del esposo.

Por su parte la fecundación *in vitro*, es rechazada bajo el argumento de que la única unión válida del óvulo con el espermatozoide es la que tiene lugar en el útero de la esposa, y no así una fecundación en el platillo de un laboratorio.

En los últimos años la oposición más fuerte se ha centrado en el uso que se le da a los embriones logrados en estas técnicas en virtud de que se les considera seres humanos en potencia y como es bien sabido que no todos ellos se utilizan en esta técnica sino que muchos son eliminados, el iuspositivismo en este caso esgrime los argumentos similares a los del aborto.

Por cuanto hace a las demás técnicas estas son rechazadas totalmente, pues en general se les considera contrarias a los principios cristianos y manifiestan que no obstante el deseo de una pareja estéril de tener un hijo es válido o lícito, lo que se condena como ilícito son los medios que se utilicen para lograrlo.

Otro argumento que se ubica dentro de este universo discursivo, son los derechos del nuevo ser, a quien se le debe garantizar el saber la identidad plena de su padre y de su madre, tiene derecho a ser concebido y parido por su madre, puesto que el conocimiento pleno de sus orígenes le creará su propia identidad y le hará tener una plena madurez en cada una de las etapas de su desarrollo.

El iusnaturalista por lo tanto, buscará que el derecho se apegue lo más posible a los principios de la propia naturaleza, sin embargo el vertiginoso devenir histórico social de las últimas décadas han obligado al iuspositivista a replegarse en un neopositivismo que lo que busca es más que nada conservar lo esencial del orden establecido, más que lograr grandes transformaciones revolucionarias.

No obstante lo anterior, el discurso iusnaturalista no puede soslayarse porque toca puntos centrales en los cuales se pondrán las consecuencias prácticas que encierran las técnicas de reproducción asistida tanto en el embrión como en los que participan en ellas, sobre todo en la mujer quien es la que sufre en su cuerpo y su mente todo tipo de actos que implican la utilización de estas técnicas.

1.12 Punto de vista iuspositivista de las técnicas de reproducción asistida.

Evidentemente este punto de vista se contrapone a la postura que el iusnaturalismo sostiene respecto de las técnicas de reproducción asistida, afirmando de los iusnaturalistas que ante la imposibilidad de éstos para acoger las legítimas demandas sociales, en virtud de que se encierran en imágenes ideologizadas e irreales en la sociedad y con ello sólo contribuyen a impedir la

necesaria adaptación del derecho a las nuevas demandas e intereses emergentes.

Los iuspositivistas, por el contrario parten de la premisa de que las técnicas de reproducción asistida, son una realidad, una práctica cotidiana en nuestras sociedades y que son la expresión de la libertad de las personas para satisfacer sus necesidades muy particulares, de tal manera que el papel del derecho al respecto, debe ser recoger todos los datos sociales existentes, analizar las demandas, realizar un inventario de demandas, sujetos y categorías jurídicas a efecto de presentar la norma jurídica que dará respuesta a estos problemas y marcará los límites del actuar.

Para el iuspositivista el interés de los miembros de la sociedad, adquiere una importancia fundamental, pues es éste el que dota de sentido al comportamiento de los individuos y se entiende que el derecho es el resultado dialéctico de la conducta humana.

Realizando tal inventario se deben adaptar las reglas jurídicas pertinentes de forma que puedan servir de marco referencial del actuar, se debe combinar por ende en la respuesta jurídica la libertad individual y la seguridad jurídica que dé respuesta a la pretensión particular pero que a su vez no olvide el conflicto de intereses que esto pueda generar frente a otras personas.

De tal manera que se puede sintetizar la labor del iuspositivismo en relación a las nuevas técnicas de reproducción asistida, como un intento de dar respuestas realistas y eficaces a los problemas que de ellas se derivan, a partir de dos ejes fundamentales: 1) El respeto y la protección de los derechos individuales de los diferentes sujetos implicados en las mismas; y 2) La pretensión que la normatividad de estas nuevas posibilidades biomédicas se lleve a cabo con rigor coherencia y sistematicidad, dentro del marco jurídico político vigente.

CAPITULO II.
**“MARCO JURÍDICO EN TORNO A LAS NUEVAS
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA.”**

“...Pero también los que permanecen, después de haber considerado detenidamente de que manera ejercemos la justicia y que policía hacemos observar en la república, yo les digo que están obligados a hacer todo lo que les mandemos y si los desobedecen yo los declaro injustos por tres infracciones: porque no obedecen a quien los ha hecho nacer, porque desprecian a quien los ha alimentado; porque estando obligados a obedecerme violan la fe jurada y no se toman el trabajo de convencerme si se les obliga a alguna cosa injusta...”

(Sócrates, refiriéndose a un hipotético diálogo con la Ley, en el Crítón)

2.1 Consideraciones Generales.

Este capítulo tiene el objetivo de presentar de manera concreta el contexto jurídico que existe en torno a las técnicas de reproducción humana asistida lo que nos llevará a conocer cuál es la concepción y tratamiento actual que de ellas tiene el mundo jurídico contemporáneo.

Las diferentes técnicas de reproducción humana asistida y en particular la llamada “maternidad sustituta”, son un hecho actual al cual ya no se puede dar marcha atrás, y que además el derecho debe dar una respuesta integral, no importando en que sentido se les regule, sino que se cumpla con la finalidad de no propiciar lagunas jurídicas o vacíos de Ley que generen prácticas aberrantes o notorias injusticias.

El capítulo primero nos ha empapado del marco conceptual necesario, para entender a que nos referimos con las técnicas de reproducción humana asistida, así como a la maternidad sustituta en particular, por lo cual contamos con la base suficiente para comprender los alcances y limitaciones de la legislación existente respecto a nuestro objeto de estudio e incluso situarnos, en el posterior desarrollo de esta investigación, en una posición crítica de la legislación que presentemos a continuación y proponer adiciones, derogaciones, o reformas a la misma, en aras de hacer de este trabajo un elemento propositivo, para que nuestro objeto de estudio se encuentre regulado adecuadamente en nuestro país.

Por lo anterior, comenzaremos la exposición de este panorama jurídico, con nuestra Carta Magna, de la cual se deriva el sistema jurídico Mexicano a efecto de conocer que dispone la misma al respecto y cómo debiera complementarse dicho precepto en la legislación secundaria nacional.

Así, se hablará del derecho constitucional a la salud y a la elección del número y espaciamiento de los hijos, lo que algunos doctrinarios han dado en llamar derecho a la reproducción consagrado en el artículo 4° de nuestra Ley Suprema, del cual deriva como legislación secundaria la Ley General de Salud y sus diferentes reglamentos, de los cuales, para efectos de nuestro estudio, se analizará el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud.

Siguiendo con el desarrollo del presente capítulo se mostrará la legislación civil que existe al respecto en el Distrito Federal y en el estado de Tabasco, que son las entidades que van a la vanguardia en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y en particular a la maternidad por cuenta ajena.

Por último, se presentará en este capítulo una referencia al derecho comparado, con la finalidad de presentar el tratamiento jurídico que las técnicas de reproducción humana asistida, tienen en otros países, no obstante que el contexto sociocultural, de los mismos, es diferente al de nuestro país y sus habitantes pueden tener una posición diferente a la nuestra en torno al uso de estas técnicas de reproducción asistida.

El hecho de que el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción artificial, sea exactamente igual en cualquier lugar del mundo, nos dará un enfoque muy interesante de la regulación de estas técnicas y podremos estar en posición de determinar que tipo de normatividad o criterios jurídicos son los más adecuados para ser una referencia en la adecuación de nuestro sistema jurídico en la materia que nos ocupa.

2.2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Consideramos que nuestra Carta Magna consagra un artículo central para nuestro objeto de estudio, pues de la redacción del numeral cuarto Constitucional, encontramos consagra un derecho a la Salud y una libertad de Procreación, por lo cual, nos permitimos hacer una transcripción de este dispositivo a efecto de poder estar en la posibilidad de realizar un breve comentario al mismo en torno a la relación que éste precepto tiene con las técnicas de reproducción humana asistida.

Artículo 4.- "(primer párrafo derogado)

El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y 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 para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI, del artículo 73 de esta Constitución..."⁵⁶

El segundo párrafo de este precepto constitucional, es claro ejemplo de que la Ley no es más que la expresión del sentir de la Sociedad en el contexto histórico, social y cultural en el que ésta se desenvuelve, pues la igualdad entre el varón y la mujer, consagrada a nivel constitucional, obedece a una lucha por una equidad real entre los géneros, lo que nos hace pensar que el uso y desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, pronto encontrarán su expresa regulación en nuestra Ley Fundamental.

Este segundo párrafo de este artículo, consagra un derecho a favor del ciudadano, el cual significa la oportunidad de organizar y desarrollar una familia, lo que implica que el Estado tiene la obligación de no interferir en ello y más aún de

⁵⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ed. Ediciones fiscales ISEF, México, 2003 p. 6

brindar la protección debida para el caso de que se quiera obstaculizar la actualización de este derecho.

Cabría preguntarnos, si dentro de esta protección del derecho a la organización y desarrollo de una familia, se encontraría el permitir el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales finalmente se han creado para propiciar la organización y desarrollo de una familia para aquellas personas que presentan una incapacidad o una imposibilidad para hacerlo.

Si el Estado contemplara la reproducción asistida, como medio de actualizar el derecho de organización y desarrollo de una familia, sería pertinente cuestionarnos en que sentido debiera regularse el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, pues para ello debe contemplarse las consecuencias que cada una de ellas encierra, y en particular la llamada maternidad subrogada, pues como hemos hecho referencia en el capítulo anterior, ésta ultima implica consecuencias de carácter ético-jurídico difíciles de atender.

Suponiendo, que en caso de que el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida y en particular de la maternidad subrogada, por parte de las personas estériles o infértiles, no se permitieran dentro de este esquema de protección a la organización y desarrollo de la familia, este hecho contravendría lo dispuesto por el artículo 1º Constitucional, el cual establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución, precepto que es muy claro al referirse a la totalidad de individuos y no hace referencia expresa a excepción alguna.⁵⁷

Pensamos que el artículo primero constitucional tiene un gran alcance, pues garantiza el respeto del contenido de la parte dogmática de la Constitución, para todo Ciudadano sin excepción, a tal grado que este artículo se vincula

⁵⁷ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Op. Cit.* p. 1

íntimamente con todos los demás preceptos que componen las llamadas garantías individuales.

Diversos doctrinarios, como Xavier Hurtado Olivier, consideran que si no se permitiera a las parejas infértiles o estériles, organizar y desarrollar una familia, por los medio que ellos consideren pertinentes, según el avance de las técnicas de reproducción humana asistida, sería necesario que tal restricción se diera por medio de una sentencia judicial que así lo determinara como lo dispone el artículo 14 Constitucional en su segundo párrafo, razón por la cual, a continuación se transcribe dicho precepto de nuestra Carta Magna.⁵⁸

Art. 14.- ".....

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o **derechos**, sino mediante juicio seguido ante los tribunales, previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."⁵⁹

Podríamos pensar, que a *contrario sensu* si no se da tal restricción judicial, por ende estará permitido hacer valer tal derecho, haciendo uso de los medios que se consideraran pertinentes.

Supongamos que a una pareja estéril o infértil llevara su caso ante los tribunales, sustentando su petición en los párrafos segundo y tercero, del artículo cuarto Constitucional, a efecto de que por medio de la utilización de la maternidad subrogada se les permita organizar y desarrollar una familia y elegir el número y espaciamiento de sus hijos, presentando para ello un contrato de gestación por cuenta ajena o de "alquiler de útero", ¿cuál sería el criterio del Juez, tomando en cuenta el actual estado legislativo de la materia?.

⁵⁸ HURTADO OLIVIER, Xavier; Derecho a la vida y a la muerte?, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p.169

⁵⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Op. Cit.* p. 9

En estos momentos, el asunto sería resuelto por el arbitrio del juzgador, que podría fallar en una negativa al caso, sustentándose en una posible nulidad del contrato o convenio, o bien que la petición es contraria a la moral y las buenas costumbres.

Sin embargo, cabría la hipótesis de que los solicitantes se inconformaran con tal resolución, invocando lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional, el cual determina, entre otras cosas, que para ser privado de un derecho no sólo se deben seguir las formalidades esenciales del procedimiento, sino que deben existir leyes expedidas con anterioridad al hecho, y que en nuestro país, no existe regulación expresa para el caso de maternidad subrogada.

De lo anterior se deduce, que resulta necesaria una exacta regulación de la materia, en aras de dar respuesta integral a un hecho real que sucede en todas las sociedades del mundo en mayor o menor medida, pero que exige una solución y amerita dejar de permanecer en la laguna jurídica en la que se encuentra, precisamente para evitar que la falta de normatividad propicie hechos contrarios a la moral y buenas costumbres.

Siguiendo con el análisis del artículo cuarto Constitucional, podemos percatarnos que en su párrafo número cuatro, se garantiza un derecho a la protección de la salud, originando con ello la obligación del Estado a garantizar la existencia de instituciones de salud que presten el servicio de atención médica a la población que sufre una enfermedad o bien que quiere prevenir un padecimiento o alteración en la salud.

Si se toma en cuenta el punto de vista médico, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, al cual ya nos hemos referido en el primer capítulo de este trabajo, punto de vista que considera a la esterilidad o infertilidad humana como una enfermedad de nuestro tiempo, la cual debe ser seriamente contemplada en las políticas de salud de los Estados modernos, cabría entonces

reflexionar sobre la responsabilidad que tendría el Estado mexicano, de posibilitar en sus diferentes instituciones de salud el manejo y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, como forma de garantizar que el ciudadano infértil o estéril pueda tener acceso a la reproducción biológica.⁶⁰

Si esto saliera totalmente del contexto sociocultural mexicano, entonces cabría cuestionarnos el porqué el 18 de junio de 2003, nace la primera niña fecundada *in vitro*, e implantada artificialmente en el útero de su madre en el hospital XX de noviembre del ISSSTE, considerándosele a este hecho un avance de la ciencia médica que abre expectativas de reproducción a aproximadamente 200 derecho habientes que están en la lista de espera.⁶¹

En virtud de lo anterior, el ordenamiento Constitucional en cita, deja la puerta abierta a la interpretación en torno al uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, que se inclinará a favor o en contra de ellas según sea el punto de vista que las trate, hecho que propiciará sin duda arduos debates al respecto.

Por lo anterior, resulta necesaria, una especificación mayor en cuanto al alcance y límite del derecho a la organización y desarrollo de una familia, así como el de la libre elección y espaciamiento de los hijos, debiéndose así mismo determinar si la infertilidad o esterilidad, entran dentro de la política de salud del Estado, porque de ser así habría que garantizar por parte del Estado el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Por lo pronto, nos quedaremos con el dispositivo constitucional que hemos analizado de manera muy breve, a efecto de presentar el artículo cuarto como el más relacionado con las técnicas de reproducción humana asistida y que por ende será o es la pauta para la legislación secundaria que se deriva del mismo.

⁶⁰ *Vid supra*, pp.61-64

⁶¹ *Vid supra*, pp. 47-48

2.3 Ley General de Salud.

Esta Ley se publica en el Diario Oficial de la Federación, el 7 de febrero de 1984, en ella se definen las modalidades para el acceso a los servicios de salud y la integración y funciones del Sistema Nacional de Salud, entre otras disposiciones, significando en su conjunto la Ley Reglamentaria del artículo cuarto constitucional, mismo al que hemos hecho referencia en líneas precedentes, y esta derivación constitucional se establece como tal en el artículo primero de esta Ley, que a continuación se presenta.

Artículo 1.- "La presente ley reglamenta el derecho a la protección a la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las Entidades Federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social."⁶²

Como toda ley secundaria, ésta se encarga de dar una carga denotativa a los conceptos que en abstracto maneja el dispositivo constitucional citado, y por ende esta ley, en su artículo segundo nos define en 7 fracciones lo que debe entenderse por derecho a la protección a la salud, siendo las fracciones primera y séptima, las que a nuestro entender se relacionan con el objeto de estudio de este trabajo, por lo cual a continuación se presentan.

Artículo 2.- "El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:

I El bienestar físico y mental del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

...

VII El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud."⁶³

Respecto a la fracción primera, debemos partir del planteamiento del problema que se presentó en el capítulo precedente, en donde establecimos que

⁶² Ley General de Salud, ed. Sista, México, 2003, p. 6

⁶³ *Idem.*

el presentar una condición de infertilidad o esterilidad en el ser humano, provoca una sensación de malestar mas que físico, emocional, lo cual impide, si no es tratada adecuadamente, ejercer plenamente las capacidades de una persona, lo que ocasiona que esta condición definitivamente encuadre dentro de la protección de la salud, conforme a lo que dispone el artículo en comento.

Por lo que respecta a la fracción séptima, vemos que la misma contempla como protección a la salud, la enseñanza en investigación científica y tecnológica para la salud, de lo cual se sigue que las técnicas de reproducción humana asistida se situarían en esta hipótesis, puesto que su origen y desarrollo ha tenido como finalidad, contribuir a un avance en favor de la humanidad, en el área de la salud, por ello es que han evolucionado de manera vertiginosa alrededor del mundo desde el último cuarto del siglo XX, hasta la actualidad.

Por su parte el artículo tercero de esta ley nos habla de lo que se contempla como Salubridad General, en sus 28 fracciones, de las cuales se encuentran íntimamente relacionadas con nuestro objeto de estudio las fracciones quinta y novena, como a continuación se transcriben.

Artículo 3. "En los términos de esta ley, es materia de salubridad general:

...

V La planificación familiar;

...

IX La coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos;

...⁶⁴

De la transcripción observamos que este artículo nos habla de la planificación familiar y de la coordinación de la investigación para la salud de los seres humanos, lo cual nos lleva a preguntarnos si las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran dentro de este esquema de apoyo para la planificación familiar, y de investigación para la salud, pues éstas se refieren a lograr la reproducción humana de manera consciente, por parte de los

⁶⁴ Ley General de Salud. *Op. Cit.* pp.6-8.

progenitores, elementos que en esencia implican una planificación familiar, concepto que es recurrente en el artículo 27 fracción quinta de esta ley como a continuación se presenta.

Artículo 27. "Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:

...
V Planificación Familiar;

...
 „⁶⁵

De lo anterior consideramos que es necesario entender la envergadura del concepto "Planificación Familiar", por lo cual resulta oportuno referirnos a los artículos 67 párrafos primero y segundo y 68 de esta ley, los cuales nos dan los parámetros necesarios para comprender a que se refiere este término y lo que está encaminado a proteger, es por ello que a continuación se transcribe el primero de estos artículos.

Artículo 67. "La Planificación Familiar tiene carácter prioritario en sus actividades se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes. Asimismo, para disminuir el riesgo reproductivo se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años o bien después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; todo ello, mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe ser oportuna, eficaz y completa a la pareja.

Los servicios que se presenten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respecto a su dignidad."⁶⁶

De estos dos párrafos podemos inferir que se está regulando de manera directa el derecho constitucional de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, por lo cual, si la planificación familiar significa un medio de garantizar este derecho, cabría cuestionarnos de la lectura del primer párrafo *a contrario sensu*, si este concepto debe contemplar el uso y manejo de las técnicas de reproducción asistida a efecto

⁶⁵ Ley General de Salud, *Op. Cit.* p 18.

⁶⁶ *Ibidem.* p. 25

de que toda persona pueda decidir libremente sobre el número y espaciamiento de sus hijos y no se encuentre impedido para ello por la esterilidad o infertilidad.

Como un posible indicador legislativo, resulta interesante el dato que maneja este artículo referente a la llamada **edad idónea** para la procreación en el ser humano, la cual refiere como el intervalo de edad que va de los 20 a 35 años, por las implicaciones médicas de hacerlo antes o después de ésta edad, lo que en un proyecto de regulación de las técnicas de reproducción asistida, debiera tomarse en cuenta.

Mas aún el artículo 68 de esta ley, nos menciona lo que abarcan los servicios de planificación familiar, llamando particularmente nuestra atención la fracción IV al fomento y apoyo de la investigación, entre otras cosas, de la infertilidad, como a continuación se presenta.

Artículo 68. "Los servicios de planificación familiar comprenden:

...

IV El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, **infertilidad humana**, planificación familiar y biología de la reproducción humana;

...⁶⁷

Lo que se establece en este artículo, nos lleva a reforzar el cuestionamiento referente a que si dentro del concepto "planificación familiar" a *contrario sensu* se debe garantizar el derecho de toda persona a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos, y si al existir personas con algún impedimento para la reproducción, debiera contemplarse en ello a las técnicas de reproducción humana asistida.

Esta Ley, trata otro elemento intimamente ligado con nuestro tema, el cual se encuentra contemplado en la fracción IX del artículo 3° de la misma y que se refiere a la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos,

⁶⁷ Ley General de Salud, *Op. Cit.* pp. 25-26

disposición que se amplía en el título quinto de esta Ley en sus artículos 96 al 100, de los cuales para efectos de este trabajo, consideramos oportuno transcribir los siguientes:

Artículo 96. "La investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan:

I Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos

II. Al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social.

..."

Artículo 97. "La Secretaría de Educación Pública, en coordinación con la secretaría de Salud y con la participación que corresponda al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, orientará el desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

..."

Artículo 98. "En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos y de conformidad con las disposiciones aplicables, se constituirán: una comisión de investigación; una comisión de ética, en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, y una comisión de bioseguridad, encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de **técnicas de ingeniería genética**. El Consejo de Salubridad General emitirá las disposiciones complementarias sobre áreas o modalidades de la investigación en las que considere que es necesario."⁶⁸

Artículos de los cuales podemos inferir que en realidad las técnicas de reproducción humana asistida, no son del todo ajenas en nuestro sistema jurídico mexicano, sólo que se les contempla de manera muy genérica, por no decir superficial, lo que ocasiona las llamadas "lagunas de la Ley", pues no se puntualiza todo lo referente a estas técnicas, que como ha quedado establecido en este trabajo, tienen cada una de ellas peculiaridades, que deben ser manejadas perfectamente por el legislador a efecto de lograr una correcta legislación de la materia.

El artículo 96, en sus fracciones I y II, se relaciona con el planteamiento del problema que se desarrolló en el primer capítulo de esta investigación, en donde se afirmó que el proceso psicológico y aún biológico que se da en una persona

⁶⁸ Ley General de Salud, *Op. Cit.* p. 32

que presenta infertilidad o esterilidad, tiene sin duda una repercusión en el mundo exterior, pues todo lo que sucede en el interior de una persona configura su conducta, que se expresa en el interactuar con los demás, con lo cual se incide desde luego en la estructura social.⁶⁹

Por su parte el artículo 97, nos habla de una coordinación intersecretarial entre las secretarías de salud y de educación, para dirigir, a través del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, el desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud, asumiendo con ello el deber del Estado de brindar los medios necesarios para la protección de la salud, de los mexicanos.

No podría ser más explícito el artículo 98 de esta Ley, al decir que será responsabilidad de los directores o titulares de las instituciones de salud involucradas, las investigaciones que se realicen en seres humanos, entre otras cosas, de las técnicas de ingeniería genética, en una alusión a lo que en general conocemos como técnicas de reproducción humana asistida.

Este artículo 98, además establece otro elemento que puede resultar pertinente en la elaboración de un proyecto de regulación para el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, como lo sería, que para ser aplicadas se debería constituir una comisión interdisciplinaria, que coordinara los aspectos de investigación de bioseguridad y el manejo ético de estas técnicas.

Por último, en el capítulo decimocuarto de esta Ley, encontramos disposiciones que en un momento dado pueden ser usadas como parámetros de referencia para delimitar y conformar un proyecto legislativo sobre el uso y manejo de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida y en particular de la maternidad subrogada, por lo cual consideramos pertinente transcribir algunos de los artículos que componen el mencionado capítulo.

⁶⁹ *Vid. Supra*, pp. 16-22

Artículo 313. "Compete a la Secretaría de Salud:

- I. El control sanitario de las donaciones y transplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado denominado Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios
- II. ...⁷⁰

En este artículo, la Ley es muy clara, al establecer una competencia específica a un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, para controlar todo lo referente al manejo de tejidos, células y órganos humanos, lo que implica que desde luego todo lo concerniente al manejo de las células germinales relacionadas con la reproducción asistida en humanos, sería manejado por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, la cual daría las directrices correspondientes para su manejo a nivel local.

Por su parte el artículo 314, especifica lo que para efectos de la aplicación e interpretación de Ley General de Salud, se entiende por, células germinales, destino final, disponente, donador o donante, embrión, feto, receptor, entre otros conceptos, los cuales pueden ser retomados en un proyecto legislativo sobre las técnicas de reproducción humana asistida, a efecto de proveer de un marco conceptual de la materia, así observamos que por esos conceptos se entiende lo que a continuación se establece.

Artículo 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 de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables;
- VI. **Disponente**, aquél que conforme a los términos de la Ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte;
- VII. **Donador o donante**, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte;
- VIII. **Embrión**, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;

⁷⁰ Ley General de Salud, *Op. Cit.* p. 98

- IX. **Feto**, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;
 XII. **Receptor**, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, célula o productos;
 XIII...⁷¹

En el artículo 315, encontramos una disposición, que pudiera extenderse al manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, a efecto de que cualquier institución médica que las maneje, deba tener por ende una autorización sanitaria, pues el material que estas técnicas implican son evidentemente relativos a células germinales humanas, artículo que se transcribe a continuación.

- Artículo 315.** "Los establecimientos de salud que requieren autorización sanitaria son los dedicados a:
 I. La extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos y células;
 II. Los trasplantes de órganos y tejidos;
 III. Los bancos de órganos, tejidos y células.
 IV. ..."⁷²

El artículo 318, da la pauta para realizar la extensión de la aplicación del artículo 315 para lo concerniente a las técnicas de reproducción asistida, pues establece de manera específica que todo lo concerniente al embrión y las células germinales estará sujeto al control sanitario que establezca esta Ley, como a continuación se transcribe.

- Artículo 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,"⁷³

Resulta evidente, que las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, y en particular, la maternidad subrogada, implican para su actualización, la donación de células germinales humanas y si a la maternidad subrogada se le entiende en su plano meramente altruista podría entenderse como una donación

⁷¹ Ley General de Salud, *Op. Cit.* pp. 98-99

⁷² Ley General de Salud, *Op. Cit.* p. 99

⁷³ *Idem.*

equiparada del útero de una mujer, de manera temporal para cumplir con la función que en teoría debería de realizar el útero de una mujer estéril, como lo sería la gestación.

En virtud de lo anterior, las diferentes disposiciones que contempla la Ley General de Salud, respecto de la donación, resultan aplicables a la materia que nos ocupa, por lo cual nos hemos dado a la tarea de transcribir los artículos que consideramos más relevantes como a continuación se presenta.

Artículo 320. "Toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente título."

Artículo 321. "La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste 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 transplantes."⁷⁴

Los artículos 320 y 321 de la Ley General de Salud, nos hablan de que toda persona puede disponer de su cuerpo total o parcialmente para disponer de él a efecto de una donación, debiendo mediar para ello un consentimiento ya sea tácito o expreso, por lo cual, en la misma Ley de referencia, en los artículos 322 y 324, encontramos lo que se entiende por dichos consentimientos, como se presenta a continuación.

Artículo 322. "La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de determinados componentes.

En la donación expresa podrá señalarse que ésta se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación. La donación expresa, cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte."

⁷⁴ Ley General de Salud, *Op. Cit.* p. 100

Artículo 324. "Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada.

...⁷⁵

El numeral 327 de la Ley citada, nos da una referencia muy interesante para efecto de nuestra materia de estudio, que significa de manera específica la posibilidad de que el útero pueda ser objeto de un contrato de gestación por cuenta ajena, o como comúnmente se le ha llegado a conocer pueda ser materia de un alquiler, pues dicho artículo es terminante al prohibir el comercio de órganos, tejidos o células humanas, lo que, desde luego, puede extenderse por analogía al útero de una mujer.

Artículo 327. "Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito."⁷⁶

Por su parte el artículo 330, nos da otra pauta de regulación, la cual consiste en mencionar que para cualquier trasplante debe existir previamente una investigación satisfactoria, para el caso en particular, a efecto de prever posibles riesgos a la salud y a la vida del donante y del receptor, lo cual implica que, para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, debería darse previamente una investigación exhaustiva para cada caso en particular.

Artículo 330. "Los trasplantes de órganos, tejidos y células en seres humanos vivos podrán llevarse a cabo cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante y del receptor y siempre que existan justificaciones de orden terapéutico..."⁷⁷

Por último, el dispositivo 333, de la Ley en comento, nos da una referencia más para un posible proyecto de regulación de la materia que nos ocupa, claro,

⁷⁵ Ley General de Salud, *Op. Cit.* p. 100.

⁷⁶ *Ibidem.* p. 101.

⁷⁷ *Idem.*

extendiendo esto a un posible proyecto de legislación para las técnicas de reproducción asistida y en particular de la maternidad subrogada.

Artículo 333.” Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

I. Ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales;

II. ...

III. ...

IV. Recibir información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción del órgano o tejido, por un médico distinto de los que intervendrán en el trasplante;

V. Haber otorgado su consentimiento en forma expresa, en términos del artículo 322 de esta Ley, y.

VI. Tener parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor. Cuando se trate del trasplante de médula ósea no será necesario este requisito.”⁷⁸

2.4 Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la Salud.

Este reglamento, se creó para orientar los lineamientos y principios a los cuales deberá someterse la investigación científica y tecnológica destinada a la salud, correspondientes a la Secretaría de Salud, mismos a los que, *grosso modo*, hace referencia la Ley General de Salud.

La existencia de este reglamento obedece, según lo que encontramos en la exposición de motivos del mismo, a que la investigación para la salud es un factor determinante para mejorar las acciones encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud del individuo y de la sociedad en general; para desarrollar tecnología mexicana en los servicios de salud y para incrementar su productividad.⁷⁹

En dicha exposición de motivos, se puntualiza que el desarrollo de la investigación para la salud debe atender a aspectos éticos que garanticen la

⁷⁸ Ley General de Salud, *Op. Cit.* p. 102.

⁷⁹ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, ed. Sista, México, 2003, p. 165

dignidad y el bienestar de la persona sujeta a investigación; a efecto de asegurar el pleno respeto a sus derechos humanos, y no se propicie con estas investigaciones abusos o arbitrariedades que vayan en contra del orden público e interés social.

Por otra parte, hace especial mención a que el desarrollo de la investigación para la salud, requiere del establecimiento de criterios técnicos para regular la aplicación de los procedimientos relativos a la correcta utilización de los recursos destinados a ella; a efecto de que sin restringir la libertad de los investigadores, en el caso particular de la investigación que se realice en seres humanos y de la que utilice materiales o procedimientos que conlleven un riesgo, es preciso sujetarse a los principios científicos, éticos y a las normas de seguridad generalmente aceptadas.

Cabe señalar, que como se anuncia en la exposición de motivos, este reglamento se da a la tarea de puntualizar en sus nueve títulos, diferentes procedimientos médicos que implican la investigación para la salud, siendo materia de nuestro estudio en particular, el título segundo en su capítulo cuarto, el cual se refiere a la investigación en Mujeres en Edad Fértil, Embarazadas, durante el Trabajo de Parto, Puerperio, Lactancia y Recién Nacidos; de la utilización de Embriones, Óbitos y Fetos y de la Fertilización Asistida.

El capítulo cuarto, del título segundo de este reglamento, abarca los numerales cuarenta a cincuenta y seis, los cuales resultan interesantes, para el desarrollo de esta investigación, porque se refieren de manera concreta, aunque somera, a las técnicas de reproducción humana asistida, es por ello que, algunos de dichos numerales se presentan a continuación:

- “ **ARTICULO 40.-** Para los efectos de este Reglamento se entiende por:
- I.- Mujeres en edad fértil.- Desde el inicio de la pubertad hasta el inicio de la menopausia;
 - II.- ...
 - III.- Embrión.- El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación;

IV.- Feto.- El producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción;

V.- Óbito Fetal.- La muerte del feto en el útero;

VI.- Nacimiento vivo.- Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

VII.- Nacimiento Muerto.- es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación no respire ni lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

VIII- ...

Fertilización asistida.- Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*.⁸⁰

En este artículo, observamos un marco conceptual de la materia, que resulta oportuno para el buen entendimiento del contenido de los numerales subsiguientes, resultando pertinente hacer mención al concepto que se maneja de **fertilización asistida**, al cual constriñen a las técnicas básicas de la reproducción artificial, mismas que son: la inseminación artificial, ya sea homóloga o heteróloga, y la fertilización *in vitro*.

Por la conceptualización que se da de **fertilización asistida**, podemos observar que las demás técnicas de reproducción asistida, quedan fuera de la regulación de este dispositivo legal, hecho que propicia interpretaciones subjetivas respecto a las técnicas no reguladas.

Aunque la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, son la base de todas las demás técnicas de reproducción asistida, al no enunciar la totalidad de las mismas, lo no regulado, queda al arbitrio de las personas que recurren a ellas y de los médicos e instituciones que las aplican, como podría ser el caso de la maternidad subrogada.

Tal vacío de la Ley, da pauta a que el uso y manejo de las técnicas de reproducción asistida, queden a criterio de investigadores y pacientes, criterio que, en muchas ocasiones se encuentra determinado por consideraciones de orden

⁸⁰ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *Op. Cit.* p. 190

ético, como puede inferirse del artículo 41, del reglamento en comento, mismo que a continuación se transcribe:

“ARTICULO 41.- Además de las disposiciones generales de ética que deberán cumplirse en toda investigación en seres humanos, aquéllas que incluyan a los sujetos a que se refiere este capítulo deberán satisfacer lo que se establece en los artículo 42 al 56 de este Reglamento.”⁸¹

La referencia que hace este artículo a las disposiciones generales de ética, para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, resulta de igual manera confuso y ambiguo, pues habrá que ver el mundo de los valores que se encuentre vigente en el momento de que se recurra a ella, o bien de la ética personal y profesional de las personas que en dichas técnicas intervengan, toda vez que existen al respecto múltiples puntos de vista, como se presentó en el primer capítulo de esta investigación.⁸²

Por su parte, el artículo 43 de este reglamento nos hace referencia al hecho de que para cualquier investigación que se relacione con mujeres embarazadas, embarazo, fetos o embriones, y para la fertilización asistida, entre otros, resulta necesario un “consentimiento informado”, por parte de la mujer y de su cónyuge o concubinario, lo que se encuentra íntimamente relacionado con el consentimiento expreso al que hace referencia la Ley General de salud en su artículo 323, mismo al que ya nos hemos referido en líneas precedentes, por lo cual transcribimos a continuación el mencionado numeral:

“ARTICULO 43.- Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivo o muertos; de utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la **fertilización asistida**, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este Reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer, o, bien,

⁸¹ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *Op. Cit.* p. 190

⁸² *Vid. Supra*, pp. 61-68

cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.”⁸³

Este artículo dispone que para la llamada “fertilización asistida”, resulta necesario, el llamado *consentimiento informado* y nos remite a los numerales 21 y 22, del reglamento en comento, a efecto de saber a que se refiere nos damos a la tarea de transcribirlos a continuación:

“ARTICULO 21.- para que el **consentimiento informado** se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representantes legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:

- I. La justificación y los objetivos de la investigación;
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;
- III. Las molestias o los riesgos esperados;
- IV. Los beneficios que puedan observarse;
- V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
- VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;
- IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;
- X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y
- XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación.”⁸⁴

En el artículo 21, encontramos lo que debemos entender por consentimiento informado y todos los elementos que implica, como lo son: el porqué de la investigación, los procedimientos que se usarán en la misma, las molestias o los

⁸³ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *Op. Cit.* p. 192

⁸⁴ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *Op. Cit.* p. 184

beneficios que la investigación genera, procedimientos alternativos a la misma, la libertad de revocar su consentimiento, la confidencialidad, entre otros elementos. Por su parte, el artículo 22, presenta la formalidad, que debe observar el llamado "consentimiento informado", el cual a la letra dice:

"ARTICULO 22.- El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;

II.- Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud;

III.- Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;

IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y

V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal."⁸⁵

De la lectura de este dispositivo encontramos que el "consentimiento informado" que debe preexistir a la utilización de la fertilización asistida, debe ser por escrito, elaborado por el investigador que sea el responsable de la misma, deberá ser sometido al consejo de ética de la institución, ante dos testigos, incluso se habla de la existencia de representantes legales y de su extensión, por duplicado, lo que nos parece por demás interesante, pensando en la posible formalidad que debería darse a un convenio, por ejemplo, de maternidad subrogada.

Por último, el artículo 56 de la ley, nos menciona que los problemas de esterilidad, son el único supuesto en que será admitida la fertilización asistida, lo que nos lleva a pensar que las técnicas de reproducción asistida, que se aplican para los problemas de infertilidad, quedan fuera de la hipótesis de este dispositivo. Lo anterior, porque como ha quedado establecido en esta investigación, sabemos que la esterilidad e infertilidad, son problemas completamente distintos y que

⁸⁵ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *Op. Cit.*, p. 185

encuentran solución en el uso y manejo de distintas técnicas de reproducción asistida, aplicables a cada caso en particular.⁸⁶

Por lo anterior, consideramos pertinente, transcribir la letra de dicho numeral, mismo que a continuación se presenta:

"ARTICULO 56.- La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el de investigador."⁸⁷

De la lectura del artículo 56 del reglamento en comento, resulta interesante la referencia que se hace a la moral y al contexto sociocultural de la pareja, haciendo evidente que en el uso y manejo de las técnicas de reproducción asistida, queda todavía un camino largo de discusión sobre lo que implica desde el punto de vista ético y sociocultural.

Por último, queremos hacer mención que de los dispositivos analizados de la Ley General de Salud y del reglamento de la misma en materia de investigación para la salud, encontramos que la comunidad médica, se ha preocupado por que la fertilización asistida y las técnicas de ingeniería genética, se encuentren de alguna manera contempladas por la Ley, aunque en la mayoría de los casos, se les consideró únicamente de manera enunciativa y superficial, lo cual, da lugar a ambigüedades y confusiones, lo que hace evidente que las técnicas de reproducción asistida, necesitan una regulación más específica que abarque la generalidad de las hipótesis que se pueden dar en relación a estas técnicas.

De la superficialidad de la Ley, no podemos culpar al legislador, ni a la comunidad médica, sino que en realidad ésta significa un reflejo de la rápida evolución de las técnicas de reproducción asistida y del nivel del conocimiento que

⁸⁶ *Vid. Supra* pp. 6-16

⁸⁷ Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, *Op. Cit.* p. 198

de las mismas tiene la sociedad en general, lo que hace evidente la necesidad de un estudio integral, previo a la regulación de estas técnicas en nuestro país.

2.5 Entidades Federativas, que regulan algún aspecto de las técnicas de reproducción humana asistida, en México.

Después de haber realizado una búsqueda exhaustiva en las disposiciones jurídicas de las entidades federativas de nuestro país, hemos encontrado que sólo la minoría de ellas regula en algún sentido a las técnicas de reproducción humana asistida, y que la manera en que lo hacen lo es por demás superficial.

Consideramos pertinente puntualizar que, de alguna manera, son las legislaciones del Distrito Federal y del estado de Tabasco, las que van marcando la pauta en cuanto a la poca legislación que en la materia existe, y por ende, son estas legislaciones en las que encontramos disposiciones más expresas en materia de reproducción asistida y de las implicaciones que en diferentes figuras jurídicas de derecho familiar, civil y aún penal, el uso de estas técnicas puede generar.

2.6 Legislación, en materia de reproducción asistida para el Distrito Federal.

El Distrito Federal, presenta dos cuerpos jurídicos muy interesantes, por cuanto hace a nuestro objeto de estudio, porque en los últimos años han incluido disposiciones que podrían considerarse de vanguardia, en un intento de los legisladores porque la Ciudad de México, tenga leyes adecuadas al contexto global en el que están inmersos todos los países y en particular las grandes ciudades, del mundo, dichos cuerpos jurídicos, lo son el Código Civil y el Código Penal, para la Ciudad, cuyas disposiciones en la materia que nos ocupa, a continuación se presentan.

2.6.1 Código Civil para el Distrito Federal.

Comenzaremos el análisis del presente Código, con una referencia contextual, a las figuras jurídicas que tienen que ver de alguna manera con el uso de la reproducción asistida, como lo hemos mencionado en líneas superiores, por lo cual será pertinente referirnos al título cuarto bis, de este código sustantivo, mismo que presenta reformas que tuvieron lugar el 25 de mayo del año 2000, y que se refiere a la familia, como a continuación se transcribe:

Artículo 138 ter. Las disposiciones que se refieren a la familia, son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

Artículo 138 Quintus. Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.⁸⁸

En estos artículos encontramos el carácter jurídico que la Ley concede a la familia, considerando todo lo relativo a ésta, como de orden público y de interés social y por ende determina que se protegerá la organización y desarrollo integral de sus miembros, con la base del respeto a su dignidad. En virtud de lo anterior observamos en el artículo 138 quintus, que las relaciones familiares son generadoras de derechos y obligaciones y que las mismas abarcan, tanto al matrimonio, el concubinato o el parentesco.

En el Código Sustantivo en estudio, encontramos el título sexto, del libro primero, dedicado a regular todo lo referente al parentesco, reconociendo tres clases de parentescos, como lo serían el de consanguinidad, afinidad y civil, como lo dispone el numeral 292, que a continuación se transcribe.

Artículo 292. la ley sólo reconoce como parentesco, los de consanguinidad, afinidad y civil.⁸⁹

⁸⁸ Código Civil, para el Distrito Federal. ed. Sista, México, 2003, p. 18

⁸⁹ Código Civil, para el Distrito Federal. *Op. Cit.* p. 37

Llama en especial nuestra atención, el artículo 293 del Código Civil, en virtud de que reconoce a la reproducción asistida, en sus diferentes técnicas, como propiciadoras de la reproducción humana, pues reconoce que a través de ellas se pueden obtener hijos y que los tales tendrán respecto de sus progenitores un parentesco consanguíneo, independientemente de cual haya sido la técnica de reproducción asistida que se utilizó para su concepción y nacimiento, por lo que transcribimos a continuación el referido numeral.

Artículo 293. el parentesco por consaguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consaguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan.⁹⁰

Llama en especial nuestra atención el hecho de que el dispositivo en comento, da por sentado que en el uso de técnicas de reproducción asistida debe mediar el consentimiento de los padres en cuanto a las mismas, a efecto de que se actualice el parentesco por consanguinidad al que hace referencia, lo que nos lleva a pensar en, ¿qué pasaría, tratándose del progenitor que no haya dado el consentimiento para el uso de su material genético en una técnica de reproducción asistida y que del uso de dicha técnica naciera un ser humano?.

En otro orden de ideas, en el título séptimo, del libro primero, del Código Civil para el Distrito Federal, encontramos la regulación relativa a la filiación, título en el cual encontramos disposiciones que resultan interesantes, porque hacen referencia expresa a la fecundación asistida, como lo es el caso del numeral 326, que a continuación se transcribe y que hace referencia expresa a los supuestos de la impugnación de la paternidad por parte del varón, siendo importante resaltar , que el segundo párrafo de este artículo hace referencia al supuesto de la reproducción asistida no consentida.

⁹⁰ *Idem.*

Artículo 326. El cónyuge varón no puede impugnarla 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 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 de tales métodos.⁹¹

El artículo 326, es una muestra clara, de que los legisladores locales, han tratado de que el Código Civil para el Distrito Federal, esté acorde con el contexto sociocultural, en el que estamos inmersos en la actualidad, toda vez que en su redacción original, este numeral, contenía únicamente el primer párrafo, que se ha transcrito ya, el cual establecía como únicos supuestos de impugnación de la paternidad el que al varón se le haya ocultado el nacimiento o bien que demostrara que no pudo haber tenido relaciones sexuales con su pareja, dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento, situación que, con las técnicas de reproducción asistida puede hoy día pasarse por alto, pues sabemos que no son necesarias, hoy día, las relaciones sexuales, para que se dé la fecundación de un embrión humano.

Por su parte el artículo 329, nos habla del tiempo en que pueden promoverse las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, porque evidentemente puede presumirse que un hijo nacido después de este tiempo, podría no ser del esposo, por haber sido poco probable que mantuviera relaciones sexuales con la cónyuge una vez que se ha disuelto el vínculo matrimonial, pero dado que en la actualidad las técnicas de fecundación asistida, posibilitan la reproducción asexual, el artículo en comento en su parte final, niega la procedencia de la acción de impugnación de la paternidad, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de métodos de fecundación asistida, lo que hace suponer que en este caso aún que un hijo nazca

⁹¹ Código Civil, para el Distrito Federal. *Op.Cit.*, p. 42

después de los trescientos días posteriores a un divorcio, podrá reputarse como hijo del matrimonio.

Artículo 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.⁹²

El artículo 336 el Código Sustantivo en estudio, llama nuestra atención, porque habla de la impugnación de la maternidad, lo que nos hace reflexionar sobre los supuestos que serían susceptibles de ser impugnados, en cuanto a la maternidad del hijo. Ciertamente encontraríamos el caso de una mujer que ha procurado y criado como suyo a un hijo que no lo es, pero también nos hace pensar en la **maternidad subrogada**, técnica de reproducción asistida que se ha analizado ya en el primer capítulo de esta investigación y que contraviene la presuncional que se ha venido manejando a lo largo del tiempo en nuestro país, como lo sería el hecho de que la madre será la persona que de a luz al hijo aduciendo que *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta), situación que se vuelve no necesaria, para el caso en comento.⁹³

En virtud de lo anterior, sólo nos queda pensar de que forma actuaría un Juez, en el caso en que se le presente la hipótesis de la maternidad subrogada, como supuesto de impugnación de la maternidad, siendo el caso que la madre obstétrica, no sea la madre biológica. Es por ello que transcribimos a continuación el mencionado capítulo.

Artículo 336. En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el Juez de lo Familiar atenderá el interés superior del menor.⁹⁴

⁹² Código Civil, para el Distrito Federal. *Op.Cit.*, p. 42.

⁹³ *Vid Supra* p. 57-61

⁹⁴ Código Civil, para el Distrito Federal. *Op.Cit.*, p. 42

Siguiendo con nuestro hipotético caso de una maternidad subrogada, el artículo 338, resulta interesante, porque como se ha visto en el capítulo precedente, parte importante en la práctica de la **maternidad subrogada**, implica un acuerdo de voluntades previo, entre la madre gestante y la madre que ha recurrido a ésta práctica por presentar esterilidad, acuerdo, que en la mayoría de los casos, se da mediando una retribución económica para la madre subrogada, quien en muchos países, como Estados Unidos, renuncia previamente a los derechos de la filiación, tratándose de la subrogación total, y los cede en una adopción a la madre solicitante de la técnica.

En ese orden de ideas, encontramos que el artículo 338, no permite convenio alguno respecto de la filiación de los hijos, y mucho menos que se esté hablando de transacción o de un compromiso arbitral, como sucede en Estados Unidos, pues en dicho país cualquier controversia que se presente respecto del convenio previo a la gestación por cuenta ajena, puede dirimirse en la corte, teniendo como base dicho convenio de voluntades, como si se tratara efectivamente de un contrato, cuyo objeto fue el que una mujer gestara por otra un hijo que se comprometía a entregar una vez que naciera, es por ello que a continuación transcribimos el numeral citado.

Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia, por tanto **no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.**⁹⁵

Siguiendo con el supuesto de análisis, del caso de una maternidad subrogada, en particular, encontramos en el artículo 374, una disposición que resulta interesante porque toca uno de los requisitos básicos de una madre subrogada, el cual es, que esté casada y que tenga además hijos, a efecto de que el sentimiento maternal le vaya, en un futuro, a impedir entregar al bebé gestado por ella.

⁹⁵ Código Civil, para el Distrito Federal. *Op.Cit.*, p. 43

Sin embargo, el numeral en comento manifiesta que no se puede reputar hijo de otro hombre distinto al del marido, tratándose de una mujer casada, lo que significa, que el marido debe prestar su consentimiento expreso para que su esposa sea una portadora subrogada, pues en caso contrario, el hijo que nazca se tendrá por hijo del marido, y la pareja que ha recurrido a la práctica tendrá que llevar el caso a una controversia judicial a efecto de demostrar que el hijo no es de habido entre el matrimonio, lo que nos hace pensar en la forma que actuaría alguno de nuestros jueces ante tal supuesto.

Artículo 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.⁹⁶

El numeral, 378 del Código Sustantivo en cita, implica otro elemento importante que abarca el supuesto de la maternidad subrogada, como lo sería el caso de que la madre sustituta, se niegue a entregar al bebé gestado, aún cuando éste no lleve su material genético, y se de el supuesto que ella suministre la leche materna al bebé, lo registre con su nombre, lo presente como suyo a la sociedad, y que provea para su educación y subsistencia, mientras que la pareja que recurrió a tal procedimiento para realizar una ansiada paternidad y maternidad, se de a la tarea de promover cuantas acciones jurídicas le sean posible a efecto de que se les reconozca a ellos como los padres legales del menor, volvemos a preguntarnos, ¿cómo resolvería, este supuesto, nuestro juzgador? y si al caso sería aplicable el artículo en comento, mismo que a continuación se transcribe.

Artículo 378. La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.⁹⁷

⁹⁶Código Civil, para el Distrito Federal. *Op.Cit.*, p. 45

⁹⁷ Código Civil, para el Distrito Federal. *Op.Cit.*, p.46

El artículo 382, resulta muy interesante, pues establece que la paternidad o la maternidad pueden probarse haciendo uso no sólo de los medios ordinarios de prueba, sino además, por aquellos medios que se derivan del avance de la ciencia, que de acuerdo a la lectura de este numeral, se entiende que se refiere en esencia a la prueba de identificación de la paternidad o maternidad por medio del examen del ADN.

Circunstancia que resultaría determinante, en el caso concreto de la impugnación de la maternidad y paternidad referente a un bebé nacido por la técnica de maternidad subrogada, pues sabemos que la prueba conocida como del ADN, resulta cien por ciento confiable por cuanto hace a la determinación de los lazos de parentesco entre diferentes individuos, razón por la cual consideramos pertinente transcribir a continuación, los ya citados numerales.

Artículo 382. La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier **prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos** y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.⁹⁸

Por último queremos poner de manifiesto, un ejemplo de cómo el uso de las técnicas de reproducción asistida, afecta diversas instituciones del derecho civil, como la filiación, propiedad, tutela, herencia, alimentos y por supuesto al mismo matrimonio, pues el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, es claro al establecer que significa una causal de divorcio el empleo de métodos de fecundación asistida, sin consentimiento del cónyuge, como a continuación se transcribe.

Artículo 267. Son causales de divorcio:

...
XX. El empleo de **métodos de fecundación asistida**, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.⁹⁹

⁹⁸ Código Civil, para el Distrito Federal. *Op.Cit.*, p.46.

⁹⁹ *Ibidem.*, p. 32

2.6.2 Código Penal para el Distrito Federal.

El Código Penal para el Distrito Federal, ha tenido diversas reformas, mismas que han tratado de adecuarse al contexto sociocultural que vive día a día la Ciudad más grande del mundo, lo que hace que, por lo regular sus disposiciones sean vanguardia en la materia a nivel nacional, muestra de ello es que con las recientes reformas de octubre del 2002 se ha incluido un interesante Título Segundo, correspóndete al Libro Segundo de este Código, al cual se le ha llamado "Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética", Título que analizaremos a continuación por contener disposiciones directamente relacionadas con la materia que nos ocupa.

El capítulo primero de este segundo título, se le ha denominado "procreación asistida e inseminación artificial", y se compone del artículo 149 al 153, mismos que sancionan diversos esquemas conductuales relacionados íntimamente con las prácticas de reproducción asistida, en su vertiente particular de inseminación artificial, razón por la cual hemos transcrito a continuación dichos numerales.

El artículo 149 del Código sustantivo en comento establece que, la persona que disponga de las células germinales humanas con fines distintos a los autorizados por los donantes, será sancionado con pena de prisión y una sanción pecuniaria, lo anterior porque se prevé que la práctica científica no tiene límites plenamente definidos, por su constante desarrollo, por lo que resulta sumamente factible que los óvulos y espermatozoides sean usados para fines distintos a lo que por lo general son donados, que es la reproducción humana, por lo que pueden ser manipulados para realizar clones, quimeras, experimentos con otras especies etc.

Artículo 149. A quien disponga de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.¹⁰⁰

Por su parte el artículo 150, dispone una pena de prisión de tres a siete años, para la persona que realice una **inseminación artificial**, a una mujer mayor de edad, sin su consentimiento, a una menor de edad o a una incapaz para comprender el significado del hecho o para poder resistirlo, lo anterior porque se recoge el hecho de que muchas veces, al no estar regulado el uso de las técnicas de reproducción asistida se propiciaba una diversidad de abusos contra la dignidad de muchas mujeres, toda vez que con engaños o con violencia se les obligaba a ser inseminadas, se utilizaba a menores de edad o bien a mujeres afectadas de sus facultades mentales o físicas, como lo son mujeres con parálisis o en estado de coma, para realizar estas prácticas.

Es por ello que este artículo 150 recoge estas hipótesis conductuales y las sanciona como el delito que son, incluso agrava la pena cuando en esta práctica se utiliza la violencia, como se observa en el segundo párrafo del numeral en comento.

Artículo 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrán de cinco a catorce años de prisión.¹⁰¹

El artículo 151 del Código Penal para el Distrito Federal, nos remite a una de las implicaciones de la fecundación *in vitro*, toda vez que sanciona la conducta que consiste en implantar a una mujer un óvulo fecundado habiendo utilizado para ello un óvulo ajeno o espermatozoides de donante no autorizado, sin el consentimiento de la mayor de edad, de una menor aunque de su consentimiento o de una incapaz para comprender o resistir el hecho.

¹⁰⁰ Código Penal para el Distrito Federal, ed. Ediciones Fiscales Isef. México, 2003, p.37

¹⁰¹ Código Penal para el Distrito Federal, *Op. Cit.* p.37

Desde nuestro punto de vista, creemos que el legislador ha tenido el ánimo de evitar vejaciones a la dignidad de una mujer a la que se le ha sometido a éste tipo de prácticas de transferencia embrionaria mediante engaños o incluso utilizando para ello la violencia, sin embargo, creemos que hace falta establecer en el numeral en comento la finalidad con que la persona realiza este acto, puesto que dicha finalidad no sólo puede ser para lograr la reproducción de una pareja que ha recurrido a la fecundación *in vitro*, sino también puede ser el caso que se utilice esta técnica para crear un mercado negro de niños por encargo, ya sea para su venta, explotación o incluso el tráfico de órganos, por lo que cada finalidad debe estar contemplada en una hipótesis particular con penas acordes a la dimensión del acto.

Artículo 151. Se impondrán de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.¹⁰²

El numeral 152 del Código Sustantivo en comento, hace referencia a la responsabilidad penal que en un momento dado tienen los profesionistas de la salud, que lleven a cabo las conductas que se han analizado en los artículos 149 al 151, a quienes además de aplicárseles las penas privativas de libertad y sanciones pecuniarias a las que hace referencia los artículos anteriores, se les impedirá ejercer su profesión y para el caso de que estos profesionistas hayan realizado estas prácticas siendo servidores públicos, se les inhabilitará para el desempeño del cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, como lo señala el numeral que a continuación se transcribe.

Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión

¹⁰² Código Penal para el Distrito Federal, *Op. Cit.* p.37

públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución¹⁰³.

Por su parte el artículo 153 del Código Penal para el Distrito Federal, contempla el caso de que entre el sujeto activo y pasivo del delito exista una relación de matrimonio o concubinato, entonces las conductas delictivas contempladas en los artículos anteriores se perseguirán por querrela, es decir, a instancia de parte afectada, como se desprende del texto del artículo en comento que a continuación se transcribe.

Artículo 153. Cuando entre el activo y el pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores, se perseguirán por querrela.¹⁰⁴

El ya mencionado título segundo del libro segundo del Código Penal para el Distrito Federal, encontramos un capítulo segundo, que se denomina "manipulación genética", compuesto por los artículos 154 y 155, los cuales contemplan penas de prisión, inhabilitación, e imposibilidad para el desempeño de profesión u oficio, para las personas que manipulen genes humanos con fines distintos a los llamados terapéuticos o de procreación humana.

Lo anterior en aras de sancionar prácticas aberrantes para el ser humano, que son hoy día muy fáciles de llevarse a cabo o de intentarse, por medio de los conocimientos científicos que existen en la actualidad, como lo serían en un momento, la creación de híbridos (la mezcla de dos animales en uno), quimeras (un animal, parte humano, parte otra especie), clones (seres idénticos unos a otros creados en serie), seres humanos implantados en úteros de animales, entre otras prácticas, que en un pasado sólo pudieron existir en las mentes de escritores de ciencia ficción, pero que en los albores del siglo XXI, no se encuentran muy lejos de convertirse en realidad en múltiples laboratorios alrededor del mundo.

¹⁰³ Código Penal para el Distrito Federal, *Op. Cit.* p.37.

¹⁰⁴ *idem.*

Dado lo anterior, consideramos que estos dos artículos representan un avance considerable, en aras de regular adecuadamente la materia que nos ocupa, pues tienden a proteger la dignidad humana, en todo lo que implican las técnicas de reproducción asistida, significando el precedente necesario para que cada caso en particular pueda ser regulado y limitado por el derecho, estableciendo sanciones acordes a los mismos, para el caso de una extralimitación por cualquiera de los participantes en las mismas, razón por la cual transcribimos a continuación los mencionados artículos.

Artículo 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana; y
- III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.¹⁰⁵

Artículo 155. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además el pago de alimentos para éstos y para la madre en los términos que fija la legislación civil.¹⁰⁶

Por último llama nuestra atención que el artículo 155, transcrito anteriormente, prevé las consecuencias de índole civil, que pueden darse con la realización de estas prácticas, como lo sería el nacimiento de un hijo.

2.7 Legislación del Estado de Tabasco en materia de reproducción asistida.

El nueve de abril de mil novecientos noventa y siete, se publicaron en Tabasco una serie de reformas al Código Civil de ese estado, relativas a las técnicas de fecundación humana asistida, incluyendo dentro de ellas a la

¹⁰⁵ Código Penal para el Distrito Federal, *Op. Cit.* p.37

¹⁰⁶ *Idem.*

maternidad subrogada, lo que significa una legislación muy interesante en nuestro país, al igual que la que existe al respecto, en el Distrito Federal, siendo ambas regulaciones las que marcan la pauta de la normatividad de la materia, en nuestro país.

Llama particularmente nuestra atención, la exposición de motivos que precede a las reformas que se hicieron al Código Sustantivo Civil del Estado de Tabasco, en donde los legisladores de la quincuagésima legislatura se declaran complacidos de introducir cambios de fondo a este cuerpo normativo, afirmando que dichas modificaciones jurídicas son el reflejo de la evolución que se ha dado en la sociedad tabasqueña, por ello, consideraron conveniente incorporar a los dispositivos de este Código, los recientes avances científicos en materia de reproducción humana.¹⁰⁷

De esta manera, encontramos que a este cuerpo legal, se agregan diferentes disposiciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida, así como de las consecuencias que éstas producen en instituciones del derecho civil, en su rama de derecho familiar, como lo serían aspectos del matrimonio, concubinato, divorcio, filiación y sucesiones, por lo cual resulta pertinente citar a continuación dichos preceptos legales.

Encontramos que en el libro primero se incorporan las consecuencias jurídicas que los adelantos científicos en materia de reproducción humana implican en torno al alcance y limitación del concepto legal de "personas físicas", en donde se establece, como en la mayoría de los Códigos Civiles de nuestro país, que el ser humano desde que es concebido queda bajo la protección de la Ley, no obstante, se dispone en el artículo 31 de esta Ley, que bajo esta misma tónica, también se protege a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aún cuando no se encuentren en el útero materno, como a continuación se transcribe.

¹⁰⁷ Código Civil para el Estado de Tabasco, editorial Sista, México, 2003, pp. III-XXXI

Artículo 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 pro cualquier método de concepción humana artificial, aún cuando no se encuentren en el útero materno."¹⁰⁸

Partiendo de la información previa, que hemos aportado en el capítulo primero de esta investigación, respecto a las técnicas de reproducción asistida, podemos afirmar que la parte final del artículo anteriormente transcrito, bien puede extender su protección a la fecundación *in vitro*, a la maternidad por cuenta ajena, congelamiento de embriones, o bien a la ectogénesis, que son las técnicas de reproducción humana artificial que posibilitan que un embrión humano, no se encuentre en el útero materno.

En el mismo Libro Primero del Código Sustantivo Civil que nos ocupa, encontramos otro numeral interesante y relacionado con nuestro objeto de estudio, en el título quinto referente al Registro Civil, hallamos que el artículo 92, establece que en las actas de nacimiento no debe plasmarse ninguna forma que califique la calidad de la filiación de los neonatos, enunciando expresamente algunas frases, entre las cuales se encuentra "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", como a continuación se presenta.

Artículo 92.- "...

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida" o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles..."¹⁰⁹

Resulta interesante este artículo 92, porque en sus párrafos tercero, cuarto y quinto, se comienza a observar una referencia expresa a la maternidad sustituta

¹⁰⁸ Código Civil para el Estado de Tabasco, *Op.Cit.*, p. 8

¹⁰⁹ Código Civil para el Estado de Tabasco, *Op.Cit.*, p. 17

y la maternidad subrogada, en relación a las actas de nacimiento, haciendo incluso, una diferencia entre un término y otro, como se observa a continuación.

Artículo 92.- "...

...
En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una **madre gestante sustituta**, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una **madre subrogada**, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por **madre gestante sustituta**, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético. Por el contrario la **madre subrogada** provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera **madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada según sea el caso**.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una **madre gestante sustituta**, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.¹¹⁰

Derivado del texto de este numeral, podemos encontrar diversos elementos de suma importancia como lo son, que se conceptualiza tres clases de maternidad, mismas que expresa como:

1) Madre Gestante Sustituta: Es la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético, es decir, es la mujer a la que se le ha implantado un embrión humano previamente fecundado *in vitro*, con los gametos de un varón y de otra mujer distinta a ella, que pueden ser los gametos de la pareja contratante, o bien los gametos de terceros donadores.

2) Madre Subrogada: Es aquella mujer, que provee tanto el material genético y el gestante para la reproducción, de tal manera que el legislador refiere exclusivamente el término subrogación al supuesto en que la madre

¹¹⁰ *Ibidem.* p. 18

gestante, también sea la madre biológica del *naciturus*, misma que con posterioridad, dará en adopción a su menor hijo, a la mujer que la contrato.

3) Madre Contratante: Se le denomina así a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada según sea el caso, lo que nos hace pensar que en el Estado de Tabasco, es posible la maternidad subrogada y sustituta, mediando un contrato entre las mujeres participantes, y que quien tendrá la maternidad será la madre contratante, lo que origina en nosotros cierta curiosidad por ver como se dirimiría una controversia en torno a la interpretación y cumplimiento de un contrato de esta naturaleza en el poder judicial de ese Estado.

Por último, consideramos pertinente resaltar, respecto de este largo texto del artículo 92, lo que encontramos en su párrafo final, respecto a la paternidad del hijo de la mujer casada, puesto que esta disposición contraviene totalmente la presunción tradicional que se ha manejado en nuestro sistema jurídico, como lo es que el hijo de la mujer casada, hijo de su marido es, así este numeral dispone como excepción a esta presunción, el hijo de la mujer casada, que sea madre gestante sustituta.

Consideramos que el ánimo del legislador, al introducir esta disposición, fue precisamente evitar que el esposo de la madre sustituta, al tener a su favor tal presunción para la filiación de un menor, pretenda solicitar la paternidad del neonato en perjuicio de la pareja que ha recurrido a esta práctica reproductiva y con ello generar un conflicto ante los tribunales.

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 165, del Código Civil del Estado de Tabasco, se creó, de acuerdo a lo establecido en la exposición de motivos de las reformas de esta Ley Sustantiva, para "respetar lo dispuesto en el artículo 4° de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos", precepto constitucional, que fue comentado con antelación en el presente capítulo, por lo

cual, consideramos pertinente, transcribir a continuación el texto de dicho precepto.

Artículo 165.-"...

Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, extendiéndose a aquellas parejas que viven públicamente como si fueran marido y mujer y sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí".¹¹¹

De la redacción del texto antes transcrito podemos observar que el legislador tabasqueño legitima y legaliza cualquier método de reproducción artificial, para lograr la propia descendencia de las parejas, reservando este derecho para aquéllas parejas heterosexuales, que estén casadas o que vivan en concubinato, lo que interpretado a *contrario sensu*, podemos afirmar que los amasios, los homosexuales, los hombres y las mujeres solteros, no tienen derecho a emplear estos métodos.¹¹²

Cabe mencionar que consideramos arriesgado que este legislador haya dado lugar a que se realice cualquier método de reproducción humana artificial, para lograr la propia descendencia de una pareja, recordando, que existen técnicas complejas por las consecuencias jurídicas que generan en sí mismas, como lo serían la donación de gametos por parte de terceros y la misma maternidad subrogada.

Lo que resulta loable del legislador tabasqueño, es que la intención que tiene al establecer que el uso de los medios de reproducción humana asistida, debe constreñirse únicamente al combate de la infertilidad y esterilidad humana, y esto elimina su uso con fines industriales o de experimentación.

¹¹¹ Código Civil para el Estado de Tabasco, *Op.Cit.*, p. 31

¹¹² QUEVEDO DE CARRERA, Rosa Edilia. "Los efectos de la procreación humana artificial a las instituciones de Derecho Civil." en Revista Jurídica Nueva Época, no. 16, Diciembre 1998, Villahermosa Tabasco, pp. 85-97.

Otro elemento que se deriva del texto de este artículo lo es el hecho que el uso de algún método de reproducción humana artificial, debe ser una decisión de pareja donde el consentimiento expreso es fundamental, puesto que, como ya se ha visto a lo largo de esta investigación, estas técnicas implican una serie de consecuencias jurídicas respecto de las cuales debe mediar cierta certeza legal previamente a su realización.

Por cuanto hace al capítulo de divorcio, era de esperarse que se incorporara como causal de éste el hecho de que uno de los cónyuges empleara algún método de concepción artificial, sin el consentimiento del otro, sin embargo, de la redacción de la fracción XVIII, del artículo 272 del Código Civil del estado de Tabasco, encontramos lo siguiente:

Artículo 272.-"Son causas de divorcio necesario:

...
XVIII.- Emplear la mujer método de concepción humana artificial sin el consentimiento del marido."¹¹³

La lectura de esta causal, nos hace reflexionar, que este legislador contradice el ánimo de incorporar reformas a este Código que se adecuen a los nuevos hechos que se vive en la actualidad, porque introduce un elemento contrario a la lucha del género femenino para que se le reconozca igualdad jurídica en los textos de la Ley y no existan disposiciones concretas que impongan obligaciones de manera exclusiva a la mujer y al hombre no, y esto sería el caso del precepto que se comenta, pues establece que será causa de divorcio necesario el que la mujer recurra a un método de reproducción asistida sin el consentimiento de su marido, lo que nos hace preguntarnos, ¿qué pasa si el que recurre a dichos métodos sin el consentimiento de su pareja es el hombre mismo?.

Encontramos otro artículo que nos habla de la presunción de hijos de matrimonio, en el numeral 324 de esta Ley Sustantiva, el cual extiende dicha

¹¹³ Código Civil para el Estado de Tabasco, *Op.Cit.*, p. 47

presunción a aquellos hijos concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial, como se deriva de su lectura cuyo texto se presenta a continuación.

Artículo 324.-"Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

- I.- Los hijos nacidos después de 180 ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y,
- II.- Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio."¹¹⁴

Por su parte el artículo 327, nos habla de las situaciones en las que el marido no puede desconocer a los hijos habidos en el matrimonio, dentro de las cuales destaca que no se podrá desconocer a los hijos nacidos como consecuencia del uso de alguna técnica de reproducción humana artificial, siempre y cuando haya mediado para ello su consentimiento expreso, lo que nos hace pensar que aún cuando un menor no sea hijo biológico de un hombre casado, si éste aceptó recurrir a un método de reproducción asistida, por ejemplo, la donación de gametos masculinos para poder tener un hijo con su esposa, no puede desconocer a tal hijo, por lo cual a continuación presentamos dicho numeral.

Artículo 327.-"El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o demuestre que durante a los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento."¹¹⁵

El artículo 329 del Código de referencia, extiende otra presunción legal relativa a que el marido no puede desconocer aun hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, cuando éste haya sido concebido

¹¹⁴ Código Civil para el Estado de Tabasco, *Op.Cit.*, p. 55

¹¹⁵ *Idem.*

por cualquier método de reproducción asistida, cuando haya existido su consentimiento para tal hecho, como a continuación se presenta.

Artículo 329.-“El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio:

...

la presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.”¹¹⁶

Por su parte el artículo 330, del Código Civil de Tabasco, dispone que el marido no podrá impugnar la paternidad del hijo que se le adjudique, el cual haya nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, cuando éste haya consentido en la utilización de algún método de fecundación asistida, como lo sería por ejemplo, la fecundación *in vitro* y el posterior congelamiento de embriones, razón por la cual presentamos a continuación dicho numeral.

Artículo 330.-“Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará si el marido reconoció expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido por medio de los métodos de reproducción médica asistida.”¹¹⁷

Por su parte el artículo 340 del mismo ordenamiento legal, establece presunciones legales en las cuales no puede haber transacción o arbitraje sobre los derechos que de la filiación puedan deducirse en los hijos habidos en un concubinato, por lo cual la fracción tercera de este dispositivo, es clara al establecer que serán hijos del concubinario y la concubina, los nacidos después de 300 días en que haya concluido la vida en común, si su nacimiento se debe al uso de cualquier método de concepción artificial y haya existido consentimiento expreso por parte del concubinario, como se lee del texto que a continuación se transcribe.

Artículo 340.-“Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

¹¹⁶ Código Civil para el Estado de Tabasco, *Op.Cit.*, p. 55

¹¹⁷ *Ibidem.* p. 56

...
 III.- Los nacidos después de los 300 días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de manera indubitable.¹¹⁸

Respecto al artículo 347 de este Código, el legislador tabasqueño expresa, en la exposición de motivos, que "el derecho no puede ser ajeno a los avances científicos, tan es así, que incorpora en este artículo la forma de determinar la filiación de los hijos cuyos padres no fueron esposos", estableciendo que la paternidad puede determinarse por reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. Sin embargo, la innovación de este artículo, resulta ser el hecho de que en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal del hijo a la mujer que contrata, razón por la cual transcribimos a continuación el citado numeral.

Artículo 347.-"Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad... Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrato."¹¹⁹

El artículo antes transcrito, nos hace pensar que el legislador tabasqueño da por sentado, que para la realización de la práctica denominada "maternidad por cuenta ajena" o "alquiler de útero", previamente debe existir un contrato, que será el instrumento jurídico, para dar la maternidad legal a la mujer que solicitó dichos servicios por parte de una tercera mujer, lo que nos parece paradójico, es que el legislador establece esta disposición con el ánimo de prevenir controversias respecto a la maternidad de un bebé así concebido, sin embargo no contempla la forma, ni el contenido que se debiera respetar en dicho contrato en ningún otro

¹¹⁸ Código Civil para el Estado de Tabasco, *Op.Cit.*, p. 57

¹¹⁹ Código Civil para el Estado de Tabasco, *Op.Cit.*, p. 58

artículo, por lo cual la interpretación y cumplimiento del mismo, quedará en un momento dado al arbitrio del juez de lo familiar, ante el cual se ventile las cuestiones relativas a la filiación derivada de un acto de maternidad por cuenta ajena.

El artículo 351, nos hace pensar, que existe la posibilidad de que el reconocimiento de la madre, puede ser contradicho por una persona que pretenda tener ese carácter, lo que implica que ya no opere necesariamente el principio de derecho romano, que reza que la madre es cierta en todo momento (*mater semper certa est*), y cuya certeza se derivaba del mismo proceso de gestación y alumbramiento. Sin embargo, la práctica de "maternidad por cuenta ajena", provoca que dicho principio no pueda ser aplicado tal cual en la actualidad, es por ello que a continuación presentamos dicho artículo.

Artículo 351.-"El reconocimiento hecho por el padre puede ser contradicho por un tercero que a su vez pretenda tener ese carácter. El reconocimiento hecho por la madre puede ser contradicho por una tercera persona que a su vez pretenda tener ese carácter."¹²⁰

De acuerdo al artículo 360, del código de referencia, encontramos que el legislador tabasqueño, también ha previsto el hecho de que existe una presunción referente a que los hijos del matrimonio hijos del marido son y no de ningún otro hombre, pero en este caso establece como excepción a dicho principio, el hecho de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, a lo cual nosotros consideramos que hizo falta agregar que para la realización de tal "contrato", debe existir también el consentimiento expreso del marido de la mujer "contratada", de lo contrario cómo podría privarse al marido de esa presunción legal, si, supongamos, éste jamás se enteró de la celebración de dicho "contrato".

No obstante lo anterior, consideramos encomiable la intención del legislador tabasqueño de prever las complejidades jurídicas que se presentan con la

¹²⁰ Código Civil para el Estado de Tabasco, *Op.Cit.*, p. 59

realización de la "maternidad por cuenta ajena" por estar implicados bastantes personas, a las cuales se les puede afectar, en un momento dado, en su esfera de derechos y obligaciones, es por ello que a continuación transcribimos dicho artículo.

Artículo 360.-"Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo."¹²¹

Hasta aquí llega nuestra exposición en torno a estas interesantes reformas al Código Civil del Estado de Tabasco, mismas que marcan la pauta de legislación en particular de la "maternidad por cuenta ajena", no toca a nosotros profundizar en torno a la viabilidad o adecuación de las mismas a la realización de esta técnica en la vida práctica, por las consecuencias jurídicas que la misma implica, y por el trato que da al supuesto contrato de maternidad subrogada y sustituta. No obstante, no deja de ser una importante referencia jurídica en torno a la reproducción humana asistida, en nuestro país.

2.8 Derecho Comparado en torno a las técnicas de reproducción humana asistida.

En la actualidad son muy pocos los ordenamientos jurídicos que poseen una legislación integral respecto al tema, en virtud de que en la mayoría de los países la situación legal sobre estas técnicas, se encuentra en un estado inicial, expresándose en etapas de propuesta, estudio y proyecto de leyes.

No obstante lo anterior, se observa una preocupación por regular la materia en la mayoría de los países del orbe, lo que implica una diversidad de posturas respecto de la materia que se dan acordes con el contexto sociocultural que en cada país existe, por lo cual resulta necesario crear una uniformidad de criterios

¹²¹ Código Civil para el Estado de Tabasco, *Op.Cit.*, p. 60

de regulación de las técnicas de reproducción asistida, sobre todo entre los países que conforman los ámbitos culturales de oriente y occidente.

En los países occidentales, se ha venido dando una cierta uniformidad de criterios jurídicos respecto a la reproducción humana asistida, a la ingeniería genética, y al uso y destino de embriones y fetos, criterios que podemos resumir de alguna manera, como a continuación presentaremos.

Comenzamos con los criterios preminentes en torno a las técnicas de reproducción asistida, entre los cuales encontramos los siguientes.¹²²

- 1) Se acepta la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en caso de esterilidad-infertilidad, que provoquen falta de descendencia en la pareja humana.
- 2) En la inseminación artificial heteróloga, el donador debe ser anónimo.
- 3) Para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida debe mediar un consentimiento informado entre la pareja comitente y los donadores de óvulos o esperma y en su caso de la madre subrogada y el e su marido, si ésta última está casada.
- 4) Debe existir una investigación previa por parte del equipo médico en cuanto a los riesgos que implica el uso de éstas técnicas, para todos los participantes en las mismas.
- 5) Para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, debe mediar un estudio socioeconómico y psicológico de la pareja comitente para asegurar el bienestar integral del futuro niño.

¹²² PEREZ FUENTES, Gisela. “Algunas reflexiones jurídicas sobre el tema de la esterilidad y las técnicas de reproducción asistida” en Cuadernos de Biética volumen VIII, número 32, 4ª época, 1997, Santiago; España, pp. 1432-14440.

6) Existe la obligación del médico de guardar secrecía en cuanto a la identidad del donador, la mujer gestadora y su marido, así como de la propia técnica de reproducción asistida utilizada.

7) Admisión del embarazo de sustitución o de la madre de alquiler sólo en caso de que la mujer de la pareja comitente sea estéril.

8) La donación de gametos humanos, o la gestación por cuenta ajena, deben ser de carácter gratuito.

9) Se debe dar calidad de hijo legítimo al niño nacido por técnicas de reproducción humana asistida, si para su utilización existe consentimiento informado, previo, por parte del marido de la pareja comitente y la negación expresa de la paternidad por parte del donador o el esposo de la madre sustituta.

10) Responsabilidad civil y penal de los profesionistas que participen en la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

Por cuanto hace a los principios jurídicos imperantes en materia de ingeniería genética, se pueden observar entre otros, los siguientes.¹²³

1) Existe la prohibición de utilizar datos e informaciones genéticas de las personas.

2) Se prohíbe la manipulación genética, a efecto de crear, **quimeras**, es decir la fecundación de gametos humanos con el de otras especies animales, para obtener híbridos, o **clones**.

¹²³ GISBERT CALABUIG, J.A. "Técnicas de reproducción asistida. Manipulación genética." En Revista Mexicana de Justicia, nueva época, número 10, 2000, México pp. 190-193.

3) No deben producirse armas biológicas exterminadoras de la especie humana, como lo sería la multiplicación de gérmenes productores de toxinas muy peligrosas para la especie humana.

Dentro de los lineamientos jurídicos imperantes en el Derecho Comparado, en materia de embriones y fetos humanos, los siguientes criterios.¹²⁴

1) Limitar la utilización industrial de embriones y fetos humanos, para fines exclusivamente terapéuticos.

2) Prohibir toda creación de embriones por fecundación *in vitro*, para fines de investigación mientras vivan o después de muertos.

3) Prohibir la implantación de un embrión humano en el útero de otra especie animal.

4) Se prohíbe la ectogénesis, es decir el desarrollo de un embrión y feto humano en el laboratorio.

5) No se permite el tráfico comercial sobre los embriones o fetos, ya sean vivos o muertos.

7) Está prohibido el sistema de congelación de embriones, salvo casos especiales, dictaminados por un comité ético de valoración.

En el ánimo de ser más puntuales por cuanto hace al Derecho comparado, presentamos a continuación las legislaciones existentes en la materia concretamente en España, Inglaterra, y Estados Unidos, a efecto de presentar referencias concretas, de disposiciones jurídicas que regulan nuestro objeto de

¹²⁴ MORENO BOTELLA, Gloria. "Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida", en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. VIII, 1991, Madrid, España, pp. 88-91.

estudio en esos países, en el entendido de que la mayoría de los países europeos presentan legislación o proyectos de ley, al respecto, pero que para efectos de no volver engorroso el presente trabajo, sólo se presentarán los países más representativos por las posiciones que han adoptado respecto a la materia.

2.8.1 Legislación Española.

La doctrina española establece a su país, como la nación que va a la vanguardia legislativa en cuanto a la reglamentación de las técnicas de reproducción asistida, estando así orgullosos de la creación de la Ley 35/1988 del 22 de noviembre de ese año y que regula las técnicas de reproducción asistida, llamándose por sus siglas la Ley T.E.R.A., misma que se encuentra íntimamente relacionada con la Ley 42/1988, del 22 de diciembre de 1988. la cual se refiere a donación y utilización de embriones y fetos humanos, así como de sus células, tejidos y órganos.¹²⁵

Por cuanto hace a la Ley T.E.R.A. encontramos que se compone de 21 artículos, agrupados en ocho capítulos cuyas rúbricas son:¹²⁶

- Capítulo I "Ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción asistida" (art. 1).
- Capítulo II "Principios generales". (arts. 2-4)
- Capítulo III "De los donantes, que se divide en dos partes, la primera referente a los usuarios de las técnicas y la segunda a los padres e hijos." (arts. 5-10)
- Capítulo IV "Crioconservación y otras técnicas, que también se divide en dos partes, las cuales son: el diagnóstico y tratamiento, por una parte, y por otra la investigación y experimentación." (arts. 11-17)
- Capítulo V "Centros sanitarios y equipos biomédicos." (arts.18-19)
- Capítulo VI "De las infracciones y sanciones." (art.20)

¹²⁵ MORENO BOTELLA, Gloria. *Op. Cit.* p. 92.

¹²⁶ OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio. "La filiación en España, jurisprudencia y doctrina", ed. Comares, Granada, España, 1996, pp.372-390.

- Capítulo VII "Comisión Nacional de Reproducción Asistida." (art. 21)

La presentación de cada uno de los artículos que componen la ley T.E.R.A., resultaría inapropiada para el ánimo de este capítulo, el cual es únicamente presentar grosso modo las posturas jurídicas que imperan en las legislaciones de diversos países, en torno al tema, sin embargo, consideramos pertinente presentar las disposiciones generales que contiene esta Ley y que merecen destacarse, como lo serían a nuestro criterio, las siguientes.¹²⁷

- 1) Esta Ley, regula concretamente las siguientes técnicas de reproducción asistida; la inseminación artificial, la fecundación artificial, la transferencia de embriones, y la transferencia intratubárica de gametos, cuando estén clínica y científicamente autorizadas y acreditadas, por equipos especializados.
- 2) Estas técnicas están limitadas, en la prohibición de la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto de la procreación humana.
- 3) El fin fundamental de esta ley, es luchar contra la esterilidad humana, aunque también contempla la posibilidad de prevenir enfermedades genéticas y la investigación.
- 4) Las receptoras han de ser mujeres mayores de edad en buen Estado de salud psico-físico, que hayan aceptado libre, consciente, expresa y por escrito y si la mujer estuviese casada, es necesario además el consentimiento del marido.
- 5) La donación de gametos y preembriones, debe ser a través de un contrato formal, gratuito y secreto entre el donante y el centro autorizado.

¹²⁷ MORENO BOTELLA, Gloria. *Op. Cit.* p. 93-100.

6) Esta ley, contempla como formas legales de la reproducción asistida, las siguientes; La reproducción asistida dentro del matrimonio, en el concubinato, en mujeres sin pareja, la reproducción *post mortem* y la reproducción subrogada o de acogida (alquiler de útero).

7) Se establece la nulidad de pleno derecho al contrato de subrogación o maternidad subrogada, sin embargo, consideramos pertinente puntualizar que, en esta ley, se admite la técnica más no el contrato.

8) La crioconservación de los gametos masculinos, del preembrión y óvulos fecundados dentro de los primeros catorce días de desarrollo, sólo puede darse en un plazo máximo de cinco años.

9) Se permite la intervención sobre el preembrión vivo *in vitro*, únicamente con fines terapéuticos.

10) Esta ley, contempla una serie de prohibiciones y sanciones, respecto al mal uso y manejo de las técnicas de reproducción asistida, es por ello que se correlaciona con la Ley General de Sanidad, respecto a infracciones y sanciones de la materia.

11) Crea una Comisión Nacional de Reproducción Asistida.

Por su parte, la Ley 42/88, referente a la donación y utilización de embriones y fetos humanos, limita la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, para los siguientes fines.¹²⁸

a) Fines diagnósticos. De las enfermedades genéticas y hereditarias, para evitar su transmisión o curarlas.

¹²⁸ DOBERING GAGO, Mariana. "Status jurídico del preembrión, en la reproducción asistida", en Revista Jurídica, número 28, 1998, México, pp. 260-263

- b) Fines industriales de carácter preventivo, diagnóstico o terapéutico. Como la fabricación por clonación molecular o de genes, de productos de interés sanitario o clínico, en cantidades suficientes y sin riesgo biológico, cuando no sea conveniente por otros medios como, hormonas y proteínas de sangre.
- c) Fines terapéuticos. Seleccionar el sexo en el caso de enfermedades ligadas al cromosoma X, evitando con ello la transmisión de enfermedades hereditarias.
- d) Fines de Investigación. Estudio de las secuencias del ADN del genoma humano, su localización y su patología.

Consideramos que el esquema presentado, en este apartado, nos da una clara idea del contenido de la legislación española en la materia, la cual, es en la actualidad el marco jurídico más completo en cuanto a la regulación de las técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, no perdamos de vista que el continuo desarrollo de la ciencia exige a cualquier legislación su adecuación a efecto de regular integralmente la amplia gama de supuestos de hecho, que pueden derivarse del uso y manejo de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida.

2.8.2 Legislación Inglesa.

La Gran Bretaña, es uno de los países en los que se encuentra vigente el sistema jurídico denominado *Common Law*, en el cual los precedentes judiciales son de suma importancia para la solución de los casos concretos, por lo que, el análisis y conclusión de los problemas que surgen entre las personas está determinado en gran medida por el arbitrio del juzgador.

Lo que nosotros conocemos por jurisprudencia, constituye la principal fundamentación jurídica para resolver los diferentes casos judiciales que se presentan en las cortes, en virtud de que en el sistema de derecho común, no se guían con mayor fuerza jurídica en leyes compendiadas y sistematizadas en códigos y leyes, como en nuestro sistema jurídico.

Por lo anterior, la posición jurídica de los jueces ingleses, respecto de las técnicas de reproducción asistida y en particular de la maternidad subrogada, la podemos encontrar en el informe Warnok, elaborado por una comisión del parlamento inglés, presidida por Lady Mary Warnok, y de ahí el nombre del mismo, este informe, provocó la creación del proyecto de Ley 141 sobre "fertilización humana y embriología", presentado al parlamento inglés en 1990, convirtiéndose en ley el primero de noviembre de ese mismo año.¹²⁹

Este informe recomienda entre otras cosas, utilizar solo estas técnicas en parejas ya sean casadas o estables, rechazando expresamente su uso en mujeres solas o en parejas lesbianas u homosexuales.

Se admite la donación de embriones y óvulos, aunque sólo se podrán llevar a cabo con licencia de la autoridad competente y con respeto absoluto al anonimato del donante. No obstante para evitar problemas de consanguinidad se debe limitar el número de óvulos o semen que pueda donar una persona.

En cuanto la filiación, se establece que los hijos de los donantes, serán legítimos de la mujer y el hombre que figuran como padres, sin que téngale donante ningún derecho-deber respecto a ellos. Y en el caso de fecundación post-mortem, que ellos rechazan, el niño así nacido no tendrían ningún derecho hereditario respecto del padre.

¹²⁹ SILVA RUIZ, Pedro. "Programación humana asistida, la maternidad subrogada, suplente o sustituta", en Anuario, volumen 21, 1998, Valencia; Venezuela, pp. 141-150

Por lo que respecta al estatus jurídico del embrión, se admite la experimentación embrionaria hasta los catorce días de su fertilización, considerándose delito si se realiza después.

Por cuanto hace a la maternidad de alquiler, el informe Warnok, la rechaza totalmente, considerando como madre a la mujer que alumbró a la criatura y definiendo a la maternidad de alquiler como, "la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca."¹³⁰

Este informe señala, que en esta práctica, hay varias personas envueltas, así como posibilidades diferentes de incluir varias personas que serán relevantes en la concepción de la criatura, desde su nacimiento, hasta el medio ambiente familiar, por lo menos los primeros días, semanas o meses, desde su nacimiento.

En la maternidad subrogada, la mujer que contrata a otra puede ser también la madre genética si provee el óvulo o puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente, el padre genético puede ser el marido de la mujer o el marido de la madre suplente, o bien un donador, lo que hace que esta práctica sea demasiado compleja.

En el artículo titulado "*the surrogacy scandal*, (el escándalo de la madre sustituta), escrito por Lady Warnock, sostiene que la maternidad subrogada, le parece moralmente repugnante, ya que sostiene que el móvil principal de la misma es el dinero y no el amor, y que ello pervierte la relación que debiera existir entre la madre y un hijo.¹³¹

¹³⁰ BARRAGÁN C., Velia Patricia. "La reproducción humana asistida: marco jurídico", en Revista Ius, no. 3, diciembre 1991, Durango, México, p. 6

¹³¹ SILVA RUIZ, Pedro. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada: la maternidad de alquiler", en Revista Judicial, año 12, no. 42, marzo 1988, San José de Costa Rica, p.141

Por su parte el informe Warnock, concluye respecto de la maternidad subrogada, que existen objeciones morales y sociales que pesan mucho sobre ellos, como por ejemplo, cuando esta práctica se da por mera conveniencia, como lo sería que una mujer que está físicamente capacitada para procrear una criatura pero no desea embarazarse, es totalmente inaceptable.

El peligro de explotación de un ser humano por otro, que tácitamente implica la maternidad sustituta, es otra circunstancia que pesa más que los beneficios potenciales, pues es moralmente objetable y rechazable que personas puedan tratar a otras personas como medios para sus propios fines.

En virtud de lo anterior, este informe recomienda, aprobar legislación que sancione criminalmente la creación o el funcionamiento de establecimientos comerciales que recluten mujeres para servir de madres suplentes o convengan realizar contratos de maternidad subrogada, así como legislación que declare ilegal todo convenio de maternidad subrogada y por consiguiente inexigible en los tribunales.¹³²

Consideramos que hemos presentado *grosso modo* la posición jurídica de Inglaterra respecto de las técnicas de reproducción asistida, y en particular de la maternidad subrogada, que será en los capítulos subsecuentes el tema central de este trabajo de investigación.

2.8.3 Legislación de Estados Unidos.

Estados Unidos, al igual que Inglaterra, pertenece al sistema jurídico denominado *common law*, en donde los precedentes y resoluciones judiciales, tienen gran relevancia en la solución de casos concretos, es por ello, que en relación al criterio judicial, que se sigue en ese país respecto de la maternidad subrogada, resulta pertinente referirnos a casos que al respecto se han dirimido en

¹³² *Ibidem*, p.143.

las cortes, puesto que es en este país en donde se presentan el mayor número de contratos de maternidad subrogada.

Antes de referirnos a casos en particular, convendría hacer referencia al concepto que de maternidad suplente, sustituta o subrogada se tiene en ese país, por lo que encontramos que la maternidad subrogada descansa en un **contrato**, donde la madre suplente conviene en inseminarse artificialmente, luego gestar a la criatura así concebida en su vientre, y luego al dar a luz, renunciar a todos los derechos sobre la misma, el donante de semen sería el padre biológico de la criatura, el cual aceptaría la responsabilidad de hacerse cargo de la custodia del bebé. La esposa del donante del semen y la madre suplente consienten a la inseminación artificial y al contrato, el esposo de la madre suplente a subes, consiente en la inseminación artificial con semen de tercero. Además la esposa del donante del semen, conviene en adoptar al niño y a la madre suplente se le paga por sus servicios.¹³³

Los estudiosos de estos temas, nos informan, que el estado de derecho de los Estados Unidos, a nivel estatal es confuso, perfilándose en el arden judicial una tendencia a declarar válido el contrato de maternidad subrogada, mientras en el orden legislativo la situación es de desconcierto, pues los proyectos de ley presentados son de todo tipo y naturaleza, van desde la total aprobación, hasta el total rechazo, con matices de toda índole.¹³⁴

De esta manera, podemos observar que en el Estado de New Jersey, el Supremo Tribunal, ha declarado nulo e inexigible el contrato de maternidad subrogada, por lo contrario a la legislación y política estatal, por su parte en Kentucky se han reconocidos como válidos dichos contratos, porque su fin es ayudar a las parejas infértiles a tener hijos, sin embargo, el Procurador General de ese Estado, emitió una opinión en enero de 1981, aduciendo a que si los contratos

¹³³ SILVA RUIZ, Pedro. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada: la maternidad de alquiler", *Op.Cit.* p.143

¹³⁴ BARRAGÁN C., Velia Patricia. *Op. Cit.* p. 7

de maternidad subrogada, descansan sobre el pago de dinero a cambio de la entrega de un menor, estos deben ser declarados ilegales e inexigibles.¹³⁵

No obstante lo anterior, en Estados Unidos, la opinión más generalizada postula la necesidad de aprobar legislación especial, que resuelva las múltiples interrogantes que suscita el contrato de maternidad subrogada, pues tal parece que se trata más de un "acuerdo entre caballeros" que de un contrato, además de que la legislación existente sobre inseminación artificial u otras técnicas de reproducción asistida, no resuelve todas las cuestiones jurídicas que la maternidad subrogada plantea.

Toca analizar a continuación, el primer caso tratado en los tribunales norteamericanos, que tiene que ver específicamente con la problemática que se suscita con la práctica de la maternidad subrogada, y que fue denominado el caso "baby M", (bebé M), el cual comienza en 1985, cuando William Stern, bioquímico y su esposa Elizabeth, pediatra, convinieron con Mary Whitehead, mujer casada, un contrato de maternidad subrogada o maternidad de alquiler.¹³⁶

Las personas mencionadas se conocieron por mediación del centro de infertilidad de Nueva York, los esposos Stern, escogieron a la señora Whitehead, después de revisar y rechazar las solicitudes de 300 mujeres, pues fue la candidata cuyas cualidades admiraron más.

El contrato acordado estipulaba que se le pagarían a la madre suplente diez mil dólares, más gastos médicos, la señora Whitehead, nunca aceptó el pago. Al Centro de Infertilidad, se le pagaron diez mil dólares.

Nacida la criatura, la señora Whitehead se la llevó a su casa. Tres días más tarde, los esposos Stern la recogieron, a la mañana siguiente, la señora

¹³⁵ *Ibidem*. pp. 7-9

¹³⁶ SILVA RUIZ, Pedro. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler", *Op.Cit.* p.139

Whitehead fue a la casa de los Stern y consiguió que le devolvieran a la niña, después de una acalorada discusión. A las dos semanas, al regresar los Stern a buscar a la niña, la señora Whitehead se negó a entregarla.

Durante el siguiente mes, los esposos Stern, mediando orden judicial, recobraron la custodia temporal de la bebé. Entre tanto se resolvía el caso, el tribunal ordenó que a la señora Whitehead se le permitiera ver a la bebé y estar junto a la criatura, en un hogar para niños de la comunidad, dos horas y dos veces a la semana.

La señora Whitehead, llamó a la menor Sara, los esposos Stern, la llamaron Melissa, de ahí que el tribunal se tomará como el caso de la bebé M, en este caso, los esposos Stern alegaron que la señora Stern no puede procrear por razones médicas. Sin embargo, la señora Whitehead, alegó que la doctora pediatra Stern, puede procrear, pero que contrató con ella la maternidad sustituta, porque la preñez interrumpiría el ejercicio de su lucrativa profesión, lo cual imprimía motivaciones egoístas a la doctora Stern.

El tribunal estatal inferior resolvió luego de una exposición de jurisprudencia, que aunque en la casuística no se mencionan los métodos de reproducción alternativa, ello no significa que la reproducción no coital está excluida de las protecciones constitucionales, por lo cual debe razonarse que si uno tiene el derecho a la procreación sexual coital, entonces uno tiene el derecho a la reproducción no coital asexual. Por lo cual si es la reproducción lo que está protegido, entonces los medios para lograrla también están protegidos, por lo cual este tribunal resolvió que los medios protegidos se extienden a las madres subrogadas.

La decisión emitida por el tribunal inferior, en el caso bebé M, fe evidentemente dar la custodia de la menor a los esposos Stern, la cual fue revocada por el Tribunal Superior de Nueva Jersey que declaró nulo e inexigible el

contrato de maternidad subrogada por contrario a la legislación y política pública estatal, aduciendo que el derecho a la procreación, el cual está reconocido constitucionalmente, se refiere simplemente al derecho de tener hijos bien sea mediante relaciones sexuales o por inseminación artificial y que en el caso analizado el señor Stern no fue privado de ese derecho, puesto que por mediante inseminación artificial con su semen a la señora Whitehead, la bebé M resulta ser su hija.

El Tribunal Superior estableció que en el caso de la bebé M no había lugar a duda de que el dinero era pagado para obtener una adopción y no por los servicios personales de la madre suplente o subrogada, y establecía que si fuera el caso de un contrato de maternidad subrogada gratuito esto no ofendería la legislación vigente pues no se le obligaría a una madre, por haberle entregado un dinero a renunciar a su hijo.

Este tribunal además establece que la guardia y custodia, compañía y crianza que siguen al nacimiento de un ser humano, no son parte del derecho a la procreación, son derechos que pudieran también estar constitucionalmente protegidos pero que comprenden otras muchas consideraciones, así que concluye diciendo que el derecho a la procreación es mejor entendido y protegido si se le circunscribe a sus elementos esenciales y cuando se trata de otros derechos sobre la criatura resultante, otros intereses entran en juego. Por lo cual el tribunal superior determinó dar la custodia de la bebé M a la señora Whitehead y conceder derechos de visita al padre de la niña el señor Stern.

Encontramos una resolución judicial contraria al caso de la bebé M, el cual, se denominó el caso del bebé Johnson, el cual se dio en California y se refiere a un varón nacido el 19 de septiembre de 1990, y cuyos antecedentes son que en enero de ese año Anna Johnson, una enfermera de 29 años y madre soltera residente de Orange Country, California, contrató procrear el hijo de Mark y

Crispina Calvert. Se le pagarían diez mil dólares por gestar el embrión creado mediante fertilización *in vitro* con los gametos de los Calvert.

De esta manera una vez que fue implantado en el útero de Johnson, el embrión de los Calvert, dicha mujer lo gestó hasta su alumbramiento, pero al momento de nacer se negó a entregar al niño, por lo que el caso fue llevado a la Corte, y el Tribunal Superior de California a través del Juez Richard Parslow, resolvió que el "bebé de probeta" era hijo de sus progenitores genéticos y no de la madre subrogada.

Otro caso de gran relevancia que se ha llevado en las cortes de Estados Unidos es el seguido por la Asociación de Paternidad subrogada contra el Estado Kentucky, en donde el Tribunal Supremo de ese Estado por mayoría declaró válido un contrato de maternidad subrogada, reconociendo que "la decisión o no de concebir o procrear un niño, está en el corazón mismo de las alternativas constitucionalmente protegidas.

Este tribunal determinó que existen diferencias fundamentales entre las disposiciones del contrato de maternidad subrogada y la legislación que prohíbe se pague beneficio económico o material alguno por la adopción de un menor de edad, pues en dichos contratos la madre recibe una remuneración por sus servicios, pero no por obligarse a dar a la criatura en adopción. Sostuvo además que entregar la custodia al padre biológico-jurídico el niño, no tiene como finalidad quitarse el peso y la responsabilidad de una crianza, sino que el fin perseguido con estos contratos es ayudar a una pareja estéril a tener un hijo, biológicamente relacionado con al menos uno de ellos.

En la decisión de este tribunal encontramos que se extiende la protección constitucional a la libertad de procreación, a la maternidad subrogada y que declara inaplicable la legislación que prohíbe se pague beneficio económico o

material en la adopción de menores, por entender que presentan situaciones diferentes.

CAPITULO III.
**“EL ALQUILER DE ÚTERO COMO REALIDAD SOCIAL
ACTUAL.”**

Sarai mujer de Abraham, no le daba hijos, y ella tenía una sierva egipcia, que se llamaba Agar. Dijo entonces Sarai a Abraham: ya ves que Jehová me ha hecho estéril te ruego, pues, que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abraham el ruego de Sarai.

(Génesis 16:1-2)

3.1 Consideraciones Generales.

En el presente capítulo analizaremos las implicaciones del contrato de "maternidad subrogada", también llamado "maternidad sustituta" o "de alquiler", desde el punto de vista meramente práctico, partiendo del hecho, que la maternidad subrogada es hoy por hoy una práctica social de nuestro tiempo relacionada intimamente con la reproducción médicamente asistida, misma que se ha analizado plenamente en los capítulos precedentes.

La maternidad por cuenta ajena es una de las llamadas nuevas conductas sociales que representan la realización de potencialidades que se derivan de las técnicas de reproducción artificial ya existentes, pero que empieza a utilizarse a nivel mundial y a significar una puesta en cuestión a determinados principios jurídicos del orden familiar, y un trastocamiento a valores de tipo moral, por lo cual, en nuestro tiempo esta práctica es muy cuestionada y debatida.

Viviendo en un mundo globalizado, nuestro país no puede escapar a la realización de la práctica de la maternidad por cuenta ajena, que sin duda se realiza al amparo del silencio de la ley, por ello, el derecho debe dar una regulación integral al respecto, de manera tal que se respete el derecho de las personas a buscar su propia descendencia, pero sin que ello signifique el atropellamiento de la dignidad y derechos individuales de terceras personas, involucradas en el acto concreto de la maternidad por cuenta ajena.

Por lo anterior, en el presente capítulo, hablaremos de esta práctica médica, llamada "maternidad sustituta" "subrogada" o de "alquiler", esto porque

consideramos que la complejidad de la misma, ofrece un amplio campo de estudio por sí mismo, puesto que, para su realización, resultan necesarios el uso de diversos métodos de fecundación humana asistida, como lo sería, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, el trasplante de embriones y en algunos casos muy sofisticados, hasta la elección del sexo del bebé.

Además este capítulo está encaminado a mostrar un panorama general en torno a esta práctica, por lo cual hablaremos brevemente de los antecedentes de la misma y su dimensión actual, para evidenciarla como realidad social contemporánea, que se da no sólo en países altamente desarrollados, sino también en países como el nuestro, con una carga cultural todavía apegada a ciertos principios de orden moral y religiosos.

Una vez que determinemos que la maternidad por cuenta ajena, es una práctica social de nuestro tiempo, consideramos conveniente establecer brevemente el concepto de la misma, ahondando un poco más en las distintas formas en que esta práctica puede desarrollarse, atendiendo al número de personas que intervienen en ella, y la relación biológica y legal, que las mismas tienen respecto al nuevo ser.

Como ya hemos dicho en este capítulo, estaremos en la posibilidad de determinar los elementos que en un momento dado debería contener un acuerdo o lo que se ha dado en llamar "contrato" de "maternidad por cuenta ajena" o de "alquiler de útero", en relación a las obligaciones y derechos que tienen las personas que intervienen en el mismo.

En el desarrollo del presente capítulo, presentamos las disposiciones que puede contener un acuerdo de esta naturaleza, partiendo del hecho de que en nuestro país, los acuerdos entre las partes, se dan de manera individualizada partiendo del caso y las necesidades de los involucrados en particular, no podemos presentar un formato único de este tipo de convenios, como de alguna

manera se hace en Estados Unidos, pero llenar un formato único generaría muchos inconvenientes, al momento de su interpretación y aun de su aplicación práctica, porque habría que analizar la legalidad de lo contenido en estos formatos.

Después de analizar, las obligaciones de las personas involucradas en la maternidad subrogada, presentaremos las consecuencias prácticas que pueden darse cuando cualquiera de las personas que intervienen en ésta práctica reproductiva, no cumple con lo que se ha obligado, lo anterior a efecto de evidenciar que la maternidad de alquiler, encierra una complejidad no sólo en su realización, sino en las consecuencias legales que pueden derivarse las mismas.

Derivado de lo anterior, consideramos que una vez concluido este tercer capítulo, estaremos en la posibilidad de establecer la exactitud o inexactitud de la aplicación del término "contrato" al convenio realizado para celebrar una maternidad por cuenta ajena, desde la perspectiva meramente jurídica.

3.2 Antecedentes de la maternidad subrogada.

La práctica reproductiva denominada maternidad subrogada o alquiler de útero, tiene sus antecedentes históricos derivados de las técnicas reproductivas en general, sin embargo se podría pensar que la utilización de este procedimiento es reciente y novedosa, pero la cita que sirve de epígrafe a este tercer capítulo, nos permite apreciar que existe un antecedente *sui generis* de este método reproductivo, en la cultura hebrea, de la cual encontramos un reflejo en la Biblia, la cual nos menciona cómo algunas mujeres estériles, buscaron ser madres a través del método que hoy se denomina maternidad subrogada, recurriendo para ello a terceras mujeres, que en la mayoría de los casos eran esclavas, puesto que en esa cultura, se permitía la propiedad sobre seres humanos.

Del ejemplo citado, en el que Sarai mujer de Abraham pretendía tener un hijo a través de la unión de su esposo y su sierva Agar, encontramos que la intención era ver reproducido biológicamente a su esposo a través de un hijo que concibiera y gestara su sierva por ella, lo anterior, porque en la cultura hebrea, los siervos podían considerarse propiedad de sus amos y por ende, ellos decidían sobre su vida, bienes e incluso sus hijos, de tal manera que la madre legal de ese hijo, lo era Sarai, si así ella lo decidía.

Otro claro ejemplo de esta práctica lo podemos encontrar en otro pasaje bíblico que se asimila al caso de Sarai, por lo que a continuación transcribiremos dicho pasaje:

Viendo Raquel, que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos o si no me muero. Y Jacob se enojó contra Raquel y dijo: ¿soy yo acaso Dios que te impidió el fruto de tu vientre?. Y ella dijo: he aquí mi sierva Bilha; llégate a Ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella.¹³⁷

Diversos doctrinarios y especialistas en la materia, al referirse a los antecedentes de este método, para poder entender su origen y estructura, citan como referencias más remotas, estos pasajes de la Biblia, pero cabe decir que esta afirmación ha provocado polémica ya que estos ejemplos se basan en la concepción de hijos bajo el método natural de la relación sexual, y en el tema que estamos tratando, el procedimiento tiene su fuente no en una relación sexual directa sino en medios artificiales, que propician la reproducción prescindiendo del coito.

Sin embargo, consideramos en este sentido, válido estos ejemplos como antecedentes del método reproductivo en comento, toda vez que la intención de las partes, en estos pasajes bíblicos, es semejante a la intención presentada por los comitentes en un "contrato de madres sustitutas", sin olvidar que en aquellos tiempos, no se contaban con clínicas especializadas en la aplicación de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida.

¹³⁷ La Biblia, Génesis 30: 1-3, ed. Broadman, Bélgica 2001, pág. 23.

En el ánimo de ser más precisos, en torno a los antecedentes de la práctica de maternidad por cuenta ajena, citaremos el caso de Luis Brown, mismo que, aunque es claro ejemplo de fecundación *in vitro*, significa la referencia concreta del origen de esta técnica, que como hemos mencionado, tiene como objetivo principal, lograr la reproducción biológica de una pareja, mediando una tercera mujer, que gesta el producto, aportando o no incluso su material genético, pero sin que para ello medie relación sexual alguna con el marido de la mujer estéril, lo cual sólo puede lograrse con la fecundación *in vitro*, y la posterior implantación del embrión así concebido o bien cuando la mujer aporta su óvulo, entonces se logra con una inseminación artificial.

Así, sin duda, el nacimiento de Luis Brown, en 1978, constituye una nueva era, en materia de salud reproductiva, para el ser humano, representando la posibilidad fáctica de vencer las barreras de la infertilidad y la esterilidad. Este evento histórico tiene una profunda significación comparable con la llegada del hombre a la luna o la división del átomo, con esta práctica los médicos ingleses Patrick Christopher Steptoe y Robert Goefrey Edwards, lograron la culminación de los esfuerzos científicos iniciados un siglo atrás y sentaron las bases indiscutibles para muchas prácticas relacionadas con la procreación, como es concretamente la maternidad por cuenta ajena, en cualquiera de sus formas.¹³⁸

Como señalamos en el capítulo primero, dentro de los registros de la utilización práctica de este método encontramos el antecedente de un anuncio insólito en el diario "La Crónica de San Francisco" correspondiente al 15 de abril de 1975, en donde un hombre casado con una mujer infértil deseaba tener un hijo de probeta, para ello buscaba una mujer inglesa o del noroeste europeo que se interesara "en colaborar", por lo cual debía indicar los honorarios que pretendía y su edad.¹³⁹

A tal llamado 180 mujeres respondieron, siendo seleccionada una mujer de la bahía de San Francisco, quien por la suma de diez mil dólares aceptó ser inseminada y al

¹³⁸ VIDAL MARTINEZ, Jaime. "Las nuevas formas de reproducción humana", ed. Civitas, Madrid; España, 1988, p. 18.

¹³⁹ *Vid. Supra*, p. 40

dar a luz un niño lo entrego a su padre renunciando a sus derechos conforme a lo pactado.¹⁴⁰

En el año de 1978, estudios realizados, indicaron que cerca de tres millones de nacimientos en el mundo estaban siendo planeados en base al procedimiento de madres incubadoras o sustitutas, y que para 1985, se tenían registrados más de 500 nacimientos anuales, concebidos en base a este método artificial, que posteriormente eran adoptados legalmente por la pareja contratante.¹⁴¹

También mencionamos en el capítulo primero de esta investigación, otro de los primeros casos de esta práctica, mismo que se dio en 1980, con Elizabeth Kane, de 37 años de edad y madre de tres hijos, recibió diez mil dólares por el servicio de gestar un niño por encargo, mediante contrato de una agencia intermediaria, esto en Louisville, Kentucky, Estados Unidos.¹⁴²

Así mismo, en Knoxville, Tennessee, en 1980 Samantha Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado.¹⁴³

De lo anterior, se deduce que a partir de la década de los ochentas, cientos o quizá miles de niños, han nacido alrededor del mundo mediante "contrato de maternidad por cuenta ajena", aún con la oposición de varios sectores de la sociedad y de la derivación de complejos problemas de índole legal y moral, a los cuales la práctica ha dado lugar.

Cabe señalar, que las diferentes consecuencias legales y morales que se dan en torno a esta práctica, los hemos analizado en su oportunidad en este trabajo, puesto que nos hemos referido a los distintos puntos de vista que existen en general, en torno a las técnicas de reproducción humana asistida, que encierran, por su puesto, a la maternidad de alquiler o por cuenta ajena.

¹⁴⁰ *Vid Supra*, p. 40. *Idem*.

¹⁴¹ *Idem*.

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ *Idem*.

En la actualidad podemos observar la creación de diversas agencias especializadas en ser intermediadoras entre los sujetos involucrados en la práctica de la sustitución de la maternidad, lo que en muchos casos ha derivado en una evidente comercialización de tal actividad, en donde la “mercancía” a tratar son los niños concebidos y nacidos mediante este procedimiento.

En Estados Unidos de América las entidades federativas más avanzadas en cuanto a organización y legislación sobre la maternidad sustituta o alquiler de útero, son Kentucky y Michigan, donde se encuentran organismos especializados tales como: *Surrogate Parenting Associates, Inc.* (Asociación de paternidad subrogada), en Louisville Kentucky, así como el *Surrogate Family Service Inc.* (Servicios de familia subrogada) localizado en Dearborn Michigan, los cuales son organismos independientes que proveen básicamente del servicio de conectar y relacionar parejas estériles con madres substitutas potenciales.¹⁴⁴

Así pues existen diversos casos llevados ante distintos Tribunales Judiciales alrededor del mundo, aunque las noticias más concretas las tenemos de casos provenientes de Estados Unidos, algunos de los cuales hemos hecho referencia en el capítulo segundo de esta investigación, evidenciando que con ellos se ha intentado solucionar los problemas concretos que esta práctica ha generado y que atañen a la esfera de derechos personales, civiles, familiares, administrativos y aún penales.¹⁴⁵

Derivado de lo anterior, podemos decir que la maternidad por cuenta ajena, es una práctica que se desarrolla en la mayoría de los países del mundo, por lo cual, constituye un hecho social, al cual hay que atender desde el punto de vista jurídico, esto, por las implicaciones legales que ésta trae consigo, mismas que se citarán con su oportunidad cuando se analicen las obligaciones derivadas del alquiler de útero para las personas que intervienen en tal práctica.

¹⁴⁴ KUSHENVSKY, Cynthia A.: Legal recognition of surrogate gestation, in Women's Rights Law Reporter, copyrights State University of New Jersey, New Jersey 1987, vol. 7, no. 2, págs. 100-107

¹⁴⁵ *Id. Supra*, p. 133-138

3.3 El alquiler de útero como realidad social actual.

El vertiginoso devenir social en el que vivimos, nos hace depender cada vez más de los avances científicos que se dan en todas las áreas del quehacer humano, la ciencia evoluciona de manera muy rápida, de tal manera que las alternativas reproductivas, no son la excepción, encontramos que alrededor del mundo, las parejas imposibilitadas de alguna u otra manera para reproducirse biológicamente por el medio natural directo de la relación sexual, recurren a métodos alternativos que ofrece la ciencia médica, aplicables para casos concretos de infertilidad o esterilidad.

Dichos métodos alternativos, van desde la fecundación *in vitro*, inseminación artificial, donación de gametos, tanto masculinos como femeninos, transferencia de embriones, selección del sexo, hasta la gestación por cuenta ajena o de madres sustitutas, técnicas que son utilizadas por miles de personas alrededor del mundo pues se ha demostrado, a través de diversos estudios, que la esterilidad e infertilidad han tenido un gran crecimiento en nuestras sociedades, producto quizá del estrés, uso de anticonceptivos y continuo sometimiento a presiones emocionales, la dieta, el miedo ambiente, factores psicológicos, estéticos, aún profesionales y laborales, como se analizó en el primer capítulo de este trabajo.¹⁴⁶

La dinámica de la vida actual ha propiciado estas consecuencias biológicas, muchos especialistas de la materia, hablan de una involución de la especie, toda vez que el ser humano cada vez se desadapta más a sobrevivir a las condiciones naturales del medio ambiente, pues todo lo ha vuelto más cómodo a través del uso de diversos adelantos científicos, que le hacen la vida más fácil y llevadera.

Estas consideraciones nos hacen pensar quizá, en la ciencia ficción que planteaba el escritor Aldous Huxley, en su libro "un mundo feliz" donde la tecnología era la que dominaba y determinaba toda la vida del ser humano, que en este sentido se convertía en realidad en un robot, en un siervo de la tecnología,

¹⁴⁶ *Vid. Supra* p. 1.3

que sin ella se encontraba desvalido e inútil, todo se encontraba computarizado y controlado por medio de diversos botones que servían para todo, hasta para la labor más insignificante, así pues que no es de extrañarnos, que dentro de esta ciencia ficción concebida en el año de 1932, también las máquinas relevaran al hombre de su función reproductiva, como se ve en el siguiente párrafo:

"Esto -siguió el director, con un movimiento de la mano- son las incubadoras -y abriendo una puerta aislante les enseñó hileras y más hileras de tubos de ensayo numerados-, la provisión semanal de óvulos -explicó-. Conservados a la temperatura de la sangre; en tanto que los gametos masculinos -y al decir esto abrió otra puerta- deben ser conservados a treinta y cinco grados de temperatura en lugar de a treinta y siete, la temperatura de la sangre esterilizada."¹⁴⁷

Lo que se describe en el párrafo transcrito, significa un claro ejemplo de la técnica que se encuentra aún en etapa incipiente, pero que en la actualidad ha comenzado a desarrollarse en diversos laboratorios del mundo, misma que conocemos como ectogénesis, consistente en la gestación de seres humanos hasta su nacimiento, fuera del útero humano, es decir en máquinas incubadoras. Podemos observar que la sociedad en la que vivimos, se acerca cada vez más a la actualización de esta ciencia ficción concebida por el escritor ya citado, misma que implica el hecho que el hombre dependa cada día más del avance de la ciencia para realizar diversas funciones, aún la que tiene que ver con la consecución de la propia descendencia.

Aunado a esta evolución tecnológica e involución humana, podemos encontrar que los valores del ser humano, respecto a la ciencia y tecnología, también se han visto trastocados, de tal manera que el uso de los avances científicos, se consideran en la actualidad, como un elemento indispensable de la modernidad y que los mismos contribuyen para el beneficio del ser humano, pues en gran medida mejoraran la calidad de vida del hombre, de tal manera que sobre todo en la cultura occidental en la que vivimos, las personas no pueden concebir sus vidas sin todos los elementos tecnológicos que los rodean.

¹⁴⁷ HUXLEY, Aldous. "Un mundo feliz". Ed. Multimedia, México, 1999, pág. 25

En virtud de lo anterior, la sociedad comienza a ver con naturalidad el uso de los diversos métodos de reproducción humana asistida, incluso a la maternidad por cuenta ajena, a pesar de que en países como el nuestro, dicha práctica no se encuentre tan difundida como lo está en Estados Unidos y algunos países de Europa. Sin embargo es un hecho cierto que cada vez estos métodos son más usados y aceptados en países con ciertos valores culturales, como lo son los países latinoamericanos en general.

Por cuanto hace a la maternidad subrogada o sustituta, aún dada su complejidad que desata polémica entre los diversos sectores de la sociedad, es una práctica de reproducción humana asistida en la que, como hemos dicho, una tercera mujer consiente en gestar un bebé para una pareja que la ha "contratado", para ello y con la finalidad de que esta mujer les entregue al neonato, una vez que éste haya nacido, independientemente que dicha mujer haya aportado para la concepción de dicho ser humano, su material genético o no.

La maternidad por cuenta ajena se toma como alternativa a seguir por lo general cuando la esposa o concubina, no puede embarazarse por problemas en su útero, como lo serían malformaciones congénitas, extirpaciones del mismo, o bien el llamado "útero infantil", cuadros clínicos que significan para una mujer la esterilidad, que como hemos visto en el capítulo primero de esta investigación, representa la imposibilidad total de gestar en su vientre un nuevo ser.

Como lo presentamos en el capítulo segundo de esta investigación en los países Europeos y Estados Unidos de América, la maternidad sustituta se toma con mayor naturalidad y su aceptación es más común en la población, en estos países existe legislación al respecto, aunque en muchos de los mismos, como España, Francia e Inglaterra, el convenio que se da entorno a la maternidad por cuenta ajena, se ha declarado ilícito, al momento en que estas legislaciones se ocupan de esta técnica, se da en algún sentido certeza jurídica en torno a esta

técnica reproductiva y al papel que cada persona que participa en ella desempeña.

En Estados Unidos, existen clínicas especializadas en el uso y manejo de la maternidad por cuenta ajena, a manera de ejemplo, en la clínica *Surrogate Parenting Associates, Inc. (SPA)*, que fue formada por el doctor Richard M. Levin, especialista en problemas de infertilidad, en abril de 1980, se tiene la filosofía de que todo ser humano tiene derecho a la procreación y por lo tanto el organismo acepta a todo solicitante, contando con todo un equipo de diversos profesionistas, entre ellos abogados, que se encargan de prever legalmente todas las consecuencias que podrían presentarse ante el incumplimiento del convenio por cualquiera de las partes.¹⁴⁸

En la clínica *Surrogate Parenting Associates, Inc.*, se sigue un determinado procedimiento, que consiste en que cada pareja deberá presentarse con una lista de las características de la madre sustituta que potencialmente se desea contratar. Más adelante se le brinda a la pareja tres opciones sobre madres sustitutas distintas de las cuales tendrán que elegir a una basándose en los rasgos físicos intelectuales y psicológicos que se están solicitando y que se desea sean los que presente la madre sustituta elegida.

Las madres sustitutas en esta clínica cumplen con los requisitos de ser casadas y de tener por lo menos un hijo, además de haber aprobado los exámenes médicos y psicológicos respectivos, así como contar con un representante legal.

Posteriormente, tanto la madre sustituta como la pareja firman un acuerdo que delimita las obligaciones de las partes y establece la actual situación y posterior custodia del niño.

No obstante de lo anterior, en estos países este método es una alternativa de solución al problema de la esterilidad, no dejan de tener obstáculos de toda

¹⁴⁸ KUSHENVSKY, Cynthia A.: *Legal recognition of surrogate gestation*, Op. Cit. pp. 106-110.

índole para su utilización, aunque las personas que recurren a este método son cada vez más numerosas, por lo que la problemática va en aumento y ante ella, hay que plantear alternativas de solución.

El uso de los métodos de reproducción asistida, ha traído consigo el trastocamiento de instituciones legales que se habían diseñado para suplir la necesidad filial de parejas estériles, como lo es la Adopción, toda vez que, ante la posibilidad de tener descendencia biológica, a través de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida y de las dificultades administrativas que a veces se dan para el caso de la adopción, ésta última figura se ha ido dejando cada vez más, para optar por los métodos de reproducción artificial.

Otro punto sobre el cual consideramos conveniente llamar la atención en este apartado de estudio de la realidad sociocultural en torno al uso de la maternidad subrogada, lo constituye el hecho de que hoy día la unión de parejas ya no lo es sólo de hombre y mujer, que socialmente cumplen con los roles de papá y mamá dentro de una familia, sino que también se dan relaciones homosexuales que se consolidan y perduran, lo que les genera en muchas ocasiones la necesidad de "ser padres", recurriendo por supuesto al uso de la maternidad subrogada o de la inseminación artificial, según sea el caso de parejas de hombres o mujeres respectivamente.

La maternidad por cuenta ajena, también puede significar la alternativa a seguir, por mujeres que no quieren padecer las molestias propias del embarazo, o bien que no pueden detener lucrativas carreras y ocupaciones para ser madres por ellas mismas, no importa cuan egoístas puedan parecer estas motivaciones para optar por la maternidad subrogada, sin embargo, no debemos dejar de lado, que es un elemento sociocultural más por el que se recurre a esta técnica, hechos que deben ser tomados en cuenta al momento en que se quiera regular jurídicamente esta práctica.

Derivado de lo anterior, podemos decir que el homosexualismo y la conveniencia de evadir las consecuencias propias del embarazo, significan dos cuestiones sobre las cuales hay que tener especial cuidado, porque en el uso de la maternidad por cuenta ajena no sólo se encuentra implícito el derecho de todo ser humano a la reproducción sino también el derecho de todo *naciturus* a tener un hogar en el cual tendrá un sano desarrollo psicoemocional.

Al ser la maternidad por cuenta ajena una realidad fáctica de nuestro tiempo, hemos visto a través de diversidad de casos que han llegado a nosotros a través de los medios de comunicación, que el hecho de que para su realización implique la intervención de varias personas, ha llevado a situaciones confusas y contradictorias, tales como que la abuela, la tía, la prima, la sobrina gesten en su vientre a su nieto, sobrino o primo.

Aún más, vemos que las confusiones van en aumento, cuando se analiza la participación genética de las personas involucradas, pues como sabemos, la madre gestante, puede ser también la madre biológica del concebido, pero también puede darse el caso que exista incluso un donador del gameto masculino que se utilice para la concepción del nuevo ser, por lo que la situación filial del neonato, será por demás compleja.

Hasta este momento esperamos haber expuesto de manera general la situación social actual en torno a la técnica de la maternidad por cuenta ajena, la cual es cada día más usada, a nivel mundial, y por supuesto que nuestro país no es la excepción en el uso de dicho método, pues el contexto sociocultural, ha permeado grandemente los valores que se tenían respecto a la maternidad y las limitaciones de la misma, representadas por la infertilidad y la esterilidad, no sólo alrededor del mundo, sino en nuestra propia sociedad.

De esta manera, consideramos que la maternidad por cuenta ajena, es una realidad contemporánea, que se da en diferentes sectores de nuestra sociedad,

por lo cual, necesita ser contemplada por el sistema jurídico de nuestro país, a efecto de que el uso y manejo de esta técnica reproductiva no quede al arbitrio de instituciones médicas, del personal de las mismas, y de las personas que recurran a la maternidad por cuenta ajena.

3.4 Concepto y clases de maternidad subrogada.

Con el ánimo de sistematizar el presente capítulo, consideramos pertinente antes de enunciar las obligaciones de las personas que intervienen en este método reproductivo y las consecuencias pragmáticas que el mismo trae consigo, hacer una breve exposición del concepto y clases de la maternidad subrogada que se tienen contempladas en la actualidad.

Antes de dar el concepto y referirnos a las diferentes formas en que se puede presentar la maternidad subrogada, es menester que nos ocupemos brevemente de las diferentes denominaciones de la misma, pues como se puede observar de la redacción de los capítulos anteriores, nos hemos referido a la misma, como "maternidad de alquiler", "alquiler de útero", "maternidad por cuenta ajena", "maternidad sustituta", "maternidad por encargo", "convenio de gestación", "alquiler de vientre", incluso se le conoce también con el nombre de "incubadoras humanas", todos estos términos utilizados como sinónimos para designar tal técnica reproductiva, la explicación a la abundancia de denominaciones, la encontramos en que al ser una técnica que surgió y se desarrolló en países anglosajones, donde además de la diferencia cultural y de idioma, tenemos un sistema jurídico distinto al de estos países, la literatura jurídica que se dio en principio en torno al tema denominó a esta técnica "*surrogate motherhood*" o "*surrogate gestation*", en la medida que esta técnica se fue extendiendo a países de habla hispana, la literatura que surgió al respecto tradujo con literalidad estos términos y así se le ha conocido como "maternidad subrogada" o "gestación subrogada".

La denominación "maternidad subrogada", se debió en principio porque los estudios que existían al respecto en los países de habla hispana, significaban meros ensayos, que recopilaban de alguna manera lo que existía al respecto en la literatura jurídica anglosajona, por lo que no se tomó especial cuidado a la adecuación del término "maternidad subrogada" a nuestro idioma y a nuestro sistema jurídico, sin embargo, con el tiempo, los estudiosos del derecho se han dado cuenta que equivocadamente se ha empleado este término en la literatura de los países con una herencia jurídica romano germánica, como lo es el nuestro, porque en este sistema jurídico el término "subrogación" nos hace pensar en una figura de derecho civil meramente patrimonial, por medio de la cual una persona toma el lugar de otra para ejercer a título personal los derechos económicos que le pertenecen a esa otra persona.

Además encontramos que en nuestro sistema jurídico, la subrogación se entiende en un plano más allá del personal, sino también se llega a extender dicho término para la sustitución de una cosa por otra, lo que se ha denominado subrogación real, por lo cual consideramos pertinente citar lo que al respecto dice Manuel Bejarano Sánchez al respecto.

"Otra manera de transmitir el crédito y substituir al acreedor es la subrogación por pago. Subrogar significa precisamente substituir. Hay *subrogación real* cuando se substituyen unos bienes por otros y *subrogación personal por pago*, cuando *el acreedor es substituido* por un tercero interesado que paga la deuda o presta dinero para tal fin"¹⁴⁹

Derivado de lo anterior, podemos observar que la aplicación del término subrogación, por cuanto hace a la maternidad por cuenta ajena, se dio en los países anglosajones, para determinar la sustitución de una mujer por otra para llevar a cabo la gestación de un nuevo ser, y no para hacer alusión a la figura patrimonial de derecho civil referente a la subrogación personal o real, por lo cual, una vez que hemos hecho esta aclaración trataremos a la técnica reproductiva, objeto de nuestro estudio, con las diversas denominaciones con las que se le

¹⁴⁹ BEJARANO SÁNCHEZ, Mamel. "Obligaciones Civiles", 3ª edición, ed. Harla, México, 1995, p. 429.

conoce, dejando claro que quizá en español los términos más adecuados serían, “maternidad por cuenta ajena” o “maternidad por sustitución”.

Toca el turno de referirnos al concepto de la técnica reproductiva que nos ocupa, con lo cual recapitularemos brevemente lo que al respecto presentamos en el capítulo primero de esta investigación, a efecto de no perder la secuencia de la presente exposición.¹⁵⁰

Se llama *maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero*: al acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso, con una pareja que la ha “contratado”, por lo cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de la mujer que forma parte de la pareja, ya sea en calidad de esposa o concubina, misma que figurará como madre del menor así concebido, gestado y nacido.¹⁵¹

Así, las llamadas madres sustitutas o madres de alquiler son mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que, normalmente, se ha generado mediante el esperma del varón que aparecerá como padre y un óvulo de la mujer que aparecerá como madre, o bien con el óvulo propio, y que producido el parto entregará el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron en su caso el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

El desarrollo de esta técnica reproductiva ha tenido como base principal, lograr la reproducción biológica de una pareja que se ve impedida para ello, a causa de la esterilidad de la mujer que forma parte de ella, para lo cual se hace uso de la fecundación *in vitro* a efecto de lograr la concepción del nuevo ser y esperar a que se den las primeras fases del desarrollo embrionario, de tal manera que pueda darse otra técnica reproductiva como lo es *el trasplante embrionario*, en

¹⁵⁰ *Yid Supra*, pp. 57-61.

¹⁵¹ LEMA AÑÓN, Carlos. “Reproducción, Poder y Derecho” ed. Trotta. España, 1999, p. 136

el útero de una mujer que se presta a llevar en su vientre al nuevo ser hasta el nacimiento del mismo.

Sin embargo es posible que la maternidad subrogada se de con otra técnica reproductiva más directa, como lo sería la *inseminación artificial*, misma que se utilizaría, si la madre subrogada además de prestarse para gestar un nuevo ser, aporte o done su material genético para la existencia del mismo, es decir que el hijo gestado sea biológicamente de ella, para lo cual bastará que sea inseminada con el semen del esposo o concubinario que forma parte de la pareja comitente.

De lo anterior, se puede observar que la maternidad subrogada se caracteriza por la concepción de una nuevo ser humano, de manera netamente asexual, por lo cual implica para su realización, la utilización de dos o más técnicas de reproducción humana asistida, de las cuales hemos hablado con mayor detenimiento en el capítulo primero de esta investigación.

Ahora bien para la realización de esta técnica existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción, gestación y al nacimiento de un nuevo ser humano, lo que hace esta práctica demasiado compleja por las relaciones filiales que podrían presentarse entre un diferentes personas y el producto de esta técnica reproductiva. Así por cuanto hace tan sólo a la concepción del nuevo ser podemos encontrar, las siguientes posibilidades fácticas:

- 1) Es frecuente que la gestadora sea al mismo tiempo la madre genética del bebé, al aportar uno de sus óvulos, luego de ser inseminada artificialmente con semen proveniente del marido o concubinario de la pareja comitente, o bien de un tercero donador, que incluso podría ser el marido de la madre gestadora.

- 2) Es posible que se utilice la fecundación *in vitro*, para unir el óvulo con el espermatozoide que pertenecen a la pareja comitente a efecto de que el embrión así logrado sea implantado a la gestadora, mediante la técnica reproductiva denominada Transferencia de Embriones (TE).
- 3) Podemos encontrar que la mujer que forma parte de la pareja comitente aporte su material genético, que sea fecundado *in vitro*, con semen de un tercero donador, para posteriormente, el embrión sea implantado en la mujer gestante.
- 4) También puede suceder que el marido o concubinario de la pareja comitente aporte el material genético masculino, que fecunde *in vitro* el óvulo de una tercera mujer donadora, para después ser transferido al útero de la mujer gestante.
- 5) Puede darse también el hecho de que se recurra a la *donación de gametos*, tanto masculino como femenino para lograr la concepción de un nuevo ser mediante la fecundación *in vitro*, a efecto de que el embrión así logrado sea implantado en una madre gestadora, mediante la técnica reproductiva denominada Transferencia de Embriones (TE), la que posteriormente entregará al bebé que de esta manera nazca a la pareja comitente, lo cual podría parecer una especie de "niños por encargo", que bien podría ser sustituida por la adopción, en virtud de que el nuevo ser no estaría ligado biológicamente con ninguno de los miembros de la pareja comitente, sin embargo esta posibilidad fáctica puede darse y por ende se contempla en este apartado.

De lo anterior podemos inferir que la maternidad subrogada puede presentar una complejidad de relaciones filiales entre las personas que participan en ella con el producto de la concepción, por lo que tomando en cuenta los anteriores supuestos de concepción podemos decir que en el primer caso,

estamos ante la posibilidad de que la madre gestadora reclame para sí la maternidad del neonato no sólo por haberlo dado a luz, sino también por ser su madre biológica, además si la mujer gestadora se encuentra casada, en nuestro sistema legal, su esposo contaría con la presunción de paternidad correspondiente a los hijos nacidos del matrimonio.

En el segundo supuesto, tendremos que el bebé biológicamente será hijo de la pareja comitente, pero la mujer gestante puede tener a su favor la presunción de maternidad, por el hecho de haber dado a luz al pequeño, lo que se complicaría con la presunción de paternidad que tendría el marido de la mujer gestante, si ésta estuviera casada.

El tercer supuesto nos da la posibilidad que una mujer casada o con una relación de concubinato tenga biológicamente un hijo de un hombre diferente a su pareja, pero también existe la presunción a favor de la madre gestadora de ser la mujer que dio a luz al nuevo ser, y si ésta es casada, la presunción de paternidad la tendría su marido.

El cuarto supuesto nos hace pensar en la posibilidad de que el hombre que forma parte de la pareja comitente, será el padre biológico del bebé, que será concebido con el material genético de una mujer donadora distinta de la esposa o concubina y de la madre gestante, con lo cual el pequeño presentará una madre biológica, una gestante, y una legal.

El quinto supuesto representa una complejidad de relaciones filiales, porque en este supuesto se encuentran involucrados seis personas que son, los padres biológicos que donaron los gametos para la concepción del nuevo ser, quienes en un momento dado tendrían a su favor este hecho, la madre gestante que tiene a su favor el haber dado a luz al bebé, el marido de la madre gestante, si ésta se encuentra casada, tendría a su favor la presunción de la paternidad que le da el matrimonio, y por último se encontraría la pareja comitente, quien fue la que

recurrió a la realización de esta técnica para poder tener un hijo, que en este caso sería legal, toda vez que para ser sus padres lo tendrían que adoptar, pues el menor de esta manera concebido, no tendría ninguna relación biológica con ninguno de los miembros de la pareja comitente.

Otra serie de modalidades que podemos encontrar dentro de la maternidad por sustitución, la encontramos atendiendo a la relación de maternidad biológica respecto al menor por esta técnica concebido, y al ánimo que determine el actuar de la mujer gestante, para prestarse a ser inseminada o a que se transplante en su útero un embrión, para ser gestado por ella en su vientre, hasta su alumbramiento, por lo cual encontramos que la maternidad subrogada admite las siguientes posibilidades:¹⁵²

1.- **Subrogación total:** que implica que la mujer contratada sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, renuncié a todos sus derechos que la maternidad le genera y admita la adopción de la esposa o concubina del padre biológico en relación con la maternidad del menor.

2.- **Subrogación parcial:** ésta se da cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado *in vitro* que le ha sido transplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante.

3.- **Subrogación comercial:** se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación, por lo que la mujer gestante hace de esta actividad su *modus vivendi*.

¹⁵² GOMEZ SANCHEZ, Yolanda. "La reproducción humana asistida" Ed. Marcial Pons, España 1994, pp. 136-140

4.- Subrogación altruista: se da cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera totalmente gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja implicada un lazo de amor, amistad, o parentesco.

Cabe mencionar, que estas clases de maternidad subrogada son utilizadas dependiendo de las deficiencias y padecimientos de la pareja solicitante, por lo que toca a la institución especializada en este método determinar cual será la maternidad subrogada a la que se hará referencia en cada caso en particular.

De lo anterior podemos concluir que la maternidad subrogada, es una técnica reproductiva compleja, no en el hecho de su denominación o de su realización, pues ésta toma como base otras técnicas de reproducción asistida completamente viables, sino que la complejidad de la misma radica en la diversidad de personas que pueden verse involucrados en esta técnica reproductiva, pues las relaciones filiales que pueden derivarse de ella, son por demás confusas e incluso contradictorias con la intención que lleva a una pareja a pretender ser padres, la problemática de esta técnica se deriva de las intenciones o el cambio de opinión que las personas que participan en ella, puedan tener antes, durante y posteriormente a la realización de esta forma de reproducción asistida, lo que genera una incertidumbre respecto a la paternidad y maternidad del menor, ocasionando serios conflictos jurídicos.

3.5 Obligaciones derivadas del alquiler del útero.

Toca el turno al análisis de las obligaciones que tienen las personas que intervienen en la práctica denominada "alquiler de útero", pues como hemos mencionado en el apartado anterior, la complejidad de esta técnica radica en el hecho de que para su realización, es necesaria la intervención de varias personas, de las cuales no se puede esperar que cumplan al pie de la letra el convenio que se haya celebrado al respecto.

No obstante lo anterior, es en primera instancia el convenio que celebran las partes involucradas en la realización de esta técnica reproductiva, lo que da origen a la misma, es decir previamente las partes se ponen de acuerdo sobre la forma en que se van a conducir cada uno de ellos en base a sus intereses y necesidades y posteriormente, llevarán a cabo la maternidad por cuenta ajena que sea aplicable al caso particular.

Hemos mencionado ya, que esta práctica es rechazada por diversos sectores de la sociedad, y no solamente el religioso, bajo diversos argumentos que se sustentan principalmente en las consecuencias que esta técnica reproductiva trae consigo, toda vez que en ella intervienen un número determinado de personas que ven de alguna u otra manera afectado su esfera de derechos personales con este evento.¹⁵³

Se dice que esta práctica no solamente atenta contra la integridad del menor gestado por cuenta ajena, ya que se le considera como una mercancía a tratar, sino también que atenta contra la dignidad de la mujer gestante, a la cual se le ve como un simple objeto de contrato, y de la mujer comitente, quien retrocede en la larga lucha de la dignidad de la mujer en relación de que se le reconozca y valore no solo por su capacidad reproductiva.

No discutiendo la veracidad de estos argumentos y su apego a la racionalidad lógica del tema, partiremos del hecho de que esta práctica es una realidad actual que rebasa la capacidad de respuesta de los diversos ordenamientos legales que existen en relación a esta práctica en países tales como: España, Italia, Inglaterra, Alemania, Estados Unidos y Australia, países que van marcando la pauta en relación a la regulación y solución de casos concretos derivados de la maternidad subrogada. Posiblemente la actualidad fáctica de la maternidad sustituta, se deba a que el deseo de tener la propia descendencia sea

¹⁵³ GREENBERG, Lisa and Harold Hirsh; "Surrogate motherhood and artificial insemination: contractual implications", in *Medical Trial Technique Quarterly*, Ed. Callaghan and Company, Illinois 1985, pág 150.

un deseo irrefrenable en el propio ser humano, sin importar la condición sociocultural y económica del mismo.

Qué podemos decir de la escasa regulación que se da en países, como el nuestro, que soslayan el tratamiento del problema, en virtud de lo difícil de su manejo para algunos sectores de la sociedad, estando en el mismo estado legislativo al respecto, la mayoría de los países latinoamericanos, africanos y asiáticos, en donde esta práctica se vuelve cada vez mas prolífica bajo el amparo de las lagunas legales de los diversos ordenamientos jurídicos de cada país en cuestión.

Hemos visto en el capítulo precedente los casos del "bebé M" y "bebé Jhonson", los cuales son supuestos concretos que se han resuelto en Estados Unidos, que es un país en donde el convenio de maternidad por cuenta ajena esta regulado legalmente, el cual se ha dirimido en diferentes Cortes Judiciales, teniendo respuestas diversas y por demás controversiales, en unos casos a favor de la validez de dicho convenio, otras veces a favor de la nulidad del mismo, pero lo cierto es que el sistema judicial de esa nación, ha dado cuenta ya, de los diversos supuestos fácticos que se dan en torno a esta práctica, a efecto de determinar las obligaciones y derechos que se derivan de la práctica del alquiler de útero para las personas que intervienen en ella.

Antes de comenzar el análisis concreto de las obligaciones a las que se sujetan las personas que intervienen en la realización de esta técnica de reproducción humana asistida, es pertinente establecer, para efectos de este trabajo de investigación, quienes son las partes que intervienen en este procedimiento, lo anterior para poder determinar con exactitud a que se comprometen cada una de ellas, así pues, las partes que intervienen en este contrato son:

1) La pareja comitente: En su calidad de esposos o concubinos que recurren a la maternidad por cuenta ajena, para lograr su propia descendencia, la descendencia de uno de ellos, o bien para procurar el nacimiento de un niño con ciertas "características" de fenotipo y genotipo, lo que se puede lograr a través de la fecundación de los gametos masculino y femenino, obtenido de donadores que reúnen las características deseadas. Sin embargo, los miembros de la pareja comitente tienen a su vez que cumplir ciertos lineamientos en su carácter individual, por lo que esta parte se tiene obligaciones colectivas e individuales, por ende subdividiremos este apartado en:

a) Obligaciones de la mujer miembro de la pareja comitente: En su calidad de mujer estéril que desea lograr la propia descendencia, o bien la de su marido, y desempeñar el rol, de madre biológica o legal del menor concebido, gestado y nacido mediante esta técnica reproductiva.

b) Obligaciones del hombre miembro de la pareja comitente: En su calidad de esposo fértil de la mujer estéril, que desea su propia descendencia y desempeñar el rol de padre biológico y legal del bebé, y en casos extremos en su calidad de hombre infértil, que desee el nacimiento de un menor descendiente de su esposa y un donador, o bien un menor descendiente de una mujer y hombre donadores, para desempeñar el rol de padre legal del mismo.

2) La madre sustituta: En su calidad de gestadora del embrión concebido mediante fecundación *in vitro* con los gametos de la pareja comitente, de terceros donadores o incluso cuando ésta haya sido inseminada con semen del marido o de un tercero donador, aportado su óvulo para tal fecundación, con la intención de entregar, a la pareja solicitante, al bebé, al momento en que este nazca.

3) El esposo de la madre sustituta: Toda vez, que tratándose de una mujer casada, la que se preste a gestar un hijo por cuenta ajena, debe para ello,

mediar expresamente el consentimiento del marido para la realización de esta práctica, en virtud de las presunciones de paternidad que obran a favor de esta persona.

4) Los donadores de los gametos para la concepción del nuevo ser: En su calidad de ser personas que aportaron su material genético para ser utilizado con fines de reproductivos por otras personas, lo que en un momento dado les da la posibilidad de ser padres biológicos de un menor concebido mediante procedimientos de reproducción humana asistida.

5) Personal médico, psicológico y legal: En su calidad de profesionistas que llevarán a cabo este método de reproducción asistida, y que asesorarán debidamente a las partes participantes, en torno a todas las consecuencias que pueden derivarse de la práctica en sí y del incumplimiento de sus obligaciones, velando en todo momento por el bienestar de las personas participantes y del menor concebido, gestado y nacido por esta técnica.

Tenemos que las dos primeras partes mencionadas son el pilar de esta práctica médica, teniendo implicaciones y participaciones anexas o secundarias, las personas posteriormente mencionadas, sin excluir su respectiva responsabilidad en caso de violación o contravención a las estipulaciones establecidas en el llamado "contrato de alquiler de útero".

Sentado lo anterior, se puede decir que estamos en la posibilidad de establecer las obligaciones y derechos que las partes asumen al participar en este método, lo cual se hará en los apartados subsecuentes, dando por sentado que esta clase de convenios, se caracterizan por ser creados con base en necesidades e intereses muy particulares, por lo que cada caso es único, con lo cual estos acuerdos pueden presentar lineamientos muy específicos, es por ello que en esta investigación presentamos las disposiciones generales, a lo que las partes en estos convenios se comprometen.

3.5.1 Obligaciones de la pareja solicitante.

Cabe mencionar que en primer lugar para poder ingresar al programa de maternidad subrogada, la pareja solicitante, debe someterse a la asesoría de un médico, un abogado y un psicólogo previamente, ya que esta práctica por sí trae aparejadas diversas consecuencias que tienen repercusión permanente en la vida de los participantes , por ello deben tener bien en claro sus sentimientos y reacciones, así como su posición en el programa.

Deben estar seguros que aceptarán al niño como si fuera de ambos, a pesar de que otra mujer haya donado el óvulo o en su caso haya cargado al concebido durante nueve meses correspondientes a la gestación del mismo, es importante dejar en claro las posibilidades de manifestación de celos, no impedirán el sano desenvolvimiento de una relación amistosa entre la pareja y la madre sustituta, así como que estos sentimientos afecten la estabilidad futura del niño, que se constituye como el interés prioritario de esta práctica.

Sentado lo anterior, podemos decir que la pareja solicitante tiene diferentes derechos y obligaciones en relación a la utilización de esta alternativa de reproducción, atendiendo al papel que desarrollen en esta práctica, en virtud de que la pareja en realidad está constituida por una mujer infértil y por su esposo o pareja, que en muchos casos, funge como padre natural o biológico del *naciturus*, de tal manera que podemos establecer específicos derechos y obligaciones para cada uno de ellos y obligaciones que ejercitan en su conjunto.

Como Obligaciones conjuntas de la pareja podemos establecer:¹⁵⁴

- 1) Sufragar los gastos que se originen con la concertación del contrato, dentro de los cuales podemos ubicar, a los gastos médicos que se originen antes, durante y después del embarazo, gastos de los exámenes psicológicos

¹⁵⁴ *Op. Cit.*, GREENBERG, Lisa and Harold Hirsh; págs. 150-153

practicados a la madre sustituta antes, durante y después del embarazo a efecto de ayudarle a canalizar sus sentimientos de culpabilidad relacionados con la maternidad desarrollados durante la gestación, gastos de traslado o viáticos de la madre sustituta en caso de ser necesarios, gastos de alimentos, ropa y aquéllos que sean necesarios para el cuidado de la madre sustituta y del niño.

- 2) Pagar los honorarios de la madre sustituta, en caso de haberse pactado una compensación económica.
- 3) Contratación de un seguro de vida, designando como beneficiarios del mismo al niño gestado dentro de la madre sustituta, a efecto de prever el caso del fallecimiento de alguno de los padres solicitantes o de ambos, de tal manera que el niño no quede desamparado económicamente y la madre sustituta tenga que hacer frente a una maternidad no prevista para ella.
- 4) Pago de los gastos resultantes de las pruebas de paternidad a las que el padre natural debe someterse para comprobar que él es el padre biológico de la criatura.
- 5) Compensar a la madre sustituta con un pago proporcional en caso de que se presente un aborto necesario o inesperado.

Como obligaciones de los miembros de la pareja en su vertiente individual, encontramos:

- A) **Obligaciones del esposo de la mujer estéril**, el cual fungirá en la mayoría de los casos como padre natural del niño y por ende aceptará:¹⁵⁵
- 1) Donar su semen para que sea utilizado en la inseminación artificial practicada a la madre sustituta.

¹⁵⁵ *Ibidem*, págs 153-157

- 2) Ser identificado como padre biológico y legal del niño en el momento del nacimiento de este.
- 3) Aceptar a todos los niños nacidos como consecuencia del cumplimiento de este contrato, en caso de que se presente un embarazo múltiple.
- 4) Aceptar y asumir todas las responsabilidades que le son inherentes, en el caso de que el niño nazca con algún defecto o mal congénito.
- 5) Reclamar la guarda y custodia el niño; aquí el padre natural tiene dos tareas importantes; debe comprobar la paternidad y debe demostrar, en base al mejor interés del niño, ser más conveniente que él tenga la custodia del niño y no la madre sustituta.
- 6) Emitir su autorización para que en el momento adecuado su esposa proceda a tramitar la adopción del niño.
- 7) Asumir todas las responsabilidades que sean inherentes y complementarias a las obligaciones señaladas y aquéllas que sean pactadas en específico de acuerdo a las necesidades y compromisos de los contratantes.

B) Por su parte **la esposa estéril**, se compromete a cumplir con las siguientes responsabilidades:¹⁵⁶

- 1) En caso de presentarse cualquier incapacidad al padre natural que le imposibilite el cumplimiento de algunas de las estipulaciones ya señaladas, su esposa se obliga a cumplirlas en la medida de sus posibilidades.
- 2) Apoyar a su marido en todas sus obligaciones y sus responsabilidades y en caso de maternidad subrogada total no interferir con el desarrollo del procedimiento, si se ha pactado anonimato entre las partes.

¹⁵⁶ *Idem.*

- 3) Adoptar al bebé al concluir el embarazo, tratándose de subrogación total.
- 4) Tratar al bebé, mirando por su mayor interés, y tratarlo como si fuera propio, en caso de subrogación total.
- 5) Tratándose de subrogación parcial y en caso de que se conserve el anonimato de la madre sustituta durante el procedimiento, nunca deberá buscar la identidad de ésta, antes, durante o después del parto.
- 6) En caso de fallecer el padre natural, tratándose de subrogación total, se compromete a recibir al bebé al momento del parto y proseguir con el trámite del contrato, pues ella estuvo en un principio de acuerdo en la concepción del niño y por lo tanto deberá asumir las responsabilidades que de dicho compromiso emanen.

En base a esto, se puede advertir que por lo general las parejas que recurren a esta técnica reproductiva suelen tener una posición social y económica relativamente alta, mientras que las madres sustitutas suelen ser pobres y en la mayoría de los casos con más hijos, que hacen de esta práctica un verdadero *modus vivendi*.

3. 5.2 Obligaciones de la madre sustituta.

La madre que se presta a gestar un hijo por cuenta ajena con el propósito de entregárselo a la pareja contratante, no solamente tiene la obligación de gestar sino que durante el embarazo tiene que cumplir con una serie de requisitos que se establecen previamente en los contratos de esta envergadura y que día a día se han ido perfeccionando tomando en consideración la resolución que Cortes Judiciales han dado a casos concretos, principalmente en Estados Unidos.

Al igual que la pareja contratante debe someterse a una serie de exámenes previos y a una asesoría médica, legal y psicológica relacionada específicamente

con el procedimiento a efectuarse, bajo su consentimiento y bajo s pleno saber y entender.

Para que la madre incubadora sea acreedora de las obligaciones y derechos que implica el contrato, debe llenar los requisitos necesarios que cada agencia o clínica exigen, que en primer lugar se constriñen a aprobar los exámenes médicos y psicológicos del caso, así mismo podemos encontrar dentro de sus obligaciones, las siguientes:¹⁵⁷

- 1) La madre sustituta debe tener hijos con anterioridad al contrato, esto para prever el arrepentimiento ocasionado por el apego natural que la gestación de un bebé trae consigo, de tal manera que llegue a rehusar entregar al bebé.
- 2) En caso de que la mujer contratada sea casada, debe realizar esta práctica con el consentimiento de su esposo y, antes que nada, debe abstenerse de mantener relaciones sexuales, en las primeras etapas del tratamiento, con su esposo a efecto de evitar que la paternidad biológica del menor gestado sea en realidad de su esposo, tratándose de maternidad subrogada parcial, originando con ello que esta técnica quede sin efecto y que el hijo gestado sea en realidad de la madre sustituta y de su esposo.
- 3) Debe aceptar ser inseminada artificialmente con el semen el padre natural, tratándose de subrogación total.
- 4) Debe aceptar el trasplante del embrión de la pareja solicitante, previamente fecundado *in vitro* a su útero, tratándose de una subrogación parcial, es decir que sólo se haya pactado la gestación por cuenta ajena.
- 5) Se someterá a constantes chequeos médicos que permitan observar el desarrollo del feto en su vientre, como lo es el procedimiento de amniosíntesis y detectar a tiempo posibles malformaciones o enfermedades congénitas en el

¹⁵⁷ Op. Cit. GREENBERG, Lisa and Harold Hirsh; págs. 157-160

mismo, de lo que se derivará, en caso de que éstas existieran, la posibilidad del aborto, con consentimiento de la pareja contratante y de ella misma, siendo pertinente aclarar que en un momento dado se estaría a lo que disponga la ley penal mexicana al respecto.

- 6) La madre sustituta seguirá asimismo un régimen alimentario que determine el médico o la Institución hospitalaria que siga el proceso de gestación, no debiendo contravenir las indicaciones médicas del caso.
- 7) Asimismo debe evitar el tener hábitos nocivos para el correcto desarrollo del feto en su vientre, mismos que pudieran propiciar en el producto enfermedades, síndromes o malformaciones que no sean congénitas, así pues debe evitar fumar, ingerir bebidas embriagantes o drogarse, pudiéndose incluso pactar que la madre sustituta no puede por sí misma a situaciones de tensión emocional que genere stress en el feto.
- 8) Se someterá a los exámenes médicos prenatales, cumpliendo al pie de la letra las especificaciones y cuidados recetados.
- 9) Aceptará ser internada en un hospital al momento del parto, que generalmente debe ser una clínica especializada en la materia, a efecto que se lleven a cabo todos los trámites legales y el procedimiento indicado para la entrega del menor gestado de acuerdo a lo convenido.
- 10) Se abstendrá de formar una relación madre-hijo con el concebido, aunque desde nuestro punto de vista esto es algo antinatural, pues nadie puede negar que la gestación genera en cualquier mujer un sentimiento maternal, creemos que esta disposición se refiere sobre todo a que la madre sustituta no debe olvidar en ningún momento que el hijo gestado debe ser entregado a otra pareja y por lo tanto debe procura no hacer planes de vida respecto de ella y el hijo gestado.

- 11) Al momento de llevarse a cabo el parto la madre substituta debe hacer entrega del producto gestado en su vientre, lo cual va a tener diversas variaciones en atención a la calidad de la maternidad subrogada que se haya llevado a cabo, pues si ésta se trató de una subrogación total, la madre "contratada" tiene la obligación de abandonar toda pretensión de maternidad en relación con el menor y debe permitir la adopción por parte de la mujer contratante a efecto de que el hijo o hija conviva con los padres contratantes desde el primer día de su nacimiento y si es un subrogación parcial, sólo se limitará a entregar al bebé al momento de su nacimiento, renunciando a cualquier derecho de maternidad legal, que por el hecho de la gestación pudiera existir, en torno a ella.
- 12) Si después de las pruebas de paternidad se comprueba que el donador del semen no es el padre natural del niño, la madre sustituta se compromete a devolver todo el dinero invertido en sus gastos, hasta ese momento, ya que está violando uno de los fines principales de ese contrato.
- 13) Se puede llegar a pactar que la madre sustituta se compromete a no averiguar nunca la identidad del niño que ella llevó en su vientre, los nueve meses que duró la gestación, así como a no tratar de ponerse en contacto con él, si también a ella se le pidió guardar el anonimato.

Es pertinente señalar que en cuanto hace al momento posterior al parto producto de una maternidad subrogada total, la madre sustituta debe ceder los derechos parentales que le ligan al neonato, a la pareja adoptiva, así como dar su consentimiento al padre natural par que éste tenga la guarda y custodia del niño, acto que se centrará fundamentalmente en el consentimiento de la madre sustituta, por lo que al respecto son tres los factores que se debieran considerar, como lo son:

- a) Naturaleza del consentimiento; que se basa en lo que la madre substituta acepta hacer.

- b) Calidad del consentimiento; que atiende a las circunstancias bajo las cuales se da dicho consentimiento.

- c) Posibilidad de revocar el consentimiento; que atenderá a las circunstancias especiales del caso apegándose a las reglas relativas al derecho de familia en nuestro país.

Consideramos pertinente explicar a continuación cada uno de los incisos mencionados:

Por cuanto hace a la **naturaleza del consentimiento**, este puede otorgarse por ceder los derechos parentales o por renunciar a los mismos, en caso de maternidad sustituta parcial, o por autorizar la adopción y conceder la custodia del menor al padre natural, en caso de maternidad sustituta total, a este respecto es importante fijar el tiempo de otorgamiento del consentimiento, pues éste por lógica no se puede dar antes del nacimiento del bebé.

La **calidad del consentimiento**, tiene como objetivo principal evitar la comercialización de esta práctica, y propiciar que se vuelva una actividad lucrativa que se puede suscitar al ceder los derechos y entregar al niño, ya que en la mayoría de estos contratos existe una compensación económica, que se entrega a la madre substituta por sus servicios, pero como veremos más adelante, este punto ha sido tema de muchas controversias, porque se alega que dicha compensación representa una compraventa de bebés, lo que en realidad constituye un venta de vidas humanas.

En relación a la **revocación del consentimiento**, cabe preguntarse si la madre substituta, después de haber firmado el "contrato" y emitido su deseo de entregar al bebé, puede o no revocar su consentimiento y conservar al niño, en virtud de lo cual se debe atender a las circunstancias especiales del caso, pues se podría decir que esta práctica no se consuma hasta que el neonato es adoptado

plenamente por la esposa del padre natural, o en un momento dado ésta pruebe su maternidad biológica, por lo que en caso de no haberse realizado la misma, se podría decir que la madre substituta tiene la posibilidad de cambiar de opinión, por lo que en caso de que la madre substituta se negase a entregar al bebé se tendrá por no emitido ese consentimiento y el siguiente paso será una inevitable batalla ante los tribunales por la custodia del niño.

Otro aspecto que es importante señalar dentro de las obligaciones que se derivan del papel que desempeña la madre substituta, dentro de este procedimiento, es que en algunas clínicas especializadas, como las ya mencionadas, en Estados Unidos exigen que durante las 24 horas siguientes al parto, ésta conservará todos los derechos sobre el bebé, esto porque en caso de que se lleguen a presentar complicaciones médicas en la que sea necesario tomar una decisión urgente o dar el consentimiento para realizar ciertos actos, en relación a la salud e integridad del bebé, ella pueda proporcionarlo.¹⁵⁸

También puede darse el caso de que en un primer intento no se logre la fertilización del óvulo, así que puede pactarse que la madre sustituta se someterá a dos o tres intentos más, asimismo en caso de aborto prematuro, se puede llegar a estipular que la madre incubadora se someta de nueva cuenta al procedimiento, siempre y cuando no afecte su salud física y mental.

3.5.3 Obligaciones del esposo de la madre sustituta.

El marido de la madre sustituta no tiene una participación activa en la actualización de este convenio, pero sí en la concertación del mismo, pues de acuerdo a diversas legislaciones de derecho comparado como son: España, Estados Unidos y Alemania, se exige que medie autorización expresa del marido de la madre sustituta para la realización de esta práctica, esto en virtud de que esta persona es sujeto de varios derechos y obligaciones que emanan de este

¹⁵⁸ *Vid. Infra.* Nota 12, pág. 12

acto, en virtud de su relación de matrimonio o concubinato que la mujer que acepta someterse a tal procedimiento.

La autorización del esposo de la madre sustituta, debe mediar para la realización de este procedimiento, en virtud de que de acuerdo a nuestra legislación de derecho familiar mexicano podemos encontrar la presunción de paternidad que se le imputa al marido, lo que le daría en un momento dado el derecho de reclamar la paternidad del niño que su esposa lleva en el vientre, es por ello que se desprende la importancia de que el marido de la madre sustituta este de acuerdo expresamente mediante su firma en la realización de este acuerdo, que debe constar por escrito en torno a que además de la autorización para que sus esposa se someta a este procedimiento, no entablará ninguna relación filial con el hijo que su esposa gesta en su vientre.¹⁵⁹

Podemos decir *grosso modo*, el esposo de la madre sustituta se compromete entre otras cosas a:

- 1) No reclamará o asumirá la paternidad del hijo que su esposa gesta alegando la presunción legal que obra a su favor.
- 2) No formará una relación padre-hijo con la criatura que su esposa lleva en el vientre.
- 3) Asumirá junto con la madre sustituta todos los riesgos naturales que se derivan de la concepción y el embarazo.
- 4) Aceptará no mantener relaciones sexuales con su esposa durante las primeras etapas del procedimiento a efecto de no correr el riesgo de que el menor concebido sea su hijo biológico.

¹⁵⁹ OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio; La filiación en España, Jurisprudencia y Doctrina, 2ª ed. , Ed. Comares, España 1995, págs. 397-400.

- 5) Reembolsará a la pareja solicitante, todos los gastos por ellos erogados en el cumplimiento de las estipulaciones del contrato en caso de violar algunas de las disposiciones a las él expresamente se compromete.
- 6) Reintegrará asimismo, los gastos relativos al procedimiento, si los resultados de la prueba de paternidad comprueban que él es el padre biológico del niño, lo que implicaría que no se respetó el pacto de maternidad sustituta.
- 7) Se obliga a no reclamar la custodia del niño ni ostentarse como padre natural del mismo, ya que ni en la sustitución parcial o total el marido de la madre sustituta no tiene ningún nexo con el hijo gestado.
- 8) Consentirá en la adopción del niño, que su esposa conceda a la pareja comitente.
- 9) No concederá ninguna declaración a persona alguna, en relación con el procedimiento al que se ha sometido su pareja, ni de la identidad de las personas que en éste intervinieron.
- 10) No intentará averiguar la identidad del niño en el futuro, ni tratará de ponerse en contacto con él, ni con la pareja comitente.

Serían a nuestro criterio las obligaciones que tendría que respetar el esposo de la madre sustituta antes, durante y después de celebrado este procedimiento en aras de que con la maternidad por cuenta ajena se cumpla con el propósito de lograr descendencia biológica en una pareja infértil, además de que esto también contribuye al sano desarrollo psicoemocional del menor.

3.5.4 Obligación de los donadores de los gametos femenino y/o masculino.

Hemos mencionado ya, que puede darse en la realización de la maternidad por cuenta ajena, un gran número de supuestos fácticos, como lo es el caso que

para su realización se recurra a la donación de gametos ya sea el femenino o el masculino o en un caso extremo, pero posible, el de ambos.

Recordando que la maternidad sustituta total, implica de alguna manera que la madre gestante, aporta además su material genético, es decir, es la donadora del óvulo necesario para la concepción, tendríamos que en ese caso la madre sustituta, es además de la madre obstétrica, la madre biológica, sin embargo cuando se recurre a la donación del gameto femenino, tendremos que un menor de esta manera gestado, tendrá una madre biológica (la donadora), una madre obstétrica (la gestadora) y una madre legal (la esposa miembro de la pareja comitente y que adoptará al bebé).

Por cuanto hace a la donación del gameto masculino, se contempla para el caso de que la esposa de la pareja comitente, por alguna razón morfológica de su útero no pueda gestar, pero pueda aportar su material genético, pero no así su esposo o pareja, en virtud de ser éste último estéril, con lo cual se recurrirá a la donación del espermatozoide que ha de fecundar el óvulo de la esposa, mediante un procedimiento *in vitro*, para después implantar el embrión en el útero de la madre portadora.

Refiriéndonos a la donación conjunta del material genético femenino y masculino, creemos que esto sería un supuesto poco probable, atendiendo a la finalidad que se persigue con la maternidad por cuenta ajena, que principalmente, está encaminada a que la pareja logre la propia descendencia biológica, por lo menos de uno de los miembros, y en este supuesto, no habría nexo genético, con ninguno de los miembros de la pareja comitente, lo que pudiera parecernos más como el nacimiento de niños "por encargo", atendiendo a ciertas características solicitadas, sin embargo, puede ocurrir en la realidad, así que contemplamos este eventual caso, a efecto de evidenciar la realidad total de la maternidad por cuenta ajena.

Dicho lo anterior, creemos que estamos en la posibilidad de determinar las obligaciones a las que se comprometen los donadores de material genético, las cuales a nuestro criterio son las siguientes:

- 1) Otorgar la donación de su material genético, atendiendo a lo que al respecto dispone la Ley general de Salud en el capítulo segundo del título decimocuarto, el cual establece en el artículo 323, que el consentimiento para este tipo de donación debe ser expresa, constando por escrito en la que se señale a favor de quien se hace la donación, ya sea a la pareja comitente o a la institución especializada, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que se hace esta donación.¹⁶⁰
- 2) No realizar la donación de su material genético, con ánimo de lucro, toda vez que esto se encuentra prohibido por la Ley general de Salud, en su artículo 327, que señala que esta donación debe regirse por principios altruistas.¹⁶¹
- 3) Guardará completa confidencialidad en torno a los datos de localización o identificación de la persona o institución a favor de quien realiza la donación.
- 4) Deberá permanecer en el anonimato, si esto es lo que se pactó entre las partes.
- 5) No intervendrá, ni pedirá informe alguno, sobre el desarrollo de la fecundación, la gestación y el nacimiento del ser humano así gestado.
- 6) No tratará de crear una relación filial, respecto del menor.

¹⁶⁰ LEY GENERAL DE SALUD, ed. Sista, México 2003, p.100.

¹⁶¹ *Ibidem.* p.101

- 7) No tratará de revelar el origen del menor.

- 8) No tratará de solicitar el reconocimiento de su filiación, ya sea paterna o materna, respecto del menor, ante alguna autoridad judicial.

Consideramos que *grosso modo*, estas elementos serían a los que se comprometería en un momento dado un donador de material genético, para la creación de la vida humana, en aras de garantizar una certeza de tranquilidad a la pareja comitente, pero mucho más respetar el sano desarrollo psicoemocional del menor, de esta manera concebido.

3.5.5 Obligación de los Centros hospitalarios y profesionistas que intervienen en la realización de la práctica de alquiler de útero.

Ante el auge que esta práctica reproductiva tiene en los últimos tiempos, producto de la modernidad y tecnología que hoy en día existen en nuestro planeta y de la demanda de cientos de parejas estériles, de personas homosexuales y transexuales, o mujeres que por simple comodidad recurren a esta técnica, han surgido alrededor de todo el mundo un sinnúmero de Instituciones especializadas en la realización de esta práctica reproductiva.

Las instituciones especializadas en la realización del procedimiento de la maternidad subrogada, cuentan con infraestructura propia con tecnología de vanguardia y un equipo de profesionistas que dan a este acto un enfoque integral y multidisciplinario, generalmente estas instituciones se encuentran vinculadas con una serie de agencias intermediarias que representan a las madres sustitutas, que también han florecido con la utilización de esta práctica.

Una vez que se recurre a este tipo de Instituciones, las mismas tienen la obligación de guardar la mayor discreción posible en todo y cuanto compete a la realización de esta práctica, teniendo prohibido revelar o hacer comentario alguno

acerca del origen y gestación del menor involucrado en la misma, a menos que le sea así requerido por una Corte Judicial.¹⁶²

Estas instituciones se encargan de seguir la gestación paso a paso, cuidando el óptimo desarrollo del producto, quedando incluso en la posibilidad de practicar algún aborto si el feto presenta alguna malformación o enfermedad congénita y así lo desee la pareja contratante, lo que se ha comparado, por los retractores de esta práctica, como un verdadero e insólito "control de calidad" de la "mercancía".

Asimismo este tipo de instituciones debe velar que la madre "contratada" siga al pie de la letra las indicaciones necesarias para la gestación del producto en óptimas condiciones hasta el momento del parto, a partir del cual interviene el equipo de abogados de estos centros hospitalarios a efecto de protocolizar en forma el cumplimiento el contrato de subrogación de maternidad, velando por la certeza de filiación del neonato.

De esta manera podemos decir que los profesionistas íntimamente ligados con la realización de esta práctica son:¹⁶³

- ◆ Médicos.
- ◆ Psicólogos.
- ◆ Abogados.

Los cuales tienen que cumplir específicas obligaciones de acuerdo al papel que desempeñan en esta práctica, por lo que a grandes rasgos los enunciaremos a continuación.

A) Obligaciones de las clínicas especializadas en reproducción humana asistida y de los médicos que practican el procedimiento de inseminación artificial o

¹⁶² VILLALOBOS OLVERA, Rogelio; "Reproducción asistida en humanos", revista *Lecturas Jurídicas*, no. 88, enero-marzo, Chihuahua 1993, págs. 83-90.

¹⁶³ *Ibidem*, pág. 100

implantación del embrión en la madre sustituta y que supervisa todo el desarrollo del embarazo, hasta el parto y la entrega del menor, de esta manera gestado, a la pareja comitente:

- 1) Debe comprobar tener el permiso necesario, por parte del organismo de Salud competente y además el personal médico, biólogo y genetista debe contar con cédula profesional vigente, para poder practicar tal procedimiento de reproducción humana asistida.
- 2) Advertirá a la pareja solicitante y a la madre sustituta sobre todos los riesgos de salud que trae implícito este procedimiento, como por ejemplo la posibilidad de concebir un niño anormal o de un embarazo múltiple, incluso se debe hablar claramente de las complicaciones que implican por sí el parto que pueden generar daños severos en la salud de la madre gestante o incluso la eventual muerte, así mismo, deben plantearse las alternativas de solución para cada caso en cuestión.
- 3) Tendrá conocimiento pleno de la legislación vigente entorno a la práctica de este procedimiento en virtud de conocer los requisitos y prohibiciones legales que se imponen para los médicos, ya que de no hacerlo podría incurrir en una falta grave o inclusive en un delito.
- 4) Deberá practicar en forma honesta todos los exámenes médicos necesarios y en la misma forma proporcionará los resultados a los interesados.
- 5) Llevará un registro minucioso del estado de salud de la madre sustituta y del feto, expresándolo en una bitácora o expediente que deberá abrir necesariamente.
- 6) No deberá incurrir en prácticas lucrativas, ni tomará un interés personal en el caso particular.

- 7) Debe recomendar la maternidad por cuenta ajena sólo en casos de esterilidad total de la esposa de la pareja comitente y nunca admitirá la aplicación de la misma, por causa de comodidad o conveniencia de ésta última.
- 8) No deben realizar la maternidad sustituta, con fines meramente de investigación científica, utilizando a las partes involucradas y al feto mismo, como objetos de estudio.
- 9) Se deben desechar los embriones que no sean utilizados a efecto de no propiciar los problemas científicos, éticos y morales, que la conservación de los mismos genera.
- 10) Aceptará cualquier responsabilidad que se derive de su negligencia, impericia o mala práctica de sus actividades.

B) Por su parte el personal del área de psicología, desempeña también un papel muy importante dentro de esta práctica, por lo que tendrá como obligaciones del caso las siguientes:

- 1) Asesorará a las partes, en relación a las consecuencias emocionales que esta práctica puede tener en ellos, dependiendo de las circunstancias especiales de cada caso, puntualizaciones que deberá realizar antes, durante y después de celebrado dicho procedimiento.
- 2) Velará por que la pareja solicitante, este en aptitud de celebrar dicho procedimiento, sin que puedan aflorar en ellos sentimientos de celos o rechazo, en relación a la madre sustituta, o entre ellos mismos que puedan poner en riesgo el desarrollo emocional del futuro bebé.
- 3) Asesorará a la mujer estéril en relación a sus emociones hacia el futuro bebé, que deberá considerar como suyo propio.

- 4) Asesorará a la madre sustituta en cuanto al manejo de los sentimientos maternos, propios de la gestación a efecto de evitar la consolidación de una relación madre-hijo, así como de posibles sentimientos de culpa ante la entrega del bebé gestado, ayudando a que la madre sustituta, no pierda de vista su compromiso de entregar al bebé gestado para propiciar que una pareja estéril logre su propia descendencia por medio del procedimiento del cual ella acepto ser parte.

C) Por su parte el abogado o asesor legal de las partes se compromete a lo siguiente:

- 1) Asesorará de manera honesta y minuciosa a las partes, sobre la legislación existente bajo la jurisdicción en la cual se practicará el procedimiento de maternidad subrogada, ya sea total o parcial y en la cual se dará cumplimiento al contrato, pues es muy común que tanto la pareja solicitante como la madre sustituta se trasladen a otro país donde las leyes son mas favorables para el mejor cumplimiento de lo pactado y para la mejor satisfacción de sus necesidades.
- 2) Deberá revisar las disposiciones legales sobre adopción y filiación, así como explicar las consecuencias que trae aparejada el entregar una compensación económica a cambio de la adopción y las normas de derecho familiar del estado o país en donde se celebre dicho contrato.
- 3) Deberá vigilar que se cumplan, en la realización de la maternidad por cuenta ajena, las disposiciones establecidas por la legislación sanitaria o leyes expresas que existan en torno a la reproducción humana asistida, en su modalidad de maternidad sustituta.
- 4) Mantener informadas a las partes sobre todo lo que acontezca en relación al cumplimiento del convenio que han celebrado.

- 5) Elaborar un convenio minucioso que satisfaga las necesidades y requerimientos de la pareja solicitante y la madre sustituta, así como la persecución del mejor interés del menor.
- 6) Debe vigilar que no se infrinja la Ley de cada país, con los actos que se lleven a cabo en la realización de la maternidad por cuenta ajena.
- 7) No tener ninguna representación dual, pues ésta sería perjudicial para las partes, ya que cada "contratante" trata de obtener el mejor beneficio personal y con la representación de un abogado mutuo se podría caer en la negligencia y lucro personal por parte de dicho asesor legal.

Serían a nuestro juicio éstas las obligaciones que los profesionistas implicados en este procedimiento tendrían que seguir, pero como hemos mencionado con anterioridad, pueden presentarse muchas obligaciones más, en función de las circunstancias y necesidades que rodean a las partes contratantes, así como a la adecuación de la legislación imperante en el momento y lugar de la concertación del contrato.

3.6 Consecuencias prácticas derivadas del alquiler de útero.

Cada una de las obligaciones antes mencionadas pueden traer implícita una violación a las mismas, y es aquí donde se originan las principales consecuencias jurídicas relacionadas con este procedimiento, mismas que se pueden presentar en tres momentos diferentes y por todos y cada uno de las partes que intervienen en este procedimiento:¹⁶⁴

¹⁶⁴ HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen; Los aspectos jurídicos de las técnicas de reproducción asistida: ley Española y marco Europeo. Revista de Derecho, año XLI, no. 193, Chile 1993, págs. 37-38.

- 1) Antes de la inseminación artificial o el implante del embrión, atendiendo al tipo de maternidad subrogada que se practique.
- 2) Durante el periodo del embarazo, y
- 3) Después del nacimiento del bebé.

De tal manera, que el jurista debe ser muy previsor de todas la implicaciones prácticas que se podrían actualizar en la vida real, toda vez que lo que está en juego, no es simple y sencillamente el incumplimiento de un contrato, sino la estabilidad emocional y el sano desarrollo del neonato, cuyo interés debe ser prioritario al de cualquier otra persona, derivado de su incapacidad para actuar por sí sólo.

En virtud de ello, consideramos pertinente mencionar a continuación, algunas consecuencias practicas, que se pueden derivar de este procedimiento, y que trae serias consideraciones, no sólo por tratarse de una simple violación contractual, sino porque el incumplimiento de lo pactado entre las partes trae consecuencias importantes para el sano desarrollo psicoemocional no sólo de los participantes, sino de un menor, que debe ser protegido a toda costa.

3.6.1 La negación de la madre sustituta a entregar el bebé gestado.

Consideramos pertinente señalar que las consecuencias prácticas que la maternidad por cuenta ajena implica, no sólo se refieren a la negativa de la madre sustituta a entregar el bebé, sino que existen algunas otras violaciones a lo pactado en que las demás partes involucradas en la misma puede incurrir, atendiendo precisamente al momento del procedimiento en el que dichas violaciones se presenten.¹⁶⁵

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 40-53.

A nuestro juicio las violaciones a este contrato, **antes de la inseminación artificial**, se pueden presentar una vez negociado y firmado el contrato, la madre sustituta se puede rehusar a someterse al procedimiento de inseminación artificial. En este caso, deberá devolver a la pareja solicitante todos los gastos erogados a su favor hasta ese momento, o en su caso no recibir la compensación económica prometida, por la falta del cumplimiento del contrato.

Se puede llegar a dar el caso de que la madre sustituta, después de varios intentos no haya podido concebir, en este caso no se considerará como una violación al contrato, porque esto no está en manos de la madre sustituta, y por lo tanto debe darse por terminado el contrato.

Dentro de las violaciones **durante el periodo del embarazo**, se presentan una vez que la madre sustituta ha logrado concebir, puesto que los nueve meses de gestación girarán en torno a ella, así que puede suceder que la madre sustituta, mal entendiendo el acuerdo de evitar cualquier lazo afectivo que se pudiera formar en relación con el bebé gestado, puede descuidarse y por lo tanto no seguir las estipulaciones contempladas en el contrato, tales como; abstenerse de ingerir drogas, alcohol, visitar al médico con regularidad, no exponerse a situaciones que puedan afectar al niño, tomar medicamentos no permitidos durante el embarazo, no alimentarse adecuadamente, etc.

En estas circunstancias, la pareja podrá demandar una indemnización causado, tanto físico como moral, por ello es importante que el padre o su esposa supervisen a la madre sustituta y tengan contacto frecuente con ella, para que no descuide su salud, ni afecte la salud del niño, en caso de haberse pactado el anonimato entre las partes, se debe designar a la autoridad o al personal médico, que realice la tarea de esa supervisión.

Se evidencia de esta manera, que por negligencia de la madre sustituta, se puede llegar a ocasionar un daño al feto, en este caso por medio de exámenes

médicos, se comprobará el daño causado, si no existiere una cláusula que regule esta situación en el contrato. La pareja al igual que en el caso anterior, pedirá una remuneración por el daño causado. Si la pareja solicitante no puede comprobar la negligencia de la madre sustituta, deberán continuar con lo pactado y pagarle la compensación económica proporcional, que hasta ese momento pudiera corresponderle.

Otra violación importante a las estipulaciones pactadas, es el deseo de la madre sustituta de abortar al feto. En este caso. La única solución posible es pedir que la madre sustituta reembolse a la pareja todos los gastos erogados a su favor, hasta ese momento, no haciéndose acreedora a ningún tipo de compensación, esto siempre y cuando la legislación del país en cuestión lo permita, de esta manera en México, se tendría que estar a lo dispuesto por el Código Penal vigente.

Resulta conveniente reflexionar en este caso en particular, si de acuerdo a nuestra legislación mexicana vigente este acto podría constituir la configuración de un delito, del cual debieran tener conocimiento las autoridades penales, teniendo en este caso el Estado una injerencia activa.

La madre sustituta al firmar el contrato se compromete a abstenerse a tener relaciones sexuales con su marido durante el período de la concepción para evitar que sea su marido el que fertilice el gameto femenino en lugar del semen inseminado artificialmente, si se viola esta cláusula la violación no se detectara sino hasta el nacimiento del niño, cuando el hombre miembro de la pareja comitente se someta a la prueba de paternidad y ésta no sea positiva para él, pero sí para el esposo de la madre sustituta.

En este caso la madre "incubadora" no recibirá la compensación prometida, debe reembolsar todos los gastos erogados por la pareja a su favor hasta dicho

momento y conservará al bebé pues es hijo de ella y de su marido, pudiendo la pareja demandarla por la responsabilidad civil y daño moral que se derive de esto.

Podríamos decir *grosso modo*, que éstas son las violaciones que con mayor frecuencia, llegan a presentarse, pero no descartamos el hecho de que se presenten muchas más con respecto de cada una de las obligaciones estipuladas en el contrato, de tal manera que podemos observar que cada caso específico tiene implicaciones muy particulares y a falta de una legislación uniforme para emitir un dictamen habrá que revisar cada caso en concreto.

En relación a las violaciones que se pudieran dar en el momento **posterior al nacimiento del bebé**, podríamos decir que es aquí donde se presentan las violaciones más trascendentales del contrato que consisten a nuestro juicio en lo siguiente.

Que la madre sustituta al término de la gestación se **niegue a entregar un hijo** que biológicamente no es suyo, pero que llevó en el vientre nueve meses, con una innegable transmisión hormonal y de percepciones de su parte al feto o que se rehúse a renunciar a sus derechos parentales a favor de la pareja solicitante.

En este caso en particular, es muy difícil exigir el cumplimiento obligatorio de esta disposición, ya que legalmente la madre sustituta es la madre natural del niño, y tratándose de la maternidad subrogada total también lo es biológicamente, por lo cual es inconcebible hacer que una madre se desprenda de un hijo que ella trajo al mundo y desea conservar.

Se vuelve de esta manera, ineludible una batalla legal entre la madre sustituta y el padre natural sobre la guarda y custodia del niño, sin olvidar que en nuestra legislación mexicana se da notoria preferencia en este respecto a la madre del menor, sobre el padre del mismo, así que a lo más que pudiera aspirar

el padre biológico sería a establecer los parámetros de manutención del niño y derechos de visita.

Así que a nuestro juicio resultaría interesante reflexionar acerca de la argumentación que pudiera esgrimir el padre biológico ante los juzgados correspondientes, a efecto de hacerse merecedor de la custodia del menor en relación a que éste es producto de un procedimiento médico que tenía como finalidad el tener descendencia para ser integrada a su familia constituida por su mujer estéril.

De lo anterior se infiere que el menor se integraría a un hogar plenamente constituido y que desde el inicio de este procedimiento le esperaba con ansias y que la madre sustituta solo trajo al mundo a ese menor como una obligación "contractual" por la cual habría de mediar una compensación económica, por lo cual ella solo gestó a este menor, prestando un "servicio" que le solicitaron.

No podemos negar que la inminente transmisión de fluidos corporales y hormonales que se dan durante el embarazo, así como el compartir el mismo cuerpo, con el bebé gestado genera en la madre "contratada" sentimientos naturales de maternidad, de tal manera que cuando estas personas no han hecho aún de esta practica su *modus vivendi* llega a ocurrir el caso de que se niegan a entregar al hijo gestado sin respetar el contrato o acuerdo previamente establecido.

Para ejemplificar lo antes establecido es pertinente citar el caso que se dio en 1978, en Inglaterra, ante la práctica de la maternidad subrogada y dada la conciencia social de esa época encontrar una mujer que se prestara a ser inseminada artificialmente resultó ser infructuoso, por lo que se ofreció el contrato a una sexo servidora, que prestaba sus servicios en la calle y que por la suma de tres mil quinientas libras esterlinas aceptó embarazarse.¹⁶⁶

¹⁶⁶ HURTADO OLIVER; Javier, *Op. Cit.* pp. 63-68

Todo este se celebró a través de una agencia de subrogación clandestina la cual contrató una clínica que procedió a la inseminación, tal compensación se le haría entrega a la sexo servidora cuando ésta a su vez entregara el hijo, también los gastos el embarazo y el parto corrían por parte de los contratantes, sin embargo la experiencia maternal hizo cambiar de opinión a la mujer y al nacimiento de su hijo se negó a entregarlo conforme a lo tratado.

El padre biológico acudió a los tribunales a demandar la custodia del niño, y solo se le concedió su condición de padre natural de un hijo ilegítimo con el cual tenía que establecer la relación alimenticia correspondiente y a cambio podía tener el derecho de visitarlo, último resolutive que la madre apeló y que la Suprema Corte revocó, prohibiendo la publicación de los incidentes de su concepción y nacimiento.

Lo anterior nos demuestra lo complejo de esta práctica, pues al tratarse con seres humanos la posibilidad de que sucedan acontecimientos inesperados con relación a esta técnica reproductiva es bastante amplia e impide que el derecho pueda tener una respuesta concreta para cada caso particular.

Dentro de otras posibles consecuencias que se podrían suscitar en relación a violaciones contractuales, por parte de la madre sustituta que se susciten después del parto podemos encontrar entre otras:

- 1) Que la pareja o "agencias" plenamente consolidadas y especializadas. que acuden a este tipo de prácticas, se aprovechen de las condiciones socioeconómicas, culturales de otra mujer, y le engañen, la intimiden o la obliguen a realizar este tipo de prácticas, en contra de su voluntad.
- 2) Que se de la situación de que mujeres dedicadas a esta práctica como forma de vida, por la obtención de un pago cierto y determinado, sin siquiera tomar

en cuenta el propio detrimento que la salud de su cuerpo pudiera tener con el ejercicio continuo de estas prácticas reproductiva.

- 3) El chantaje que pudiera darse por parte de los involucrados en la maternidad por cuenta ajena hacia la pareja comitente, de revelar los pormenores de esta forma de reproducción asistida, aprovechándose del hecho de que el menor de esta manera gestado presenta una complejidad en su propio origen.

- 4) Otro obstáculo para el exacto cumplimiento de este contrato, es la presunción existente en algunas jurisdicciones, como la nuestra, de que un hijo nacido de una mujer casada, será considerado hijo legítimo de ella y su marido, lo cual es aceptable en cualquier contexto normal, pero es desfavorable para el padre natural en una situación donde existe una madre sustituta, pues el padre biológico y la madre biológica, cuando se trata de subrogación parcial, deben luchar en contra de esta presunción para comprobar que el hijo concebido es suyo y no de la pareja comprendida por la madre sustituta y su esposo, cosa que en realidad es muy difícil para el caso en que ella decida quedarse con el bebé y su marido decida asumir todas las responsabilidades que esto implica.

Consideramos, que en caso de suscitarse una contienda jurídica en relación a la filiación y guardia y custodia del bebé, los tribunales deben velar por el mejor interés del niño, tanto en su estado físico, intelectual y emocional, ya que esto podría traer severas consecuencias psicológicas para el niño.

Es pertinente señalar que se encuentra científicamente comprobado que la identificación que tiene el ser humano en sus primeros meses de vida en relación a la figura paterna y materna son decisivos para el desarrollo sano del niño y la formación de su personalidad, así como el sentimiento de seguridad, amor e identidad que son muy importantes en el comportamiento posterior del niño, y que todo esto mal manejado podría ser perjudicial para el niño, cuestión

que requeriría mucha sensibilidad por parte de los jueces y magistrados para su manejo y prevención.

Toca al jurista hacer el estudio de este problema en su exacta dimensión, pues es indiscutible que el derecho juega un papel determinante en la vida cotidiana de todo ser humano, que vive y convive en sociedad y que a diario se ve inmerso en una serie de "actos jurídicos", dado que el derecho regula la vida del hombre en dicha sociedad y forma parte de los esquemas con los cuales podemos comprender el mundo presente, pasado y futuro, para poder conducirnos en él.

3.6.2 La utilización de mujeres dada su condición sociocultural y económica.

He mencionada ya que esta práctica atenta contra la dignidad humana sin ser con ello mi intención de realizar en el presente apartado una reflexión filosófica Jurídica en torno al tema, y en aras de retratar exclusivamente el contexto actual de esta práctica es pertinente señalar que ante el auge que ha tenido la práctica de la maternidad sustituta, se han generado una serie de agencias especializadas en brindar estos servicios, que en realidad se traducen en la comercialización de cuerpos humanos y en concreto del útero de una mujer.

Esta practica genera que estas agencias contacten los servicios de mujeres que dada su escasa preparación cultural y su condición humilde derivada de sus escasos recursos económicos se presten para la realización de la maternidad subrogada por sumas económicas realmente ínfimas, pero que las ayudan de alguna u otra manera a solucionar, de manera superficial, sus problemas económicos, dándose con esto que la agencia se quede con la "mayor tajada" dándose evidentemente la utilización del hombre por el hombre mismo.¹⁶⁷

¹⁶⁷ KUTHY PORTER, José *et. al.*, "Temas actuales de bioética", Ed. Porrúa, México, 1999, pp. 23-30.

Sin tomar en cuenta el supuesto práctico que la pareja contratante se "arrepienta" de las condiciones pactadas y no prosiga mas con sus obligaciones, de tal manera que la madre se quede con un hijo no deseado y que agrava, evidentemente su problema económico.

3.6.3 El *modus vivendi* de las mujeres dedicadas al alquiler del útero.

En esta práctica también podemos encontrar el caso contrario, en donde mujeres hacen de esta práctica, consciente y libremente, su modo de vida prestándose a la gestación por cuenta ajena por considerables sumas de dinero y comodidades específicas, satisfaciendo de alguna u otra manera sus necesidades económicas y dejando de lado cualquier sentimiento maternal que las gestaciones por cuenta ajena pudieran generar en ellas.

Incluso estas mujeres, han llegado a realizar lo que se conoce como chantaje criminal hacia la pareja contratante, exigiendo sumas de dinero a cambio de no abortar o negarse a entregar el producto del embarazo al nacimiento, o incluso una vez entregado el menor amenazar con revelar su origen y forma de concepción.

Otra consecuencia que se deriva de este enfriamiento de sentimientos maternales y de ver esta práctica como un acto de comercio, es que las madres sustitutas, como ya lo hemos mencionado, se nieguen a llevar una vida sana haciendo uso de estimulantes, alcohol, drogas, etcétera, siguiendo incluso con excesos de malos hábitos y teniendo relaciones sexuales con sus respectivas parejas sentimentales, poniendo en juego la certeza de la paternidad del niño gestado.

3.6.4 Violaciones al acuerdo por parte de la pareja solicitante.

Atendiendo al fin que se persigue con este tipo de práctica reproductiva, podríamos pensar que la pareja solicitante, tiene fija su expectativa de reproducción en ésta y desea de manera anhelante su feliz realización, sin embargo no demos olvidar que el ser humano es cambiante por naturaleza y dentro de ese rasgo de su naturaleza, es de esperarse, que la pareja solicitante incurra, al igual que la madre sustituta, en violaciones a lo pactado, en cualquiera de los tres momentos del procedimiento y que ya hemos señalado líneas arriba.

Así, entre las violaciones más comunes que podríamos encontrar por parte de la pareja solicitante son a nuestro entender, las siguientes, mismas que han sido tomadas de algunos casos prácticos que han llegado a presentarse en países, donde esta práctica es cotidiana.

EL primer incumplimiento que se puede presentar es que después de haber negociado y firmado el contrato, el esposo de la mujer estéril se niegue a someterse al procedimiento de inseminación artificial, o que la pareja se niegue a someterse al contrato, tratando de dilucidar alguna respuesta de los Tribunales Mexicanos en analogía con la que se emite en países como Estados Unidos y Canadá, podemos decir que los mismos, no podrían obligar a la pareja solicitante a someterse a este procedimiento, pero la madre sustituta, estaría en la posibilidad de pedir se le dé parte proporcional de la compensación pactada.

Encontramos también que ha llegado a suceder que una vez que el procedimiento de gestación por cuenta ajena, se está llevando a cabo, la pareja deja de sufragar los gastos derivados del mismo, e incluso desaparece, dejando a la madre sustituta con el problema de tener un hijo que no planeo y que no esperaba.

También puede darse el supuesto de que el padre biológico, una vez nacido el niño puede negarse a recibirlo, por lo que del estudio del derecho comparado, observamos que en estos casos las Cortes de Justicia optan por no obligarlo a recibir al niño, pues esto sería perjudicial para el sano desarrollo del menor.

En este caso, la madre sustituta está en la completa libertad de quedarse con el bebé o darlo en adopción, pero para ello el padre natural debe renunciar a sus derechos parentales, haciéndolo constar por escrito, para prevenir el caso de que en un futuro pueda demandar a la madre sustituta la custodia del niño, no descartando la posibilidad de que en un futuro el niño busque a su padre y quiera entablar una relación filial con él.

Puede darse el caso de que el padre natural renuncie a la custodia del niño, pero puede solicitar un régimen de visitas, pero a su vez la madre sustituta podrá demandar alimentos para todos los gastos de manutención de su menor hijo y en caso de que el menor se de en adopción, los gastos del procedimiento corren por cuenta de la pareja solicitante.

Se ha dado el caso de que el menor nazca con alguna deformidad o síndrome y entonces ni la pareja solicitante ni la madre sustituta, lo quieran recibir, sin embargo se tendrán que hacer cargo de la manutención y cuidados médicos del menor en caso de que la madre sustituta, por tratarse de maternidad subrogada total, se quede con él y si se trata de maternidad subrogada parcial, tendrán que responsabilizarse de él ya que biológicamente es hijo de la pareja solicitante.

En todos los casos arriba citados, la madre sustituta tiene todo el derecho de exigirle al padre natural se le pague la compensación pactada .

La pareja comitente, puede violar el contrato si al entregárseles el bebé ellos se rehusan a pagar la compensación prometida a la madre portadora y

siguiendo el espíritu del derecho comparado, puede entenderse que en este caso el conflicto se resuelve como si se tratase de una deuda entre acreedor y deudor, lo que desde nuestro punto de vista resulta interesante pues dudamos que esto fuera posible en nuestro sistema jurídico.

Los ejemplos antes enunciados, nos ilustran *grosso modo* que en realidad la realización de esta práctica reproductiva, plantea muchísimas dificultades prácticas, las cuales pueden ser ocasionadas por la propia pareja estéril, que busca una alternativa de solución para su problema a través de la actualización de la misma y que puede violar lo pactado antes durante y después del procedimiento.

Lo que a nuestra consideración resulta preocupante es el hecho de la violaciones durante y después de llevarse a cabo el procedimiento, pues en *stricto sensu* podríamos decir que una vez que se ha concebido, el menor representa una nueva vida, de la cual el Estado y la Sociedad misma tienen especial interés y estaría con estos actos afectándose su esfera jurídica, ya que todo ser humano tiene el derecho de tener una familia plenamente definida

Cabría reflexionar también en relación al hecho de la negativa de la pareja solicitante en aceptar al niño nacido con algún mal congénito o taras, en relación a si a este menor no se le estaría tratando como una "mercancía defectuosa" la cual se rechaza como si se rechazara un artículo comercial en las mismas condiciones.¹⁶⁸

3.6.5. La clandestinidad de la práctica.

La realidad de este procedimiento reproductivo alrededor del mundo nos hacen pensar que en nuestro país efectivamente puede darse y se da simple y

¹⁶⁸ BRODY, Eugene; "Biomedical technology and human rights", Dartmouth publishing Company, Brookfield, USA. 1999, pp. 63-65.

sencillamente las instituciones jurídicas no se han interesado por tomarla en cuenta e incorporarlo de alguna u otra manera de regularla incorporándola al sistema jurídico mexicano.

Partiendo del principio hermenéutico relativo a que todo aquello que la Ley no prohíbe está permitido, existen al interior de nuestro país clínicas especializadas en infertilidad, como lo es el "Instituto Médico de la Mujer", dirigido por el doctor Carlos Maquita Nakano, quien comenta que este instituto "...está enfocado a las parejas de clase media y media baja, entre las cuales muchas veces se piensa que una acción médica de esta naturaleza, está fuera de su alcance."¹⁶⁹

Este especialista manifiesta que el promedio de edad de las parejas que acuden a este instituto fluctúa entre los 25 y 40 años, y asegura que en dicha institución se encuentra prevista una técnica adecuada para cada caso en particular, mencionando también que cuentan con la tecnología de punta y se aplican los procedimientos de reproducción de vanguardia a nivel mundial.

Esto nos hace pensar que la práctica en realidad ha permeado a nuestra sociedad, lo cual no debe de extrañarnos, pues es innegable que los efectos de la globalización mundial, no sólo se ciñe al aspecto económico, sino que tiene que ver también con todo lo relativo al actuar humano, existiendo de esta manera todo un proceso de transculturación a nivel mundial.

Dentro de esta transculturación encontramos también la aceptación y utilización, cada vez mayor, de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, entre las cuales podemos contar la maternidad subrogada o gestación por cuenta ajena y que constituye el tema central de la presente investigación.

¹⁶⁹ OJANGUREN, Silvia; "Procreación el milagro de la vida", periódico El Metro, número 614, sección Salud, México 2002, pág 17.

Una vez aceptado el hecho de que las técnicas de reproducción asistida se dan en nuestro país y por ende el de la maternidad por cuenta ajena no constituye la excepción, aunque de ella tengamos escasa información, puesto que, como hemos señalado con anterioridad, la maternidad sustituta implica serias consecuencias prácticas, en caso de que se incumpla con lo pactado por parte de las personas inmiscuidas en la realización de esta técnica reproductiva, siendo importante señalar que estas consecuencias fácticas, tampoco impiden que se lleve a cabo este procedimiento reproductivo.

Consideramos que un factor central que contribuye a la realización silenciosa de esta practica en nuestro país es, su escueta regulación en el marco jurídico mexicano, pues a excepción del estado de Tabasco, la maternidad por cuenta ajena no se comprende tal cual y por ende deja sin solución legal todas los problemas prácticos que se derivan de la misma.

Por lo expuesto, no podemos negar que la maternidad sustituta, es un hecho real al cual no debemos ignorar, por el contrario, debemos apoyados en los indicadores jurídicos y prácticos, que ofrece el análisis del derecho comparado, prever situaciones que se derivan de la misma, y que tiene implicaciones no sólo dentro de los parámetros de un acuerdo de voluntades, sino de una institución central dentro de nuestro derecho mexicano, como el es el derecho de familia.

CAPITULO IV.
**“¿PUEDE EL UTERO SER OBJETO DE UN
CONTRATO?”**

Liber homo suo nomine utilem Aquilae habet actionem; directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.- El hombre libre tiene sobre sí mismo, una acción Aquiliana útil; pero no la tiene directa, porque nadie parece ser dueño de sus propios miembros.
(Ulpiano)

4.1 Consideraciones Generales.

En el presente capítulo realizaremos un estudio en torno a la posibilidad de que a la técnica de reproducción humana asistida llamada maternidad sustituta o gestación por cuenta ajena, pueda considerársele como un contrato, dentro de nuestro sistema jurídico mexicano, esto, en relación a lo que hemos manifestamos en los capítulos precedentes, en torno al derecho comparado que contempla a esta práctica como un contrato celebrado entre las partes que intervienen en el mismo.

Creemos pertinente, hacer una consideración previa de los elementos necesarios de un contrato a la luz del derecho Civil Mexicano vigente, a efecto de determinar cuales son los requisitos *sine qua non*, de los mismos y, luego de ello, estar en posibilidad de compararlos con el acuerdo de voluntades que da origen a los llamados contratos de “alquiler de útero” o “maternidad por cuenta ajena”.

Presentamos en el cuerpo de este capítulo, un breve estudio, extraído de la doctrina contractual mexicana, a efecto de determinar la naturaleza, alcances y limitaciones de los contratos dentro de nuestro sistema jurídico, lo que nos lleva necesariamente al análisis de los elementos de validez, existencia y eficacia de los mismos, a la luz de lo que establecen diversos numerales del Código Civil para el Distrito Federal.

Lo anterior, con la intención de llegar a la reflexión concreta del llamado “contrato de alquiler de útero” o “maternidad sustituta”, de tal manera que podamos inferir si se le puede considerar o no, como un contrato, a un acuerdo de

voluntades de este tipo, en virtud de ser de vital importancia, determinar la exacta naturaleza legal de este acuerdo de voluntades, a efecto de establecer el tratamiento jurídico que en el futuro llegue a darse en torno a esta práctica reproductiva, por lo cual nos daremos a la tarea de realizar ese análisis, en los siguientes apartados.

Bajo el análisis de los elementos de los contratos en México, realizaremos un intento de adecuación del llamado "contrato de maternidad sustituta", con las disposiciones legales en materia de contratos, en aras de determinar si a este convenio, puede denominarse contrato, y si su incumplimiento o interpretación puede dirimirse en los juzgados.

4.2 El contrato a la luz del Derecho Civil Mexicano.

Debemos reconocer en un primer momento la trascendencia que los contratos tienen en la vida del hombre y en su interactuar con los demás dentro de la Sociedad, puesto que a diario todos necesitamos de intercambio de bienes y servicios, de diversa índole, que propician un intercambio y desarrollo, económico y social.

En la medida que el hombre iba conformándose como un ente social, las relaciones económicas y sociales se fueron delimitando de manera espontánea, a través de incipientes reglas, pero como es de esperarse con el paso del tiempo estas prácticas y disposiciones se fueron perfeccionando así que de leyes rudimentarias, basadas en los usos y costumbres, hoy tenemos modernas codificaciones que regulan el actuar del hombre en cuanto a su forma de comprometerse mediante los contratos, como fuente de obligaciones.

Derivado de lo anterior, podemos decir que los contratos son un factor muy importante de cambio social y económico, puesto que las relaciones sociales están entrelazadas necesariamente con la actividad contractual, de tal manera que

podemos decir, que la figura del contrato permite satisfacer toda clase de necesidades tanto meramente espirituales o emocionales así como materiales, comerciales y culturales, constituyendo un medio para lograr la movilidad social tanto vertical, en relación con el Estado, como horizontal, con los demás ciudadanos, esto de manera permanente porque este tipos de relaciones se fortalecen día a día con las nuevas necesidades sociales.¹⁷⁰

Encontramos que los contratos se ponen al servicio de la población moldeándose y ajustándose, según lo requieren las circunstancias particulares, de tal manera que resulta difícil imaginar una sociedad que no viva dentro de un gran marco contractual, pues hay que tomar en cuenta que la mayor parte de las obligaciones se generan a través del acuerdo de voluntades.

Hemos mencionado lo anterior con la finalidad de presentar un panorama general en torno a la importancia que revisten los contratos para la vida no sólo del ser humano, sino de la sociedad, con lo cual que podemos decir que los **contratos** son la actualización y la puesta en práctica vigorizante y efectiva de los principios de la libertad individual y la propiedad privada, de tal manera que es el medio más seguro, serio y usual para satisfacer la mayor parte de las necesidades domésticas y cotidianas, de los hombres dentro de un sistema jurídico.

Consideramos prudente emitir a continuación la definición legal de los contratos, y para ello es necesario recurrir al Código Civil para el Distrito Federal, el cual en su artículo 1792 define al convenio y en el artículo 1793 define al contrato, por lo que a continuación se transcriben los citados preceptos legales:

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.¹⁷¹

¹⁷⁰ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*, Ed. Harla, 3ª ed., México, 1996, pp. 12-18.

¹⁷¹ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, ed. Sista, México, 2003, p. 146.

De la anterior transcripción, podemos observar que legalmente se contempla a los contratos como una especie del género convenio, estableciendo que el **contrato** es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Para que los contratos puedan surtir plenamente sus efectos, no basta con el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones, sino que ese acuerdo debe darse con el cumplimiento de ciertos lineamientos a los cuales los doctrinarios les han denominado **elementos necesarios del contrato**.

Estos elementos del contrato se les divide por lo general en dos grupos a los cuales se les conoce como **elementos de existencia y elementos de validez**, los cuales engloban respectivamente a: 1) el consentimiento y 2) el objeto, por cuanto hace a los requisitos de existencia, y los segundos a: 1) la capacidad, 2) la licitud del objeto_motivo o fin, 3) la ausencia de vicios del consentimiento y 4) la forma.¹⁷²

Por su parte el jurista Ramón Sánchez Medal, nos dice que del contrato se puede hablar de la existencia de tres elementos constitutivos del mismo y que a su juicio son los elementos de: **existencia, de validez y de eficacia**, siendo la parte central del elemento de eficacia, la legitimación para contratar, que la Ley exige en cada una de las personas que celebran un contrato.¹⁷³

El último elemento contemplado por el jurista citado, se ve justificado desde el punto de vista de que un contrato puede tener los dos elementos de existencia y los cuatro elementos de validez ya señalados, y sin embargo, no produzca efectos jurídicos.

¹⁷² BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Op. Cit.* pp. 20-23.

¹⁷³ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Teoría de los Contratos Civiles, 6ª ed., Ed. Porrúa, México 1995, pp. 25-31.

Como nuestra intención no es el tratamiento profundo de la teoría del contrato, nos conformaremos en el presente apartado con presentar la importancia particular de los contratos como elementos dinámicos del desarrollo social, el concepto de los mismos apeándonos a la definición legal que de ellos da el Código Civil para el Distrito Federal y a establecer los elementos necesarios para su existencia y validez, los cuales, por ende van a garantizar la eficacia de los mismos.

4.3 Elementos de existencia de un contrato.

Como hemos anunciado líneas arriba, se tienen como elementos de existencia, esenciales o estructurales de un contrato al consentimiento y al objeto materia de ese contrato, siguiendo el más estricto apego a la ley, pues el Código Sustantivo en materia Civil, para el Distrito Federal, en su artículo 1794, así nos lo marca, y por ende nos permitimos transcribirlo a continuación:

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

I. Consentimiento.

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.”¹⁷⁴

Resulta pertinente realizar un breve análisis en torno a estos dos elementos que van a determinar la existencia o no de un contrato, pasando por alto, como ya lo hemos dicho, algunas otras consideraciones doctrinarias, que marcan otros elementos de existencia, pues para efectos de la presente investigación es conveniente ceñirnos única y exclusivamente a lo dictado por la Ley, en el Código sustantivo de la materia, para el Distrito Federal.

4.3.1 El Consentimiento en los contratos.

Algunos doctrinarios, nos dicen que el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades, apegadas a lo que dispone una norma legal, que implica la

¹⁷⁴ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *Op. Cit.* p. 146.

creación o transmisión de derechos y obligaciones, previstas en la misma, siendo importante que el mismo recaiga sobre el objeto jurídico y el material del contrato.¹⁷⁵

Derivado de lo anterior, consideramos que la manifestación de la voluntad puede darse de manera tácita o expresa, esto es de manera verbal, escrita o por signos indubitables, siendo pertinente señalar que el consentimiento en los contratos, se integra de dos elementos, que son **la oferta y la aceptación**, que se traducen en el hecho en que una de las partes presente a la otra una propuesta conclusa y la otra después de considerarla la acepte.

Para determinar el momento de la aceptación es pertinente señalar que ésta dependerá del medio de comunicación que se esté utilizando para ello, así, si la oferta se hace personalmente y no es aceptada inmediatamente el autor de la oferta queda desligado en cuanto a los derechos y obligaciones que pudieran derivarse de ese acto, siendo lo mismo si se trata de una oferta por teléfono, fax o correo electrónico.

Sin embargo, debemos considerar el caso que se genere un ofrecimiento entre ausentes, en este, caso el autor de la oferta pone un término para aceptar, quedando obligado durante ese término, pero si, el oferente, no fija ningún término, la ley establece que queda obligado a mantener la oferta por el término de tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo o el medio de comunicación que exista o sea posible a falta de correo público, aunque desde nuestro punto de vista consideramos que la ciencia y la tecnología han acortado considerablemente las barreras del tiempo y del espacio en la comunicación entre los seres humanos.

¹⁷⁵ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Contratos Civiles, Ed. Porrúa, 2ª ed., México, 1994, p. 22

4.3.2 El Objeto en los contratos.

Consideramos pertinente señalar en el presente apartado que la ley maneja la palabra **objeto** indistintamente, para referirse a dos acepciones totalmente diferentes, en virtud de que podemos distinguir entre objeto material y objeto jurídico, el cual a su vez se divide en objeto directo e indirecto, y para efecto de elemento constitutivo de existencia de un contrato, nos referiremos en este apartado al objeto jurídico.¹⁷⁶

Conforme a la redacción el artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, ya transcrito, podemos decir que el objeto directo e inmediato de los contratos es la creación o transmisión de obligaciones o derechos, pues al ser el contrato una fuente de obligaciones, por lo tanto también genera un correlativo derecho, de tal manera que el objeto directo es la conducta que puede manifestarse como una prestación o como una abstención.

Por otro lado al referirnos al objeto indirecto o mediato del contrato, este puede ser o la prestación de una cosa o la cosa misma, o bien, la prestación de un hecho o el hecho mismo, que se traduce en una cosa como el contenido del **dar**, un hecho como contenido de un **hacer** o una abstención como contenido de un **no hacer**.¹⁷⁷

Siguiendo los lineamientos del Código Civil para el Distrito Federal, tenemos que si el objeto del contrato consiste en un dar este puede consistir, en lo siguiente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2011 que a la letra dice:

- "Artículo 2011.-** La prestación de la cosa puede consistir.
- I. En la traslación del dominio de cosa cierta
 - II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;
 - III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."¹⁷⁸

¹⁷⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón. *Op. Cit.*, p. 37

¹⁷⁷ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Op. Cit.*, p. 27.

¹⁷⁸ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *Op. Cit.* p.161

De lo anterior, podemos inferir que las condiciones que comprende la obligación de **dar**, a la que se refiere el dispositivo legal transcrito implican que ese "dar" debe ser posible y lícito.

Por su parte las obligaciones de **hacer** se contemplan en el artículo 2027 del Código Sustantivo de la materia para el Distrito Federal, de cuya transcripción podemos inferir que ese "hacer" que implican este tipo de obligaciones debe ser posible y lícito, por lo que a continuación se transcribe el mencionado precepto legal:

"Artículo 2027.- Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho."¹⁷⁹

En este orden de ideas es pertinente mostrar los lineamientos legales que se establecen para las obligaciones cuyo objeto radica en un **no hacer** y por lo tanto debemos remitirnos de nueva cuenta al Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2028 que a continuación transcribimos:

"Artículo 2028.- El que estuviere obligado a **no hacer** alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado."¹⁸⁰

Del anterior artículo podemos inferir que el **no hacer** al igual que las obligaciones anteriores tiene que cubrir con los requisitos de ser posible y lícito.

Refiriéndonos de manera somera al objeto material de los contratos, podemos decir que este se refiere a las cosas que implican la celebración del contrato, las cuales deben ser física y legalmente posibles, como lo marca el artículo 1825 del Código en comento, y que a continuación transcribimos:

¹⁷⁹ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *Op. Cit.* p.162

¹⁸⁰ *Idem.*

“Artículo 1825.- La cosa objeto del contrato debe : 1º existir en la naturaleza, 2º debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3º estar en el comercio.”¹⁸¹

En relación a estos tres elementos de una cosa material podemos decir, que una cosa futura puede ser objeto del contrato, con tal de que sea susceptible de existir, como lo puede ser la compraventa de un vestido que aún no se ha confeccionado.

La segunda característica nos remite al hecho de que la cosa debe ser plenamente identificada en relación a sus características peculiares, como lo son su peso, textura, color, etc.

De acuerdo con las disposiciones relativas en el Código Civil para el Distrito Federal, y que a nuestro parecer omitiremos transcribir, el estar en el comercio implica que el objeto no esté impedido para ello, ni por su naturaleza ni por disposición de la Ley.

Las cosas están fuera del comercio por su naturaleza cuando no pueden ser poseídas por algún individuo de manera exclusiva y por disposición de la Ley, las que la norma declare irreductibles a propiedad particular.

4.3.3 La Forma en los contratos.

Eventualmente la forma llega a constituir un elemento de existencia de los contratos, pues esto es determinante en algunos actos jurídicos como lo son, por ejemplo, la donación de órganos o el matrimonio, donde la forma en que se exteriorice la voluntad de las partes determinará la validez y existencia de los mismos.¹⁸²

¹⁸¹ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *Op. Cit.* p.148

¹⁸² BEJARANO SÁNCHEZ, *Manuel. Op. Cit.*, p. 31.

De lo anterior, debemos entender a la forma como la manera de exteriorizar el consentimiento, de los involucrados en los contratos y comprende todos los signos sensibles que las partes expresan o que la ley establece para lograr esa exteriorización de la voluntad.

De esta manera, resulta necesario que se establezca alguna manera de proyectar o exteriorizar esa voluntad que dirige el consentimiento y si tenemos, que ese modo de manifestar la voluntad se llama forma, ésta por necesidad lógica será un elemento de existencia del contrato.

4.4 Elementos de validez de un contrato.

Hasta este momento, hemos mencionado, los elementos esenciales para dar validez a la celebración de los contratos, así que en este apartado nos ceñiremos a analizarlos de una manera un poco más detallada, sin llegar a constituir esto un estudio profundo de los mismos, pues hay que recordar que la finalidad de la presente investigación, es plantear los elementos centrales de los contratos en México, para a la postre determinar si el llamado "contrato de alquiler de útero" o de "maternidad sustituta" cumple con los requisitos indispensables para ser considerado como un contrato de acuerdo a lo que dispone nuestro sistema jurídico, y por ende, su incumplimiento o problemas con la interpretación de su contenido, puedan dar inicio a un procedimiento de carácter civil y familiar.

La doctrina contractual mexicana nos dice que para que el contrato sea válido debe existir: a) capacidad de las partes, b) Ausencia de vicios en el consentimiento, tales como; el error, dolo, la mala fe y la lesión, c) Que el objeto, motivo o fin sean lícitos, d) que la voluntad de las partes se haya exteriorizado con las formalidades establecidas en la ley.¹⁸³

¹⁸³. SANCHEZ MEDAL, Ramón. *Op. Cit.*, pp. 35-37.

De lo anterior, consideramos pertinente, hacer un análisis breve de cada uno de estos elementos de validez contractual, toda vez que estos elementos deben contemplarse en la elaboración de un contrato, con la finalidad que éste produzca plenamente sus efectos y para que no pueda ser anulado, por lo cual tenemos que los requisitos de validez deben existir antes de la celebración del contrato y coincidir en el momento de su perfeccionamiento.

4.4.1 La Capacidad de las partes.

De acuerdo con la doctrina civil mexicana, encontramos que la capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones, y para hacerlos valer por sí mismos, cuando se trate de personas físicas o por conducto de sus representantes legales, tratándose de personas morales.

Del concepto anterior podemos inferir que la capacidad puede ser de dos tipos, capacidad de goce y capacidad de ejercicio, entendiéndose por la primera como la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, constituyendo la regla general, el que todos los individuos son capaces desde su nacimiento y la excepción a esta regla lo sería la incapacidad.¹⁸⁴

De lo anterior consideramos pertinente resaltar que también hay algunas incapacidades de goce impuestas por la Ley, como por ejemplo la que tienen los extranjeros para adquirir zonas restringidas que son 100 km. de fronteras y 50 km. de playas.

Por su parte la capacidad de ejercicio, es la aptitud de las personas para hacer valer sus derechos y obligaciones, ya sea por sí mismas o por conducto de sus representantes, tratándose de personas morales.

¹⁸⁴ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op. Cit.* p. 28

Existen dos tipos de incapacidades de ejercicio, las generales y las especiales, estando las primeras de ellas establecidas en el artículo 450 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad.

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad, reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse, o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla."¹⁸⁵

El texto del artículo transcrito, nos lleva a pensar que las personas señaladas en el mismo, pueden ser titulares de derechos, lo que no pueden es hacer valer sus derechos por sí mismos, sino que requerirán que otra persona las haga valer en su representación, como lo establece el artículo 23 del citado ordenamiento legal.

Por otra parte encontramos que, **las incapacidades especiales** o particulares, se presentan cuando personas mayores de edad, que no se encuentran comprendidas dentro de los supuestos del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal se ven impedidos a actuar por la relación que tienen con una persona o bien con una cosa, como por ejemplo:

- ◆ Un tutor, no puede contratar con su pupilo.
- ◆ Los administradores no pueden comprar los bienes que administran
- ◆ Los jueces y abogados no pueden comprar los bienes que fueron objeto de un litigio en el que ellos intervinieron.
- ◆ Los ministros de cultos religiosos así como los ascendientes descendientes, hermanos y cónyuges de los mismos, no pueden heredar de personas a las que han auxiliado espiritualmente y que no tengan parentesco dentro del cuarto grado.
- ◆ Los mandatarios.

¹⁸⁵ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *Op. Cit.* p.54

- ◆ Los ejecutores testamentarios o albaceas.
- ◆ Los interventores.
- ◆ Los empleados públicos.

Así podemos decir que las incapacidades de ejercicio que se establecen en el artículo 450 se han establecido en protección de intereses individuales, ya sea de los menores o de las personas que por circunstancias personales no tienen la capacidad de razonar y por ello un contrato celebrado por este tipo de personas, será objeto de una nulidad relativa.

En cambio las incapacidades de goce o especiales, se establecen en protección de intereses de orden público en normas de carácter imperativo o prohibitivas y por lo tanto su violación se traducirá en un hecho ilícito y por ende la calificación de un contrato celebrado en contravención a tales disposiciones será objeto de nulidad absoluta.

4.4.2 Ausencia de vicios en el consentimiento.

Los vicios del consentimiento son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo lo dañan, ya que el consentimiento 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 ello el consentimiento no debe estar viciado por error, dolo, mala fe, violencia o lesión.¹⁸⁶

Podemos decir que cuando se presentan alguno de los llamados vicios del consentimiento, los contratos celebrados bajo esta circunstancia están afectados de una nulidad relativa, por lo que dicho contrato se puede convalidar una vez que han cesado los vicios y la víctima ha ratificado su voluntad.

¹⁸⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón. *Op. Cit.*, pp. 45-47

Por lo anterior, a continuación presentaremos brevemente cada uno de los vicios del consentimiento, señalados por la Ley, a efecto de seguir con el estudio de los elementos del contrato dentro de nuestra legislación mexicana, sin que como ya hemos anotado sea nuestra intención profundizar en los mismos.

4.4.2.1 El error.

Diversos doctrinarios, nos mencionan que el error es el conocimiento equivoco de la realidad, es un estado psicológico en el que existe una discordancia entre el pensamiento y la realidad, lo cual no debe tomarse como sinónimo de ignorancia, porque ésta es una falta de conocimiento.¹⁸⁷

También se ha dicho que el **error** es el conocimiento inexacto de la realidad consistente en creer cierto lo que es falso, o falso lo que es cierto, con lo cual la persona, espera algo que no es.

De las definiciones dadas, consideramos que el **error** puede referirse a las calidades o composiciones físicas de la cosa, así como a la identidad de la persona de los contratantes, en aquellos contratos que se celebren en atención a las cualidades del sujeto, como lo sería un contrato de prestación de servicios profesionales.

Derivado de lo anterior, podemos decir que si el error cae sobre la identidad de la persona, del objeto o de la naturaleza del contrato, se trata de un obstáculo que impide que el contrato nazca por falta de consentimiento, de la parte involucrada.

Cuando ese error recae en el hecho o en el derecho objeto del contrato, esto provoca una nulidad relativa, como lo establece el artículo 1813 del Código Sustantivo de la materia, en el Distrito Federal, el cual a la letra dice:

¹⁸⁷ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op. Cit.*, p. 31.

"Artículo 1813.- El error de **derecho** o de **hecho** invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa."¹⁸⁸

Es prudente señalar que el error de hecho se da cuando recae sobre la naturaleza y características del objeto material del contrato, y 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.

Para que tanto el error de hecho y de derecho, sean suficientes para nulificar el contrato, es necesario que se presenten dos elementos que son; 1) que recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad y 2) que éste se haya expresado claramente en el contrato o se desprenda de su interpretación.

Además, cuando se trata de errores que recaen sobre cualidades secundarias del objeto material del contrato, tenemos que esto constituye el llamado **error indiferente**, puesto que en virtud de éste, el contrato no puede ser objeto de nulidad, pero si originará que se puedan rectificar dichas cualidades del objeto material por medio de la acción *quantum minoris*.

La acción *quantum minoris*, también es llamada acción estimatoria, misma que se funda en el derecho que la Ley concede al comprador para exigir del comprador la disminución del precio, si en la cosa hay defectos o vicios ocultos, o tienen una extensión menor a la estipulada, de acuerdo con lo dispuesto, por los artículos 2142 y 2149 del Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁸⁸ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *Op. Cit.* p.147.

4. 4. 2. 2 El dolo.

El concepto de dolo lo podemos encontrar en el artículo 1815 el Código Sustantivo de la materia, para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"Artículo 1815.- Se entiende por **dolo** en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido."¹⁸⁹

Del texto de este artículo, podemos decir en términos generales, que el dolo es el empleo de cualquier medio ilegal para inducir o provocar el error y así obtener la voluntad de una persona en la formación de un contrato. Esto provoca una nulidad relativa del contrato, si el error a que induce o que es mantenido por el mismo, recae sobre el motivo determinante de la voluntad del sujeto en su celebración.¹⁹⁰

Resulta pertinente mencionar que existe, también un llamado **dolo bueno**, el cual consiste en exagerar las cualidades del bien objeto del contrato, a modo de propaganda, utilizada para la recomendación de algún objeto o servicio, sin embargo esta ponderación excesiva, no entraña engaño alguno y por ende no provoca la nulidad del contrato, ni el ajuste de precios.¹⁹¹

4. 4.2. 3 La violencia.

A la luz del artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal podemos encontrar el concepto de este vicio del consentimiento, por lo cual nos permitimos transcribirlo a continuación:

"Artículo 1819.- Hay **violencia** cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra la libertad, la salud, o una

¹⁸⁹ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *Op. Cit.* p.147.

¹⁹⁰ SANCHEZ MEDAL, Ramón. *Op. Cit.*, pp. 50-53.

¹⁹¹ PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, ed. Porrúa, México, 1996, p.43

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.¹⁹²

Podemos decir al respecto que la violencia cuando se convierte en una fuerza física irresistible, configura ya no un consentimiento viciado, sino una falta absoluta de él, por lo que el temor que nace de ella, vicia la voluntad del sujeto y origina una causa de nulidad relativa del acto.

Asimismo se ha considerado que para que la violencia sea tomada como un vicio del consentimiento se requiere que concurren ciertos elementos, los cuales a criterio del jurista Miguel Ángel Zamora y Valencia consisten en:¹⁹³

- 1) La gravedad de la violencia, basada en el daño que se puede causar al que sufre la violencia, y que importa el peligro de perder la vida, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante o de una persona que la ley supone cercana a él.
- 2) El segundo elemento que esa violencia sea actual e inminente.
- 3) Que sea injusta, es decir ilícita.
- 4) Que sea el motivo determinante de la voluntad del sujeto a contratar.
- 5) Que provenga de una persona y no de hechos dañosos.

De lo anterior, encontramos que tanto la violencia física y moral, producen el temor en una persona, el cual es un elemento psicológico determinante que vicia la voluntad de la misma, pues suprime la libertad de decisión, la cual debe dar vida a todo acto volitivo.¹⁹⁴

¹⁹² CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *Op. Cit.* p.147.

¹⁹³ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Contratos Civiles*, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, p. 38.

¹⁹⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Op. Cit.* pp. 102-103.

4.4.2.4 La lesión.

Este vicio del consentimiento, se le puede definir como el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un contrato, consistente en proporcionar al otro contratante un lucro excesivo en relación a lo que él por su parte se obliga.¹⁹⁵

En virtud de lo anterior podemos encontrar que la Ley Sustantiva de la materia, en su artículo 17, concede al perjudicado la acción de nulidad del contrato, por el plazo de un año o de ser esta posible la reducción equitativa de la obligación, por lo cual a continuación nos permitiremos transcribir el mencionado precepto legal:

Artículo 17.- Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.¹⁹⁶

De acuerdo con Bernardo Pérez Fernández del Castillo, podemos decir que para que la lesión se configure es necesario que existan dos elementos; uno psicológico y otro objetivo.¹⁹⁷

El elemento psicológico al momento de presentarse evita contratar en igualdad de circunstancias en virtud de que una de las partes está en el supuesto de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, que son las circunstancias que motivaron la falta de equivalencia en las prestaciones.

¹⁹⁵ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.*, p. 42.

¹⁹⁶ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, *Op. Cit.* p.4.

¹⁹⁷ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op. Cit.* p. 33.

Por su parte el elemento objetivo de la lesión, consiste en la desproporción económica que se presenta entre lo que se da y lo que se recibe, es decir es la inequidad que excede lo dispuesto por la tasa legal.

Consideramos que la *ratio juris* del artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, consiste en proteger eficazmente a los sectores más desprotegidos de la sociedad, de las asechanzas y abusos de los más capacitados, pues hay que considerar que por lo general es el egoísmo el que rige las relaciones humanas y en un país como el nuestro, con grandes desigualdades económicas y culturales, el abuso de unas personas hacia otros, puede darse fácilmente.

4.4.3 Licitud en el objeto, motivo o fin del contrato.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1795, fracción III, nos menciona que para la validez de un contrato, debe darse entre otras cosas que el objeto, motivo o fin del contrato sean lícitos lo que implica que los mismos no estén en contradicción con una disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo.

Consideramos pertinente, en este apartado referirnos a lo que menciona Bejarano Sánchez, en torno a la forma en que podemos determinar lo que es el objeto y cual es el motivo o fin del contrato, por lo cual transcribimos a continuación el siguiente párrafo:

"Recuérdese que el objeto del contrato, es el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se obliga y el motivo o fin es el propósito que le induce a su celebración, el porqué se obliga."¹⁹⁸

Derivado de lo anterior, podemos inferir que el objeto es la conducta manifestada como prestación o como una abstención, como ya ha quedado

¹⁹⁸ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Op. Cit.* pp. 116

señalado en líneas anteriores del presente capítulo, la cual debe ser lícita y posible, así como el contenido de dicha prestación.

Los motivos son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte, los móviles internos o personales de cada parte contratante, en realidad son desconocidos no sólo para los terceros sino que escapan aún al otro contratante, y por ende cuando estos son ilícitos y rara vez puede demostrarse esa circunstancia, hasta el momento en que se actualiza la conducta de las partes.

De lo anterior, tenemos que los fines son las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante, la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte, es decir las razones por las cuales se quiere obligar.

Bejarano Sánchez, nos dice que en nuestro sistema jurídico, la Ley concede a los particulares, la facultad de crear actos jurídicos y regular con ellos la propia conducta, modificando con ello su esfera jurídico económica, sin embargo, esa autonomía de la voluntad tiene por límite el mismo orden jurídico, pues el objeto de los actos jurídicos, el fin que induce a su celebración y las condiciones que en ellos se impongan, no deben contrariar las normas contenidas en la Ley.

De la lectura del artículo 1830 del Código Civil del Distrito Federal, encontramos que estos tres elementos, no deben contravenir lo previsto en la norma general pero también encontramos una referencia a las buenas costumbres, con lo cual consideramos pertinente referirnos a ellas como:

"Y, ¿qué son las *buenas costumbres*? Con esta expresión se entiende el concepto de moralidad prevaleciente en una comunidad, en un tiempo y en un espacio determinados, es lo que el consenso general de los habitantes de una sociedad humana determinada juzga moral. No se trata de la moral

individual, sino de la moral social. No es tampoco la de cierto credo religioso, sino la conciencia que predomina como el común denominador"¹⁹⁹

Cabe señalar que la ilicitud, en el objeto motivo o fin del contrato produce la nulidad absoluta del mismo, en virtud de contravenir disposiciones de carácter imperativo o prohibitivo y tales disposiciones sólo se establecen en vista del interés común, del orden público o de las buenas costumbres, según se desprende del contenido de los artículos 6, 8, 1830 y 1831 del Código Civil para el Distrito Federal.

4.4.4 La voluntad de las partes exteriorizada con las formalidades establecidas por la Ley.

De acuerdo con el jurista Bernardo Pérez Fernández del Castillo, este requisito de validez, suele confundirse con la forma a la cual el define como: "el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los agentes de un acto jurídico"²⁰⁰

De lo anterior se deduce que debemos ser cuidadosos en el tratamiento de la forma, pues es común llegar a confundirla con las formalidades y formalismos, los cuales en realidad son el conjunto de normas legales que señalan la manera en que se debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico.

De esta manera encontramos que la forma es parte del consentimiento y los formalismos y las formalidades son parte de los elementos de validez de los contratos, estos últimos han variado espacial y temporalmente, de acuerdo con las técnicas legislativas, cambiando desde actos meramente sacramentales o religiosos, hasta actos de tipo civil, como ejemplo de formalismos en los contratos, dentro de nuestro sistema legal, podemos encontrar los siguientes:

¹⁹⁹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Op. Cit.* pp. 118

²⁰⁰ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op. Cit.* p. 35.

- 1) Solemnes: Como en un momento dado lo serían el testamento y el matrimonio.
- 2) Reales: Que implican la entrega de la cosa, al momento de celebrar el contrato, como lo son; la prenda, el depósito, el mutuo y el comodato.
- 3) Con libertad de formalismos: Son válidos con la simple exteriorización del acuerdo de voluntad, ya sea en forma verbal o en escritura privada o en escritura pública, siendo potestativo de las partes plasmarlo por escrito.
- 4) Con formalismos restringidos: Para su validez no basta su manifestación verbal, sino que deben constar por escrito, ya sea de manera privada o pública.²⁰¹

Podríamos decir en estricto sentido que todos los contratos son formales de alguna manera, porque son expresión de la voluntad de los contratantes y esta voluntad indudablemente se debe exteriorizar de alguna manera, por cualquier medio, ya sea verbal o escrita, no obstante que para la validez de algunos contratos la ley establece determinada formalidad.

4.5 Clasificación de los contratos.

Doctrinariamente podemos encontrar los más diversos criterios de clasificación de los contratos, como hemos venido manejando a lo largo del desarrollo del presente capítulo, la intención de este trabajo de investigación, jamás ha sido ahondar en la teoría de los contratos, esto a efecto de no desviar demasiado la atención del tema central del mismo, por ello presentaremos a continuación la clasificación legal que se da de los contratos, por ser esta a la que finalmente todo jurista debe apegarse, sin que esto signifique limitar la capacidad de estudio y crítica de los mismos.

En virtud de lo anterior nos remitiremos para este efecto al libro cuarto, primera parte, bajo el rubro de "división de los contratos" del Código Civil para el

²⁰¹ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Op. Cit.*, p. 35-39.

Distrito Federal, en donde del artículo 1835 al 1838 encontramos una división de los contratos en: unilaterales, bilaterales, gratuitos y a su vez los onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios.

Por su parte el artículo 1835 del citado ordenamiento legal, nos define al **contrato unilateral**, como aquél en el que una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada, como por ejemplo una promesa de venta, en la cual el promitente vendedor se obliga a vender a un beneficiario de la promesa, quien no se obliga a comprar, por ejemplo, el que una persona se obligue a vender cualquier cosa, sin que la otra persona quede obligada a comprar.

Como antónimo a los contratos unilaterales, encontramos a **los bilaterales**, “que son aquellos en que las partes se obligan recíprocamente”, ejemplo de ello lo constituye el arrendamiento en donde una de las partes se obliga a transmitir el uso temporal de una cosa y el arrendatario a pagar una renta o alquiler y a restituirla terminado el contrato.

En el artículo 1837 del Código Sustantivo de la materia, encontramos que los contratos **onerosos**, son aquellos en los que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y a manera de ejemplo podemos citar, las ganancias de la venta de un producto, fabricado por unas personas asociadas para la fabricación del mismo.

Siguiendo la letra de este precepto legal, podemos decir que los contratos **gratuitos**, son aquellos en los que el provecho es solamente de una de las partes, como ejemplo del mismo, podemos citar el comodato, en el que una de las partes presta a la otra un bien mueble o inmueble sin recibir a cambio nada más que el agradecimiento del beneficiado.

Como se ha mencionado líneas arriba los contratos onerosos presentan a su vez una subdivisión, la cual nos la especifica el artículo 1838 del Código Civil

para el Distrito Federal, por lo que siguiendo la redacción del mencionado artículo, podemos decir que un contrato es **conmutativo**, cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal manera que éstas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste, por ejemplo la compraventa de un bien mueble o inmueble cierto y determinado.

De esta manera el contrato será **aleatorio**, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto, que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice, a manera de ejemplo de este tipo de contratos podemos citar, la compra de esperanza, la renta vitalicia, el juego y la apuesta.

No obstante la clasificación anterior, es pertinente señalar que la legislación Sustantiva Civil, nos amplía esta clasificación de los contratos en la segunda parte del libro cuarto, del Código Civil para el Distrito Federal, denominada "De las diversas clases de contratos", que por la forma en que se encuentran agrupados se les puede clasificar de la siguiente manera:

- 1) Contratos preparatorios: La promesa.
- 2) Traslativos de dominio: La compraventa, la permuta, la donación y el mutuo.
- 3) Traslativos de uso temporal: arrendamiento y comodato.
- 4) 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.
- 5) Con un fin común: asociación, sociedad y aparcería.
- 6) Aleatorios: juego, apuesta, renta vitalicia y compra de esperanza.
- 7) Los de garantía: fianza, prenda e hipoteca.
- 8) Los que prevén o resuelven una controversia: transacción y compromiso en árbitros.

9) Sociedad conyugal.

Consideramos que esta clasificación cumple a grandes rasgos con los objetivos del presente trabajo de investigación y en especial con los de este capítulo, los cuales en esencia se reducen a presentar los elementos básicos que nuestro sistema jurídico mexicano, en su rama de Derecho Civil, tiene previsto para la validez y existencia de los contratos.

En el entendido que la práctica médica que es objeto de estudio del presente trabajo, es conocido en el argot médico e incluso en otros sistemas normativos de derecho comparado como "contrato de alquiler de útero" o "contrato de madres incubadoras", por lo que resulta conveniente verificar si estos supuestos contratos cumplen o no con los elementos necesarios para existir y tener validez.

4.6 Contrato de alquiler de útero en el Derecho Mexicano.

En este apartado consideramos pertinente hacer un análisis de los elementos constitutivos del llamado "contrato de alquiler de útero" o "contrato de madres incubadoras", a la luz de los elementos del contrato en el Derecho Civil Mexicano, mismos que se han presentado en el primer apartado de este capítulo y que nos darán la pauta para determinar si este acto puede considerársele o no como un contrato, en base a la homologación del contenido de este tipo de acuerdos, con lo que dispone el Código Civil para el Distrito Federal, en materia de contratos

Debemos partir del reconocimiento de que las sociedades en las que se vive en la actualidad, la ciencia y la tecnología juegan un papel determinante y estos elementos van delineando la vida de las personas, incidiendo directamente en la formación de estructuras de pensamiento y en formas del vivir humano, como ya lo hemos visto en los capítulos precedentes.

La maternidad por cuenta ajena, sin duda es un producto más de la modernidad y del desarrollo científico, al igual que de un cambio de valores en la sociedad, que la permite y la ve como una alternativa de solución al problema de la esterilidad, en que la mujer miembro de la pareja comitente, se ve imposibilitada, por problemas uterinos o de otra índole, a gestar por sí misma a un nuevo ser, por lo cual se recurre a una tercera mujer que hará tal gestación para que de esa manera la pareja pueda reproducirse.

Con el desarrollo de las nuevas formas de reproducción humana asistida, se han visto trastocadas varias de estas estructuras de pensamiento y de vivir, que inciden indiscutiblemente en la vida de la sociedad y reclaman una respuesta por parte del Sistema Jurídico Mexicano.

La maternidad sustituta como técnica de reproducción asistida, se ha practicado en países como Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Australia, Alemania, entre otros, desde la década de los ochentas, por lo que los sistemas normativos de esos países han dado una respuesta legislativa concreta a la maternidad por cuenta ajena, derivado de ello, hoy día a esta práctica reproductiva se le conoce jurídicamente como "contratos de madres incubadoras" o "contratos de alquiler de útero", independientemente que esa respuesta legislativa sea a favor o en contra y que declare válido o nulo, dicho contrato.

Encontramos en el Derecho Comparado, de Estados Unidos, que en ese país, en algunos estados se da la categoría de contrato a la practica reproductiva de la maternidad sustituta, y por ende las controversias que se suscitan en torno a estos son dirimidas de la misma manera en que se resuelve el incumplimiento de los contratos, como lo hemos vista ya, a manera de ejemplo, en los casos de "bebé M" y "bebé Jonson".

En los primeros apartados de este capítulo establecimos que, los contratos son fuente ordinaria o normal de las obligaciones, por lo que no están limitados a

los bienes o servicios, que contemplan como objetos, sino que se extienden a las personas, que de esa manera quedan obligadas a un dar, hacer o no hacer, de tal manera que al cumplir, estos contratos, con los elementos de existencia y validez, que marca la Ley, obliga a los contratantes a cumplirlos adecuadamente.

En un intento de adecuar a nuestro sistema jurídico, lo que establece el Derecho Comparado, en materia de maternidad sustituta, trataremos a continuación de adecuar en la medida de lo posible los elementos constitutivos de los contratos en nuestro Derecho Civil, con la práctica de la maternidad por cuenta ajena, pues es así como se le considera en algunos estados de la Unión Americana, lo que nos da la pauta de realizar esta comparación.

Queremos dejar en claro, que este intento de homologación, de los elementos del contrato en relación al acuerdo de maternidad sustituta, no significa que estamos de acuerdo en que a esta práctica médica reproductiva, se le considere como un contrato dentro de nuestro sistema jurídico y más aún, de que las controversias de éstas acuerdos, surgidas por su incumplimiento o problemas en su interpretación, sean resueltas como se dirimen los contratos, toda vez que como se verá más adelante existen principios jurídicos que guardan una supremacía en relación a esta práctica y que se deben contemplar a efecto de que la respuesta que de nuestro Derecho Mexicano, sea la adecuada, sin que con ello se vean trastocadas otras instituciones de derecho de igual o mayor importancia, como lo sería el derecho de familia, que debe imperar sobre la libertad de expresar la voluntad de las personas para convenir sobre un dar, hacer o no hacer.

Toca ahora tratar a esta práctica médica llamada maternidad sustituta, como si fuese un contrato a la luz de nuestro Derecho Civil, por lo que podemos decir lo siguiente:

El contrato de madres sustitutas o de alquiler de útero, se le considera como de naturaleza muy especial o *sui generis*, en él las partes crean y modelan ellas mismas su ley pues se obligan en la forma que ellas desean; determinando el objeto, la duración y las modalidades del mismo, regulando también el modo de ejecución y las consecuencias del incumplimiento, todo esto como resultado inevitable de la carencia de un ordenamiento jurídico que marque las directrices de este acto humano.²⁰²

A esta técnica de reproducción humana asistida en aras de determinar su naturaleza jurídica, se le ha tomado, en el derecho comparado, como un **acto jurídico**, ya que se dice que es producto de la manifestación de la voluntad, de las personas, sancionada por el derecho para producir consecuencias jurídicas.

El convenio de maternidad por cuenta ajena, surge por un acuerdo de voluntades entre las partes y con la intención de que dichas consecuencias determinen las obligaciones y derechos que repercuten en la esfera de los contratantes, haciendo una homologación a nuestro Derecho Civil, podemos decir que en un primer momento resultan aplicable los artículos:

- 1) 1792 del Código Sustantivo de la materia que nos dice; "el convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."
- 2) El artículo 1793, por su parte nos dice que el contrato es una especie del convenio y que tiene por objeto transferir derechos y obligaciones.

Tomando como base lo anterior, se podría decir que el acto resultante de la práctica de maternidad sustituta, se podría contemplar como un contrato en el cual una mujer llamada madre sustituta o incubadora, acepta ser inseminada con el semen del marido cuya esposa es infértil o no tiene la capacidad de gestar por

²⁰² LA CALLE GONZALEZ HABA, María Dolores. La prestación del consentimiento, en las técnicas de reproducción asistida, en Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 7, invierno, España 1994, pp.145-150.

cuenta propia un bebé, o acepta que se le implante un embrión humano previamente fecundado *in vitro*, producto de la unión de los gametos femeninos y masculinos de la pareja solicitante.

Esta madre sustituta se obliga a gestar al bebé por un lapso de nueve meses y después del nacimiento seguir todos procedimientos legales a efecto de que la pareja solicitante se ostente plenamente como padres legales del menor para ello, debe ceder todos los derechos parentales que le unen al bebé, al padre biológico y consentirá en un procedimiento de adopción de la esposa estéril en relación con el neonato.

Siendo pertinente señalar que en la mayoría de los casos en los que se lleva a cabo esta práctica se acuerda la entrega de una cierta compensación económica a la madre incubadora o sustituta, por la prestación de sus servicios.

De tal manera que de este primer acercamiento podemos decir que las partes en este acto, se encuentran plenamente determinadas y que cada una de ellas se obliga de una manera muy específica, como lo hemos puntualizado en el capítulo precedente, y a manera de recapitulación diremos que las partes son:

- A) la madre sustituta.
- B) La pareja contratante.
- C) El marido de la madre sustituta.
- D) Donadores de gametos para la fecundación.
- E) Profesionistas médicos y jurídicos que intervienen.

Sabemos que cada una de estas partes se compromete a cumplir obligaciones concretas y determinadas, tal como puntualizamos en el capítulo precedente, que en obvio de repeticiones omitiremos transcribir, siendo pertinente mencionar que incluso estas obligaciones a las que se comprometen las partes, se plasman por escrito y se firma en un convenio por parte de todos los involucrados,

configurando con ello el convenio al que se refiere el artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal y al transferir con este convenio, derechos y obligaciones, podemos decir que también se realiza un contrato en términos del artículo 1793 del mismo ordenamiento legal citado, en aras de que esta práctica reproductiva cumpla con su objetivo inicial, que es lograr la propia descendencia de una pareja estéril.

Sentado lo anterior podemos seguir con la idea de que este acto es un contrato, pero como tal, resulta necesario someterlo al análisis del cumplimiento de ciertos elementos de existencia y validez, que redunden en su eficacia legal, pues no basta para que un acto sea contrato con que consista en un acuerdo de voluntades en el que se transmiten derechos y obligaciones, sino que cumpla con los requisitos de ley.

Derivado de lo anterior y tomando en cuenta que el análisis de los elementos de validez y existencia, requieren un trato más detallado, en los apartados siguientes haremos un estudio comparativo con los elementos del contrato en México, a efecto de determinar la viabilidad de ser considerado como contrato a un acuerdo de maternidad por cuenta ajena, en nuestro país.

4.6.1 Clasificación del contrato de alquiler de útero.

Antes de comenzar el análisis de los elementos de existencia y validez del llamado contrato de maternidad sustituta, consideramos pertinente presentar lo que algunas posturas doctrinarias han dado en llamar la clasificación legal de este tipo de actos, lo anterior porque estas posturas doctrinarias consideran viable homologar el tratamiento que en Derecho Comparado se le da a esta práctica reproductiva a la cual se le considera un contrato, por lo cual se ha llegado a emitir una clasificación completa de este acto, y se le toma de la siguiente manera:

- 1) Es un contrato **bilateral**: tomando como base que la madre sustituta y la pareja solicitante se obligan mutuamente y de esas obligaciones emanan derechos recíprocos, pues del acuerdo de estas dos voluntades es que se origina este contrato, aunque sabemos que también se obligan una serie de terceras personas que tienen participaciones específicas en el acto que les genera derechos y obligaciones.

- 2) Es **oneroso**: porque impone provechos y gravámenes recíprocos, pues la pareja recibe el provecho de la gestación por cuenta ajena que brinda la madre sustituta y al término de ésta la entrega del bebé y a su vez la madre sustituta, recibirá la entrega de la compensación estipulada por dicho servicio, sin olvidar que existe la maternidad subrogada altruista y en este supuesto estaríamos ante un contrato **gratuito**, aunque en la mayoría de los casos media una compensación económica, la que también existe para el personal médico, la clínica especializada, abogados y psicólogos.

- 3) Dentro de los contratos onerosos podemos decir que éste es un contrato **conmutativo** porque los provechos y gravámenes son conocidos y ciertos desde la celebración del contrato y su extinción es la conclusión del mismo, aunque consideramos la eventual problemática que se pueda dar con un bebé nacido con alguna limitación física o mental, lo que puede no ser esperado por la pareja comitente, lo mismo en el caso que la madre sustituta, no quiera entregar al bebé.

- 4) También se le considera un contrato **formal**, porque la voluntad de las partes se plasma por escrito siendo éste instrumento la guía de las partes por medio de la cual tendrán plenamente identificados sus derechos y obligaciones de tal manera que cada una de las partes sabrá plenamente cuando ha incurrido en el incumplimiento del mismo, así como estar en la posibilidad de exigir a la otra parte el cumplimiento de determinada conducta, pues para la realización de esta práctica debe mediar el consentimiento expreso de las partes.

- 5) Es un contrato **principal**, porque su validez y cumplimiento no dependen de la existencia de un contrato anterior sino que puede existir en la vida jurídica por sí mismo, es decir, las partes se obligan en un solo acto al momento de la firma de este convenio, no necesitando de un acto formal, anterior o posterior, pues todas sus obligaciones y derechos quedan plenamente determinados al momento de la firma del mismo.
- 6) Es de **tracto sucesivo**, ya que perfeccionado el acto e su celebración, el contrato no concluye, sino que las partes se hacen prestaciones periódicas hasta la culminación del mismo. Por ejemplo la pareja solicitante se obliga a realizar una serie de erogaciones durante el periodo de la gestación y el parto y a su vez la madre sustituta se obliga a seguir una serie de prescripciones médicas, alimenticias, físicas, emocionales y psicológicas a efecto de que la gestación y el parto tengan un adecuado desarrollo, hasta la entrega del menor gestado.
- 7) Es un contrato *intuitu personae*: porque después que la pareja comitente, de identificar plenamente a la mujer que reúne las características necesarias para ser madre sustituta, de acuerdo a lo que ellos consideran pertinente, y se acuerda con ella llevar a cabo esta práctica, en caso de que dicha persona no sea quien se someta a la inseminación artificial o a la implantación de un embrión, para su gestación, entonces el contrato no se habrá cumplido, pues esto se esperaba de una persona específica.
- 8) También se le puede considerar a este acto como un contrato de **prestación de servicios remunerados**, cuyo objeto se divide en tres fases consistentes en; a) que la madre sustituta sea inseminada o se le implante el embrión; b) que geste al bebé durante los nueve meses siguientes; c) Que ceda todo derecho parental que le una al menor o bien que acepte darlo en adopción a la mujer estéril.

En este orden de ideas, podemos decir que si la madre sustituta decide conservar al menor, el objeto del contrato no se cumplirá haciendo exigible tal cumplimiento, por parte de la pareja comitente, sin embargo, consideramos que el problema consistiría en la forma en que se haría dentro de nuestro sistema jurídico mexicano, la manera en que se presentaría el caso ante el Juez de lo Civil competente, sería a nuestro criterio muy interesante y sería un precedente en nuestra jurisprudencia.

En relación a la remuneración económica que se le entrega a la madre sustituta, se le puede tomar como un contrato **traslativo de dominio**, lo que a nuestro juicio resulta aberrante, pues esto se prestaría para la compra venta de bebés, por lo que ésta no se debe entender como el pago por la entrega del bebé gestado, sino por el servicio de prestar si vientre para que se lleve a cabo en él la gestación del *naciturus*, aún así, consideramos que un pago cierto y determinado en dinero desvirtúa el ánimo humanitario de ésta práctica reproductiva y ocasiona que muchas madres sustitutas, vean esto como un *modus vivendi*.

Como hemos visto, se tiene que en este contrato su objeto principal es la prestación de un servicio en donde su **motivo o finalidad** principal es proveer a una pareja estéril de un hijo que por medios naturales, no lo pueden tener.

Este motivo sólo podrá consumarse si la madre sustituta renuncia a sus derechos parentales que le unen al menor, al momento de su nacimiento y consiente en darlo en adopción, en caso de ser también la madre biológica, por lo que el cumplimiento de este contrato, estará sujeto a la condición suspensiva consistente en la decisión de la madre sustituta de no conservar al menor gestado, para que así el niño pueda pasar a formar parte de una familia donde la pareja solicitante serán sus padres legítimos.

De esta manera, el contrato se cumple cuando la madre sustituta no desee conservar al menor y acepta dar en adopción al mismo, pues es innegable que

con la gestación se crea entre la madre gestante y el *naciturus* un lazo afectivo, pues es una vida humana la que se desarrolla dentro de la madre subrogada, que debe en todo momento, no perder de vista, la finalidad y el motivo del acto, para no crear con el nuevo ser una relación madre hijo.

Dentro de la clasificación doctrinaria podemos decir que existe una condición potestativa para el cumplimiento de este acuerdo, pues su exacto cumplimiento depende de una de las partes, aunque no exclusivamente, pues para obtener el resultado esperado es pertinente la participación de la pareja, psicólogos, médicos y asesores legales que eviten que de alguna manera la madre natural forme lazos afectivos con la criatura y esto la orille a no querer ceder al bebé a la pareja contratante, como ha quedado anotado en el capítulo tercero de esta investigación.

En el supuesto de la maternidad subrogada total, la calidad del neonato será una vez realizado el procedimiento de adopción, el ser hijo adoptivo para la mujer miembro de la pareja comitente y el de ser hijo natural para el hombre miembro de la pareja solicitante, pero si no hay adopción por el arrepentimiento de la madre sustituta, entonces al ser uno de los requisitos para prestar dicho servicio el estar casada, el niño se reputará hijo del matrimonio, formado por la madre sustituta y su esposo, y en caso de que el padre natural reclame la paternidad y la compruebe el menor será hijo natural de la madre sustituta y el hombre miembro de la pareja comitente.

Es evidente que todos estos supuestos traen aparejados serias consecuencias que minan el derecho de identidad del menor gestado en relación con el origen de su concepción, pues se enfrentará a las interrogantes del porqué su madre gestadora no es su madre biológica o su madre legal, o bien para el caso de que la madre sustituta, no lo entregue el menor puede llegar a preguntarse porqué no lo cedió a sus padres naturales que le solicitaron el servicio de la maternidad sustituta, o el porqué tiene dos padres uno natural y otro

adoptivo, etc., circunstancias que para cualquier ser humano son notoriamente confusas y angustiantes.

4.6.2 Elementos de Existencia del contrato de alquiler de útero.

Una vez que hemos presentado la clasificación que de acuerdo a Ley, se ha realizado de este acto, en aras de seguir tratándolo como un contrato, toca el turno de analizar los elementos de existencia del contrato de alquiler de útero donde encontramos que para que nazca y exista un contrato a la vida jurídica, se necesitan dos elementos:

- a) El consentimiento.
- b) El objeto.

Analizaremos a continuación de manera breve estos dos elementos en la realización de esta práctica a efecto de cumplir con la fase de tratamiento de este acto como si fuera un contrato dentro de nuestro sistema de Derecho Civil, por lo cual estudiaremos en primer lugar el consentimiento en el contrato de maternidad por cuenta ajena o alquiler de útero.

4.6.2.1 Consentimiento.

Hemos puntualizado en diversas ocasiones que las partes en este acuerdo de voluntades, por lo que a grandes rasgos podemos decir que derivado de la participación de cada una de ellas, en este caso podemos decir que las partes aceptan:

La madre sustituta accede a:

- a) Someterse al procedimiento de inseminación artificial o de implantación de embrión.
- b) Respetar todas y cada una de las restricciones médicas, físicas y aún psicológicas así como de las estipulaciones del contrato.

- c) Ceder sus derechos filiales, al padre biológico del niño, concediéndole la guarda y custodia y a su vez dándole en adopción a la mujer comitente.
- d) Entregar al bebé al momento de su nacimiento.
- e) No tratar de ponerse en contacto, con la pareja comitente o con el menor, una vez que lo entregue, ni revelar los pormenores de su nacimiento.

El esposo de la madre sustituta acepta:

- a) Dar su consentimiento para que su esposa se someta a dicha práctica.
- b) No reclamar la paternidad que la ley presume a su favor.
- c) No entablar ninguna relación padre-hijo con el menor gestado de esta manera.

La pareja solicitante acepta:

- a) Someterse al procedimiento de inseminación artificial o de fecundación *in vitro*, con los gametos de ambos o de sólo uno de ellos, que por lo general es el hombre miembro de la pareja comitente.
- b) Cumplir con todas las estipulaciones del contrato, en cuanto al mantenimiento físico, médico, alimenticio, de esparcimiento y aún económico de la madre sustituta
- c) Erogar todos los gastos que se deriven de la realización del acto, hasta que les sea entregado el menor.
- d) Una vez nacido el niño reclamar la paternidad biológica del niño y la mujer estéril solicitar su adopción, en caso de no haber aportado el material genético para la concepción, porque de haberlo hecho puede reclamar la maternidad biológica y legal del menor..

Sabemos por la doctrina en torno a los contratos, que el consentimiento se basa en el acuerdo de las partes de someterse al contrato, por lo que se necesita que las voluntades exteriorizadas sean: reales, serias y que tengan un contenido

determinado, estando las partes en la posibilidad de aceptar cualquier disposición, siempre y cuando sean lícitas y no contravengan la ley y las buenas costumbres y estén encaminadas a velar por el mejor interés del menor.

Aquí cabría preguntarnos que tan lícita es la práctica y que tanto no contraviene a las buenas costumbre y la moral, resultando éticamente viable o no, toda vez que los defensores de la postura de que la maternidad por cuenta ajena sea tratada como un contrato, argumentan a su favor lo siguiente:

- 1) Existe licitud en el objeto, motivo y fin de este contrato, porque la Ley no lo prohíbe, es decir no hay norma expresa que indique que la maternidad por cuenta ajena como tal es ilegal y esta prohibida y sancionada por el derecho.
- 2) Que en virtud de no estar prohibida esta práctica, está permitida, siguiendo el principio de que lo que no está prohibido, está permitido.
- 3) Que este contrato, no es contrario a las buenas costumbres y la moral, en virtud de que hoy día los valores de la sociedad al respecto, han cambiado, puesto que se le presenta, acepta y recurre a ella como una verdadera alternativa de paternidad, ante la imposibilidad de reproducirse por causa de esterilidad.

Siendo pertinente dar nuestra apreciación de estos argumentos una vez que hayamos analizado todos los elementos de este contrato, por lo que a continuación analizaremos el objeto del mismo.

4.6.2.2 El objeto.

Toca el turno de tratar el objeto de este contrato, consiste en la prestación de servicios que brinda la madre sustituta a la pareja solicitante, constituyendo esto obligaciones tanto de hacer como de no hacer que se actualizará en cuatro momentos que son:

- 1) Aceptar el proceso de inseminación artificial o implante de embrión.
- 2) Gestar al feto hasta su nacimiento, siguiendo las prescripciones que se le den en el ámbito médico, físico y Psicológico.
- 3) Entregar al bebé al momento de su nacimiento siguiendo los debidos procedimientos legales del caso.
- 4) No propiciar ningún encuentro con la pareja comitente, ni con el menor, ni revelar el origen del mismo.

De lo anterior, observamos que la tercera y cuarta fase por su puesto están sujetas a la condición suspensiva de que la madre sustituta entregue al menor gestado.

Esta prestación de servicios debe llenar los requisitos establecidos en el artículo 1827 del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que ya ha sido transcrito y que establece que el objeto del contrato debe ser: **Posible y lícito**.

Al respecto podemos decir que el hecho constitutivo de la maternidad subrogada es posible, gracias a los avances de la ciencia y la tecnología en materia de ingeniería genética, existiendo incluso centros especializados en la realización de esta práctica, tan posible, que como ya hemos visto, se realiza de una manera cotidiana, en diversas clínicas alrededor del mundo.

Resultando físicamente posible la actualización de este evento y por cuanto a la posibilidad jurídica de la celebración del evento, nos encontramos ante el hecho de que lo que no está prohibido expresamente en la ley, está permitido y es en esta circunstancia donde el derecho debe adecuarse a las circunstancias sociales que se van dando, de lo contrario esta práctica seguirá dándose al amparo del vacío legislativo que en la materia existe.

La licitud del objeto se analizará dentro de los elementos de validez a efecto de no resultar repetitivos en el desarrollo del presente trabajo por lo cual enunciaremos a continuación dichos elementos.

4.6.3 Elementos de validez del contrato de alquiler de útero.

Los elementos de validez de los contratos en general, han quedado enunciados con anterioridad, por lo que en el presente segmento nos ceñiremos a su extrapolación al llamado contrato de alquiler de útero o de maternidad subrogada, haciendo referencia a su exacta adecuación o no a lo que dispone el sistema jurídico mexicano en general.

4.6.3.1 Capacidad

Como primer elemento de validez encontramos la capacidad, lo cual implica que las partes que intervienen en la realización de esta práctica, tengan plena capacidad de goce y de ejercicio, lo cual significa no estar en alguno de los supuestos de incapacidad que señala el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.

Considerando que es un contrato de especial naturaleza se podría decir que las partes debieran tener algunas características especiales como lo serían en un momento dado el estar casada, haber tenido por lo menos un hijo, estar en un parámetro de edad de 20 a 35 años, no tener alguna enfermedad transmisible por el flujo de sangre de la madre gestante al bebé, etc.

El padre natural deberá tener capacidad de goce y de ejercicio, deberá tener la aprobación de los médicos, basada en los exámenes practicados para evitar que a través de su semen sea transmisor de una enfermedad o deficiencia e la criatura, deberá además estar casado con una mujer estéril que no tenga la capacidad de concebir y/o gestar un bebé en su vientre, por cuestiones físicas y

biológicas congénitas, plenamente determinadas y no solamente por comodidad desee recurrir a esta técnica.

La esposa estéril deberá tener una capacidad de goce y de ejercicio, estar casada con el padre natural y tener incapacidad para gestar o concebir un bebé, en virtud de que la finalidad que motiva este acto, lo es el que una pareja estéril, logre la propia descendencia.

4.6.3.2 Forma.

La única formalidad que exige este contrato como se ha visto líneas arriba es que debe constar por escrito, a efecto de que conste fehacientemente la voluntad de las partes respecto a lo que pretenden obligarse cada uno de ellos.

En torno a esta técnica reproductiva, podemos hacer una analogía con lo dispuesto por la Ley General de Salud, en sus artículos 320 al 329, donde nos habla de la donación de tejidos, células, material genético, órganos, etc., en la que el consentimiento del donador, debe darse de manera expresa, constar por escrito y haber mediado para ello el llamado "consentimiento informado", en torno a los alcances y limitaciones del acto en sí, así como de los riesgos que se corren con ello.

Dentro de la forma, debe constar de igual manera las obligaciones concretas a las que cada una de las partes se compromete y las consecuencias a las que se harán acreedoras para el caso del incumplimiento, por lo cual este acuerdo, plasmado claramente por escrito, debe además estar firmado por cada una de las partes que intervienen en él.

4.6.3.3 Vicios del Consentimiento.

Encontramos que en el Derecho Comparado, concretamente en Estados Unidos, el error, dolo, violencia y la lesión son muy difíciles que se den en este tipo de contratos, porque es obligatorio de las partes el someterse a una serie de estudios médicos y psicológicos que determinarán previamente la disponibilidad y posibilidad de participación en tal procedimiento de reproducción humana asistida.

Lo anterior, porque la maternidad por cuenta ajena, se da en clínicas de reproducción asistida especializadas en esta técnica, que se encuentran plenamente identificadas por las autoridades de salud pertinentes y con un prestigio que cuidar, por lo cual procuran cumplir con todas las estipulaciones de Ley.

No olvidemos que en estos centros especializados, las partes cuentan con una asesoría médica y legal que de alguna manera evitarían que se e algún tipo de vicio del consentimiento, pero hay que recordar que estamos en un país con graves diferencias socioeconómicas y aún culturales, donde el error, el dolo, la violencia y la lesión pueden configurarse en detrimento de una mujer, que de esta manera se ve inmiscuida en la realización de esta práctica, siendo abusada por su extrema miseria o suma ignorancia, dándose un lamentable caso de explotación del hombre por el hombre mismo.

4.6.3.4 Licitud en el objeto, fin o motivo.

Nuestro Derecho Civil entiende la licitud como todo aquello que va conforme a las leyes de orden público y de las buenas costumbres, el llamado "contrato de maternidad subrogada" o de "alquiler de útero", debe atender en un supuesto caso a estas dos condiciones.

Dentro de esta lógica podemos tener que las disposiciones de orden público que debe cuidar este contrato, es velar por el mejor interés del menor así como de conservar y mantener la unidad familiar, de igual manera cuidar que no se afecte la dignidad del ser humano y no se vuelva a prácticas superadas, como la propiedad de un ser humano por otro ser humano.

Los defensores de la postura de que la práctica de la maternidad subrogada es un contrato, sostienen que este no va en contra de las buenas costumbres, como ya lo hemos señalado, porque las mismas van cambiando de época en época y de pueblo en pueblo, y en el contexto de un mundo globalizado, debemos avistar que la actitud de la sociedad respecto de la maternidad subrogada, cambia día con día.

Así mismo se sostiene, que el contrato no es ilícito, porque toda mujer tiene derecho a desarrollar su maternidad y esta práctica va encaminada a lograr que una mujer estéril logre tener un hijo propio en el caso de maternidad subrogada parcial o bien un hijo que mantiene un lazo de consanguinidad con su esposo, tratándose de maternidad subrogada total.

También se argumenta que esta práctica no va en contra de los derechos de la personalidad de la madre incubadora, pues se dice que ésta no vende su cuerpo o parte de él y que la práctica no atenta contra su dignidad y amor propio, tocará más adelante hacer referencia en particular a este punto.

Los defensores de esta postura también sostienen que el **motivo o fin** del contrato es proveer a una mujer infértil de un hijo que será parte e la formación de un hogar óptimo para su mejor desarrollo y que esto dará cumplimiento a uno de los principales fines del matrimonio; la procreación. Siendo este último argumento el que se esgrime para sostener que esta práctica no va en contra de la buenas costumbres.

4.7 ¿Puede ser el útero, objeto de un contrato.?

Hasta este momento, hemos tratado de presentar una homologación del contenido de un acuerdo de maternidad por cuenta ajena, a lo que dispone el sistema jurídico mexicano, en torno a la elaboración de los contratos validos en México, por lo que a continuación toca el turno de expresar nuestro punto de vista acerca de la posibilidad de que el llamado "alquiler de útero", "maternidad por cuenta ajena" o "maternidad sustituta", sea considerado como un contrato.

Creemos que al amparo de la ausencia legislativa en torno a esta práctica reproductiva, los defensores de la postura de que esta técnica se expresa en un contrato, se han equivocado al pensar que la maternidad sustituta puede calificarse como un acto patrimonial, entre ciudadanos que están en la posibilidad de crear su propia Ley con el simple acuerdo de voluntades que plasmen en un papel, revestido de una aparente legalidad.

Al respecto, pensamos que esta postura doctrinaria, no ha considerado la frase de Ulpiano, que sirve de epígrafe a este capítulo, en el sentido de que el ser humano tiene sobre su propio cuerpo la libre disposición, considerándolo como un todo a través del cual nos relacionamos, caminamos, hablamos, observamos, sentimos, etc, pero que nadie podemos aparecer como dueños de nuestros propios miembros que necesitamos para ser lo que somos, es decir una persona y que sin ellos ya no seríamos.

Es decir, consideramos que nadie puede vender un riñón, el hígado, un pedazo de piel, un ojo, etc, a pesar que sabemos que algunos órganos son comerciados en el mercado negro por personas que ven en ello un *modus vivendi*, pero podemos afirmar sin duda, que una vez que lo han realizado, no son ya las mismas personas, ni su cuerpo tiene la misma capacidad que originalmente tenía.

Lo anterior, nos ayuda a entender que las partes de nuestro cuerpo, jamás pueden estar sujetas a un acuerdo de voluntades de tipo patrimonial y que dicho acuerdo pretenda ser validado ante las instituciones jurídicas de nuestro país, en virtud de que un elemento que nos distingue y nos da la categoría de personas es un cuerpo físico, y por ende como elemento de la personalidad, el cuerpo humano, o cualquiera de sus componentes, en ningún momento puede ser objeto de contrato, sino que únicamente podemos ser sujetos de derecho.

Recordando, lo que hemos señalado como objeto del contrato de maternidad por cuenta ajena, decíamos que se encontraba como objeto central, el que la madre sustituta, permitiera se inseminada artificialmente o bien que se le implantara el embrión humano para su gestación, hasta el momento del parto, en este sentido el objeto lo constituiría el cuerpo de la madre sustituta en general y en particular el útero de esta mujer y en ese sentido podemos decir que hay imposibilidad en el objeto, porque es tanto como vender o alquilar algo que no esta en el comercio como lo es el sol, la luna o nuestro cuerpo.

Consideramos que el objeto de estos contratos presenta otra imposibilidad e ilicitud, pues también se contempla que la madre sustituta una vez que haya nacido el menor, renunciará a todos sus derechos filiales y los cederá a favor del padre biológico y consentirá en la adopción del menor por la mujer comitente, esto, simple y sencillamente no puede darse en nuestro sistema jurídico, porque todos los derechos y obligaciones de familia son irrenunciables, intransferibles, y no están sujetos a negociación, pues para el legislador mexicano las cuestiones de familia tienen un tratamiento especial y prioritario, pues se les considera de orden público e interés social, como lo dispone el artículo 138 ter del Código Civil para el Distrito Federal.

Otro elemento, por el cual consideramos improcedente esta posición doctrinaria, lo es que el objeto presenta otra limitación que es la ilicitud de realizar cualquier transacción comercial con cualquier componente del cuerpo humano,

como lo dispone el artículo 327, de la Ley General de Salud, en nuestro país, con lo cual la elaboración de estos contratos en donde a la madre sustituta se le otorga cierta cantidad de dinero por los "servicios" prestados, son por demás nulos.

Por lo anterior consideramos que la maternidad por cuenta ajena jamás debe considerarse como un contrato a la luz de nuestro sistema jurídico mexicano, por lo que un acuerdo de voluntades firmado por escrito y con toda las aparentes formalidades de la Ley debe ser declarado nulo de pleno derecho, por encontrarse una deficiencia en el objeto del contrato, que es imposible por no estar en el comercio y no poder ser, el cuerpo humano objeto de un contrato y además es ilícito, pues existe disposición expresa, de estar prohibido cualquier acuerdo o transacción con ánimo de lucro en torno a los componentes del cuerpo humano, en la Ley General de Salud, aplicable a toda la República, además porque no pueden hacerse ningún tipo de cesiones, ni renunciaciones de los derechos y obligaciones familiares.

Consideramos que hemos cumplido con el objetivo de presentar un estudio a la luz del derecho civil mexicano, en torno a la posibilidad de que el acto de la maternidad por cuenta ajena, sea considerado como un contrato, tratando de adecuarlo a lo dispuesto por la Ley.

Con lo anterior, evidenciamos que la postura doctrinaria que defiende a esta práctica reproductiva como un contrato, es peligrosamente falaz, porque en apariencia pareciera que esto puede cumplirse con todos los requisitos de la Ley, pero de acuerdo a los principios generales del derecho, hemos visto que esto no es así.

De lo anterior, el tratamiento de la maternidad sustituta como un contrato patrimonial, no debe contemplarse en una futura legislación al respecto, pero sin duda el derecho mexicano de familia debe dar una respuesta concreta al mismo y para tal efecto desarrollaremos en la presente investigación, el capítulo concreto

que proponga una alternativa legislativa de la maternidad, que sin duda no debe ya soslayarse en el contexto sociocultural en el que nos desenvolvemos, por lo que en el capítulo siguiente presentaremos nuestra propuesta legislativa al respecto.

CAPITULO V.
“PROPUESTA JURÍDICA EN RELACION A LA
MATERNIDAD SUSTITUTA, EN NUESTRO PAIS.”

Las leyes no son propiamente sino las Condiciones de la asociación civil. El pueblo Sometido a las leyes debe ser su autor; (...) pero, ¿cómo la regularán?, (...) El pueblo de por sí quiere el bien; pero no siempre lo ve. La voluntad general es siempre recta; pero el juicio que la guía no siempre es perspicaz. Hay que hacerle ver los objetos como son, (...) librarle de las seducciones de las voluntades particulares; aproximar a sus ojos lugares y tiempos; contrarrestar el atractivo de las ventajas presentes y sensibles con el peligro de los males alejados y ocultos.

(Jean Jacques Rousseau)

5.1 Consideraciones Generales.

El presente capítulo significa la culminación de esta investigación, que ha tenido como objeto el análisis de una de las técnicas de reproducción asistida más controvertida de los últimos tiempos, la maternidad sustituta, misma que llamó fuertemente nuestra atención al grado de considerarla un digno objeto de estudio, por la complejidad de hechos y circunstancias que esta técnica implica para su realización.

Decimos que esta técnica reproductiva es compleja, porque para su actualización se requiere la aplicación de otras técnicas reproductivas como lo serían, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la selección del sexo, entre otras más que son complementarias a ellas, como la hiperestimulación ovárica, la punción folicular, la donación de gametos y el congelamiento de embriones y de esperma.

Por lo anterior, consideramos que se justifica el estudio de la maternidad sustituta en particular, pues es labor del investigador ser lo más concreto posible en cuanto a la determinación de su objeto de estudio, en aras de dar una propuesta de solución igualmente concreta, lo anterior en virtud de que las técnicas de reproducción asistida, en general, son por demás interesantes, pero requieren un estudio mayor para poder abarcar las implicaciones, alcances y

limitaciones de cada una de ellas. De tal manera que para proponer algún tratamiento jurídico en torno a cada técnica en particular, se requiere de un esfuerzo y tiempo aún mayor al del presente trabajo, es por ello que afirmamos que un estudio global de las técnicas de reproducción humana en su conjunto, nos parece bastante ambicioso.

Otra razón por la que consideramos demasiado interesante a la maternidad por cuenta ajena, en su calidad de objeto de estudio, es el hecho de que para su realización es menester la intervención de terceras personas ajenas a la pareja comitente, de tal manera que el mismo nombre de esta técnica reproductiva nos indica que necesitamos en primer lugar, una mujer que se preste onerosa o gratuitamente a ser inseminada artificialmente o a que se le transplante un embrión para su gestación y alumbramiento, lo cual deberá hacer para hacer posterior entrega del bebé a la pareja solicitante, en segundo término, se tiene la participación de terceros donadores de los gametos femeninos y/o masculinos, sin contar la necesaria participación de una serie de profesionistas, desde médicos, biólogos, genetistas, psicólogos, trabajadores sociales y abogados, quienes posibilitan y vigilan la adecuada aplicación de esta técnica.

La participación de terceras personas en la concepción de un ser humano que se pretende, sea imputado como hijo legal de una pareja comitente de esta técnica de reproducción asistida, le da atractivo a la maternidad sustituta, desde el punto de vista jurídico mexicano, en virtud de que en el derecho civil referente a la materia de la filiación existen presunciones claras y tajantes de paternidad y maternidad que son totalmente incompatibles con la intención y aplicación de esta técnica, por lo cual nos hace preguntarnos ¿de qué manera puede dar una respuesta el orden legal, en materia de filiación, en nuestro país, a dicho hecho social?.

Además de lo anteriormente expuesto, otro elemento que nos hizo optar por la maternidad de "alquiler" como objeto de nuestro estudio, es la circunstancia que

consiste en el hecho de que para la realización de esta técnica, se ha optado por plasmar por escrito el acuerdo de voluntades que precede a la realización de esta técnica, entre la pareja comitente y la madre sustituta, escrito en el cual se establecen todas las circunstancias a las que se obligan cada una de las partes en torno a la aplicación de la técnica en sí, el embarazo y el alumbramiento, también se conviene en la entrega del menor de esta manera gestado, después de su alumbramiento, así como los trámites legales pertinentes que se realizan para establecer la paternidad legal del menor, a través de reclamo de guarda y custodia por parte del padre biológico y un procedimiento de adopción por parte de la mujer miembro de la pareja comitente.

A dicho acuerdo plasmado por escrito, en algunas legislaciones de derecho Comparado, le han llamado y tratado como un "contrato de alquiler de útero" o bien un "contrato de maternidad sustituta", por lo cual nos preguntamos ¿puede ser el útero objeto de un contrato?, ¿puede nuestro cuerpo en su totalidad o sus miembros en lo particular, ser objeto de un contrato?, ¿es esto posible en la legislación mexicana?

Las anteriores interrogantes impulsaron nuestra curiosidad jurídica, al punto de emprender esta investigación, de la cual ya hemos desarrollado los capítulos precedentes, el trabajo realizado en cada uno de ellos posibilita, dar en este capítulo una serie de conclusiones a las que hemos llegado en el desarrollo de esta investigación, así como fijar nuestra posición personal, y por supuesto proponer los elementos mínimos que deben tomarse en cuenta para legislar en tono a la materia.

A continuación presentamos una serie de propuestas en cuanto al contenido de las normas, propuestas, que en un momento dado pueden ser tomadas en cuenta en un proyecto de ley o bien puedan ser un elemento digno de considerarse para un trabajo posterior al respecto, y de esta manera se siga construyendo la ciencia jurídica en relación con el tópico que nos ocupa, a efecto

de que los elementos por nosotros aportados se perfeccionen y en un futuro tengamos una legislación en torno a la maternidad sustituta en particular y de las técnicas de reproducción asistida en lo general, que sea congruente con nuestro sistema jurídico mexicano, regulación que sea un reflejo de los valores de nuestra sociedad, y que no sea una copia más de la legislación existente en otro lugar del mundo.

5.2 La necesidad de una respuesta jurídica

En el capítulo precedente, pudimos llegar a la conclusión que por más que se intente adecuar el convenio que se da entre una madre sustituta y una pareja comitente a los elementos de validez y de existencia de un contrato a la luz de nuestro sistema jurídico mexicano, tal comparación y asimilación, resulta incongruente y completamente inoperante, toda vez, que encontramos una limitante central en el objeto de este acuerdo de voluntades, que se vuelve ilícito, toda vez que sobre las funciones de nuestro cuerpo no puede haber transacción alguna y por ende el acuerdo de gestar a un niño para entregarlo a otras personas, es un hecho que esta fuera de las cosas que se encuentran dentro del comercio.

Lo anterior lo afirmamos porque encontramos que la maternidad sustituta tiene por objeto, en primer lugar, fijar una cantidad de dinero cierta y determinada, al hecho de que una mujer admita llevar en su vientre durante la gestación y hasta el momento del parto, a un embrión producto de una inseminación artificial en el que el material genético femenino sea el de ella misma o bien un embrión, el cual le haya sido implantado en su útero tras una fecundación *in vitro*, con material genético femenino de otra persona o de la madre comitente, fecundado con un espermatozoide del esposo de la madre comitente o bien en un caso extremo con el material genético de un tercero donador.

Por lo anteriormente expresado observamos que el objeto del llamado "contrato de maternidad sustituta", se encuentra, como lo hemos dicho, en el supuesto legal de estar fuera del comercio, pues hay que recordar que los elementos de nuestro cuerpo, entendidas por células, tejidos, órganos, etcétera se encuentran fuera del comercio, y por ende no puede realizarse contrato alguno sobre los mismos, y al ser el cuerpo un elemento de la personalidad del ser humano, el trato jurídico que se da al mismo es el de ser sujeto de derecho y nunca objeto del mismo, es decir el cuerpo y los órganos que lo integran, no pueden ser cosas ciertas y determinables en dinero.

Otro elemento curioso, que encierra el objeto de este supuesto "contrato", es el hecho de que al momento de nacer el menor, la madre gestante se compromete a renunciar sobre sus derechos de patria potestad, no obstante que, la presunción operante en el derecho mexicano se encuentra a su favor, en relación de que la madre es la que da a luz y por ende se tiene que *mater semper certa est*, (la madre siempre es cierta) y de igual manera debe aceptar que el padre del menor tenga la guardia y custodia del mismo, para posteriormente consentir en que la mujer miembro de la pareja comitente lo adopte y se convierta, de esta manera, en la madre legal del menor.

Siendo importante resaltar que dicha presunción a favor de la madre gestante, se deriva del derecho romano, en virtud de que en esos tiempos, resultaría prácticamente imposible que la madre biológica no fuera la que hubiese gestado y parido al niño, sin embargo hoy día con la maternidad por cuenta ajena, la fecundación *in vitro* y el transplante de embriones, se da la posibilidad fáctica de que este principio jurídico, no pueda actualizarse como tal, pues se da la posibilidad de que la madre genética del niño, no sea la madre obstétrica.

Consideramos que el hecho de que la madre sustituta y la pareja comitente lleguen a un acuerdo sobre la patria potestad del menor de esta manera gestado, como objeto de este supuesto "contrato", sería por demás ilegal, toda vez que en

nuestro derecho familiar se establece que las cuestiones del orden familiar son irrenunciables e intransferibles, sobre las cuales no puede realizarse transacción alguna, más aún el artículo 183 ter del Código Civil para el Distrito Federal, establece que tratándose la familia y las relaciones que se derivan de ella, tienen una trascendencia de orden público e interés social.

De lo anterior se deduce que toda renuncia a la patria potestad, por parte de una madre mexicana, a favor de una tercera persona que quiera tomar al hijo en adopción, sería ilegal, toda vez que cualquier cuestión que tenga que ver con la familia, como en este caso lo sería la patria potestad derivada de la filiación, deberá ser dirimida ante un Juez de lo familiar que tome conocimiento del caso y establezca en una sentencia lo que mejor convenga al menor que nazca bajo estas circunstancias.

Las consideraciones precedentes evidencian la necesidad de que exista una legislación coherente y eficaz al respecto, que regule de manera integral, todos los aspectos que la maternidad sustituta encierra en sí y que no se quede en el ámbito de una mera declaración general, realizada de manera superficial y que se exprese en un enunciado normativo, que no concuerde con la realidad fáctica de la sociedad en que se aplica y por ende, propicie más problemas de los que intenta resolver.

Consideramos que un ejemplo de ello, es el caso de la legislación civil del Estado de Tabasco, que si bien hace referencia expresa a la maternidad sustituta en los artículos 92, 347, 351 y 360 del Código Civil de esa entidad, en los cuales intenta resolver principalmente la problemática postparto que se presenta en la maternidad por cuenta ajena, respecto de la patria potestad, así como la guarda y custodia del menor, encontramos en el cuerpo de estos numerales, que los mismos, no hace más que quedarse en un plano meramente abstracto, el cual desde nuestro punto de vista, en la práctica no tendría aplicación, toda vez que dichas disposiciones no son más que la extrapolación de regulaciones de Derecho

Comparado, que contradicen los principios rectores de las relaciones familiares en nuestro país y aún en el mismo Código Civil de Tabasco.

Hacemos esta afirmación, porque si analizamos los preceptos ya señalados, de la legislación tabasqueña, podemos encontrar que, a la maternidad sustituta, se le considera como un contrato, y se establece que la maternidad en estos casos se imputará a la madre comitente, dejando de lado las demás disposiciones de ese mismo código, el cual en materia de contratos se encuentra redactado en el mismo sentido del Código del Distrito Federal, lo que significa, que a la luz de la legislación tabasqueña este "contrato" resultaría nulo, por lo que nos parece muy interesante imaginarnos en que sentido un Juez tabasqueño de lo familiar, fallaría en una litis en la que se le hiciera valer el cumplimiento de esta clase de "contratos", o bien cual sería la consecuencia de declarar nulo dicho contrato, si con la celebración de este tipo de técnicas reproductivas, se ha llegado al nacimiento de un nuevo ser humano, que en ningún momento participó en el acuerdo de voluntades pero que ahora la interpretación de ese acuerdo de voluntades determinará de quien será hijo.

De esta manera consideramos, que las disposiciones del Código Civil de Tabasco son un esfuerzo significativo por legislar en torno a la maternidad sustituta concretamente, sin embargo, hace falta una legislación más profunda y que regule de fondo a la maternidad por cuenta ajena, y que este encaminada a solucionar la problemática que esta técnica reproductiva representa en sí misma, pero sin considerarla por ninguna razón como un contrato.

Por lo anterior, en el siguiente apartado presentamos una propuesta del contenido normativo que debe contener en un momento dado una regulación respecto a las técnicas de reproducción humana asistida y concretamente en torno a la maternidad sustituta, esto sin el ánimo de presentar una iniciativa de ley, pues para ello necesitaría ser el presente trabajo un esfuerzo de técnica legislativa completo, lo que nos llevaría a analizar varios elementos más para presentar una

iniciativa de ley como es debida, sin embargo, consideramos prudente hacer en este capítulo una recomendación en torno a los elementos mínimos del contenido de las normas de una regulación en torno a las técnicas de reproducción humana asistida que incluya por supuesto a la maternidad sustituta.

5.3 Propuesta de legislación en relación a la maternidad sustituta.

A la luz de nuestro sistema jurídico mexicano encontramos que existen disposiciones aisladas en materia de técnicas de reproducción humana asistida, en diversos cuerpos normativos de nuestro país, como quedo expresado en el capítulo segundo de esta investigación, con lo cual podemos decir que en el marco jurídico mexicano, estas técnicas no son del todo desconocidas, como a primera vista pudiera parecernos.

Toca al legislativo mexicano compilar estas normas aisladas y sistematizarlas en un cuerpo normativo concreto, el cual a nuestra consideración debe ser una Ley General de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, misma que deberá tener aplicación en toda la República mexicana, en la cual se debe regular detalladamente a cada una de las técnicas de reproducción humana asistida, por lo cual en dicha Ley, encontraríamos un capítulo expreso para la maternidad sustituta.

Considerando la complejidad de cada una de las técnicas reproductivas, en razón de las cuestiones médicas que para la realización de las mismas son muy puntuales y específicas, pensamos que en un momento dado sería necesario que la aplicación de esta Ley se apoyara en Reglamentos específicos a esta Ley General de Técnicas de Reproducción humana asistida, los cuales se deben pronunciar en torno al uso y aplicación de cada una de estas técnicas.

De lo anterior se deduce que, como ya lo hemos dicho, que la Ley General de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, debe contener un apartado expreso para fijar la posición normativa mexicana en materia de maternidad

sustituta, el cual debe estar íntimamente relacionado con la legislación civil respecto a la filiación y los derechos y obligaciones derivados de la misma.

En relación a la maternidad sustituta, consideramos que esta Ley debe ser puntual en los siguientes aspectos:

1) La maternidad sustituta **nunca debe contemplarse como un contrato** en nuestro sistema jurídico mexicano, toda vez que como hemos apuntado en el capítulo tercero de este trabajo, esta situación, es imposible, en virtud de que un convenio de esta índole es ilegal, contrario a la moral y a las buenas costumbres, que imperan en nuestra sociedad.

2) Recordemos que la maternidad sustituta puede presentarse en diferentes modalidades, una de estas modalidades lo es la **Subrogación comercial**, que se da cuando una mujer acepta embarazarse para entregar el bebé así gestado a otra mujer, como si se tratase de un servicio por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, cantidad a la cual se le da el nombre generalmente de "compensación económica" por todas las molestias y riesgos a las que se expone la madre sustituta, lo que significa en términos lisos y llanos **un verdadero acto lucrativo, lo cual en nuestro país de ninguna manera puede permitirse y por ende, debe prohibirse expresamente en la Ley, que se propone**, es decir, debe existir un numeral que concretamente contemple a la maternidad por cuenta ajena en su modalidad comercial y que establezca que dicho acto estará prohibido y en consecuencia penado en nuestro país.

3) Otra modalidad de la maternidad sustituta, es la que se conoce como **maternidad sustituta total**, la cual consiste en que la madre sustituta, es inseminada artificialmente para concebir al bebé que gestará en su vientre para entregarlo a la pareja comitente después del parto, lo cual significa que **la madre sustituta es la madre biológica del niño**, toda vez que ha aportado su propio material genético para la concepción de ese nuevo ser.

Consideramos que la modalidad de la maternidad sustituta total, **también debe prohibirse y sancionarse a la luz de nuestro sistema jurídico mexicano** toda vez que es en esta modalidad en particular, donde encontramos serios problemas, mismos que se ejemplifican con el caso de "bebe M", puesto que este hecho en realidad implica, el que una mujer entregue a otra, a su hijo biológico y renuncie a todos los derechos parentales que tiene sobre él, para que la mujer miembro de la pareja comitente, lo críe y aparezca como madre legal del niño, hecho que implica una complejidad de orden moral, que ha propiciado que la madre sustituta al saberse madre biológica del bebé que lleva en su vientre, no quiera entregarlo iniciando con ello una dura batalla jurídica por la guarda y custodia del niño, lo cual genera un detrimento en el sano desarrollo psicoemocional de éste último.

Lo anterior porque esta modalidad presenta la posibilidad de afectar mayormente al menor de esta manera gestado, por el hecho de que un día puede saberse hijo biológico de una mujer distinta a la que lo ha criado como su hijo, por lo que consideramos que en la **maternidad sustituta total**, el interés que debe prevalecer es el del menor, por ser de orden público e interés social, teniendo prioridad sobre cualquier otro interés, esta modalidad de la maternidad sustituta total, debe prohibirse.

4) Otra razón por la cual consideramos que la modalidad de la **maternidad sustituta total** debe prohibirse es porque objetivamente, la pareja comitente **no logra la propia reproducción como pareja**, sino que **sólo la logra uno de ellos** que sería el esposo, en el mejor de los casos, toda vez que esta maternidad sustituta total, **también incluye la posibilidad** de que el menor de esta manera concebido, sea **producto de la donación de ambos gametos**, con lo cual el **bebé no tendría ningún nexo biológico con uno o con los dos miembros de la pareja comitente**, por lo cual consideramos que sería más loable el caso que una pareja con imposibilidad de aportar sus propios gametos para la concepción de un nuevo ser y además con la imposibilidad de gestarlo, **decidiera adoptar un**

menor necesitado de un hogar en el que pueda desarrollarse plenamente, que propiciar el nacimiento de un niño, que finalmente adoptarán como su hijo, con la única diferencia que con este último estuvieron al pendiente de él desde el proceso de su concepción hasta su nacimiento, esperándolo con gran expectativa, pero que con todo ello, no es su hijo biológico, sino que lo será de forma legal únicamente a través de la adopción.

5) De lo anteriormente manifestado, proponemos que en el cuerpo normativo de la materia **se permita la maternidad sustituta parcial y altruista**, toda vez que al excluirse sus formas antónimas, es decir la maternidad sustituta total y comercial, por las razones ya expresadas, queda como propuesta de nuestro trabajo de investigación, que ésta última modalidad de maternidad por cuenta ajena, sea la que se aplique en nuestro país de manera legal.

6) La maternidad sustituta en nuestro país **sólo podrá realizarse en el supuesto que la mujer miembro de la pareja comitente, también sea la madre biológica del bebé** de esta manera gestado, es decir, que sea ella la que aporte el material genético femenino para su concepción y que junto con el gameto masculino propicien mediante la fecundación *in vitro* la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista, gestar al nuevo ser.

7) Esta Ley debe limitar a tres intentos de fecundación *in vitro*, y de igual número de implantación de embriones, para la realización de esta técnica, en virtud de la problemática que encierra el congelamiento de embriones con la intención de posteriores intentos, por lo cual si una pareja no logra la viabilidad de estos tres embriones fecundados *in vitro*, se considerará a esta pareja como imposibilitada para seguir intentando dicha técnica, en virtud del desgaste emocional, físico y económico que la misma representa, por lo cual se les proporcionará en todo momento asesoría psicológica del caso.

8) La madre sustituta que acepte de manera altruista, la implantación de un embrión en su útero, no podrá atentar contra el sano desarrollo de ese embrión en su vientre por negligencia o descuido de su parte o bien propiciar el aborto del feto, a menos de los casos permitidos por la legislación penal al respecto.

9) Sólo se permitirá la maternidad sustituta **altruista**, es decir, sin mediar compensación económica alguna, por las molestias y riesgos causados, se le implante el embrión en su útero a efecto de gestarlo hasta su nacimiento y posteriormente entregado a sus padres biológicos.

10) La **maternidad sustituta parcial y altruista**, sólo debe permitirse en el **único supuesto en que la mujer miembro de la pareja comitente tenga una imposibilidad real para gestar**, es decir que tenga un problema uterino, ya sea por malformación o tamaño, lo que haga imposible la gestación, pues en estricto sentido esta técnica fue creada para solucionar esta clase de problemas y no para las tergiversaciones para la cual ha sido empleada, como por ejemplo, el que una mujer recurra a ella, sólo por el simple hecho de no querer padecer las molestias y riesgos propios del embarazo, por no querer detener el ejercicio de lucrativas carreras o bien por el simple sentimiento egoísta de procurarse una compañía, al haber decidido vivir solas y prescindir de la necesaria conjunción de un hombre para procrear un hijo.

11) Además de las circunstancias particulares por las que muchas veces algunas mujeres han desvirtuado el fin original de la maternidad por cuenta ajena, debe **prohibirse tajantemente**, el hecho de que recurran a esta práctica, **parejas de homosexuales varones**, los cuales, al evidentemente estar imposibilitados para la concepción y la gestación por su naturaleza masculina, deciden recurrir a los "servicios" de una mujer, que acepte ser inseminada artificialmente con el semen de uno de ellos, gestar a ese bebé y entregárselos al momento de nacer, circunstancia que por supuesto no debe permitirse en nuestro país.

12) El hecho de que en un momento dado se permita la maternidad sustituta parcial altruista, podría ser debatido jurídicamente, con el hecho de que se estaría atentando contra el principio de derecho de *mater semper certa est*, el cual surgió y se aplicó por el hecho natural de la gestación y el alumbramiento, que sólo podía ser presentados por la madre biológica del niño, es decir quien cuyo óvulo hubiese sido fecundado por el espermatozoide. Esto porque en épocas anteriores no se conocían ni se podía recurrir a extraer el óvulo de una mujer y fecundarlo artificialmente en el laboratorio, sin embargo, la tecnología de hoy día lo permite, y habrá que tomarlo en cuenta para considerar que la realidad científica, ha rebasado este principio y por ello en la actualidad la mujer que gesta y da a luz a un ser humano, no necesariamente es la madre biológica del niño.

13) En términos médicos una mujer que sólo gesta el hijo de otra tiene la función de propiciar el medio necesario para el desarrollo de ese embrión, hasta su total formación que culminará con el momento del parto, pero no sería la madre del niño.

14) Al no ser la madre gestante la madre biológica del pequeño, **la mujer miembro de la pareja comitente podrá reclamar la maternidad del niño**, demostrando con la **prueba genética pertinente** que el bebé así nacido es su hijo biológico, con lo cual esta técnica cumpliría con la finalidad original para la cual fue creada y el derecho no se volvería cómplice de conductas que van en contra de la moral y las buenas costumbres, en relación a que el resultado de la aplicación de esta técnica de reproducción humana asistida, tiene sin duda repercusión en la vida de varios seres humanos, pero sobre todo en la de ese menor que nació por medio de ella, interés del bebé que cual debe estar por encima del interés de los demás involucrados.

15) Otro elemento importante a considerar, es la propia **madre sustituta** en el sentido de que en este supuesto de maternidad sustituta parcial altruista, la madre sustituta **debe tener una motivación personal**, para aceptar que se le

implante el embrión de un ser humano, para gestarlo en su vientre hasta el momento de su nacimiento y entregarlo a una pareja estéril específica con la intención de ayudarlos a conseguir la propia reproducción.

Consideramos que este supuesto sólo se podrá dar para el caso de que la madre sustituta, **tenga un fuerte vínculo de amor o amistad con la pareja comitente**, sentimiento que a final de cuentas motive a esta mujer a realizar este acto para ayudar a una pareja estéril a tener un hijo biológico, con lo cual se estaría evitando el comercio disfrazado de muchas mujeres y agencias intermediarias, que hacen de la gestación por cuenta ajena su *modus vivendi*, en detrimento de sus propios cuerpos y de la dignidad humana.

Consideramos que la única modalidad de reproducción humana asistida que puede permitirse a la luz de nuestro derecho mexicano, lo es la que se refiere a una sustitución parcial y altruista, por los argumentos que se han esgrimido en líneas precedentes y además por las posibilidades fácticas de ésta, pues en realidad puede sonar fácil de realizarse, pero a la luz de los requerimientos médicos y humanos para ello, no lo es, por lo cual, estos requisitos, constituyen obstáculos reales difíciles de salvar, de esta manera cuando las parejas logren cubrir todos estos requisitos, estarán en la posición de no atentar contra el orden público, el interés social, la moral y las buenas costumbres, mismas que son un elemento central en las cuestiones de familia, al cubrir con las condiciones necesarios para la realización de esta técnica, la pareja comitente demuestra con creces su aptitud para lograr la propia reproducción a través de esta técnica.

Con la intención de ser más específicos, sostenemos que la maternidad sustituta parcial y altruista, se vuelve muy cerrada por el hecho, de que por lo general una mujer con alguna malformación congénita en su aparato reproductivo a nivel de útero, presenta dificultad también para una óptima ovulación, o bien en muchos de los casos los óvulos no son viables a ser fecundados, toda vez que presentan información genética alterada, lo cual hace imposible desde el punto de

vista médico que se pueda llevar a cabo la fecundación *in vitro*, porque se haría con un conocimiento cierto de que ese ser humano nacería con problemas de índole genético que se expresaría en síndromes o taras, con lo cual el garantizar que la mujer miembro de la pareja comitente puede acceder a la realización de la maternidad sustituta parcial, estará supeditado al hecho de la realización de diversidad de estudios médicos y genéticos para determinar la viabilidad de sus óvulos para efectos de ser fecundados y dar origen a un nuevo ser, lo que en sí constituye un alto grado de dificultad, así como un desgaste físico, emocional y económicos impresionantes.

Otro de los impedimentos prácticos y difíciles de salvar de la maternidad por cuenta ajena en su modalidad de parcial y altruista, lo es precisamente el hecho de que sea altruista, toda vez que no negaremos que el sentimiento que rige en muchos de los casos las relaciones humanas es el egoísmo y por ende es difícil que una persona haga algo en su propio detrimento para beneficiar a alguien más, sin obtener a cambio nada más que una posible gratitud, con lo cual el sentimiento del altruismo se hace muy difícil de encontrar y las posibilidades fácticas de realización de esta técnica, se reducen al mínimo.

Derivado de lo anterior, encontramos que la modalidad de altruismo, significa un obstáculo real para la actualización de la maternidad por cuenta ajena, con lo cual sólo se hará posible a través de la intervención de familiares cercanas o amistades profundas, con lo cual el legislador debe establecer que el único caso en que se puede aceptar la maternidad sustituta en nuestro país sea el de la maternidad parcial altruista, por ser esta modalidad la que cumple con el objetivo original de la maternidad por cuenta ajena, el cual era lograr la propia reproducción de una pareja y no que se convierta en un burdo mercado de niños "por encargo".

Como punto final y a efecto de garantizar legislativamente el hecho de un real altruismo, toda vez que no queremos cegarnos a la circunstancia de que tal

“altruismo” en un momento dado se podría fingir o disfrazar, es necesario establecer jurídicamente la necesidad de que el centro de infertilidad en el cual se lleve a cabo esta técnica, tenga la obligación de establecer en el expediente médico del caso, además de los estudios médicos, psicológicos y jurídicos de los pacientes, es decir la madre biológica y la gestante un estudio de trabajo social, en el que se compruebe fehacientemente la relación de amistad o parentesco que une a ambas madres.

De esta manera, concluimos, nuestra propuesta del contenido, que debe presentar una legislación relacionada con la maternidad sustituta, propuesta que ha surgido como consecuencia lógica de la investigación realizada en capítulos precedentes, con la intención de colaborar al estudio jurídico de esta técnica de reproducción humana, a la cual sin duda se le debe plenamente delimitar en nuestro país.

5.4 Consideraciones Finales

El presente trabajo, ha tenido la intención de reflexionar en torno a uno de los temas más actuales de derecho de familia, que rebasa disposiciones jurídicas que en la materia existían constituyendo una prueba más de que el desarrollo tecnológico del ser humano, le lleva a transformar los hechos y valores sociales, en virtud de que el hombre ha tocado terrenos que antaño no eran pensados más que en la literatura de ciencia ficción, pero que, hoy día constituyen una realidad social que necesita ser contemplada por el derecho, para conservar el principio de justicia que debe imperar en los miembros de la sociedad.

Tal es el caso de la maternidad sustituta, técnica de reproducción humana asistida que hemos optado por analizar en virtud de que las técnicas de reproducción humana asistida en sí son bastantes, y por demás complejas, como hemos señalado en el capítulo primero de esta tesis, al tratarlas someramente con la intención de tener un marco referencial en torno a ellas, por lo que para no ser

dispersos, pensamos, es mejor analizar una técnica en concreto y optamos por la maternidad sustituta.

Tal decisión la tomamos, considerando que la maternidad por cuenta ajena es una técnica compleja en sí misma desde el momento mismo de su realización, pues para ella, como ya se ha dicho, es necesaria la aplicación de otras técnicas de reproducción humana asistida, del igual manera es compleja por el hecho mismo de la calificación o tratamiento legal que se le da al acuerdo de voluntades que se presenta entre las partes que intervienen en la realización de esta técnica, en la que establece claramente a que se comprometen cada una de ellas, finalmente consideramos compleja a esta técnica, porque con el nacimiento de un ser humano puede haber una reputación de la paternidad legal, incluso hasta de cinco personas, como se analizó en el capítulo segundo de este trabajo.

De lo anterior se deduce el porqué desarrollamos en la presente investigación, la técnica denominada maternidad sustituta, esto fue con el ánimo de ser lo más concretos posibles y no caer en la dispersión que nos hubiera provocado el hecho de estudiar a cada una de las técnicas de reproducción humana asistida, pues es pertinente señalar que cada una de ellas por sí, puede constituir un objeto digno de estudio, toda vez que cada una de ellas trastocan a su vez las instituciones establecidas en el derecho de familia, sin embargo ese estudio a nuestro punto de vista, nos parece muy ambicioso y arriesgado, pues implica un esfuerzo mayor.

Sin embargo, con el estudio de la maternidad por cuenta ajena esperamos haber contribuido por lo menos en poco a una compilación general que se siga configurando con el paso del tiempo sobre las técnicas de reproducción humana asistida en general, toda vez que el desarrollo de la ciencia en la materia, cada día se consolida más y se perfecciona, existiendo incluso proyectos de posibilitar la reproducción del ser humano de manera asexual y ectogénica, esto es, se pretende quitar la forma natural de perpetuación de la especie y posibilitar la

fecundación y gestación hasta el nacimiento de un ser humano se de en el laboratorio, incluso con la manipulación genética propiciar una serie de nacimientos de niños por "encargo" en donde los padres mencionen las características que desearían presentaran sus hijos y con ello, obtener niños por "catalogo", circunstancias todas que suenan a ciencia ficción, pero que están más cerca de lo que creemos, por lo cual el desarrollo de la investigación jurídica al respecto, se encontrará en los siguientes años con constantes dilemas ético jurídicos a los cuales deberá dar respuesta.

Pensamos que el estudio y análisis de las diversas técnicas de reproducción humana asistida en general y el de la maternidad sustituta en lo particular, es más que pertinente y necesario en virtud, que el desarrollo de las mismas está rebasando la capacidad de respuesta del derecho en la mayoría de los países, y el nuestro no es la excepción, por lo cual debe tomarse seria consideración al respecto, toda vez que no hay duda respecto a que una de las ramas más importantes del derecho es la materia de Familia, en virtud que los sujetos de la misma, son los seres humanos en su relación de pertenencia a una familia, que constituye su origen y propicia la identidad del mismo, el cual es un factor determinante para su interactuar con el mundo exterior, sin olvidar el principio sociológico, de que la familia es la célula de la sociedad y ante tal importancia, se justifica la búsqueda de un marco legal adecuado en materia de reproducción asistida.

Toda vez que es de todos conocidos que en la medida que el ser humano logre un sano desarrollo psicoemocional podrá ser un ciudadano productivo que contribuya positivamente para el desarrollo general de nuestra sociedad, el estudio de la materia de reproducción humana asistida y sus consecuencias en las instituciones del derecho de Familia se hace por demás imperante en virtud, de que las diversas técnicas de reproducción asistida que a la fecha existen, inciden sin duda en condiciones de filiación y parentesco, con sus derivadas

consecuencias como lo serían; patria potestad, derechos sucesorios, bienes, guardia y custodia, alimentos, y derechos de la personalidad entre otros.

Recordemos que el derecho de familia es de orden público e interés social, en virtud de que regula quizá el bien jurídico máspreciado, el cual es la vida del ser humano desde su etapa gestacional hasta después de su muerte, en cuanto a sus relaciones de parentesco y las relaciones jurídicas que de ello se derivan, por lo cual no se debe dar en ningún modo un tratamiento frívolo e intransigente, porque por más que en un momento se declare nulo por ejemplo un contrato de maternidad por cuenta ajena, jamás se podrá declarar nulo el hecho del nacimiento de un ser humano por a causa de la aplicación de esta técnica, y por más que en materia de responsabilidad civil tanto objetiva como subjetiva se hable de una reparación de daños y el pago de perjuicios, en materia del nacimiento de un niño por causa de maternidad sustituta, no alcanzamos a dilucidar en este momento como se podrá cuantificar el daño que se ocasione a un ser humano que en ningún momento pudo haber decidido en modo alguno la forma en la que su vida tendría origen y la forma en que nacería, además que lo complejo de su origen y relaciones filiales le acompañará toda su vida.

Por último, queremos apuntar que un elemento central que al jurista mexicano, no debe escapar en el estudio de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida y en concreto en la aplicación de la maternidad por cuenta ajena, lo debe ser las consecuencias prácticas que las mismas tienen en las familias que se originan por la recurrencia a técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país, a la luz de los valores familiares y la moral que se observa en la sociedad mexicana.

Lo anterior, sólo podrá ser llevado a cabo en la medida que pueda conocerse estadísticamente y con veracidad los datos relacionados con la aplicación y uso de los diversos métodos de reproducción humana artificial en nuestro país, lo cual se dará en la medida que la materia sea debidamente

regulada en nuestro país y por lo tanto las instituciones de salud, privadas o públicas aporten los datos de los casos que se atiendan en la materia.

Al respecto existe **un estudio europeo** de la materia, mismo que se ha podido realizar porque en la mayoría de los países de ese continente las técnicas de reproducción asistida se encuentran reguladas desde la década de los ochentas y noventas del siglo pasado, lo cual ha propiciado que se cuente con datos concretos que permitan arrojar conclusiones concretas en torno a las familias que de esta manera se han creado.

A manera de colorario podemos decir que este estudio europeo sobre familias producto de técnicas de reproducción asistida, realizado en el año 2000, se enfocó a las familias que en las dos últimas décadas del siglo veinte recurrieron a estas técnicas reproductivas y por ende esos niños son ahora unos adolescentes que tienen una vida de relación con sus respectivas familias y una forma de interactuar con la sociedad en general, por lo que el objetivo central de dicho estudio fue investigar la calidad de las relaciones progenitores-niños en familias creadas como producto de las dos técnicas más usadas en esas época que fueron la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial de donante, comparando esas familias con dos grupos controles, uno con niños concebidos de forma natural y otro de familias con un niño adoptado.²⁰³

Los hallazgos de este estudio demostraron que las madres de niños de reproducción asistida, muestran mayor afecto hacia sus hijos, están más implicadas emocionalmente, interaccionan más con ellos y refieren menos estrés asociado con la maternidad que el grupo control formado con madres con niños concebidos de forma natural. Se encontró además, que los padres de reproducción asistida interaccionaban más con sus hijos y contribuían más en la

²⁰³ GUERRA DIAZ, Diana. "Como afrontar la infertilidad". Ed Planeta, Primera reimpresión, Barcelona, España, 2000, pp. 175.196.

paternidad, particularmente en Holanda, que los padres que habían concebido en forma natural.

Con respecto a los propios niños, producto de la fecundación *in vitro*, no hubo diferencias globales en la presencia de trastornos psicológicos evaluados, ni tampoco en la percepción de los niños de la calidad de las relaciones familiares o en el desarrollo de su autoestima. En este sentido, se puede decir que estos son datos muy alentadores que confirman la naturalidad de las familias que han tenido un niño producto de fecundación *in vitro* y sobre todo de la normalidad de los niños en sí.

En relación a los niños producto de donación de material genético, el estudio se realizó para constatar la veracidad de los argumentos que al respecto se han esgrimido en relación a que la no existencia de un vínculo genético entre el niño y uno de los padres puede suponer un riesgo para la relación entre el padre no biológico y el niño, además que el secreto que sigue a la inseminación de donante y a la donación de óvulos, puede ser lo que hace que las relaciones familiares se vean alteradas y que los niños concebidos por la donación de gametos pudieran sentirse engañados al descubrir los hechos reales sobre su concepción si éstos no le han contado la verdad sobre la misma.

Al respecto de los niños nacidos por la donación de material genético el estudio europeo de referencia no encontró ninguna diferencia importante, en cuanto a la calidad de la maternidad o paternidad en las familias de reproducción asistida, evidenciando que la falta de un vínculo genético entre uno o ambos progenitores no tiene una consecuencia negativa para la interacción padres-niños, siendo similar el caso, para las familias adoptivas.

En relación a los niños que no tienen ningún vínculo genético con sus padres, en razón de haber sido adoptados, este estudio europeo, reveló que los padres adoptivos contribuyeron más a la disciplina del niño que los padres de

reproducción asistida, toda vez que éstos últimos tendían a ser más flexibles con sus hijos, en virtud de haber padecido una espera más prolongada por ellos y por haber realizado varios intentos para poder concebirlos, gestarlos y verlos nacer.

No obstante lo anterior, se ha visto que los niños adoptados muestran un incremento en los problemas emocionales y conductuales en la adolescencia en comparación a los niños no adoptados, además un incremento en el interés por sus progenitores biológicos, lo que en un momento dado puede ocurrir con los niños producto de donación de material genético.

Por lo que respecta a las dificultades en el desarrollo emocional y social de los niños, en virtud de las circunstancias propias de su origen, refiriéndose a las técnicas de reproducción asistida, aparecen cuando estos métodos de concepción interfieren con los procesos de interacción entre los progenitores y el niño. Se cree que los secretos dificultan los lazos familiares porque establecen fronteras entre los que saben el secreto, y los que no, condición que causa ansiedad cuando los temas relativos a la información oculta son discutidos o aparecen en el contexto familiar.

Derivado de lo anterior, se observó que para una relación familiar exitosa, se requiere una adecuada conducción de los padres en torno a ser coherentes en su desempeño como tales, con las bases de amor, protección y disciplina, circunstancia que origina una mayor adhesión entre padres e hijos, que el hecho de la relación biológica en sí.

El estudio de referencia fue realizado, por la preocupación de sociólogos y psicólogos, referente al hecho de que el desarrollo socioemocional de los niños, está fuertemente relacionado a la calidad de las relaciones de adhesión del niño con sus padres, por lo cual se consideraba pertinente dicho estudio en las familias que eran producto de las técnicas de reproducción asistida.

Consideramos al respecto, que en nuestro país debido a que no ha existido legislación específica al respecto, no se puede contar con una estadística confiable, en torno al número de niños que han nacido por medio de técnicas de fecundación asistida y por ende, en este momento no nos encontramos en la posibilidad de realizar un estudio de esta magnitud, no obstante que en la medida que estas técnicas sean debidamente controladas por la Ley, se podrá tener una referencia exacta de dichas técnicas en la constitución de algunas familias mexicanas, y en el desenvolvimiento de las mismas en virtud de esta circunstancia.

Consideramos que dicho estudio podrá realizarse dentro de unos cinco o diez años, si se regula, en nuestro país, la materia de reproducción humana asistida, por ejemplo, en la presente legislatura. La elaboración de tal análisis corresponderá a sociólogos, psicólogos, economistas y juristas, que observen y sistematizan el impacto que las técnicas de reproducción humana asistida tengan sobre las familias mexicanas así constituidas.

Por último, consideramos pertinente señalar, que la decisión de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, y concretamente a la maternidad sustituta, es un asunto que atañe a cada pareja, pero finalmente debe tomar en cuenta serias consideraciones de carácter, psicológico, legal, médico y aún económico para la realización de las mismas, en virtud, que en materia de familia las consecuencias que se tienen repercuten directamente en el sano desarrollo socioemocional o no de un ser humano, que con el paso del tiempo hará serias interrogantes sobre su origen, cuestionamientos a los cuales se les debe dar una respuesta satisfactoria, por lo cual dicha decisión se vuelve de carácter público e interés social y por ende las limitaciones legales al respecto se justifican en aras de la protección de un bien jurídico mayor, el cual es la estabilidad y el sano desarrollo de un menor.

Al respecto, la sociedad Americana de esterilidad (*American Fertility Society*) recomendó en 1990, que se dijera a los niños concebidos mediante donación de gametos, la verdad sobre sus orígenes. Esto se ha convertido en Ley en Inglaterra, donde es obligatorio dar información no identificativa a los niños cuando cumplen dieciocho años. En Suecia, los individuos que han sido concebidos por donación de gametos tienen incluso derecho a información identificativa, lo que les permite contactar con el donante cuando adquieren la mayoría de edad.

Este movimiento consistente en la posibilidad de dar la información que se maneja en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en las que han intervenido donadores de gametos, se debe a que las investigaciones realizadas sobre la adopción, han demostrado que para algunas personas el conocimiento sobre sus orígenes genéticos es importante en el desarrollo de su identidad y de incluso su historial genético en cuanto a posibles enfermedades hereditarias.

Se desconocen a la fecha cual es el riesgo-beneficio de dar esta información a los niños creados por técnicas de reproducción humana asistida, en relación a las consecuencias que puede ocasionar, lo cierto es que a diferencia de los niños adoptados, estos niños presentan generalmente un lazo biológico con uno de los padres, además el hecho de que haya sido un niño por demás deseado puede ser una notable diferencia, que contribuya en gran manera a evitar consecuencias negativas sobre el conocimiento que el menor pudiera tener en torno a su origen.

De esta manera encontramos que los padres del menor concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida, son libres de escoger la información a dar a sus hijos sobre este tema, pero podemos decir sin lugar a dudas que concretamente en la maternidad sustituta, una de las dificultades que afrontarán los padres "no naturales", y concretamente la madre que no gestó a ese

niño, será la decisión sobre decirle al niño, ya sea fruto de donante o no, cuál fue el camino que siguieron para su concepción.

Derivado de lo anterior, esperamos que el desarrollo de la presente investigación contribuya a el tratamiento jurídico de un tema delicado por la materia en que incide, el cual es la Familia y derechos de la personalidad, con lo cual la legislación de la materia debe ser dictada con un profundo sentido humano y de responsabilidad por las consecuencias que estas técnicas de reproducción humana asistida y en particular la maternidad sustituta traen consigo.

Además de la contribución jurídica que este esfuerzo de investigación signifique, esperamos que sirva de punto de reflexión y apoyo a todas aquellas personas que padecen algún impedimento o imposibilidad para poder reproducirse y formar una familia por el simple contacto sexual, a efecto de que si en un momento dado toman la decisión de vida, que signifique recurrir a estas técnicas de reproducción humana asistida y en particular a la maternidad por cuenta ajena, tomen en consideración las implicaciones de ello, y el hecho de que sobre todo tendrán consecuencias emocionales en ellos mismos y en el bebé que de esa manera nazca, consecuencias que no pueden ser anuladas con una simple resolución judicial como lo sería el caso que una sentencia declare nulo un contrato de maternidad sustituta, sino que significan una circunstancia que un ser humano tendrá que tener consigo por toda la vida, ante la cual deberá en un momento dado tomar una actitud y seguir viviendo.

CONCLUSIONES.

Derivado del desarrollo de la presente investigación, consideramos pertinente arribar a las siguientes conclusiones.

PRIMERA: No cabe duda que es una aspiración natural del ser humano, el reproducirse, en general, todas las personas, hombres y mujeres, creen que tienen el derecho a decidir si quieren procrear o no. Sin embargo, de acuerdo a datos proporcionados por la Organización Mundial de la Salud, existen en el mundo ochenta millones de parejas con problemas para concebir, es decir, quince de cada cien parejas no logran tener un bebé vivo, existiendo la tendencia real de crecimiento en cuanto al número de parejas afectadas por los problemas de esterilidad e infertilidad en virtud de toda una serie de factores que propician directa o indirectamente esta situación, como lo son; los hábitos ocupacionales modernos, la postergación de la maternidad para edades mayores, el mayor consumo de drogas, alcohol, tranquilizantes, los hábitos alimenticios, el excesivo ejercicio, el uso de contraceptivos, entre otras circunstancias más.

SEGUNDA: Consideramos haber demostrado de acuerdo a la bibliografía de la materia que los problemas de infertilidad o esterilidad provocan sin duda un estado emocional anormal, de tal manera que las personas que las padecen deben ser tratados de manera psicológica para que puedan ver su limitación reproductiva con objetividad, a efecto de poder disfrutar los demás aspectos de su vida personal, cuidando el aspecto emocional del caso, esto les llevará a buscar respuestas coherentes a su problemática personal, lo cual le evitará experimentar sentimientos negativos de sufrimiento, expresados en dolor, angustia, desesperación, y frustración por los objetivos no alcanzados. Visualizar a una pareja estéril o infértil en este contexto psicológico, permite al jurista justificar el estudio de esta problemática social, no obstante que las tendencias de los gobiernos en general sea el de aplicación de políticas que controlen la natalidad y que con las técnicas de reproducción humana asistida se busque precisamente el

nacimiento de más seres humanos bajo circunstancias que en otras épocas se hubieran considerado imposibles.

TERCERA: La década de los setentas significa el parteaguas definitivo en el desarrollo de la investigación científica tendiente a solucionar los problemas de esterilidad e infertilidad, en esa época nace la primera niña fecundada *in vitro*, cuyo embrión fue transferido artificialmente al útero de su madre, propiciando que muchas parejas vieran en estos hechos científicos una esperanza a la cual aferrarse para lograr la propia descendencia, tomando la decisión de acudir a este tipo de centros de salud reproductiva que rápidamente se reprodujeron con un éxito lucrativo significativo, alrededor de casi todo el mundo, las parejas infértiles o estériles acuden a estos centros con una noción superficial del asunto, pues en todo esto, los medios de comunicación han jugado un papel determinante, en virtud de que hacen ver a estas técnicas como algo de fácil acceso y de respuesta inmediata al objetivo de ser padres, pero, por lo general, no presentan la serie de implicaciones, médicas, psicológicas, socioculturales y aún económicas que las mismas significan.

CUARTA: Al tener una diversidad de consecuencias e implicaciones de las más diversa índole, las técnicas de reproducción asistida, han sido objeto, desde su surgimiento de constantes debates en lo que toman parte principalmente un grupo de detractores de las mismas, a las cuales, estos, las consideran inmorales, antinaturales, atentatorias de la dignidad humana e incluso propiciatorias de un problema social mayor que el que intentan solucionar, así mismo se encuentran en la mesa de discusiones la comunidad científica que ha defendido de manera vehemente y a niveles más moderados la filantropía que encierra el desarrollo y aplicación de las mismas en virtud de que éstas contribuyen aliviar el dolor sistemático que experimenta una pareja con una imposibilidad de lograr reproducirse y por último en la mesa de análisis se encuentra el jurista, el cual debe evaluar con objetividad los argumentos planteados por las partes y dar a

cada uno su justa dimensión, a efecto de plasmar todas las voces en un trabajo legislativo coherente con todo el sistema jurídico del país del que se trate.

QUINTA: Contrario a lo que se supone por muchos doctrinarios, nuestro ámbito jurídico mexicano cuenta con un marco legal en torno a las técnicas de reproducción humana asistida, a partir de su Carta Magna, también en ordenamientos secundarios como lo son; la Ley General de Salud, el Código Civil del Distrito Federal, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el Código Civil de Tabasco y el Código Penal para el Distrito Federal, así como legislación de carácter terciario, como lo es el Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud. Lo cierto es que esta serie de normas en torno a las técnicas de reproducción asistida en nuestro país, se encuentran dispersas y mal planteadas desde el punto de vista legislativo, toda vez que muchas de ellas se han establecido tal cual lo marcan algunas legislaciones de Derecho Comparado, sin procurar que las mismas se encuentren en armonía con el sistema jurídico mexicano, por lo anterior, es labor de los abogados mexicanos, realizar el estudio correspondiente a nuestra realidad contextual y proponer una regulación específica que armonice los principios generales de Derecho, bajo los cuales nos regimos, a la vez de realizar una labor de sistematización de las normas que se encuentran dispersas respecto a las técnicas de reproducción humana asistida en los ordenamientos jurídicos que ya se han mencionado.

SEXTA: En la presente investigación decidimos realizar el análisis de una técnica de reproducción humana asistida controversial desde su denominación y con el ánimo de no propiciar superficiales discusiones consideramos prudente manejarla a lo largo de este texto indistintamente como: maternidad sustituta, maternidad por cuenta ajena o bien alquiler de útero. Optamos por el estudio de esta técnica en particular, por considerarla muy interesante, en virtud de su complejidad desde el punto de su realización médica, puesto que encierra la aplicación de varias técnicas de reproducción artificial, en el mismo tratamiento,

también por su complejidad en cuanto al número de personas que intervienen en ella, personas de cuya voluntad dependerá la consecución del objetivo inicial o no y por último porque también encierra una complejidad jurídica, pues derivado del Derecho Comparado, el acuerdo de voluntades que da origen a esta técnica en algunos países se le ha considerado un contrato perfectamente exigible en cuanto a su cumplimiento o su exacta interpretación ante los tribunales, mientras que en otros países, a este acuerdo de voluntades, se le ha considerado como un acto completamente nulo y sin efecto jurídico alguno, no obstante que de la aplicación de dicha técnica nazca un ser humano que será objeto de complicadas relaciones filiales que no se encuentran resueltas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos como sería el caso de nuestro país y que sin duda atenta contra el derecho de todo hombre de conocer su origen e identidad.

SÉPTIMA: Al ser la maternidad por cuenta ajena una forma de lograr la propia descendencia de ambos miembros de la pareja estéril o de por lo menos uno de sus miembros, es sin duda una técnica que se aplica alrededor del mundo sin importar la calificación que las disposiciones legales den respecto de ella, es decir es un hecho social, plenamente comprobable porque a partir de ella han nacido muchos seres humanos alrededor del mundo, y ante la tendencia real del crecimiento de problemas de esterilidad e infertilidad suena lógico suponer que esta técnica al igual que las demás técnicas de reproducción humana asistida seguirán en un continuo y ascendente uso, y por supuesto nuestro país no es la excepción en cuanto a su aplicación, más aún porque el marco jurídico existente en la actualidad en nuestro país no ha marcado una posición legal concreta respecto de la maternidad sustituta, lo cual permite su realización bajo el amparo del principio de que “todo lo que no está prohibido está permitido”.

OCTAVA: Por lo general se defiende la aplicación de esta técnica de reproducción humana asistida, bajo el argumento principal de que la maternidad por cuenta ajena se presenta en nuestra sociedad como una alternativa de solución a problemas de esterilidad por problemas uterinos que impiden a la

madre comitente gestar a un nuevo ser. Sin embargo, como práctica social permite varias vertientes, como lo son que también a esta técnica en particular recurren parejas de homosexuales que por su puesto se encuentran impedidos naturalmente para un embarazo, o bien se ha recurrido a la aplicación de esta técnica por parte de mujeres que en realidad desean evitarse las molestias naturales de la preñez y el contratiempo que esto significaría para una lucrativa carrera.

NOVENA: Derivado del contexto social en el que se aplican la maternidad sustituta, existe un florecimiento de centros supuestamente "especializados" en ser intermediarios entre parejas comitentes y madres sustitutas, lo que ha ocasionado otra problemática más en torno a la aplicación de la maternidad por cuenta ajena, el cual consiste en el hecho de que a través de esta práctica se da una expresión más de la llamada explotación del hombre por el hombre mismo, puesto que estas agencias intermediarias recurren generalmente a mujeres de escasos recursos y de suma ignorancia, abusando por lo general de esta condición para poder obtener lucrativas ganancias por "gastos de representación", de igual manera se puede dar el caso contrario, que la madre sustituta, no obstante de haber entregado al menor por ella gestado se da a la tarea posterior de querer interferir en la vida de la pareja comitente y del menor a modo de un permanente chantaje con el que puede obtener lucrativas cantidades de dinero, o bien hacer simplemente de la maternidad sustituta su *modus vivendi*, en detrimento de su propio cuerpo y perjuicio de su salud y calidad de vida. Sin embargo, todas estas son problemáticas que se dan porque no se encuentran contempladas por ningún ordenamiento jurídico que las prevenga y las sancione.

DECIMA: La literatura anglosajona que existe en torno al tema de la maternidad sustituta, marcó las directrices de su estudio y aún de su denominación, toda vez que fue en esos países donde se le comenzó a aplicar y por ende fue en sociedades como la de Estados Unidos e Inglaterra, donde se vivieron las consecuencias prácticas de la maternidad por cuenta ajena, desde la

década de los ochenta, por lo que en algunas legislaciones locales de los Estados Unidos como se ha considerado a esta técnica reproductiva como un contrato, es por ello que en el capítulo cuarto de esta investigación tratamos de asimilar el acuerdo de voluntades que da origen a la maternidad sustituta a las disposiciones contractuales del Código Civil del Distrito Federal y a los lineamientos doctrinales mexicanos en materia de contratos, concluyendo que evidentemente este tipo de convenios a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, resultan nulos, absurdos y carentes de todo derecho.

DECIMO PRIMERA: En un afán de tratar de homologar el convenio que da vida a la maternidad sustituta a todos los elementos del contrato, según el derecho vigente, encontramos que este convenio, disfrazado de contrato, sería nulo por cuanto hace a que su objeto tendría dos elementos centrales, el primero de ellos sería permitir la implantación de un embrión humano en el útero de una mujer que lo gestará hasta el momento del parto, para posteriormente recibir una "compensación" económica por las molestias que esto le ocasionara, lo cual equivaldría en términos lisos y llanos a un alquiler del útero para convertirse en lo que médicamente se conoce como "incubadoras humanas", cayendo en el comercio de algo que esta fuera de éste, es decir que se considera imposible de ser cuantificado en dinero, porque no es un objeto sobre el cual se pueda decidir, pues hay que recordar que el cuerpo humano, es como elemento de la personalidad del ser, un sujeto de derecho y nunca objeto de derecho.

Otro elemento del objeto de este supuesto contrato, lo sería el que la madre sustituta una vez que nace el menor por ella gestado, debe renunciar a la patria potestad que ejerce sobre él y aceptar la guardia y custodia del padre natural y la adopción de la esposa miembro de la pareja comitente, como madre legal del menor o bien en su caso hacer un reconocimiento expreso de la maternidad biológica de la esposa de la pareja comitente, en caso de que esta última haya aportado su óvulo para la fecundación, para posteriormente desaparecer de la vida de la pareja comitente y del menor, hecho que sería en sí ilegal, toda vez que

hay que recordar que el artículo del Código Civil para el Distrito Federal, establece que las cuestiones de familia son de orden público e interés social, por lo que una madre no puede renunciar derivado de un convenio de esta índole a la patria potestad de un menor por ella gestado, pues en nuestro derecho cualquier cuestión sobre la patria potestad o guarda y custodia de un menor, debe tener la intervención de un Juez de lo Familiar, porque de lo contrario este hecho, resultaría ser ilegal, y por ende de acuerdo a las disposiciones legales en torno al objeto de los contratos, éste no puede ser ilegal.

DECIMO SEGUNDA: No obstante que la maternidad sustituta, no puede ser considerada de ninguna manera como un contrato a la luz del derecho positivo mexicano, el hecho de que sea una practica social plenamente identificada y a la cual se recurre en nuestra sociedad, hace imperante la necesidad de que el derecho mexicano emita una respuesta jurídica al respecto, pero esta respuesta no puede ser de ninguna manera un paliativo para un problema superficial, como lo sería el hecho de que se entregue o no a un menor de esta manera gestado a la pareja comitente, sino que la legislación que al respecto se produzca debe ser coherente y eficaz para resolver los problemas de fondo que la técnica en sí conlleva, desde el punto de vista médico, social y legal.

DECIMO TERCERA: Finalmente consideramos que el presente trabajo de investigación contribuye de alguna manera al estudio y conocimiento de la maternidad sustituta, como técnica de reproducción asistida actual, y a la cual recurren miles de parejas estériles alrededor del mundo y que por supuesto tiene vigencia en nuestro país por ser una alternativa de solución a problemas de esterilidad, por lo que toca ahora al poder legislativo dar una respuesta concreta a este problema social, a efecto de evitar un mal mayor, pues habrá que recordar que los efectos de las técnicas reproductivas van más allá de una mera declaración judicial en torno a la filiación, patria potestad, y guardia y custodia de un menor, sino que se trata de la vida de un ser humano, que no pudo decidir la manera en la que fuera traído al mundo, pero que sin embargo, por una de estas

técnicas reproductivas, se encuentra ya en él, y tratándose de la maternidad sustituta, con una complejidad en su origen, pudiendo en un momento dado tener una madre obstétrica, una madre biológica y una madre legal.

FUENTES DE CONSULTA.**BIBLIOGRAFIA.**

- ARROYO AMAYEHUELAS, Esther; La protección del concebido en el Código Civil, Ed. Cuadernos Civitas, España, 1992, 165 págs.
- AZUA REYES, Sergio T.; Teoría General de las Obligaciones, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1997, 380 págs.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel; Obligaciones Civiles, 3ª ed., Ed. Harla, México, 1996, 619 págs.
- BRODY, Eugene, "Biomedical technology and human rights." *Dartmouth publishing Company, Brookfield, USA.* 1999, 300 págs.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio; Las Garantías Individuales, 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, 810 págs.
- CACERES NIETO, Enrique; ¿Qué es el Derecho? Iniciación a una concepción lingüística, Ed. UNAM., México, 2000, 70 págs.
- CARMONA VALENCIA, Salvador; Derecho Constitucional Mexicano, a Fin de Siglo, 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995, 430 págs.
- CISNEROS FARIAS, Germán; La Voluntad en el Negocio Jurídico Ed. Trillas, México, 2000, 157 págs.
- COSSARI, José Manuel; El embrión de probeta, Ed. Reus, España 1987, 350 págs.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F.; Convenios Conyugales y Familiares. 2ª ed., Ed. Porrúa, México 1991, 300 págs.
- CHAVEZ ASENCIO, Manuel F.; La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y la Relaciones Jurídicas Familiares, Ed. Porrúa, México, 1990, 500 págs.

- DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo; Derecho Civil. Parte General. Personas, Cosas, Negocio e Invalidez, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1994, 630 págs.
- FREEMAN, M. David *et. al.*, Técnicas de Reproducción asistida, Ed. Granica, España, 1997, 300 págs.
- F. LEE, Thomas; El Proyecto Genoma Humano, Ed. Gedisa, Barcelona, España, 1994, 307 págs.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio; Teoría General de los Contratos, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1996, 479 págs.
- GOMEZ SÁNCHEZ, Yolanda; El Derecho a la reproducción humana, Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 1994, 182 págs.
- GUERRA DIAZ, Diana; Cómo afrontar la infertilidad, Ed. Planeta, Barcelona, España, 2000, 241 págs.
- HIGUERA, Gustavo, *et. al.*, Compendio de Genética humana, Ed. Orbis, España, 1995, 700 págs.
- HURTADO OLIVIER, JAVIER; Derecho a la vida ¿y a la muerte?, 2ª ed., Ed. Porrúa, México 1998, 300 págs.
- HUXLEY, Aldous; Un mundo feliz, Ed. Multimedia, México, 1999, 287 págs.
- KUTHY PORTER, José *et. al.*, Temas actuales de bioética, Ed. Porrúa, México, 1999, 275 págs.
- LEMA AÑON, Carlos; Reproducción Poder y Derecho, Ed. Trotta, España, 1999, 425 págs.
- LUQUE, José y Angel Herraes; Biología Molecular e Ingeniería Genética, Ed. Harcourt, Madrid, España, 2001, 469 págs.
- MOGUEL CABALLERO, Manuel; Obligaciones Civiles Contractuales y Extracontractuales, 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000, 270 págs.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, Antonio; La filiación en España, Jurisprudencia y Doctrina, 2ª ed., Ed. Comares, España, 1995, 413 págs.

- OLIVA, Rafael; Genoma Humano, Ed. Masson S.A., Barcelona, España, 1996, 224 págs.
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto; La Persona en el Derecho Civil Mexicano, 2ª reimpresión, Ed. Panorama, México, 1998, 198 págs.
- PALLARES, Eduardo; Diccionario de Derecho Procesal Civil, ed. Porrúa, México, 1996, 655 págs.
- PEREZ DUARTE, Alicia; Derecho de Familia, 2ª ed., Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, 370 págs.
- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo; Contratos Civiles, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1994, 308 págs.
- PEREZ PEÑA, Efraín; Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción, un enfoque integral, 2ª ed., Ed. Salvat, México, 1995, 692 págs.
- PLATTS, Mark (comp.); Dilemas éticos, Ed. Fondo de Cultura Económica - UNAM, México, 1997, 250 págs.
- SANCHEZ MEDAL, Ramón; Teoría de los Contratos Civiles, 6ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995, 800 págs.
- SILVA RUÍZ, Pedro F.; El Derecho de Familia, y la inseminación artificial, in vivo e invitro, 2ª ed., Ed. Tecnos, España, 2000, 300 págs.
- TENA RAMÍREZ, Felipe; Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1997, 653 págs.
- TOZZINI, Roberto Italo *et. al.*; Esterilidad e infertilidad humanas, 2ª ed., Ed. Médica Panamericana, Buenos Aires, Argentina, 1992, 476 págs.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime; Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español, Ed. Civitas, España, 1988, 180 págs.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel; Contratos Civiles 8ª ed., Ed. Porrúa, México, 1999, 500 págs.

HEMEROGRAFIA.

- BANDA VERGARA, Alfonso; Dignidad de la persona y reproducción humana asistida, en Revista de Derecho, volumen IX, diciembre, Concepción, Chile, 1998, págs. 8-41.
- BARBERO SANTOS, Mariano; Ingeniería genética y reproducción asistida. Consideraciones jurídico penales, en Revista Jurídica Veracruzana, tomo XL, números 53-54, abril-septiembre, Veracruz, México, 1990, págs. 165-176.
- BARRAGÁN C., Velia Patricia; La reproducción humana asistida: marco jurídico, en Revista lus, número 3, Diciembre, Durango, México, 1991, págs. 2-7.
- CASADO, María; Aspectos bioéticos y biojurídicos de la reproducción asistida, en Revista Derecho y Opinión, número 3-4, Cordoba, España, 1995-1996, págs. 255-260.
- CASADO, María; Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho, en Revista Papers, número 53, Barcelona, España, 1997, págs. 37-44.
- COFRE SIRVENT, Jorge; Reproducción Asistida y Constitución, en Teoría y realidad constitucional, número 7, España, 2001 págs. 343-363.
- CID, Alberto; Técnicas de reproducción humana asistida, en Revista Uruguaya de Derecho de Familia, año XI, número 13, mayo, Uruguay, 1998, págs. 133-154.
- DOBERING GAGO, Mariana; Status jurídico del preembrión, en la reproducción asistida, en Revista Jurídica, número 28, México, 1998, págs. 257-265.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio; La reproducción asistida en Derecho Español: Elementos subjetivos "activos", en Revista Derecho y Opinión, número 1, diciembre. Córdoba, España, 1993, págs. 223-235.

- GASTON GOMEZ, Bernardo; Algunas consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida y derecho de familia, En Cuadernos de Análisis Jurídicos, número 28, Julio 1993, págs. 91-131.
- GISBERT CALABUIG; J.A.; Técnicas de reproducción asistida. Manipulación genética, en Revista Mexicana de Justicia, nueva época, número 10, México, 2000, págs. 190-220.
- GOLOFARB, Carolea; two mothers, one baby, no law, in *Western New England Law Review*, copyrights by New England Association, Inc., Massachusetts 1986, vol. 5, no. 37, pág. 20-49.
- GONZALEZ TREFIJANO, Pedro José; Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida, en Revista de Derecho Político, número 26, Madrid, España, 1988, págs. 85-113.
- GREENBERG, Lisa and Harold Hirsh; Surrogate motherhood and artificial insemination: contractual implications, in *Medical Trial Technique Quarterly*, copyrights by Callaghan and Company, Illinois 1985, págs 100-160.
- GUEVARA, Beatriz; Nacerá el primer bebé on line, EL UNIVERSAL, año LXXXVII, tomo: CCXLV, número 31,295, sección Pasiones, México, 2003, p. G 5.
- HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen; Los aspectos jurídicos de las técnicas de reproducción asistida: ley Española y marco Europeo, En Revista de Derecho, año XLI, no. 193, Chile 1993, págs. 37-68.
- HERNANDEZ IBAÑEZ, Carmen; La filiación en la Ley sobre técnicas de reproducción asistida de 22 de noviembre de 1988, En Revista de la facultad de Derecho de la universidad Complutense, no. 75, Madrid, España, 1989-1990, págs. 404-422.
- KUSHENVSKY, Cynthia A.; Legal recognition of surrogate gestation, in *Women's Rights Law Reporter*, copyrights by State University of New Jersey, New Jersey 1987, vol. 7, no. 2, págs. 100-107

- LA CALLE GONZALEZ-HABA, María Dolores; La prestación del consentimiento, en las técnicas de reproducción asistida, en Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 7, invierno, España 1994, págs.145-167.
- MORENO BOTELLA, Gloria; Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, volumen VIII, Madrid, España, 1991, págs.79-131.
- NARANJO R., Gloria Patricia; La Ley Colombiana ante la reproducción asistida, En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPB, no. 98, Colombia, 1997, págs. 102-116.
- OJANGUREN, Silvia; Procreación, el milagro de la vida, periódico EL METRO, número 614, sección Salud, México, 2002, pág. 17.
- PEREZ FUENTES, Gisela; Algunas reflexiones jurídicas sobre el tema de la esterilidad y las técnicas de reproducción asistida, en cuadernos de Biótica, volumen VIII, número 32, 4ª época, Santiago; España, 1997, págs. 1432-1440
- PANTALEÓN, Fernando; Técnicas de reproducción asistida y constitución, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 15, mayo-agosto, Madrid, España, 1993, págs. 129-160.
- QUEVEDO DE CARRERA, Rosa Edilia; Los efectos de la procreación humana artificial a las instituciones de Derecho Civil, en Revista Jurídica Nueva Epoca, no. 16, Diciembre 1998, Villahermosa, Tabasco págs. 85-97.
- REBOLLO DELGADO, Lucrecio; Constitución y técnicas de reproducción asistida, en Boletín de la facultad de Derecho, número 16, España, 2000, págs. 97-134.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis; Ingeniería genética, reproducción asistida y criminología, en Revista Jurídica de Posgrado, año 3, números 9-10, enero-junio, México, 1997, págs. 119-132.
- RODRÍGUEZ, Ruth; Fertilización In Vitro, esperanza de vida, EL UNIVERSAL, año LXXXVII, tomo: CCXLV, número 31,294, sección México, México, 2003, p. A 20.

SILVA RUIZ, Pedro; El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler, en Revista Judicial, año 12, número 42, marzo, San José de Costa Rica 1988, págs.

SILVA RUIZ, Pedro; Programación humana asistida, la maternidad subrogada, suplente o sustituta, en Anuario, volumen 21, Valencia; Venezuela, 1998, págs. 141-150.

VILLALOBOS OLVERA, Rogelio; Reproducción asistida en humanos, En Lecturas Jurídicas, no. 88, Chihuahua 1993, págs. 83-115.

LEGISLACION.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Ediciones fiscales ISEF, México, 2000, 181 págs.

Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Sista, México 2003, 300 págs.

Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Ediciones fiscales ISEF, México, 2003, 300 págs.

Código Civil para el estado de Tabasco, Ed. Sista, México, 2003, 436 págs.

Ley General de Salud, Ed. Sista, México 2003, 160 págs.

Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, ed. Sista, México, 2003, 55 págs.