

308409



UNIVERSIDAD LATINA, S. C.

INCORPORADA A LA U. N. A. M.

FACULTAD DE DERECHO

**REGULACION DE LA FIGURA DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CODIGO
CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
MORALES CORTEZ DANIELA

ASESOR: LIC. ARTURO JUAREZ TERCERO



MEXICO, D. F.

2005

M-351630



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.
INCORPORADA A LA U.N.A.M.



Coyoacán México 25 de Octubre de 2005

C. DIRECTOR GENERAL DE INCORPORACION
Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS, UNAM
P R E S E N T E:

La C. **MORALES CORTES DANIELA** ha elaborado la tesis profesional titulada **“Regulación de la figura de maternidad subrogada en el Distrito Federal”** bajo la dirección del LIC. **IGNACIO ARTURO JUAREZ TERCERO** para obtener el Título de Licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos correspondientes.

ATENTAMENTE
“LUX VIA SAPIENTIAS”


LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ
DIRECTORA TÉCNICA DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO.
CAMPUS SUR

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

NOMBRE: Daniela Morales Cortez

FECHA: 7-NOV-05

FIRMA: [Firma]

En la ciudad de México, distrito federal a 5 de septiembre de 2005.

LIC SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ.
DIRECTORA TÉCNICA DE LA UNIVERSIDAD LATINA. SC.
ESCUELA DE DERECHO.

Por medio de la presente, y con fundamento en lo previsto en el reglamento de Titulación de la Carrera de Derecho, de esta institución, hago de su conocimiento que he recibido la terminación de la investigación de trabajo de Tesis Profesional con la que la **C. DANIELA MORALES CORTEZ** con número de cuenta **97665898-0** pretende obtener el título de Licenciada en Derecho, y, quien actualmente ha obtenido el cien por ciento de los créditos de la carrera antes mencionada.

Por lo anterior y considerando que el trabajo "**REGULACIÓN DE LA FIGURA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL**". Elaborado por La Alumna de referencia reúne las características de fondo y forma que exige la legislación universitaria, asimismo manifiesto que conozco personalmente la tesis y considero que su capacidad académica es digna de toda probidad.

Por lo antes expuesto el suscrito manifiesta que considera que la investigación que realizó la postulante ha llegado a su fin.

Respetuosamente, quedo de Usted.

ATENTAMENTE

ASESOR DE TESIS
DR. ARTURO JUÁREZ TERCERO.

A DIOS:

Por darme la oportunidad de estudiar, por darme una familia tan linda y por encontrar en mi camino gente maravillosa como la que he conocido.

A LA UNAM Y A LA UNIVERSIDAD LATINA:

Quienes me permitieron desarrollarme como universitario dentro de sus instituciones y a través de sus planes de estudios poder lograr mi objetivo que era finalizar la carrera.

A MI MADRE:

ANITA: Quien con amor, cariño , paciencia y dedicación me educo.
"Gracias mami por quererme tanto".

A MIS HERMANOS :

LORENA: A quien admiro y quiero mucho a pesar de que no se lo diga todos lo días. " Gracias Lore"

PATRICIA: Siempre tan tierna y entusiasta me motivo varias veces con una frase para no dejarme vencer. "Gracias Patulu"

ROSALBA: La creatividad es su don, siempre me apoyo en mi carrera, a pasar de su cansancio "Gracias Chapas"

JORGE: Quien lucho desde joven para ayudarnos lo admiro y respeto como un padre " Gracias Chuka"

GABY: Quizá por edad o por casualidad mi mejor amiga y mi peor pesadilla, la quiero, respeto, admiro . "Gracias Mta."

A MI ASESOR:

LIC. JUÁREZ TERCERO: quien supervisó mi tesis, y quien tuvo el esmero y la paciencia para leer mi trabajo. " Gracias Licenciado"

A MIS SINODALES:

Mtro. José Aurelio Zaldivar Vázquez, Lic. Ricardo Cortes Ontiveros
Lic. Maria del Rosario Ramírez Castro, Lic. Francisco Pacheco Arellano.

A MIS PROFESORES:

A quienes les agradezco todo lo que me enseñaron, y a quienes recuerdo con agrado Mtro. Rosalio, Lic. Cordero, Lic. Brito, Lic. Arreguin Dr. Acevedo, Lic. Granados, Lic. Grageda, Mtro. Inman, Lic. Cuen, Lic. Dinora. Mtro. Plaza, Lic. Correa. y otros más "Gracias"

A MIS AMIGOS:

Gracias a todos los que me ayudaron y me brindaron su amistad a lo largo de la carrera.

AMIGAS: Laura Esquivel, Roció Picazo, Juana Godoy, Pilar Vargas
Jessica Aceves, Tere, Angélica.

AMIGOS: Roberto Villaseñor (gracias por estar siempre cuando te necesito), Luis Mora (Gracias por tu apoyo en la escuela te admiro)
Carlos Muñoz Medel (es coqueto pero me ayudo y soporto mucho)
Francisco Villa Gómez y Carlos Osorio gracias por su amistad.

De una manera especial agradezco a **Gerardo Cesar Paz Gómez** quien me permitió tomar algunos libros de su biblioteca de verdad gracias por todo.

A MI FAMILIA:

A todos mis sobrinos a quienes adoro, y espero lo mismo de ellos (una pronta titulación) Anahi, Fer, Montserrat, Alberto, Sergio, Karla Ariadna, y otros familiares como Sekino, Fernando Flores, Margarita Gómez, Guadalupe Hdez.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1.

GENERALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

| | |
|--|----|
| 1.1. Contrato..... | 3 |
| 1.2. Obligación..... | 5 |
| 1.3. Derecho de Familia..... | 6 |
| 1.3.1. Familia..... | 8 |
| 1.3.2. Matrimonio..... | 10 |
| 1.3.3. Filiación..... | 12 |
| 1.4. Concepto de Infertilidad / Esterilidad..... | 13 |
| 1.5. Inseminación Artificial..... | 14 |
| 1.6. Subrogación o Sustitución de Madre..... | 15 |
| 1.7. La Fecundación in Vitro..... | 18 |

CAPÍTULO 2.

ANTECEDENTES EN MÉXICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

| | |
|---|----|
| 2.1. La Fecundación Humana Extrauterina..... | 20 |
| 2.2. Consideraciones sobre la esterilidad..... | 27 |
| 2.3. Diferencia entre Inseminación Artificial y fecundación in Vitro..... | 28 |
| 2.4. Técnica de subrogación..... | 29 |
| 2.4.1 Proyecciones..... | 32 |
| 2.5. Directrices biológicas, éticas y jurídicas de la filiación legítima..... | 33 |
| 2.6. Fundamento biológico institucional y sus dicotomías..... | 34 |
| 2.6.1. Fundamento..... | 34 |
| 2.6.2. Planteamiento..... | 35 |

| | |
|------------------------------------|----|
| 2.6.3. Aceptación científica | 35 |
| 2.6.4. Aceptación religiosa..... | 36 |
| 2.6.5. Aceptación legal..... | 37 |
| 2.7. Consecuencias jurídicas..... | 38 |

CAPÍTULO 3

DERECHO COMPARADO.

| | |
|--------------------------|----|
| 3.1. Estados Unidos..... | 50 |
| 3.2. Gran Bretaña..... | 51 |
| 3.3. Francia..... | 51 |
| 3.4. Suecia..... | 52 |
| 3.5. Australia..... | 52 |
| 3.6. Alemania..... | 52 |
| 3.7. Holanda..... | 53 |
| 3.8. España..... | 53 |
| 3.9. Brasil..... | 53 |

CAPÍTULO 4.

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

| | |
|---|----|
| 4.1. El concepto de contrato..... | 55 |
| 4.2. El concepto de contrato en derecho mexicano..... | 57 |
| 4.3. Diversas acepciones del término contrato..... | 58 |
| 4.3.1. El contrato como acto jurídico..... | 61 |
| 4.3. 2.El contrato como norma jurídica..... | 61 |
| 4.3. 3.El contrato como documento..... | 57 |
| 4.4. Elementos del contrato..... | 62 |
| 4.4.1. El consentimiento..... | 62 |
| 4.5. Elementos del contrato y presupuestos..... | 64 |
| 4.5.1. El consentimiento como elemento de existencia..... | 64 |

| | |
|--|----|
| 4.6. El objeto como elemento de existencia | 65 |
| 4.7. La forma como elemento de existencia | 66 |
| 4.8. Los presupuestos del contrato | 70 |
| 4.9. La capacidad como presupuesto de validez | 70 |
| 4.10. La ausencia de vicios en el consentimiento | 76 |
| 4.11. La licitud en el objeto, motivo o fin | 81 |
| 4.12. Clasificación de los contratos | 82 |
| 4.12.1. Clasificaciones generales de los contratos | 82 |
| 4.13. Principales clasificaciones de los contratos | 84 |
| 4.13.1. Contratos unilaterales y bilaterales | 85 |
| 4.13.2. Contratos onerosos y gratuitos | 87 |
| 4.13.3. Contratos conmutativos y aleatorios | 88 |
| 4.13.4. Contratos reales y consensuales | 89 |
| 4.13.5. Contratos formales y consensuales | 91 |
| 4.13.6. Contratos principales y contratos de garantía o accesorios | 92 |
| 4.13.7. Contratos instantáneos y de tracto sucesivo | 94 |
| 4.14. La clasificación del Código Mexicano | 96 |

CAPÍTULO 5.

ANÁLISIS DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA

| | |
|--|-----|
| 5.1. Ley General de Salud | 100 |
| 5.2. Código Civil para el Distrito Federal | 105 |
| 5.3. Análisis del acto constitutivo de la maternidad subrogada | 111 |
| 5.4. La maternidad subrogada como un contrato | 113 |
| 5.5. Elementos esenciales del contrato | 113 |
| 5.5.1. Consentimiento | 113 |
| 5.5.2. Objeto | 115 |
| 5.5.3. Requisitos de validez | 117 |
| 5.5.4. Capacidad | 117 |
| 5.6. Ausencia de vicios del consentimiento | 120 |
| 5.6.1. El error | 120 |

| | |
|--|------------|
| 5.6.2. El dolo..... | 121 |
| 5.6.3. La violencia..... | 122 |
| 5.6.4. La lesión..... | 123 |
| 5.6.5. La falta de forma..... | 124 |
| | |
| 5.7. Elementos del contrato de maternidad subrogada..... | 125 |
| | |
| 5.7.1. Elementos esenciales..... | 125 |
| 5.7.2. El consentimiento..... | 125 |
| 5.7.3. El objeto..... | 127 |
| 5.7.4. Elementos de validez..... | 127 |
| 5.7.5. Clasificación del Contrato de Maternidad Subrogada..... | 128 |
| | |
| PROPUESTAS..... | 129 |
| | |
| CONCLUSIONES..... | 136 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 139 |

INTRODUCCIÓN

Un profesor de Derecho Civil impartía cátedra, durante el curso se llevo al tema de contratos, se mencionó el de la maternidad subrogada, la información del profesor fue muy concreta, y me dejo muchas dudas es por eso que me di a la tarea de investigar lo más que pudiera, para aclarar las dudas que tenia, y determinar si ese contrato denominado " arrendamiento de vientre, maternidad subrogada, subrogación de vientre o madre sustituta" era tan intrascendente como me pareció aquella vez, fue así como mediante la ayuda del método deductivo y las practicas de campo particulares obtuve la mayor información posible.

El método deductivo es el razonamiento a partir de un principio conocido hacia un desconocido; de lo general, a lo específico, o de la premisa a la conclusión lógica. La deducción realiza inferencias lógicamente correctas. Esto significa que la deducción a partir de premisas verdaderas, garantiza el resultado de conclusiones también verdaderas.

Es por eso que el presente trabajo analiza a los contratos en general llegando hasta el contrato de maternidad subrogada, de igual manera se analiza de forma general los métodos de reproducción asistida hasta llegar a la inseminación artificial.

Me permití realizar una práctica de campo a una población de 200 mujeres obteniendo de ese total, 3 mujeres que la practican, para mi era importante probar que dicha figura se llevaba a cabo, de ese estándar de 200 personas 14 respondieron que si llevarían a cabo lo que es el arrendamiento de vientre si no pudieran concebir un hijo, realmente suena poco pero si analizamos minuciosamente esta cifra, estamos hablando de un 7% de personas que llevarían a cabo dicho método el cual es importante considerar.

El objetivo del presente trabajo es analizar la repercusión integral que existe al no estar reguladas las prácticas conocidas como "alquiler de vientres" o "maternidad subrogada". Estas técnicas de reproducción asistida, aparte de solucionar las dificultades de reproducción que presentan algunas parejas, responden al interés especial y casi instintivo de procrear nuestros propios hijos, perpetuar nuestros genes.

En México se presenta el inconveniente que aún no se ha legislado sobre la materia. No existe una norma que por vía directa regule las diferentes situaciones que en un futuro cercano se pudieran plantear, negándose de esta forma, la debida protección y amparo del futuro ser, así como de las personas que deben recurrir a éste tipo de técnicas para concebir el hijo deseado, y siendo necesario imponer las debidas limitaciones a quienes practican las mismas.

El trabajo que a continuación desarrollaremos consta de 5 capítulos en el primer capítulo establezco las generalidades de la maternidad subrogada en donde trato de dar al lector un enfoque general de lo que es el contrato, la obligación hablo un poco de lo que es el derecho de familia porque dentro del contrato de maternidad subrogada existen factores importantes como son la familia el matrimonio y la filiación, todo esto en relación al nacido, también abordo algunos conceptos como son el de inseminación artificial, la maternidad subrogada y la fecundación in Vitro en el segundo capítulo se desarrollan los antecedentes en México de la maternidad subrogada, las directrices biológicas, éticas, y jurídicas de la filiación legítima, se establecen las acepciones científicas religiosas, y legales entre otros puntos en el tercer capítulo se hace un recorrido por diferentes países entre los que se encuentran Estados Unidos, Francia , Alemania, España y Brasil por citar algunos, obteniendo un derecho comparado que me permitió tener un enfoque mas claro de la figura de la maternidad subrogada en muchas partes del mundo, finalmente se llega al capítulo cuarto que para mi sin duda al igual que el quinto es de los más importantes, ya que nos permiten analizar de forma clara y general lo que son

los contratos, los elementos del contrato, la clasificación de los contratos, concluyendo así nuestro último capítulo en donde se establece un análisis de la Ley General de Salud y del Código Civil del Distrito Federal, obteniendo como resultado los elementos del contrato de maternidad subrogada.

Es importante valorar las distintas técnicas de reproducción asistida para demostrar que cualquier pareja no está dispuesta a utilizarlas; solamente aquellas que tienen el real deseo de expresar su maternidad-paternidad a través de ese ser, y este deseo, no puede ser sustituido por una adopción, pues evidentemente ellos necesitan ser parte activa en este hecho biológico, y son quienes con su decisión dan nacimiento al nuevo ser.

En los últimos tiempos en los países anglosajones, sobre todo en los Estados Unidos, han proliferado ciertas agencias intermediarias cuyo fin es proporcionar a una pareja un hijo que ha nacido de una mujer extraña o ajena a tal relación. La "madre subrogada" presta sus servicios gestando y pariendo a un niño/a a cambio de cierta compensación económica. En contadas ocasiones, puede también hacerlo de forma altruista con el fin de ayudar a una amiga o a una hermana.

Por estas razones consideramos que es de vital importancia realizar un análisis de derecho comparado entre la figura de maternidad subrogada de países Europeos, Estados Unidos y México, de igual manera analizaré la importancia de establecer en el Código Civil la figura del contrato innominado de maternidad subrogada.

Y por lo anteriormente citado haremos una propuesta de Ley para regular la figura del Contrato de Maternidad Subrogada dentro del Código Civil del Distrito Federal.

CAPÍTULO 1.

GENERALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

La ciencia médica ha rebasado a la ciencia jurídica en materia de reproducción humana. Por lo que es necesario, establecer en este primer capítulo los conceptos básicos que permitirán entender la necesidad de crear un contrato de Maternidad Subrogada.

Para iniciar el tema que me compete es necesario retomar el concepto de "derecho" el cual proviene del latín *directum* el cual deriva de *dirigere* ("enderezar", "dirigir", "encaminar"), a su vez, de *regere, rexi, rectum* ("conducir", "guiar", "conducir rectamente, bien"). Por extraño que parezca, "derecho" no descende de una palabra latina de morfología semejante e igual significado. La palabra latina que corresponde a "derecho" (o a sus equivalentes en las lenguas modernas) es su antigua raíz indoiránica (v. *infra*).¹

Una definición romana de derecho, proporcionada por Celso (hijo), quien afirma que el derecho es "el arte de lo bueno y lo equitativo" (*ius est ars boni et aequi*), según nos dice Ulpiano en el Digesto. El término *ius* se utiliza tanto para referirse al conjunto de normas que en un momento determinado regulan la conducta de un pueblo, entendiendo que el derecho objetivo para aludir al facultamiento de conducta que la norma puede otorgar a un sujeto; esto es el derecho subjetivo.²

Las instituciones jurídicas establecen que el derecho lo podemos dividir en dos ramas esto es el derecho público y el derecho privado y este, a su

¹ C.D. Room *Diccionario Jurídico*.2000.

² MORINEAU IDUARTE, Marta. *Derecho Romano*. Cuarta Edición. Oxford. México. 2000. Pág. 30.

vez, "consta de tres partes: los preceptos del derecho natural, los del derecho de gente y del derecho civil".

El Derecho Privado es aquel derecho concerniente a particulares. Se entiende por derecho privado al conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas entre personas que se encuentran legalmente consideradas en una situación de igualdad, en virtud de que ninguna de ellas actúa, en dichas relaciones, investida de autoridad estatal.³

El Derecho Civil es la rama del derecho privado constituida por un conjunto de normas que se refieren a las relaciones jurídicas de la vida ordinaria del ser humano, en su categoría de persona. Esta rama del derecho privado comprende todo un sistema jurídico coherente, construido alrededor de la persona (personalidad y capacidad), del patrimonio (bienes, contratos, sucesiones) y de la familia (matrimonio, filiación, patria potestad y tutela).

A este conjunto de normas e instituciones jurídicas que integran el núcleo central del derecho civil, se agrega otro grupo de disposiciones normativas que exceden por mucho el ámbito del derecho privado y que son por decirlo así, la expresión normativa de los principios fundamentales del derecho objetivo a saber:

Las que se refieren a la vigencia de la ley en el tiempo y en el espacio, a la igualdad jurídica de la persona con independencia de su sexo y condición, a los principios básicos de la interpretación de la ley y a su aplicación, a la fuerza imperativa de las leyes de interés público, así como a la exclusión de la costumbre; finalmente en este conjunto de disposiciones generales el Código Civil del Distrito Federal incluye normas que disponen acerca de los efectos de

³ *Diccionario Jurídico*.2000. Op. Cit.

la ignorancia de la ley y un precepto relativo a la lesión en los contratos bilaterales.⁴

Como lo ha señalado Luis de los Mozos, ofrece sin duda uniformidad y consistencia racional en la solución de los problemas jurídicos debido ciertamente a su tradición romanista y a su milenaria "experiencia jurídica" en la aplicación de los valores permanentes del derecho, por la misma solución de la cual se habla, es necesario establecer en nuestro Código Civil del Distrito Federal la figura de la Madre Sustituta. En otras palabras, el *ius civile* es el derecho de las *civitas*; es decir, de la ciudad, tomando este término en el sentido del estado.⁵

Dentro del derecho civil encontramos el contrato

1.1.CONTRATO

Del latín *contractus*, derivado a su vez del verbo *contraeré*, reunir, lograr, concertar. Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo; tiene una doble naturaleza, pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada.

Entre los sucesos que el derecho toma en cuenta para atribuirles efectos jurídicos destaca el acto o negocio jurídico que es una manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral cuyo fin es engendrar con apoyo en una norma jurídica o en una institución jurídica en contra o en favor de una o varias personas, un estado, es decir una situación jurídica permanente y general o por

⁴ Ídem.

⁵ DE LOS MOZOS, Luis. *Tutela interdictal de la Posesión*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1962. Pág. 48 Citado por MORINEAU IDUARTE, Marta. Op. Cit. Pág. 32

el contrario un efecto de derecho limitado consistente en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.⁶

El mismo Código establece que el contrato requerirá consentimiento y objeto que pueda ser materia de contrato, ciertamente podría decirse que un individuo por nacer no puede ser objeto de materia de contrato. Sin embargo, se cuenta con el consentimiento de los cónyuges y de la madre sustituta también nuestro Código Civil del Distrito Federal señala que un contrato podrá ser invalidado y establece cuatro puntos interesantes; el primero es, por incapacidad legal de las partes o una de ellas, pero ¿qué pasa cuando no existe incapacidad en las partes? el segundo; por vicios del consentimiento, ¿y si no hay vicios de ninguna de las partes? tercero; por que su objeto, o su motivo o fin sea ilícito.

Pues bien este punto es importante, y podríamos decir que el pagar a una persona para que gesté un producto y al nacer lo entregué a los cónyuges que pagaron por dicha gestación es ilícito porque la gestación de un producto no se encuentra dentro del comercio, (más sin embargo), pienso que lo importante sería preguntarnos ¿por qué considerar ilícita una acción en la que existe la voluntad de contratar, y se pretende actuar dentro de un margen jurídico, en donde los integrantes de este contrato pretenden salvaguardar la integridad del producto por nacer, de la madre que gesta y de los cónyuges contratantes? el punto cuarto es; por que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley lo expresa.

El Código Civil del Distrito Federal establece que el consentimiento puede ser expreso o tácito, refiriéndose a expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos y tácito cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente.

⁶ *Diccionario Jurídico*. 2000. Op. Cit.

La finalidad que se persigue al analizar estos puntos, es tratar de dar otro enfoque de la ley pero actuando siempre dentro de un margen de legalidad que nos beneficie más de lo que nos perjudique, la idea de crear un contrato de Madre Sustituta es llevar a cabo un acuerdo de voluntades en donde se asegure la entrega del producto a los cónyuges contratantes, y que la mujer o Madre Sustituta reciba una cantidad digna, así como el debido cuidado durante y después de parir, considerando un lapso prudente para su total restablecimiento, todo esto podríamos llevarlo a cabo con la integración de Madre Sustituta en nuestro Código Civil del Distrito Federal, ya que se cumple con la voluntad y consentimiento, dos puntos indispensables en un contrato .

Dentro de los contratos encontramos lo que son las obligaciones.

1.2. OBLIGACIÓN.

Del latín *obligatio-onis*. El derecho civil se refiere a la persona, entre otras cosas, en relación con su actividad económica y esta puede ser en un plano de exclusividad o en un plano de colaboración. Cuando los actos económicos se realizan en exclusividad estamos en presencia de derechos reales, más cuando la actividad se realiza en colaboración de unos hombres con otros, estamos en presencia de derechos personales que ameritan la distinción entre deudor y acreedor y el vínculo que los relaciona.⁷

La celebración de un contrato genera derechos y obligaciones a los contratantes, pudiendo destacar que en ocasiones es más fácil solicitar o exigir el cumplimiento de un derecho que el cumplimiento de una obligación.

Ya mencionaba la importancia del cumplimiento de una obligación, en este caso sólo se establece como obligación el cumplimiento del pago de la cantidad

⁷ ídem.

determinada a la madre que gestará al sujeto por nacer, así como asegurar que los cónyuges se responsabilicen de los gastos provocados por la gestación, hasta después del nacimiento del niño y un periodo más, para asegurar la recuperación de la mujer gestante.

La mujer que fue contratada para gestar deberá cuidar al niño hasta su nacimiento, una vez que nace el niño la Madre Subrogada debe entregar el niño a los cónyuges contratantes, una vez cubierto el pago y entregado el producto se extingue el contrato, por cumplimiento del mismo, de ahí la importancia de mencionar el concepto de la obligación ya que existe un deudor y un acreedor y conductas que se tienen que cumplir.

Dentro de una obligación los sujetos ya sea activo o pasivo, acreedor o deudor guardan una relación jurídica y deberán realizar una conducta ya sea de dar hacer o no hacer⁸

El derecho de familia es importante incluirlo, ya que existe entre los individuos contratantes una relación que los une.

1.3. DERECHO DE FAMILIA.

Es una Parte del Derecho Civil que se ocupa de las relaciones personales de individuos unidos por vínculo de parentesco.⁹

Otra definición (de derecho de familia) es aquella en donde se establece, que el derecho de familia es una parte del derecho civil que tiene por objeto las relaciones jurídicas familiares: relaciones conyugales, paternofiliales, tanto en su aspecto de personas como patrimonial la tutela y las demás instituciones de protección de menores e incapacitados.

⁸ MARTINEZ ALARCÓN, Javier. *Teoría General de las Obligaciones*. Segunda Edición. Oxford .México. 2000. Pág. 3

⁹ *Diccionario Jurídico*. 2000. Op. Cit

Constituyen el eje central de la familia, el matrimonio, la filiación y uno de los grandes problemas con los que se enfrenta el derecho de familia actual, es la indeterminación del concepto de familia.¹⁰

El derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, el derecho de familia surge a principios del siglo XX con pretensiones de rama autónoma. Secularmente dentro de los códigos civiles.

La familia surge de dos datos biológicos de la realidad humana: La unión sexual y la procreación. El orden jurídico toma en cuenta estas fuentes reales y crea las instituciones reguladoras de las mismas. La unión sexual se enmarca jurídicamente dentro de la institución del matrimonio y excepcionalmente en figuras patrimoniales como sucede con la figura del concubinato.

Derivada de la unión sexual surge biológicamente la procreación de la especie. La procreación es recogida por la norma jurídica a través de la figura de la filiación, misma que puede ser de una doble naturaleza: emanada de la pareja unida en matrimonio, o fuera del matrimonio.

El echo biológico de la procreación produce a su vez , nuevos tipos de relaciones que se establecen entre los individuos que descienden unos de otros o de un tronco común más lejano. La institución jurídica que regula las relaciones establecidas entre las personas ligadas entre si por su pertenencia a un tronco común , se llama parentesco.

¹⁰ *Diccionario Jurídico Espasa*. Espasa .Madrid. 2001. Pág. 529.

Son en si tres instituciones jurídicas relativas a la constitución de la familia. El matrimonio (y el concubinato) la filiación y el parentesco.

Por la misma secuencia que se lleva es necesario establecer tres conceptos importantes los cuales se encuentran dentro del derecho de familia que son: familia, matrimonio y filiación.

1.3.1 FAMILIA.

Es la institución social más antigua que conoce la humanidad. Diez Picazo, afirma que la familia no es una institución natural sino que es un producto evidentemente cultural.¹¹

La palabra familia tiene una connotación más restringida, a la que se ha llegado después de una larga evolución y comprende únicamente a los cónyuges y los hijos de estos, que viven bajo un mismo techo. En este sentido se puede hablar de la "familia doméstica" en oposición a la "familia gentilicia". Como una huella de la antigua *gens romana*, el concepto de familia doméstica se amplía de manera que pueden quedar comprendidos en ella el cónyuge del hijo o de la hija y de los descendientes inmediatos de estos (nietos) aunque no vivan en la misma casa.¹²

Esta figura de la familia tiene una gran importancia por que de ahí, surge la idea de los cónyuges de complementar su vida mediante la existencia de sus hijos.

Podemos determinar la existencia de dos conceptos de familia, contamos común concepto jurídico que nos dice que la familia son personas unidas por lazos de matrimonio, concubinato o parentesco, también existe un concepto

¹¹ Ídem.

¹² *Diccionario Jurídico*. 2000. Op. Cit

biológico social, que nos menciona que la familia es la pareja en unión sexual y sus descendientes.

El concepto de familia no es unívoco (Histórica y sociológicamente se conocen con este nombre agrupaciones varias de extensión y de características diversas, si bien todas parten de los datos biológicos primarios: la unión sexual y la procreación).

La familia puede estar constituida de muy diferente forma dependiendo de diversos factores: la cultura, la clase social, la época, o el lugar sobre la tierra que nos referimos, en un momento dado, sin embargo son dos formas las mas comunes de integración del núcleo familiar en razón de los miembros que lo componen. Así se habla de familia extensa, cuando en la misma se incluye además de la pareja y de sus hijos, a los ascendientes de uno o de ambos de sus miembros , a los descendientes en segundo o ulterior grado, a los colaterales hasta el quinto , sexto o mas grados, a los afines y a los adoptivos. Opuesta a la anterior , surge la familia nuclear o conyugal, cuyos componentes estrictos son únicamente el hombre, la mujer y sus hijos.

Se entiende también por familia , sobre todo en el pasado , al grupo que convive bajo el mismo techo, sean o no todos ellos parientes entre si, el ejemplo clásico de la familia extensa fue la familia patriarcal romana, que incluía al *pafer* como centro y jefe tanto de la misma, a su esposa, a sus hijos, nueras, nietos y demás descendientes, a los agnados, ósea los allegados que, parientes o no , pertenecían a la misma *gens*, a los clientes, sirvientes o esclavos.¹³

La sociedad contemporánea, sobre todo la urbana, esta compuesta en mucho a mayor grado por la familia conyugal, el grupo familiar que habita en

¹³ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. Quinta edición. Porrúa. México 1992. Pág. 2 a 4.

la misma morada. Sin embargo, en ciertas clases sociales de las urbes, y dada la escasez de viviendas que con frecuencia se padece en ellas, empieza a darse de nuevo, aunque con ciertos límites, la familia extensa que convive en la habitación común. Los hijos que se casan y llevan al o la cónyuge al hogar paterno: la hermana o hermano que enviuda sin recursos y que es acogido en el hogar paterno; los padres que, al quedarse solos, o al deteriorarse su salud, cambian su propio hábitat por el de sus hijos, etc.

En cuanto a la extensión de los lazos familiares y con independencia de los que en realidad y de hecho lo sujetos entienda por familia, el derecho establece su propia medida. Cada legislación en particular señala quienes son parientes entre sí y quienes son familiares, para atribuirles las consecuencias jurídicas propias del derecho familiar.

Por lo que hace a nuestro derecho, constituyen familia los cónyuges, los concubinas, los parientes en línea recta ascendiente y descendiente sin limitación de grado, ay sea surgidos dentro o fuera de matrimonio, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines, y el adoptante y el adoptado entres sí.

1.3.2. MATRIMONIO.

Del latín *matrimonium* que quiere decir matrimonio. Son tres las acepciones jurídicas de este vocablo. La primera se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer con el fin de crear una unidad de vida entre ellos; la segunda, al conjunto de normas jurídicas que regula dicha unión, y la tercera a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores.¹⁴

¹⁴ Ídem.

La palabra matrimonio deriva de la voz latina *matrimonium*, que significa "carga de la madre". A su vez la palabra "patrimonio" expresa carga del padre (*patris numium*) El significado de ambas palabras es ilustrativo al respecto, pues lleva implícito el sentido tradicional de la distribución de las cargas en los pilares de la familia. El padre y la madre. El padre debe proveer el sustento del grupo familiar, y la madre que lleva el peso de la maternidad y el cuidado y crianza de los hijos y la organización del hogar. Las legislaciones del pasado, muy cercanas en el tiempo al momento actual (1984), señalaban entre los deberes derivados del matrimonio.¹⁵

El matrimonio, como todo acto jurídico, esta compuesto por elementos de existencia para que surja a la vida jurídica, y por elementos de validez para que sus efectos sean plenos y no haya lugar a la nulidad.

Los elementos de existencia del acto jurídico son: la voluntad, el objeto, y las solemnidades. Los elementos de validez : la capacidad de las partes, ausencia de vicios de la voluntad, licitud en el objeto, motivo y condición y las formalidades.

Una vez celebrada la ceremonia matrimonial con todas los requisitos de existencia y validez que la ley exige al respecto, surge para los contrayentes un nuevo estado civil, el estado de casados, mismo que esta regulado por la institución matrimonial.

El estado de casados implica la aplicación imperativa de una serie de deberes y derechos recíprocos entre los cónyuges, que podemos analizar desde tres puntos de vista: en cuanto a sus personas, en cuanto a sus bienes y en cuanto a sus hijos.

¹⁵ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. Pág. 120

Creo importante establecer, que la finalidad del matrimonio es preservar la especie a través de la procreación. El Artículo 4°. Constitucional establece que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos, pero como todo derecho; este se extiende hasta donde no se vulneren otros derechos reconocidos. El individuo comprendido como hombre y mujer puede actuar con plena autonomía, en cuyo ámbito es soberano, pero qué pasa si no se puede ejercer de manera libre este derecho, si lo analizamos se les prohíbe a los cónyuges el derecho de recurrir a uno de tantos métodos de reproducción asistida entre este y el de la Madre Subrogada.

1.3.3. FILIACIÓN.

Del latín *filatio-onis*, de *filius*, hijo. La relación que de hecho y por razón natural existe entre el cónyuge o la cónyuge y su hijo (a), se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y sus hijos. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijos. Planiol define la filiación como "la relación que existe entre dos personas de las cuales una es (el padre o la madre otra). Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados".¹⁶

La filiación es un estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado, los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y lógicamente a estos con aquél.¹⁷

La filiación juega un papel muy importante dentro de este contrato, esto en relación al individuo que esta por nacer el cual será sujeto de derecho en este caso la filiación será importante para determinar la relación *pater- filial*.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ MENDEZ COSTA, María Josefá. *Derecho de Familia*. Tomo III. Rubinzal Culzoni. Argentina. 2002. Pág. 9.

Por lo que es necesario establecer otra definición de filiación, el termino de filiación tiene en el derecho dos connotaciones, una amplia, que comprende el vinculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir entre personas que descienden unas de otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendiente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos etc, sino también en la línea descendiente, para tomar como punto de relación, los nietos los bisnietos, tataranietos etc. Además de este sentido amplio, por filiación se entiende, en una connotación estricta. La relación de derecho que existe entre le progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legitima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vinculos constantes entre el padre o la madre y el hijo.¹⁸

Continuando con lo que se ha establecido, se analizará cuales son las causas por la que los cónyuges recurren a los métodos de reproducción asistida, entre los más comunes se encuentran los siguientes:

1.4. CONCEPTO DE INFERTILIDAD / ESTERILIDAD

Se denomina infertilidad a la incapacidad de procrear, que puede no ser definitiva. La esterilidad tiene un carácter más absoluto. Sin embargo

¹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Introducción personas y familias*. Décimo primera Edición. Porrúa. México. 1986. Pág. 450.

actualmente y sin duda, arbitrariamente, se define la esterilidad como la incapacidad de concebir después de un año o dos de intentarlo.¹⁹

Como observamos con antelación este tipo de imposibilidades llegan a fracturar un matrimonio, situación que pudiese ser subsanada mediante el contrato de Madre Subrogada.

1.5. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial es un proceso sencillo que consiste en depositar semen fresco o congelado en el fondo de la vagina de una mujer fértil (cuando está ovulando). Puede ser homóloga (con semen de la pareja) o heteróloga (con semen del donante). La inseminación artificial es tan sencilla que no necesita intervención médica alguna, aunque los médicos desean ese control y en diversos países como España se está planteando su regulación dentro del marco de las Nuevas Tecnologías, como la Fecundación in Vitro o la Ingeniería Genética.²⁰

Se observa aquí que la inseminación artificial es un procedimiento por el que ya han nacido muchos miles de seres humanos. No es una técnica invasiva, ni permite la manipulación de embriones y es cada vez más utilizada por mujeres solteras y lesbianas. Pero es también la técnica básica de la Madre Subrogada en la que se insemina a una mujer con semen del hombre cuya pareja es estéril, la mujer lleva el embarazo a término y una vez que pare entrega al niño/a.

¹⁹ TABOADA, Leonor. *La Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial a la Fertilización In Vitro*. Icaria. España 1986. Pág. 22 y 23.

²⁰ *Ibidem*. Pág. 33.

1.6. SUBROGACIÓN O SUSTITUCIÓN DE MADRE.

Se entiende según la doctrina por "maternidad subrogada" la práctica destinada a inseminar a una mujer artificialmente con el espermatozoides del cónyuge contratante o el implante de un embrión formado con un óvulo de la cónyuge contratante para procrear o sobrellevar y parir al niño/a. Una vez el niño/a nacido es entregado a la mujer o cónyuges que encargaron la gestación, la gestante renuncia a cualquier derecho maternal o de filiación con ese niño/a.

También lo es en el evento en que la madre gestante además aporta su óvulo para ser fecundado artificialmente, puesto que se estima que en esa situación se trataría prácticamente de la venta de un hijo más que de un caso de maternidad subrogada.²¹

Otra definición interesante y similar es aquella que desde el punto de vista estrictamente técnico, dice: hay maternidad o gestación subrogada, cuando el embrión de los cónyuges (padres biológicos) es implantado en el útero de una mujer (portadora), que llevará a cabo la gestación y posteriormente parirá, obligándose a entregar el niño a sus padres biológicos.²²

Otra definición de Maternidad Subrogada es la siguiente:

La mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Como se ha señalado, una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda mediante un contrato ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del cónyuge y además, renuncia a sus derechos maternos filiales sobre el hijo, de manera tal que la cónyuge pueda adoptarlo.²³

²¹ BRENA SESMA, Ingrid. *El Derecho a la Salud*. "Temas a Reflexionar". UNAM. México. 2004. Pág. 10 a 13.

²² CORDOBA, Eduardo. *Fecundación Humana Asistida Aspectos Jurídicos Emergentes*. Alberoni. Argentina. 2000. Pág. 23.

²³ VIDAL MARTINEZ, Jaime. *Las nuevas Formas de Reproducción Human*. Civitas. España. 1998. Pág. 180.

Los problemas más discutidos relativos a la práctica de la Madre Subrogada han sido con relación a la ilicitud de forma esquemática entre los argumentos a favor de la licitud, se sitúan fundamentalmente los basados en perspectivas utilitaristas y contractualitas. Desde el punto de vista utilitarista se mantiene que este acuerdo maximiza la utilidad de las partes implicadas, mientras que desde el punto de vista contractualita se dice que no hay nada que objetar a un contrato en el que las partes libremente decidieron. Por otro lado, están los argumentos basados en similares objeciones que son opuestas al uso de gametos de terceros y aquellos sustentados en la fuerza de la relación natural entre madre e hijo.

Desde otro punto de vista, se alega que tales contratos son contrarios a la dignidad de las personas, tanto de las madres subrogadas como de los nacidos por causas de estos contratos, con los cuales se comercializan y son vendidos.

Mi tarea es analizar el impacto y las repercusiones de la implantación de esta figura en nuestro Código Civil del Distrito Federal, muchos autores consideran que esta técnica produce una grave distorsión de la relación madre-hijo, puesto que la mujer deliberadamente acepta quedar embarazada de un hijo que deberá entregar una vez que es producido el parto.

Por su parte el hijo, recibe el trato de ser el objeto de una transacción comercial y quien lo gesta, no será una verdadera madre para él constituyendo en realidad este procedimiento una forma inhumana de gestar un niño, ya que se altera el proceso de la maternidad que es un valor esencial, propio de la naturaleza humana, considerando que, mediante este contrato casi siempre oneroso de madre subrogada, se esta produciendo un atentado en contra de la dignidad del ser humano, pues se incluye en el contrato algo que esta fuera del comercio, el cual es el cuerpo humano y por ello es inaceptable, pues ni la mujer es una incubadora humana, ni el niño es una mercancía.

Como se mencionó con antelación, la idea que se tiene es analizar las ventajas y desventajas de dicho contrato, este contrato trae más ventajas que desventajas a primera vista, aunque será necesario profundizar en el ámbito científico, religioso y legal.

Cabe destacar, que en algunos países este tipo de contrato es considerado como lícito, mientras que en otros lugares se va desde la prohibición total, al establecimiento de algún tipo de limitaciones, como es, la prohibición de los acuerdos que no sean gratuitos, o los que se realicen con la participación de intermediarios. Otro tipo de regímenes intermedios que se han propuesto pasan también por la limitación de las formas que se consideran más graves como es; el rechazar los casos en los que la pareja no aporta ningún gameto el criterio de que el consenso habrá de mantenerse durante todo el proceso para garantizar la libertad de disponer del propio cuerpo y al tiempo la posibilidad de que la madre comitente pudiese decidir en todo momento si entregaba al hijo o no con total libertad.

Frente a esas limitaciones, o a las propuestas abiertamente prohibicionistas, las posturas más favorables propondrían que estas prácticas fueran asimiladas a la adopción o simplemente quedarán bajo la regulación contractual general y por lo tanto sobre lo acordado por las partes.

En México no existe texto legal que prohíba la figura de la Madre Subrogada. Por lo que tenemos que acudir a la teoría general del acto jurídico. Al hablar de Madre Subrogada o Subrogación de Vientre el objeto del acto jurídico que fundamentará la aplicación de las técnicas médicas sería ilícito, porque el cuerpo humano no es materia de comercio.

Es importante comentar que para lograr una aceptación legal, necesito analizar distintos estados, los cuales llevan a cabo esta técnica y la encuentran benéfica, desde luego nos referiremos a los diversos tipos de inseminación, así

como la fertilización in Vitro y a la Maternidad Subrogada, que aunque no son formas inseminatorias, proporcionan una visión completa de técnicas de reproducción asistida y sobre todo en la actualidad más de las personas que creemos recurren a este tipo de técnica artificiales para poder concebir un hijo.

1.7. LA FECUNDACIÓN IN VITRO

Se utiliza para remediar algunos tipos de infertilidad. El método frecuentemente utilizado consiste en la remoción del óvulo materno su fertilización in Vitro con semen del cónyuge y su implante en el vientre de la misma mujer de donde aquel procedió. El segundo método es una variación del primero, en cuanto al semen fecundante proviene del tercero o un donante. Un tercer método conlleva la utilización de un óvulo y semen de donantes. La madre fisiológica no es la madre genética, se fertiliza in Vitro y luego se implanta en el vientre de una madre fisiológica en todo caso este último es el que nos interesaría.²⁴

Es importante analizar la fecundación in Vitro para tener un panorama más claro de cómo se va a llevar a cabo o mediante que técnica se llevará a cabo la Madre Subrogada

Otro concepto establece que la fecundación in Vitro es un procedimiento médico científico de varias etapas, tendientes a subsanar problemas de esterilidad de la mujer, y que consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial: y lograda la fecundación se consigue, por tanto, el embrión fuera del claustro materno, que es luego transplantado a este para que el embarazo siga su curso natural.²⁵

²⁴ BRENA SESMA, Ingrid. Op. Cit Pág. 10

²⁵ CORDOBA, Eduardo. Op. Cit. Pág.25 y 26.

Como se observa el embarazo continua su curso natural, pero el problema viene, cuando por causas médicas la madre no puede gestar el producto, de ahí parte nuestro tema, que pasa cuando se tiene el firme interés de concebir, pero no se tiene la posibilidad fisiológica, ¿no es una de las finalidades indispensables del matrimonio la procreación?, la misma iglesia establece el tener los hijos que Dios te da, ¿dónde queda tu derecho consagrado en nuestra carta magna en su artículo 4° Constitucional?

Finalmente otro concepto establece que la fecundación artificial, extracorpórea, in Vitro o "bebe de probeta" es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre, fuera de su cuerpo, con esperma del padre.²⁶

Cabe aclarar que no necesariamente debe ser esperma del cónyuge ni tampoco óvulo de la cónyuge, ya que existe la posibilidad de que los cónyuges compren ya sea el óvulo o el esperma.

La finalidad que tengo en este primer capítulo es dar al lector una breve idea del contrato de Madre Subrogada partiendo de conceptos necesarios para el mejor entendimiento del mismo.

²⁶ VIDAL MARTINEZ, Jaime. Op. Cit. Pág. 155.

CAPÍTULO 2.

ANTECEDENTES EN MÉXICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

La Maternidad Subrogada en México no tiene ni en la legislación civil, ni en la canónica antecedente alguno, ya que son técnicas de las cuales se sabe poco por su nueva creación, podríamos decir que se tienen analogías para calificar su moralidad, pues durante la vida del hombre se aceptaron la llamadas nodrizas que amamantaban a recién nacidos y nadie objetó este supuesto, es necesario reflexionar sobre estas mujeres denominadas nodrizas, ya que en esta figura, la mujer que alimentaba al recién nacido no tenía la obligación ni el deber de alimentar un hijo ajeno, y sobre todo cobrar por brindar este servicio, es aquí, donde al parecer entraríamos en un dilema, esta figura resultó innovadora en su tiempo y hasta cierto modo revolucionaria, pero gracias a ella sobrevivieron muchos niños.

Hoy en día los tiempos las enfermedades, las costumbres, incluso el mismo derecho esta cambiando, es aquí donde debo analizar la posibilidad de introducir la figura de la Madre Subrogada en nuestro Código Civil del Distrito Federal razón por la que a continuación daré un breve recorrido por la historia acerca de la reproducción asistida.

2.1. LA FECUNDACIÓN HUMANA EXTRAUTERINA

El 26 de julio de 1978 el mundo entero fue conmovido por la noticia pública del nacimiento del primer bebé concebido fuera del seno materno, mediante la fecundación de un óvulo de su madre, lograda en el laboratorio.

Los protagonistas: Lesley Brown, inglesa de treinta y dos años de edad, estéril por obstrucción de las trompas de Falopio, a quien logró extraérsele un óvulo maduro que en condiciones termostáticas y químicas adecuadas, fue

fecundado in Vitro con espermatozoides de su cónyuge, John Brown; fue implantado en el útero de Lesley Brown, en donde cumplió normalmente las etapas del desarrollo fetal que culminó en el parto exitoso de una niña. Los autores y responsables científicos del hecho, los doctores Patrick Steptoe, ginecólogo y Robert Edwards, fisiólogo, ambos investigadores en el campo de la genética médica. El Lugar el Oldham Hospital situado a unos pocos kilómetros de Manchester, Gran Bretaña, en la pequeña localidad de Oldham Mumps.

Por primera vez – públicamente, al menos – se había logrado cerrar el ciclo de la fecundación extrauterina de un ser humano, la posterior implantación del embrión en el útero y su desarrollo completo hasta alcanzar el nacimiento.

Lo que ha constituido un factor de auténtica conmoción, ha sido la posibilidad de concebir extrauterinamente y obtener después, que el embrión pueda ser implantado en el útero en condiciones biofisiológicas tales, que permiten un desarrollo fetal ulterior regular; esto viene a colación ya que dicho método es empleado en la introducción del óvulo fecundado en el útero de la madre gestante, la cual en este tema será la madre sustituta.

Algunas publicaciones no médicas, aluden a logros similares obtenidos con anterioridad, se dice que un médico británico, Douglas Bevis, anunció públicamente en 1974 tres implantaciones de embriones en tubos de ensayo, que culminaron en nacimientos normales. Ya desde fines del siglo pasado se venían realizando diversas investigaciones sobre la ectogénesis en conejos.

Gregory Goodwin Pincus (1903-1967), logró la activación de un óvulo no fecundado de una coneja.

Las investigaciones en este sentido se extendieron a seres humanos. Rock y Menkin (1944), Landium y Shettles (1953), Petrov (1958) y Moricar (1959). Todos ellos lograron fecundaciones in Vitro aunque no pudieron

prolongar la vida del embrión más de cinco o seis días, en 1960 y 1961 el biólogo italiano Daniele Petrucci, investigador de la Universidad de Bolonia; logró el desarrollo de embriones in Vitro, uno de los cuales se mantuvo vivo durante casi sesenta días en el tubo de ensayo y cuya evolución fué, incluso, filmada. Pero lo cierto es que la experiencia fue condenada por diversos sectores, especialmente por la Iglesia Católica. No obstante se debe a Petrucci un notable avance en el estudio del desarrollo embrional desde la fecundación.²⁷

La historia de las madres sustitutas comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio, en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a petición de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración.²⁸

Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social. Uno de los casos más resonantes fue el denominado "Baby M." ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebé, y la obligación de abortar si de los tests de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de "Baby M.", pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whithead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La

²⁷ ZANNONI Eduardo, *Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina.* "Proyecciones Jurídicas". Octava Edición. Astrea. Argentina. 1978. Pág. 19 a 23

²⁸ SAMBRIZZI, Eduardo *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano.* Argentina. 2001 Pág. 114.

madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedían desprenderse del bebé.

El Juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido.

Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el Tribunal Supremo del Estado procedió a la revocación del fallo, declarando la nulidad del contrato aunque mantuvo la tenencia a favor de los Stern y alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socioeconómicas para "Baby M.". Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad.²⁹

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja contratante.

El acuerdo se efectuó a merced de las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los

²⁹ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián. *La genética y el derecho familiar*. Revista Tapia. n° 36 1987. Pág. 73

tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el tribunal de menores resolviera. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.

En Australia, en el Estado de Nueva Gales del Sur, acaeció un caso en el cual la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja contratante.³⁰

Para comprender en todos sus aspectos la problemática planteada y lograr un mínimo de introspección en las consecuencias experimentadas por quien actúa como madre portadora, transcribiremos las palabras expresadas por aquella en el diario El País (España) el 6 de agosto de 1984: "Al principio es fácil ser idealista. Creo que empecé a lamentarme cuando noté sus primeros movimientos (...). A veces los hombres están desesperados por tener hijos, tienen grandes planes para su hijo y heredero (...). No quiero que mi hijo tenga que cumplir estas expectativas o se sienta presionado para cumplir los deseos y sueños de otro".

A raíz de este caso, en el Estado de Victoria se ha aprobado una ley que veda a los donantes de espermatozoides u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad.

En 1994, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se les había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido in Vitro, producto del óvulo de una donante y del espermatozoides del cónyuge contratante. Cabe acotar que la legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y por ello, el espermatozoides debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30

³⁰ MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis *La nueva inseminación artificial*. Icaria. España. 1989. Pág. 80.

años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares.³¹

Italia nos presenta el singular caso de una mujer que parió a su hermano, ante la imposibilidad física (fundada en problemas de salud) de su madre para sobrellevar el embarazo y que deseaba tener un hijo de su nueva pareja.

Acercas de este tema, la doctrina de ese país expresa que, en virtud de los principios instituidos en su Código Civil, la maternidad exige el presupuesto del parto y por ello, madre será quien ha llevado a cabo la gestación. Empero, algunos autores se inclinan por considerar tal aquella mujer que ha deseado tener al hijo (maternidad psicológica) en franca oposición con quienes remarcan con la mayor de las trascendencias, la relación que se establece entre madre e hijo durante la gestación, siendo esta circunstancia la que debe valer en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica.³²

Recientemente, una jueza del Tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja, utilizar los servicios de una madre subrogada. En este caso, nos encontramos frente a una mujer que debido a una malformación en su aparato genital se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque si podía producir óvulos. Ello así, en 1995 la pareja, mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999.

Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un Código deontológico que prohibió expresamente la "maternidad subrogada". Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia,

³¹ MATOZZO DE ROMUALDI, Lilibiana. *Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada.* Traducción Gerardo Cesar Paz Gómez y Daniela Morales Cortez". Iustitia. Roma. 1987. Pág. 182

³² GARCÍA RUBIO, Mari Paz. *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida.* Italy. Italia. 1999. Pág. 165 a 173.

la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones sean implantados en la madre subrogada. El fallo fue modificado debido a la petición hecha aduciendo que la intervención se llevaba a cabo "por amor y no por dinero" y porque los embriones ya hacía cuatro años que estaban congelados.

No obstante, según la ley italiana, el nacido será hijo de quien lo ha gestado, esta mujer procederá a no reconocerlo y de este modo los padres genéticos podrán adoptarlo.

Mención aparte merece, el tratamiento de la llamada "maternidad póstuma". Me refiero al caso de Julie Garber, una joven estadounidense que en 1995 y a raíz de la detección de un cáncer, decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con esperma de un donante anónimo, a los efectos de preservar una futura maternidad que podría resultar dañada. Los embriones se congelaron; pero en 1996 Julie falleció dejando expresa autorización en su testamento, para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de alguna mujer; la elegida por los padres de la causante fue la señora Velloff.

La polémica judicial instaló su epicentro en la circunstancia de que, dos meses antes, la Corte de Apelación del Estado de California había declarado que los embriones, así como el esperma y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes; estableciendo, de este modo la indisponibilidad de los mismos por vía testamentaria. Con referencia a esta situación, la psicología moderna se cuestiona los efectos que podría producir en un niño el saberse hijo de una madre muerta antes de engendrarlo.³³

³³ GIBERTI, Eva. *En los hijos de la fertilización asistida*. Tercera edición. Argentina. 2001. Pág. 37.

La posibilidad de manipular con éxito los componentes genéticos de la fecundación altera concepciones científicas tradicionales, provoca replanteamientos éticos y desde luego, crea situaciones jurídicas nuevas.

Las prácticas se continuaron, pero es a principios del siglo XX cuando las técnicas se multiplican en los Estados más avanzados y de religión protestante, en vista de la resistencia de la Iglesia Católica para permitir las prácticas inseminatorias. En 1949 se establece en Estados Unidos por primera vez un banco de semen y durante la segunda guerra mundial fue práctica común la realización de inseminaciones en forma masiva, transportándose el esperma de los soldados americanos en aviones con el objeto de fecundar a sus esposas. Actualmente las técnicas han avanzado considerablemente y son numerosos los países que permiten la práctica de la inseminación artificial.

2.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA ESTERILIDAD.

La esterilidad humana ha sido considerada siempre como un hecho digno de compararse a una calamidad social y una desgracia que castiga al individuo de acuerdo con la mayor de las legislaciones modernas, el Código Civil Francés no admite ni la impotencia del cónyuge, ni la incapacidad de concebir de la cónyuge como posibles causas de divorcio; en Roma cualquiera de estas causas podía servir de fundamento al *divortium bona gratia* de Justiniano; y todavía en nuestros días ciertos pueblos la reconocen como motivos de disolución de la unión conyugal. Aún hoy, el cónyuge musulmán se desembaraza fácilmente de su cónyuge infecunda por el cómodo medio de las diversas repudiaciones reglamentadas por el Corán y ésta podrá a su vez obtener el divorcio judicial si su esposo es impotente, tanto si este estado se remonta a una época anterior o posterior al rito nupcial.

En Francia, una extensión jurídica, literalmente abusiva ha permitido, recientemente, contar entre las previsiones del artículo 231 del Código Civil, es

decir, entre las "injurias graves" que constituyen causa de divorcio, la impotencia, y la esterilidad anteriores al matrimonio.

La inseminación artificial proporciona actualmente una solución fisiológica positiva y permite remediar males de orden social e individual a la vez, la operación de inseminación artificial toma su definición de la etimología misma de la palabra: consiste en la introducción de esperma en el interior de los órganos genitales femeninos, mediante un procedimiento distinto al contacto sexual normal.³⁴

Las técnicas de fecundación o reproducción humana asistida, son las que procuran, con fines procreativos, la unión de los gametos masculino y femenino por un medio distinto al de la relación sexual natural.

2.3. DIFERENCIA ENTRE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y FECUNDACIÓN IN VITRO.

La inseminación artificial es el acto médico por el que se introduce esperma en el aparato genital de la mujer, en espera de la fecundación. Este procedimiento es artificial en cuanto a la manera de obtener el esperma y por su introducción en el cuerpo de la mujer; pero lo demás, la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular, es natural.

Esta técnica, a su vez, puede subclasificarse en inseminación artificial homóloga (IAH) e inseminación artificial heteróloga (IAD). Hay inseminación artificial homóloga cuando el semen utilizado pertenece al cónyuge estable de la cónyuge. La inseminación artificial es heteróloga cuando el semen es aportado por un tercero no vinculado a la mujer, al que se recurre por esterilidad del cónyuge o en supuestos de infertilidad de la pareja, cuando existe una alta

³⁴ RAMBAUR, Raymond. *El drama humano de la inseminación artificial*. Ciencia y vida. México. 1958. Pag 19 a 21.

probabilidad de transmisión hereditaria de ciertas patologías (parejas con riesgo genético), como hemofilia, síndrome de Down, mal de Huntington senilidad precoz.³⁵

Fecundación in Vitro es un proceso médico científico de varias etapas, tendientes a subsanar problemas de esterilidad de la mujer, y que consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial; lograda la fecundación y conseguido, por tanto el embrión fuera del claustro materno, es luego trasplantado a éste para que el embarazo siga su curso natural.

Creo prudente aclarar la diferencia entre inseminación artificial y fecundación in Vitro por que con frecuencia se confunden dichas técnicas y lo cual provocaría confusión en el desarrollo de nuestro tema, finalmente pasaré a la técnica que me interesa.

2.4. TÉCNICA DE SUBROGACIÓN.

Esta técnica posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula y puede desarrollarse con las siguientes variantes:

1) La pareja contratante aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

2) La madre portadora, además, aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja contratante de un tercero anónimo o conocido.

³⁵ CORDOBA, Eduardo. Op Cit. Pág.25 y 26.

3) El material genético es aportado por individuos (ambos o solo uno de ellos) ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero.

En el supuesto planteado en el segundo número, no se trataría estrictamente de una Maternidad Subrogada, en razón de que la portadora es, además, autora del material genético.³⁶

Para arribar a este resultado se emplea la técnica de la fecundación in Vitro de manera tal que, una vez realizada la fusión de los gametos, el embrión resultante es implantado en la mujer que, de este modo prestará su cuerpo haciendo posible la gestación y el parto.

Una vez que el niño/a ha nacido, la mujer portadora cede su custodia al cónyuge de la pareja contratante –cuando tal identidad coincide con quien ha aportado el esperma– y renuncia a sus derechos de madre, ofreciéndose de esta manera, la posibilidad de que la cónyuge de este último pueda adoptar al niño/a.³⁷

Evidentemente, gracias a estas técnicas, las situaciones que se plantean en el ámbito jurídico, ético y sociológico se perfilan dificultosas y en esa inteligencia, es que requieren ser tratadas con profundidad y suma prudencia como también Inter disciplinariamente, con el propósito de discernir una respuesta que abarque la mayor gama de aspectos que involucran esta problemática.

En principio, es claro que nos encontramos ante un desdoblamiento de la función materna: por un lado se encuentra la "maternidad genética" –a partir de la aportación de la mitad de la información cromosómica– y por el otro, "la maternidad gestacional" de quien cede su vientre pero, cuando la identidad de

³⁶ *Diccionario de medicina*, España, Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra, Espasa Siglo XXI, 2000.

³⁷ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Op. Cit. Pág.180.

la donante del óvulo no coincida con la de quien contrata, se verificará la presencia de una tercera interesada.

La función de gestar un hijo para otros (la pareja infecunda), puede hoy llevarse a cabo, no sólo utilizando los gametos del varón, sino también los de la mujer que asumirá las funciones de madre, bien por imposibilidad física de serlo en la realidad, o tal vez por el simple deseo de eludir los inconvenientes o el peligro, que para ella pudiera suponer el embarazo. Se procede entonces a una fecundación in Vitro, empleando los gametos de la pareja que pretende el hijo, y el embrión humano será luego gestado, previa implantación, por la madre sustituta o portadora.

La inseminación artificial, así como la Maternidad Subrogada y demás métodos de reproducción asistida habrán de someterse a normas precisas, por lo que resulta necesaria la colaboración de científicos y juristas, de modo que el derecho no limite el avance de la ciencia, pero que la ciencia no transgreda los derechos y libertades fundamentales de los individuos y que sólo se traigan al mundo a través de dichas técnicas de reproducción asistida a niños bajo las mejores circunstancias posibles.

Las técnicas de reproducción asistida se han perfeccionado a lo largo de las décadas de los 80 y 90 del siglo XX con una finalidad clara y específica, que es combatir la esterilidad humana. Los avances científicos en esta materia pretendieron, por tanto ofrecer remedios eficaces contra las enfermedades o disfunciones reproductivas de los seres humanos.

Sin embargo en los últimos años de la década de los 90 podemos apreciar una cierta evolución en la mentalidad, que anima la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, no hay duda de que la esterilidad humana seguirá estando en la base de las técnicas de la reproducción asistida, pero lo más

probable es que estas amplien su horizonte y aborden situaciones médicas, biológicas y sociales diferentes a las que impulsaron su aparición y desarrollo.

2.4.1 PROYECCIONES

Si el embrión humano puede obtenerse in Vitro nada impediría luego su implantación en un útero adecuado para su gestación, que no fuera el de la madre y después del nacimiento del niño/a la entrega de éste a los progenitores, previo pago por supuesto.

Japón, Estados Unidos y La Unión Soviética cuentan con bancos de espermatozoides masculino, nada impide en lo sucesivo, banco de óvulos y en centros de fecundación extrauterina que, mediante una retribución convenida, posibiliten la implantación de embriones así obtenidos.³⁸

Por supuesto que es pensable el alquiler de úteros, la venta de espermatozoides o de óvulos o directamente la comercialización de embriones. Pero también los logros de la moderna embriología ponen al alcance de muchas personas un modo de resolver requerimientos concretos, sin perjuicio de las investigaciones colaterales que todos los campos posibilitan.

Lo arduo es lograr el acceso al fundamento ontológico de lo ético que descubra de lo cotidiano, lo positivo y el sentido de intuición ética estimativa que nos proporcione el valor y la pérdida del mismo de las cosas.

No se podrá negar que el derecho presupone no sólo lo científico, sino también lo ético. Y esto no significa combatir el progreso científico y técnico; significa que el orden científico, más allá del fenomenismo y de su relativismo, está subordinado a un orden superior en que las categorías axiológicas valorativas, señalan límites, el pensamiento de Sciacca enrolado

³⁸ VIDAL MARTINEZ, Jaime. Op. Cit. Pág. 196.

en el espiritualismo católico dice que transforma la naturaleza a través de la técnica.

"Más de un renacimiento del iusnaturalismo decía Norberto Bobbio en ocasión del XXII Congreso Internacional de Filosofía en 1963 se debería hablar del eterno retorno de aquellos valores que hacen la vida humana digna de ser vivida y que los filósofos revelan, proclaman y al fin tratan de justificar según los tiempos y las condiciones históricas, con argumentos tomados de la concepción general del mundo prevaleciente en la cultura de una época, la ciencia coadyuva a que la vida del hombre sea cada vez más digna de ser vivida".³⁹

2.5. DIRECTRICES BIOLÓGICAS, ÉTICAS Y JURÍDICAS DE LA FILIACIÓN LEGÍTIMA.

Las categorías jurídicas, la filiación y en particular la filiación matrimonial o legítima es una de ellas, en donde se reconoce en el derecho de familia un sustento biológico. Así se alude al matrimonio como institución jurídica que presupone la unión intersexual y la filiación que presupone la procreación.

Las conquistas en el campo de la genética humana exigen al jurista, ahora, conjugar los datos que aquella tiene en el especto de las realidades biológicas, con los presupuestos que informan la realidad jurídica.

En ese entendimiento considero necesario determinar las directivas fundamentales para ensayar, no sólo una consideración axiológica de los resultados a que puede conducir la aplicación de las posibilidades que brinda la genética, sino su adecuada integración en función interpretativa del derecho vigente.⁴⁰

³⁹ ZANNONI, Eduardo. Op Cit. Pág.25 a 28.

⁴⁰ Ibidem. Pág. 35 a 38.

2.6. FUNDAMENTO BIOLÓGICO INSTITUCIONAL Y SUS DICOTOMÍAS.

El derecho de filiación matrimonial asienta en dos pilares fundamentales. Uno de naturaleza biológica: el hijo es legítimo porque fue concebido por los cónyuges. El otro de naturaleza institucional: el hijo es legítimo porque fue concebido durante el matrimonio. El primer fundamento implica una exigencia genética y el segundo una exigencia institucional, ambos fundamentos son recogidos normativamente en nuestro derecho positivo, la ley presume que los hijos concebidos por la cónyuge durante el matrimonio tienen por padre al cónyuge.

De tal modo es perfectamente coherente sostener que el medio utilizado para lograr la concepción del hijo, es indiferente *de lege lata* siempre que en tal concepción intervengan exclusivamente los componentes genéticos del cónyuge y la cónyuge y que ella acaezca durante el matrimonio.

Esta constituye la premisa básica del razonamiento y como consecuencia ha de afirmarse que el hijo concebido durante el matrimonio por la cónyuge mediante inseminación homóloga (con semen del cónyuge) es legítima. De igual modo el hijo concebido mediante fecundación extraterina durante el matrimonio utilizándose un óvulo de la cónyuge y un espermatozoide del cónyuge es también legítimo. Coincidiendo en ambos supuestos la exigencia biológica y la institucional de la filiación matrimonial.

2.6.1. FUNDAMENTO

La inseminación artificial es un procedimiento destinado a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación, procede cuando la inseminación natural no es posible por anomalía física del cónyuge o la cónyuge, por imposibilidad para la ascensión natural de los espermatozoides o

porque el semen que penetra no es fértil, la inseminación artificial en ningún caso debe ser utilizada como sustituta de la relación sexual natural. Su justificación depende de una opinión médica que indique la posibilidad de la pareja para procrear por los medios naturales, en la medida que la inseminación artificial se ajuste, será aceptada por la sociedad.

2.6.2. PLANTEAMIENTO.

La inseminación artificial se ha incorporado a la medicina general y su práctica es común, pero el derecho se ha retrasado en la adecuación de las normas a los cambios que se han generado. El artículo 4to. Constitucional se refiere al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos considero prudente establecer tres puntos de vista como son el científico, el religioso y el jurídico, mismos que a continuación se establecen.

2.6.3. ACEPTACIÓN CIENTÍFICA

La inseminación artificial atiende un problema médico, el de las parejas infecundas que habiendo agotado otras medidas terapéuticas, deciden someterse a las técnicas que la ciencia ofrece para lograr la fertilización.

Cabe mencionar que la finalidad de la ciencia médica es ayudar a un sujeto a cuidar y preservar la vida, encontrando como estas el sanar, dar tratamientos e intervenciones quirúrgicas, entre otras puedo mencionar , la más importante que es el dar vida, y como mencioné existen múltiples enfermedades que impiden a las mujeres o a los hombres poder concebir un hijo, pero gracias a los avances técnico-científico-médicos hoy es posible.

2.6.4. ACEPTACIÓN RELIGIOSA.

La Iglesia Católica acepta la práctica de la inseminación homóloga pero considera a la heteróloga como una abominación y desorden moral condenable, PIO XII pronunció en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, el 29 de septiembre de 1949 en el sentido de considerar la fecundación artificial fuera del matrimonio pura y simple como inmoral, no puede ser fruto sino del matrimonio. La fecundación artificial en el matrimonio producida por un tercero es igualmente inmoral y como tal debe tenerse.

La Instrucción Vaticana ha manifestado obtener gametos de una tercera persona para disponer de espermatozoides o de óvulos constituye una violación del compromiso recíproco de los cónyuges y una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad.

Juan XXII *Mater et Magistra* insistió en manifestar que la transmisión de la vida humana ha sido confiada a un acto que está sujeto a Leyes Sacrosantas inmutables e inviolables de Dios, las cuales han de ser reconocidas y respetadas por todos. Nadie pues, puede lícitamente usar en esta materia los medios o procedimientos que es lícito emplear en la genética de las plantas o de los animales.

La Iglesia Católica ha considerado la inseminación artificial heteróloga como "moralmente ilícita" la fecundación de mujer casada con el espermatozoide de un donador distinto a su cónyuge, así como la fecundación con el espermatozoide del cónyuge de un óvulo no procedente de su cónyuge. Es moralmente injustificable, además la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien sea el donador.

En cuanto a la maternidad sustituta se considera que es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana.

Por el contrario la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio, la admite en el caso: que el medio técnico no sustituya el acto conyugal sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural.

2.6.5. ACEPTACIÓN LEGAL.

Para comentar la aceptación legal, será necesaria la referencia a distintos estados, desde luego a los diversos tipos de inseminación así como a la fertilización in Vitro y a la maternidad subrogada, que aunque no son formas inseminatorias proporcionan una visión completa de técnicas de reproducción asistida.

La Ley General de Salud de 1984 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y planificación familiar. Las reformas a la Ley General de Salud de 1991 contienen algunas definiciones y normas de carácter muy general sobre autorizaciones y registros.⁴¹

Con fecha de enero de 1987, se publicó el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, en el cual se consagra en un capítulo la fertilización asistida, donde la regula pero de manera incompleta. Sin embargo ninguna ley regula de modo directo y amplio la inseminación artificial y desde luego no se contempla la maternidad subrogada.

⁴¹ BRENA SESMA, Ingrid. Op. Cit. Pág. 5 y 6.

Esta laguna me llevó a considerar que es imprescindible la reflexión sobre la serie de supuestos que sustentarán, en su momento las necesarias modificaciones legislativas que deberán implantarse entre ellos, la definición misma de maternidad subrogada, inseminación in Vitro e inseminación artificial, la determinación de su naturaleza jurídica, de los sujetos que intervienen en ella, los intereses en juego, bajo qué supuestos deben aplicarse, cuáles son sus finalidades, así como sus efectos y por qué no, sus defectos también.

2.7. CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

Debido a las diferentes variables de la aceptación legal de la inseminación artificial, habrá de establecerse las diferentes consecuencias jurídicas que la inseminación artificial puede producir.

En la inseminación homóloga, cuando el donador del semen es el cónyuge de la mujer inseminada, este es el padre biológico del hijo nacido como resultado de esta inseminación. La situación de padre biológico y padre legal se identifica.

La condición jurídica del menor, su filiación materna y paterna, será reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar. Su situación del hijo producirá todas las consecuencias legales previstas en las legislaciones, entre ellas, patria potestad, alimentos y derechos sucesorios.

En los casos de inseminación heteróloga, consentida por la cónyuge y por su cónyuge, la madre esta unida al hijo por filiación biológica, en cambio, el cónyuge que consintió la inseminación, establecerá una filiación a través de lo que la doctrina moderna determina "voluntad procreacional" que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea de forma biológica. La aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de su cónyuge, es la fuente creadora del vínculo de filiación, independiente de la verdad biológica con todas

las consecuencias legales, entre ellas la creación de un verdadero *status filii*, aun más, un *status familiae*.

La situación que podría generar problemas sería la posible inseminación de la mujer casada sin que el cónyuge hubiese otorgado su consentimiento. La sola voluntad de la cónyuge no debería bastar para que el cónyuge asumiera la paternidad del menor, sin embargo la legislación en México no permite al cónyuge reconocer al hijo nacido por inseminación artificial heteróloga.

Aplicando el artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal, se presumen hijos de los cónyuges: los hijos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo.

Las normas de filiación son de orden público y de interpretación estricta, de modo que aún cuando el cónyuge demostrará la falta de su consentimiento, para la ley él será considerado como padre del menor que haya nacido dentro de estos plazos. Las presunciones antes mencionadas pueden destruirse sólo cuando el cónyuge probara que le ha sido físicamente imposible tener acceso carnal con su cónyuge, en los primeros 120 días de los trescientos que precedieron al parto, o cuando se le haya ocultado el nacimiento.⁴²

Sin esas pruebas no podrá contradecir su paternidad. La Ley General de Salud, en su artículo 466, sanciona al que practica una inseminación artificial sin el consentimiento de la cónyuge, pero, en todo caso, la filiación del hijo con relación a los cónyuges, queda establecida.

Sin embargo con el análisis que hemos presentado la inseminación como un acto jurídico, (este) sólo se configura con la manifestación de la voluntad de los que en ella intervienen tanto materialmente como jurídicamente y que son la cónyuge y, su cónyuge, el donador anónimo y los profesionales. Si el cónyuge

⁴² Ibidem. Pág. 13 y 14.

no manifestó su voluntad no deberá quedar vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participan en forma natural, no expresando su voluntad procreacional.⁴³

La mujer soltera que se somete a la inseminación artificial habrá de distinguir si cohabita con una pareja estable o no. En el primer caso, la legislación Italiana, Francesa y Sueca que consulte requieren del consentimiento de esa pareja, en México el reglamento en materia de investigación en su artículo 43 nos señala que para la realización de la fertilización asistida se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la cónyuge y de su cónyuge o concubinario.

El consentimiento del concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque no se haga cargo de la mujer o cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido. El mismo comentario del párrafo anterior es aplicable, no se deben atribuir consecuencias jurídicas a aquél que no participó en el acto.

Por otro lado, en las consecuencias jurídicas de la inseminación post-mortem, observamos que si la cónyuge viuda se somete a una inseminación con espermias del cónyuge fallecido, el hijo será solo de ella. De acuerdo a la explicación que formulamos con anterioridad, la personalidad concluye con la muerte, y el hijo resultado de una inseminación practicada después de la muerte del donador, no tiene padre, la ley lo considera hijo nacido fuera del matrimonio, pues no estaría dentro de los términos de presunción y por lo tanto, no tendría derecho al nombre ni a la herencia y menos a la vinculación parental con la familia del propietario del semen.

⁴³ Ibidem. Pág.16.

El objetivo del presente trabajo ha sido abordar la repercusión integral, así como ventajas de la misma, que la práctica conocida como "maternidad subrogada" (que) conlleva en nuestra sociedad, porque a pesar de no ser regulada se lleva a cabo bajo circunstancias desfavorables e incluso injustas.

Ante la convicción de la importancia que para el estudio de este tema reviste la actuación interdisciplinaria y esencialmente, la utilidad que para la ciencia jurídica representa el auxilio de disciplinas tales como la medicina, ética, psicología y sociología, entre otras, es que hemos intentado comprender las matices de esta cuestión transitando el camino del análisis jurídico, en el cual las ciencias que operan como auxiliares del mismo, juegan en muchos casos, de atajos instructivos que, en lugar de arrojada mediante sus conceptos, permiten al jurista aprender el fenómeno objeto de investigación, arribando a un conocimiento casi completo del mismo.

La novedad de las técnicas de manipulación genética, una de cuyas proyecciones es la llamada maternidad subrogada, que ha suscitado un sin número de polémicas a nivel mundial, en atención a los derechos en juego fundamentalmente y del cual giran y confluyen todas sus consecuencias como son: la persona y su dignidad.

Cuando de las personas se trata, las conclusiones no deben ser tibias, ningún aspecto que implique la dignidad y el honor puede quedar al desamparo y la suerte de quienes detentan el poder en un determinado momento de la historia. Es por eso que el científico, desde esta perspectiva, no sólo desarrolla descubrimientos que enaltezcan la calidad de vida sino, como contrapartida necesaria, vela porque los mismos no se conviertan en herramientas de vulneración y manejo de lo más sagrado: la vida como objeto inseparable de la persona humana y por ello, desarrollada en plena libertad, sin otras influencias salvo para quienes creemos en una fuerza superior que hayan predeterminado su origen y destino.

Por otro lado la tarea del jurista es cuidar los derechos mínimos del sujeto y regular todas aquellas acciones que puedan beneficiar o perjudicarlo es por eso que considero necesaria la contemplación de esta figura dentro de nuestro Código Civil del Distrito Federal.

CAPÍTULO 3

DERECHO COMPARADO.

Es importante establecer de forma general la proyección que tiene la figura de la madre subrogada en algunos, países que la regulan, mientras que otros pretenden mantenerla fuera de la protección jurídica.

La máxima del derecho romano que expresa "Mater semper certa est" consagrando, de este modo, la atribución de la maternidad por el hecho del parto, ha sido conmovida cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autoría genética la que llevase a cabo la gestación y el trabajo de parto.

El ordenamiento jurídico argentino, al igual que el de la mayoría de los estados occidentales, ha adoptado este adagio para determinar la maternidad en donde se establece que: "La maternidad quedará establecida, aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido".⁴⁴

Ahora bien, la maternidad subrogada para muchos países presenta una distorsión respecto del presupuesto biológico, en virtud de que la mujer que va a parir no es quien aportó el óvulo; y en cuanto al presupuesto psicológico, podría discutirse si el elemento volitivo –voluntad procreacional– sólo se halla presente en "quien ha deseado un hijo" (circunstancia que puede coincidir o no con la madre genética) o por el contrario, también es verificable en la mujer gestante que, luego de experimentar la relación materno-filial establecida durante el período del embarazo y sintiendo ésta al niño como propio se negase a cederlo a la pareja contratante.

⁴⁴ SOTO LA MADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La Fecundación artificial y la experimentación genética ante del derecho*. Segunda edición. Argentina. 1990. Pág. 360.

El problema jurídico reside en determinar a cual de las dos mujeres debe atribuirse la maternidad.

Cabe señalar de igual manera que no son en su mayoría las personas que optan por esta postura es decir son pocas mujeres quienes de verdad pretenden quedarse con el hijo que se encuentra de su cuerpo.

El artículo 102 de la ley española 35/1988 –primera ley sancionada en Europa respecto de la fecundación asistida-, establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. En este sentido, un sector de la doctrina de ese país considera que la portadora no podrá impugnar su maternidad ni por vicios del consentimiento, ni por cualquier causa referente al acuerdo de gestación para otra pareja. Asimismo, el hijo no tendría derecho a reclamar una filiación materna que ya consta y aparece declarada por la ley, ni impugnar la ya existente.⁴⁵

Para Vidal Martínez si bien la legislación española resuelve a quien corresponde declarar madre, también sería factible prever que la maternidad de deseo pueda ser convertida en legal por los cauces de la adopción, siendo imprescindible el control judicial a los efectos de salvaguardar, fundamentalmente, el interés del niño.

Similar opinión plantea la doctrina brasileña, refiriendo que “el mejor interés del niño” habrá de ser el que rija la decisión judicial, entendiendo por tal, el derecho a la vida y a la salud.⁴⁶

Como podremos observar, los nacidos a consecuencia de estas técnicas, padecerán la conmoción de no poder establecer de modo claro quienes serán declarados sus padres. Pero, más grave aún resulta la circunstancia de

⁴⁵ PEREDA RODRÍGUEZ, Martínez. *La maternidad portadora, subrogada o por encargo en el derecho español*. España . 1994. Pág. 114.

⁴⁶ VIDAL MARTINEZ, Jaime. Op. Cit. Pág. 180

hallarse en juego el derecho personalísimo a la identidad, proyectado en su faceta de no vulnerar al individuo la posibilidad de conocer su verdadera autoría genética.

Nótese que no me refiero exclusivamente al derecho de acceder al emplazamiento en el estado de familia mediante la atribución de una filiación determinada (ello encontraría solución echando mano a una ficción jurídica que atribuyese el título de padre o madre a cualquiera de los reclamantes según el criterio adoptado: padres comitentes o madre sustituta) sino, a la incuestionable prerrogativa de todo humano a conocer con certeza la verdad acerca de sí mismo y su origen; a saberse descendiente de otros y poderlos identificar; finalmente, a rechazar o acceder a ese conocimiento pero por decisión propia no por imposición de una sociedad la cual logro "fabricarlo y armarlo" cual un rompecabezas.

Es por eso que planteo la necesidad de crear un contrato de maternidad subrogada, en donde se cubran todas aquellas deficiencias que esta figura presenta en diferentes países como lo observamos anteriormente con España.

Para nuestro ordenamiento jurídico, hay contrato cuando "varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a regular sus derechos.

Según Diez Picazo la idea de contrato puede aplicarse para designar todos los negocios jurídicos bilaterales de derecho privado, abarcando tanto los de derecho patrimonial como los de derecho familiar y sucesiones. Por tanto, para este autor, el acuerdo acerca de una maternidad subrogada será reputado contrato, hallando las consideraciones respecto de su licitud o ilicitud.⁴⁷

⁴⁷ DIEZ PICAZO, Luis. Estudios de Derecho privado. Civitas. Madrid. 1980. Pág. 56.

Dice Zannoni que el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres. En igual sentido se pronuncia el jurista español Jaime Vidal Martínez para quien un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, así como también, a la legislación que, en el Código Civil de España (Art. 1271), consagra que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato determinando, por ello, la nulidad del mismo.⁴⁸

En este acuerdo de objeto ilícito intervienen tres partes: por un lado, la pareja contratante (aportando la totalidad del material genético o parte del mismo, según el caso); por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; y en tercer lugar, el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora.

El pacto en cuestión no podrá ser reputado como locación en virtud de que el cuerpo humano o parte del mismo no constituyen una cosa. En este sentido, opinan Medina y Erades que el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio. No obstante lo cual, resaltan que la disposición del mismo es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible y, en este sentido, el consentimiento tomaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público. Situación que en capítulos posteriores se aclarará.

Si encuadráramos este contrato en la modalidad que lo distingue como una locación de servicios, nos encontraríamos con que, al ser el objeto de la prestación de contenido ilícito, las partes no podrían demandar recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas, ni exigir la restitución del precio pagado.

⁴⁸ ZANNONI, Eduardo .Op. Cit. Pág. 111.

De la misma manera, en caso de verificarse un acuerdo de tipo gratuito, no cabría posibilidad de asimilar esta figura a una locación de ninguna especie, y habríamos de concluir aceptando que estamos frente a un contrato innominado.

Con referencia al acuerdo establecido con el equipo médico, y en tanto la madre subrogada se encontrase amparada, legalmente, la obligación sería de medios y no de resultados y por tanto, no correspondería responsabilizar al facultativo cuando la implantación del embrión en el útero de la portadora no llegase a realizarse, si el profesional puede demostrar que ha actuado con toda la diligencia y tecnología a su alcance.

De tal suerte, el contrato de maternidad subrogada se presenta como de estilo innominado, con características muy particulares y diversas modalidades de desarrollo y contenido. Ello es así, verbigracia en aquellos países en los que está práctica es aceptada, el contenido del acuerdo implica cláusulas que garantizan, entre otros aspectos, que la portadora no deberá abortar; o que sí deberá hacerlo en caso de verificarse una malformación en el feto.

También se establece, una serie de cuidados y normas de conductas que aquella deberá desempeñar a los efectos de cuidar que el embarazo llegue a buen término y evitar exponer al *nasciturus* a algún daño.

El contenido económico contempla una serie de gastos devengados a consecuencia de los cuidados especiales dispensados a la subrogada y por supuesto, un precio final en retribución por la cesión temporaria del útero y lo propio respecto de la agencia intermediaria.

Para autores como Lledo Yague, la nulidad de este tipo de pactos acarreará la necesidad de resolver los conflictos que del mismo derivan acudiendo a los principios generales aplicables a las obligaciones naturales. De manera tal que, si ha habido restitución no podrá exigirse lo pagado. Otro sector

de la doctrina hispana considera que estos contratos contravienen la mas elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad. En el ámbito de la doctrina nacional, en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan 1989) manifestó que: la disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro, es contraria a la moral y al orden público".⁴⁹

Gustavo Bossert, en cambio, admite la licitud de este pacto cuando el mismo es gratuito, desconociendo, sin embargo, acción a los contratantes para reclamar el niño; siendo la obligación de quien gesta el niño/a de tinte puramente natural y en consecuencia, no exigible judicialmente. En las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros celebradas en 1992, los Doctores. Bueres, Bossert, Gesualdi, Cifuentes y Kaller de Orchansky, afirmaron que "la práctica de la maternidad subrogada no ha de considerarse ilícita en si misma. No obstante, cabe declarar la ineficacia de los acuerdos de voluntad referidos a la filiación o al pago de un precio."⁵⁰

"En sentido opuesto, los Doctores. Nuñez, Noutel, Pereira, Tanzi, Lombardi, López Cabana, Loyarte y Rotonda, dejaron establecida su opinión en el sentido de que "este contrato es ineficaz, puesto que excede los límites establecidos por la autonomía de la voluntad, y contiene un objeto y una causa fin ilícitos".⁵¹

Como se observa existen diferentes posturas: afirma Rabinovich-Berkman refiriéndose a la posible influencia de la vieja cultura latina y del derecho romano en la civilización del siglo XX, especialmente, en el llamado "derecho al hijo" invocado como justificación para acceder a las técnicas de procreación asistida que: "... el argumento principal que sostiene "el derecho de los padres a la

⁴⁹ LLEGO YAGUE. *La genética actual y el derecho de familia*. Revista. Tapia. Madrid. 1987. Número 12. Pág. 47.

⁵⁰ LAPLACETTE, Dora Roció. *Contrato de locación de vientre*. Revista. Argentina. Número 40. 1995.

⁵¹ PARELLADA, Carlos. *Una aproximación del derecho de daños al manipuleo genético*. Revista. 1990. Pág. 25

fecundación" es fundamentalmente genético: no se trata del derecho "a tener un hijo" en sentido amplio, jurídico y/o psicológico (que podría satisfacerse mediante la adopción), sino de un hijo "propio", entendiéndose por tal al que posea los cromosomas de sus padres, o al menos de uno de ellos".

En la antigüedad, la función materna en la concepción se reducía a la aportación del recipiente idóneo para llevar a cabo la gestación; el útero cumplía esa función de albergar el contenido de la sustancia biológica; el semen era el único principio activo portador del sanguis, de allí que la madre "porta, pero no aporta". En la sociedad moderna, dicha imagen ha cambiado y se conoce la aportación genética de las mujeres. De ello deriva el hecho de no considerar como función primordial femenina la gestación y por ello, el derecho de poder gestar hijos fuera de su vientre.⁵²

También han sido transformados los paradigmas que regían las relaciones entre padres e hijos. En la antigüedad, la autoridad paterna reconocía un derecho de vida y muerte sobre sus descendientes; la institución de la adopción se basaba fundamentalmente en la necesidad de dar "hijos" a los efectos de continuar el culto familiar.

Nuestra realidad social, ha virado el eje de tal perspectiva y hoy se perfila como primordial el interés superior del menor, plasmado como estructura fundamental que ha de imperar como principio básico de toda legislación al respecto. En este sentido la convención Americana sobre Derechos Humanos se constituye en modelo esencial que reconoce la protección de la honra y de la dignidad de toda persona (Art. 11), así también, la protección de la vida desde la concepción (Art. 1). En consonancia con esta premisa, la Convención sobre los Derechos del Niño hace hincapié, en su preámbulo, en el reconocimiento de

⁵² VELÁSQUEZ, Antonio. *Genética Humana y derecho a la intimidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1997. Pág. 109.

la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Es por eso que considero imprescindible legislar en esta materia por que de no hacerlo realmente se estarán violando los derechos del menor.

3.1. ESTADOS UNIDOS.

Algunos de los diversos estados que componen la unión han manifestado, la tipificación como delito de la entrega de dinero u otros bienes a cambio de la adopción de menores. Fundamentándose en una ley de este tenor, un Tribunal de Michigan expidió, en el caso "Doe versus Kelly", negando el cumplimiento de la prestación pecuniaria reclamada por la madre gestante en calidad de contraprestación por la Subrogación de la Madre, con excepción de los gastos originados por ello. También con base sobre esta premisa y en una ley específica que veda el consentimiento anticipado para conceder la adopción antes de que se produzca el nacimiento, el Procurador General de Kentucky consideró, en 1981, como ilegales los contratos de maternidad sustituta.⁵³

En el resonado caso de "Baby M", ocurrido en 1988, El Tribunal Supremo del Estado de Michigan, actuante en segunda instancia, declaró la nulidad contractual por considerarlo infringido de la legislación y política pública estatal, en virtud del lucro emanado del mismo. Asimismo, manifestó la nulidad de la renuncia a todo derecho y responsabilidad sobre la niña, porque la misma -que concluye con los derechos materno filiales- se halla instaurada dentro de los cánones del interés público y sólo puede ser otorgada cuando se verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, lo que no había ocurrido en el caso en estudio.

⁵³ VIDAL MARTINEZ, Jaime. Op. Cit. Pag. 178.

Lo que sería importante agregar es que hay estados americanos los cuales si aceptan dicha figura, lo impresionante es que como se establece anteriormente existen países como esta potencia mundial que se deslindan de responsabilidad para no legislar en materia de Madre Subrogada.

3.2. GRAN BRETAÑA.

El informe Warnock, se expidió recomendando aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y en consecuencia la negativa para petitionar ante la ley. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para actuar como madres subrogadas o realicen este tipo de contratos.

En 1985 se aprobó la Surrogacy Arrangements Act para Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de Maternidad Subrogada.⁵⁴

3.3. FRANCIA

El "Comité National d' Ethique" ha rechazado esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se de cabida a la misma . Tal afirmación descansa en la creencia de que legalizar la maternidad subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte.

⁵⁴ BLANK, Robert. *Regulation reproduction N.Y.E.U.* Columbia University Press. 1990. Pág. 30.

3.4. SUECIA

Una ley de 1985 que prohíbe la práctica de maternidad subrogada en la cual existe remuneración e impide a la mujer contratante poder adoptar al hijo parido por la gestante.

3.5. AUSTRALIA

La legislación acerca de esta materia pertenece al Estado de Victoria, el cual refuta como nulo esta clase de contrato y sanciona penalmente a quien da o recibe pago por ayudar a que se realice un acuerdo de este tenor o efectúa el mismo.

De igual modo, la legislación sobre concepción artificial del Estado de Nueva Gales del Sur, si bien no se expide directamente, dificulta la práctica de la maternidad por sustitución al señalar que los donantes de esperma no tienen ningún derecho sobre los niños nacidos por inseminación artificial.⁵⁵

3.6. ALEMANIA

El Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y Tecnología constituyeron, en 1984, una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización in Vitro. Es interesante resaltar la importancia que, para este informe, presenta en el desarrollo del niño la íntima relación personal entre la embarazada y el nasciturus. En este sentido, según lo explican J.M. Martínez y Pereda Rodríguez, se plantea la circunstancia de que la madre gestante dispuesta por motivos económicos a llevar en su vientre un hijo fecundado extra corporalmente para otro, no se adapte a una forma de vida de abstinencia de alcohol y nicotina, como lo haría una mujer que pretendiera

⁵⁵ GARCÍA RUBIO, Mari Paz. Op. Cit. Pág. 73

quedarse con su hijo. También podría ocurrir que naciera una criatura con defectos físicos o mentales y que ninguno de los contratantes quisiera hacerse cargo de ella.⁵⁶

En vista de estas previsiones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización.

Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley cuya vigencia data de 1991.

3.7. HOLANDA.

En este país el contrato se considera nulo debido a su causa ilícita y si mediare pago, será reputado como contrario al orden público y a la moral.

3.8. ESPAÑA.

Rige, al respecto, la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la cual se limita a prohibir la utilización de la maternidad sustituta, pero no se expide acerca de la solución jurídica que corresponde en los casos en que dicha circunstancia, pese a la prohibición legal, sea realizada igualmente.⁵⁷

3.9. BRASIL.

No existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII – Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero)- que, las

⁵⁶ MC LEAN, Leonardo. *Aspectos éticos de la fertilización asistida*. Boletín de la Academia nacional de Medicina. Suplemento Dedicado al Simposio "Del nacer y del morir" 4 y 5 de Mayo de 1993. Pág. 27.

⁵⁷ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda y otros. *El Derecho a la Reproducción Human*. Primera Edición. Marcial Pons. España. 1994. Pág. 33.

clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética.

En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. De acuerdo con el Art. 199, parágrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad.

Como se observa cada país tiene una postura distinta lo que me pareció importante incluir debido a que en la presente investigación lo que se pretende es tener un panorama más claro de dicha figura, analizar las ventajas, las desventajas, los alcances jurídicos y los límites de la misma, mi intención es dar un panorama global y claro estableciendo que existe información más reciente, la cual se citará en nuestro siguiente capítulo, y nos ayudará a fortalecer nuestra postura en cuanto a la legislación de la figura de maternidad subrogada.

CAPÍTULO 4.

CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

4.1. EL CONCEPTO DE CONTRATO

La primera consideración que hay que hacer en este estudio, es contemplar que no es posible dar un concepto general del contrato con validez universal, ya que éste varía necesariamente de país en país y de época en época, de acuerdo con sus leyes y costumbres respectivas.

Así, la connotación que puede ser justamente aplicada en el derecho argentino, puede no corresponder a la que se le dé en derecho español o en derecho mexicano.

Por otra parte, la influencia doctrinal que es determinante en la labor legislativa, puede orientar la concentración de este término hacia diversos sentidos; y los autores de obras jurídicas tampoco están unificados para darle al contrato un significado uniforme, necesariamente éste variará en el aspecto legal, según sea la orientación doctrinal que haya motivado al autor de la ley.

En Argentina, conforme al artículo 1137 de su Código Civil. "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a arreglar sus derechos."⁵⁸

En el derecho español, conforme al artículo 1254 de su código civil, "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio."⁵⁹

⁵⁸ COSTA MÉNDEZ, María Josefina y otros. *Derecho de Familia*. Tres Tomos. Culzoni. Argentina 2004.

⁵⁹ MC LEAN, Leonardo. Op. Cit. Pág. 45

En el campo de la doctrina y según sea el aspecto que cada autor desea hacer resaltar, existen múltiples acepciones del concepto contrato.

Para Colín y Capitant, "El contrato o el convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos contratando las partes, pueden tener por fin, ya sea crear una relación de derecho crear, o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla." ⁶⁰

Para los autores soviéticos V. Serebrovsky y R. Jalfina, el contrato es "el acuerdo de dos o más personas sobre el establecimiento, la modificación o la extensión de las relaciones jurídicas civiles." ⁶¹

No obstante lo anterior, es preciso hacer varias consideraciones que sí tienen una aplicación general.

A.- Los contratos se estudian y tienen su campo de actualización dentro del ámbito patrimonial; su estudio sólo tiene importancia práctica si se hace dentro de la teoría del patrimonio. Así, al pretender ampliar su órbita a otras materias civiles u otras disciplinas jurídicas, es violentar su naturaleza y función, lo que se traduce en una escasa o nula utilidad práctica o doctrinal. Discutir si el matrimonio, la adopción o la actuación del funcionario público (se dice que el Presidente es el primer mandatario de la nación) son contratos, es distraer la atención sobre los aspectos verdaderamente importantes de esta figura. No discute la importancia jurídica de las materias no patrimoniales que seguramente la tienen y aún mayor que las patrimoniales, sino que se pretende encuadrar la figura del contrato dentro de sus límites exactos que permiten obtener los máximos frutos.

⁶⁰ ídem

⁶¹ CORDÓN BONET, Rambaour Raymond. *El Drama Humano de la Inseminación Artificial*. Traducción Baldomero Córdón Bonet. Impresiones Modernas. México. 1953. Pág. 56 a 58.

B.- Todo contrato necesariamente implica un acuerdo de voluntades, pero no un acuerdo simple, sino la manifestación exteriorizada de dos voluntades por lo menos en los términos en que lo disponga una norma vigente; y

C.- Todo contrato debe ligar, enlazar a las personas que lo celebran, estableciendo entre ellas un vínculo de contenido patrimonial.⁶²

Este aspecto es la razón de ser, es el objetivo y el motivo del contrato. Las personas en sus relaciones cotidianas, tienen la necesidad de asegurar en alguna forma la realización de cierta conducta por parte de otras o de comprometerse, a su vez, a la realización de cierta actividad y el instrumento idóneo para satisfacer esas necesidades, es el contrato.

Tomando en consideración lo expuesto, es necesario proporcionar un concepto de contrato que debe tenerse en cuenta para la comprensión y aplicación práctica de los contratos, en la segunda parte de este trabajo y también es necesario, como consecuencia de lo expuesto, precisar qué aceptación le da al contrato el Código Civil Mexicano.

4.2. EL CONCEPTO DE CONTRATO EN DERECHO MEXICANO

En el derecho positivo mexicano, existe una distinción entre el convenio y el contrato, considerando al primero como el género y al segundo como la especie, sin perder de vista que ambos son a su vez, especies de actos jurídicos.

El derecho positivo mexicano distingue al contrato del convenio y de los preceptos respectivos puede obtenerse la distinción entre convenio en un

⁶² TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. *Los contratos Civiles y sus Generalidades*. Quinta Edición. Serie Jurídica Me Grau Hill. México. 1999. Pág. 28.

sentido amplio y contrato en un sentido restringido. Aún cuando como especies de un mismo género, que es de acto jurídico, todas las disposiciones jurídicas aplicables a los contratos también lo serán a los convenios.

El convenio en sentido amplio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

El contrato es el acuerdo entre dos o más personas para crear o transferir derechos y obligaciones.

Como consecuencia del desprendimiento de contrato de su género, el convenio en sentido restringido, queda reducido al acuerdo de dos o más personas para modificar o extinguir derechos y obligaciones.

4.3. DIVERSAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO CONTRATO

La expresión "contrato" tiene en la práctica jurídica mexicana diversas significaciones: como acto jurídico, como norma individualizada y como documento en el cual se contienen los pactos o cláusulas convenidas por las partes, que crean o transmiten derechos y obligaciones.

4.3.1. EL CONTRATO COMO ACTO JURÍDICO

Cualquier transformación en el ámbito de lo jurídico, o sea cualquier situación que produzca una consecuencia a la que se califique como "jurídica", necesariamente debe ser el resultado de una motivación a un "supuesto jurídico y toda activación de un supuesto jurídico, forzosamente debe de obedecer a la actualización de un hecho jurídico."⁶³

⁶³ OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*. Segunda Edición Oxford. México. 2002

Estos términos de "supuesto jurídico" "consecuencias de derecho", "sujetos de derecho" que son las personas a quienes se imputan las consecuencias y "objetos de derecho" que es el elemento material y objetivo que maneja la ciencia jurídica, reciben el nombre de "conceptos jurídicos fundamentales", sin los cuales por lo tanto, no podría hablarse de situación o relación con la clasificación jurídica.

Los supuestos jurídicos, son las hipótesis normativas de cuya excitación depende el que se produzcan consecuencias de derecho.

Las consecuencias de derecho, son las situaciones o relaciones que se originan como consecuencia de haberse activado uno o varios supuestos jurídicos.

Es un desenvolvimiento lógico de ideas, por lo que debe concluirse que, para que se produzcan consecuencias de derecho, se necesita existir o actualizar un supuesto. Ahora bien, el motor, el impulso, el activador del supuesto recibe el nombre de hecho jurídico.

Existen acontecimientos que no producen consecuencias jurídicas por no activar ningún supuesto, pero en cambio existen otros que si las producen y a estos últimos son a los que se les denomina hechos jurídicos.

Los hechos jurídicos pueden clasificarse en hechos jurídicos en sentido estricto y en actos jurídicos y en la teoría germano-italiana, en negocios jurídicos.

Los hechos jurídicos en sentido estricto son los acontecimientos de la naturaleza o relacionados con el hombre, en los que no interviene su voluntad o que aún interviniendo, ésta es irrelevante en la producción de las consecuencias

y que por la excitación de un supuesto jurídico se producen consecuencias de derechos.

El acto jurídico, es el acontecimiento del hombre el cual interviene su voluntad en forma directa y que por la motivación que hace de un supuesto jurídico, produce consecuencias de derecho.

Si en la realización del acto jurídico interviene una sola voluntad, se dice que éste es monosubjetivo y si intervienen dos o más voluntades, el acto será plurisubjetivo.

Al referirse el acto jurídico a la materia civil y dentro de ésta a la regulación patrimonial que presupone la posibilidad de la obtención de bienes y servicios como medios de la circulación de riqueza y además relacionando los conceptos anteriores con la posibilidad de crear y transmitir derechos y obligaciones se esta ya en posibilidad de dar un concepto de contrato como acto jurídico:

El contrato, como acto jurídico, es el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial.⁶⁴

En este trabajo se manejará en términos generales al contrato como un acto jurídico, para estudiar sus elementos, presupuestos y clasificación, sin desentenderse que además es una norma jurídica individualizada y debe tenerse presente también esa naturaleza para poder comprender el funcionamiento y utilidad de la figura.

⁶⁴ SÁNCHEZ MEDEL, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Décimo Quinta Edición. México 1995. Pág. 33.

4.3.2. EL CONTRATO COMO NORMA JURÍDICA

Al estudiar el contrato, se debe tener en cuenta dos aspectos fundamentales; el primero, el acto jurídico como acuerdo de voluntades que es el proceso creador del contrato y el segundo, que es el resultado de ese proceso; y así como no deben confundirse los actos discursivos con el discurso mismo o el proceso de elaboración legislativa con la Ley, tampoco deben confundirse el acto productor del contrato con el contrato mismo.

El resultado del acto jurídico contractual puede considerarse como una norma de la cual emanan derechos y obligaciones para las partes que en él intervienen.

El fundamento de obligatoriedad del contrato es que en si mismo es una norma jurídica, no general sino individualizada, que a su vez se apoya en una norma jurídica general (la contenida en el código civil) la que a su vez se apoya para fundar su obligatoriedad en una norma de carácter constitucional.

Los temas principales que deben ser tratados en el estudio del contrato como norma jurídica son: los ámbitos de validez material, temporal, personal y los conflictos entre contratos relacionados con los ámbitos indicados.

4.3.3. EL CONTRATO COMO DOCUMENTO

Esta acepción, hace referencia al documento o al conjunto de signos sensibles que es el resultado del proceso contractual y en el cual se contiene la voluntad de las partes, que es donde constan los pactos o cláusulas de la norma individualizada y su estudio, se tratará en términos generales en el capítulo del elemento "forma" al analizar cada uno de los contratos que en particular reglamentan el código civil.⁶⁵

⁶⁵ <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> (Octubre del 2004 hora de consulta 8:30 p.m).

4.4. ELEMENTOS DEL CONTRATO

4.4.1 EL CONSENTIMIENTO

En la determinación de las partes que necesariamente deben integrar un contrato, reina en la doctrina una gran anarquía.

La mayoría de los autores mexicanos, por no decir todos siguiendo el criterio del código civil, clasifican a los elementos del contrato en esenciales y de validez.

Para la doctrina mexicana son elementos esenciales el consentimiento y el objeto; y de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma.

No obstante que el código civil y los autores mexicanos analizan al contrato respecto a sus elementos de esencia y validez, en este estudio no se seguirá ese criterio por considerarse que no deben confundirse los ámbitos o campos de la formación y los de los efectos del contrato. Ciertos requisitos son indispensables para que el contrato exista y a éstos debe llamarse precisamente elementos y otros son necesariamente para que produzcan efectos normales en los términos previstos en la norma.

Liámese elemento a la parte integrante de una cosa que si falta, no existe como tal, aunque de hecho puede existir una diversa.

Bajo esas bases, para realizar un análisis sistemático del contrato, deben distinguirse aquellas partes que efectivamente son indispensables para que exista y se manifieste este acto jurídico, de aquellas que deben existir

previamente a la formación del contrato; las primeras hacen referencia a la estructura del contrato y las últimas a las consecuencias del mismo.

Son elementos del contrato el consentimiento, el objeto y la forma, ya que sin ellos no existiría esta figura.

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades en los términos de una norma para la producción de las consecuencias previstas en la misma.⁶⁶

Como la voluntad es un elemento indispensable del acto jurídico y los contratos son una especie del género actos jurídicos, necesariamente se requiere de esa voluntad en el contrato, pero como este siempre es un acto plurisujetivo, la unión acorde de las voluntades de los contratantes en los términos de un supuesto jurídico, toma el nombre de consentimiento.

Ahora bien, esas voluntades deben estar acordes respecto de un objeto de interés jurídico y en relación a la materia contractual, ese objeto es la conducta proyectada como una prestación o como una abstención, ya sea para dar cierta cosa, prestar un servicio o realizar una abstención.

Por último, el consentimiento respecto de tal conducta, necesaria y forzosamente debe manifestarse o exteriorizarse de alguna manera para que tenga existencia social y por ende jurídica.

La existencia de la persona o la existencia de tal persona con aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, es un presupuesto necesario y elemental de todo acto jurídico, pero no es lógico expresar que es un elemento de tal acto, ya que el elemento no es el sujeto sino la voluntad, por lo que la capacidad que

⁶⁶ <http://foros.terra.com.mx/portada.cfm?s=ME&pCat=10&pForo=6350&pConv=360167&pExpan=1> (Febrero del 2005 hora de consulta 5:10 p.m)

es esa aptitud, es presupuesto del contrato y además es también presupuesto la falta de vicios en la voluntad del contratante, que si existen harán impresión sobre los efectos del contrato pero no sobre su existencia, ya que una persona puede querer presionada o equivocadamente, pero quiere.

En relación a la licitud, ésta significa que los contratantes regulan su conducta conforme a una norma jurídica o que no la contradigan, ya que si actúan en contravención de la misma, su conducta será ilícita y por lo tanto no sólo no existirá contrato, sino que existirá acto jurídico (será un hecho jurídico en sentido estricto), porque es irrelevante esa voluntad contraria a la Ley para producir las consecuencias previstas por ella. De donde se desprende que la existencia misma de la norma y por lo tanto la licitud, que debe ser acatada, es un presupuesto y no un elemento del contrato.⁶⁷

Si se toma en consideración al contrato como norma jurídica individualizada, sus elementos son: La forma o manera de exteriorizarse y el contenido o sean los pactos o cláusulas del mismo.

4.5. ELEMENTOS DEL CONTRATO Y PRESUPUESTOS

4.5.1. EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA.

La voluntad es la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa y la voluntad desde el punto de vista jurídico, es esa intención para realizar un acontecimiento referida la abstención de efectos jurídicos previstos en la norma.

En los actos plurisubjetivos, la unión acorde de voluntades de los sujetos que intervienen en los términos señalados en la norma o supuesto jurídicos, se llama consentimiento.⁶⁸

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ PERÉZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Fernando. *Contratos Civiles*. Quinta Edición. Porrúa. México. 1998. Pág. 21 y 22.

Por lo anterior en el contrato, el consentimiento es la unión o conjunción y acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Si en un determinado supuesto no existiera esa unión o conjunción acorde de voluntades en los términos de la norma, podría existir o un hecho jurídico o uno o varios actos subjetivos que originarán consecuencias de derecho, pero no existiría un contrato, ya que es un elemento para la existencia de éste, el que se dé ese consentimiento con la acepción señalada.

4.6. EL OBJETO COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA

El objeto del contrato, como el objeto del derecho en general, es la conducta (es innecesario recalcar que tal conducta debe ser humana, ya que el "derecho" sólo puede concebirse referido al hombre) y dicha conducta puede manifestarse como una prestación (situación activa, móvil, dinámica) o como una abstención (situación pasiva, inmóvil, estática). Si tal conducta se manifiesta o exterioriza como una prestación puede encausarse como un hacer o como un dar cierta cosa, que al final no sería sino una modalidad de un hacer algo; y si la conducta se manifiesta o exterioriza como una abstención, puede encausarse como un no hacer algo.⁶⁹

Ahora bien, el contenido de la prestación "hacer algo" debe ser posible y lícito, ya sea que se proyecte hacia un "hecho" o hacia una "cosa".

De lo anterior se puede deducir la clasificación del objeto como elemento de existencia del contrato, en objeto directo y objeto indirecto. Será objeto directo del contrato la conducta que puede manifestarse como una prestación - un dar o un hacer- o como una abstención -un no hacer-.

⁶⁹ Ibidem. Pág. 24.

Será objeto indirecto del contrato: La cosa como contenido del hacer (que debe ser posible y lícito) y la abstención, como contenido del no hacer (que debe ser posible y lícita).

La creación y la transmisión (y en algunas legislaciones la modificación y la extensión) de derechos y obligaciones, no es, ni puede ser objeto del contrato, sino que esas situaciones son la consecuencia o resultado del propio contrato jurídico que motivó o actualizó un supuesto de derecho.

Sin embargo, como tales consecuencias son precisamente la razón de ser de los contratos, el motivo que impulsa a las personas a vincularse jurídicamente, es por lo que se ha originado la confusión, considerando la creación y la transmisión de derechos y obligaciones como el objeto directo de los contratos. Además, el equivoco también puede tener su origen en los términos de objeto, que es la conducta y objetivos o finalidades del contrato que son los de producir las consecuencias consistentes en la creación o en la transmisión de derechos y obligaciones.

Por lo tanto, se insiste en que la creación y la transmisión de derechos y obligaciones son las consecuencias del contrato, pero nunca objeto.

Si un supuesto o pretendido de contrato no existe una conducta (humana) a regular, no puede hablarse jurídicamente de "contrato".

4.7. LA FORMA COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA

La forma, en términos generales es la manera de exteriorizarse el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización.

Si la voluntad es la exteriorización de la intención o resolución de realizar un acontecimiento que actualice un supuesto jurídico y las voluntades acordes de dos o más sujetos forman el consentimiento, sino existiese esa forma o manera de exteriorizarse no se podría hablar del acto contrato.⁷⁰

En otro sentido, es necesario e indispensable que se emplee alguna manera de proyectar o exteriorizar la voluntad y por lo tanto el consentimiento y si esa manera de exteriorizarse es la forma, ésta por necesidad lógica será un elemento de existencia del contrato.

Se puede considerar válidamente que la forma es una parte integrante de su voluntad, por ser la manera de exteriorizarse o socializarse la intención para formar esa voluntad y por lo tanto, también parte integrante del consentimiento, por ser este la conjunción de voluntades. No obstante esa consideración, se prefiere conceptuar a la forma como un elemento por separado, por la importancia práctica y didáctica que tiene su estudio en el análisis de los contratos en particular.

Ya se ha indicado también que la forma, en ese sentido, debe ser estudiada como elemento (sin necesidad de calificarlo de esencial, porque ya se supone que todo elemento es imprescindible para la existencia del todo) del contrato como norma individualizada y al estudiar el contrato desde ese ángulo, se deberá analizar el continente o forma por una parte y al contenido o pactos o cláusulas contractuales y sus repercusiones en los ámbitos espacial, temporal y personal, por la otra.

El legislador sin desconocer la necesidad de satisfacer una forma cualquiera que sea para la formación y existencia del contrato, regula sin embargo, generalmente, tres situaciones diferentes:

⁷⁰ MORALES HERNÁNDEZ, Josefát Raul. *La problemática de la maternidad subrogada en la legislación civil mexicana*. Porrúa, México. 2002. Pág. 78.

Primera. En determinados contratos, la ley exige una y otra diferente manera específica y determinada de exteriorizar el consentimiento, para que se produzcan ciertos y determinados efectos, los cuales no se producirán si no se cumple esa forma. Tal es el caso, en derecho mexicano respecto de la prenda; si en la forma del contrato no consta la certeza de la fecha, no se genera el derecho real, por no surtir efectos en contra de terceros, por disposición expresa del artículo 2860. Igual situación se presenta en llamado mutuo subrogatoria; si éste no consta en el título auténtico y en él se declara expresamente que el dinero prestado fue para pagar una deuda, no produce el efecto de subrogar al mutuante por ministerio de la ley en los derechos del acreedor a quien se cubrió su crédito con la cantidad mutuada, por disponerlo así expresamente el artículo 2059.

Segunda. En otros casos, la ley exige una manera específica y determinada de exteriorización del consentimiento que pretende una mayor seguridad y prueba de las operaciones, pero que sino se cumple en esa exigencia, de todas maneras se producen los efectos previstos por la norma; aun cuando éstos podrían llegar a ser nulificados por la falta de esa formalidad. Esta situación se presenta en derecho mexicano, por ejemplo, en el caso de que se celebre un contrato de compraventa de un bien inmueble con valor mayor de quinientos pesos en documento privado; no obstante que la forma exigida por la ley es la escritura pública, aun cuando ésta no se cumpla se producen los efectos translativos de dominio y obligatorios del contrato.

Tercera. Por último la ley puede no exigir una determinada manera de exteriorizar el consentimiento, sino dejar a la voluntad de las partes el que escojan libremente la forma del contrato y de cualquier manera se producirá los efectos previstos por la norma; pero en todo caso, deberá existir siempre una forma, cualquiera que esta sea, para la existencia del contrato. Así sucede en

derecho mexicano, entre otros, en los contratos de compraventa de bienes muebles, de mutuo, de comodato, entre otros.⁷¹

En la primera situación, cuando la ley en un contrato específico impone la necesidad de exteriorizar el consentimiento cubriéndolo o rodeándolo de ciertos y determinados elementos visibles o sensibles para que puedan producirse las consecuencias de derecho previstas en la norma, se dice que el contrato es solemne.

Existen autores en derecho mexicano que indican que en el código civil, en la parte contractual, no se encuentra regulado ningún contrato solemne. Sin embargo, los artículos 2059 y 2080, entre otros muestran dos supuestos en los cuales si no se manifiesta o se exterioriza el consentimiento, en una forma determinada e impuesta por la ley, no se producen las consecuencias previstas por la norma; pueden y de hecho se producen otras consecuencias, pero no las previstas en esos supuestos y en tal virtud debe concluirse, acorde con lo expuesto, que sí regula estos contratos como solemnes.

En la segunda situación, si la ley impone una cierta manera de exteriorizar el consentimiento, no para que se produzcan efectos previstos por la norma, sino sólo para la validez del acto, para que éste no pueda ser anulado por la falta de ese requisito, se dice que acto o contrato es formal.

Por último, si la ley no regula la manera en que debe exteriorizarse ese consentimiento, sino que deja a la libertad de las partes la manera de exteriorización o sea si esa manera no es "impuesta" sino "libre", se dice que el contrato es consensual.

⁷¹ Ibidem. Pág. 79 y 80

Debe precisarse que la forma, no es simplemente la manera de emplearse el lenguaje (que puede ser mimica, verbal o por escrito), sino todo conjunto de elementos sensibles que pueden comprender más, o sea además del empleo del lenguaje, una cierta forma de expresarlo o determinadas menciones que deben hacerse, las personas o la actividad de ellas, ante quienes se debe expresar (testigos, juez, notario, registrador) y los archivos en que debe constar (por ejemplo, los volúmenes del protocolo del notario).

4.8. LOS PRESUPUESTOS DEL CONTRATO

Además del consentimiento, el objeto y la forma que son imprescindibles para que pueda hablarse del contrato, la ley exige otros requisitos que deben darse en la formación del contrato para que éste produzca plenamente sus efectos y para que no pueda ser anulado; o sea, aspectos que deben estudiarse para determinar los efectos o consecuencias del contrato.⁷²

Tales requisitos deben darse y existir aún antes del contrato y son la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto, motivo o fin, que en este trabajo sólo se enunciarán para precisar su campo de aplicación en los contratos en particular.

4.9. LA CAPACIDAD COMO PRESUPUESTO DE VALIDEZ

La capacidad es la aptitud de personas para ser titulares de derechos y obligaciones para hacerles valer por sí mismas, en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.

Del concepto anterior se desprende la clasificación de capacidad en:

⁷² Ibidem. Pág. 82

- Capacidad de goce, de derecho o jurídica; y
- Capacidad de ejercicio, de hecho o de obrar.

La capacidad de goce es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones.

La capacidad de ejercicio es la aptitud de las personas para hacer sus derechos y obligaciones, ya sea por si mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.

Es importante hacer la distinción, porque la falta de capacidad ya sea de un tipo o de otro, puede acarrear consecuencias diversas.

En el derecho mexicano, que sigue una tendencia ideológica sustentada en la libertad humana, la capacidad tanto de un tipo como de otro (de hecho y derecho) se presume. Lo que significa que toda persona es capaz mientras no exista una disposición normativa que le niegue esa capacidad.

Por otra parte, la ley puede imponer o establecer incapacidades de hecho, de ejercicio o de obrar en términos generales (como lo establece el artículo 450) pero no podría señalar incapacidades de goce, de derecho o jurídicas generales sin atentar la dignidad humana o sin negar la personalidad jurídica.

Por otra parte, aunque una persona no sea apta para hacer valer por sí misma sus derechos o cumplir con sus obligaciones, no significa que no los tenga o que no pueda hacer ejercicio de los primeros o que no deba cumplir con las segundas, sino sólo que no puede hacer ejercicio de ellos por sí misma y por lo tanto requerirá de otra persona para que en su representación lo haga; de ahí la necesidad jurídica de la representación, ya que sin ella sería lo mismo el

tener o el no tener derechos, ya que si no se pueden hacer valer ni por sí ni por otro, desde un punto de vista lógico significa que no los tiene, y se volvería al punto de partida, al indicar que faltaría la personalidad jurídica a ese ente.⁷³

De lo anterior se desprende que no puede hablarse de una incapacidad sin ley. Las incapacidades generales de ejercicio las establece el código civil en su artículo 450. Las personas señaladas en ese precepto pueden ser titulares de derechos, lo que no pueden es hacer sus derechos por sí mismas, sino que requerirán que otra persona, en su representación los haga valer.

Respecto a las incapacidades de goce, acorde con lo expuesto, la ley no las establece en forma general, sino sólo señala en forma particular, quien o quienes no tienen aptitud de ser titulares de ciertos derechos.

La ley establece incapacidades de goce en los siguientes tres casos:

A. Los extranjeros no tienen aptitud de ser titulares de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles cuando éstos están ubicados dentro del escritorio nacional en la llamada "zona prohibida".

B. Los tutores mandatarios, albaceas, representantes del ausente y empleados públicos, no tienen aptitud para ser titulares del derecho de propiedad como compradores, de los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados.

C. Los ministros de los cultos, no tienen aptitud de ser titulares de bienes derechos hereditarios derivados de un testamento encargado por ministros del mismo culto o de particulares con quienes no tengan parentesco dentro del cuarto grado (artículo 130 Constitucional y 1325 del código civil); pero esto no

⁷³ MENDOZA GARCÍA, Isidro. *Problemática de la maternidad subrogada*. UNAM. México. 2000. Pág. 45 Y 46.

significa que no puedan tener aptitud para ser titulares, por ejemplo, de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, ya que tales derechos pueden adquirirse por otro medio diferente al señalado.

Por otra parte se habla también de capacidad general y de capacidad especial.

Se entiende por capacidad general la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, sin requerir que el sujeto tenga una calidad específica de tipo personal o en relación al bien que eventualmente puede constituir el contenido de su representación de dar.

Por capacidad especial debe entenderse, además la aptitud para poder intervenir si en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento la calidad o una calidad específica de tipo personal o una calidad específica relacionada con el bien como contenido de su prestación de dar.

Para clarificar los conceptos anteriores, se dan a continuación tres ejemplos:

a).- En la elaboración de un contrato de mutuo, el mutuario sólo requiere la capacidad general, o sea la aptitud para poder intervenir por sí el contrato y para adquirir la titularidad de los derechos derivados del mismo; en cambio, el mutuante requerirá la capacidad especial o capacidad específica relacionada con el bien, objeto de su prestación de dar, de ser propietario, ya que este contrato, por ser translativo de dominio, transferirá la propiedad de ese bien del mutuante al mutuario, y si el mutuante no fuera propietario o sea si no tuviera esa calidad específica, no la podría transmitir a la otra parte.

b).- En la celebración de un contrato de prestación de servicios profesionales, el profesor o profesional requerirá la calidad específica de tipo personal, además de la capacidad general; y el cliente sólo requerirá esta última capacidad indicada, pero no la especial, por que no necesita ninguna calidad específica para celebrar el contrato.

c).- En la celebración de un contrato de arrendamiento, el arrendador, además de la capacidad general, requerirá la especial de poder transmitir el uso o goce temporal de la cosa sobre la que recaiga el contrato, ya que sino tiene esa calidad relacionada con el bien no podría conceder el uso o goce, como acontece con un nudo propietario o con un usuario o un habituario. En cambio, el arrendatario, por regla general sólo requerirá la capacidad general.

Si se celebra un contrato por un incapaz con incapacidad de ejercicio, el contrato será nulo o sea, estará viciado de una nulidad relativa, lo que origina que sólo él pueda invocar esa capacidad; el contrato puede ser confirmado por sus representantes legales que tienen facultades para ese efecto o por el mismo incapaz cuando haya cesado su incapacidad y así mismo el transcurso del tiempo prescribe la acción de nulidad.

Por el contrario, si un contrato es celebrado por un incapaz, el contrato será nulo de pleno derecho, o sea estará viciado de nulidad absoluta, lo que origina que de ella puede prevalerse todo interesado, e inclusive el Ministerio Público y el vicio no desaparece por confirmación sino por prescripción.

Si se celebra un contrato de compraventa por el cual un menor de edad vende un bien inmueble el contrato está viciado de nulidad relativa y por lo tanto puede confirmarse por el interesado al llegar a su mayoría de edad o por quien ejerza sobre él la patria potestad, si obtiene previamente la autorización judicial; sólo el menor puede invocar la nulidad y la acción para hacerlo valido puede prescribir.

Si se celebra un contrato de compraventa respecto de un bien ubicado en zona prohibida por un extranjero como comprador, el contrato estará viciado de nulidad absoluta, lo que origina que no puede nunca confirmarse, la acción para pedir la nulidad nunca prescribirá y la puede hacer valer en todo momento cualquier interesado, inclusive el Ministerio Público.

Las capacidades de ejercicio se establecen en protección de intereses individuales, ya sea de los menores o de las personas que por circunstancias personales no tienen una facultad normal de razonar y por eso la calificación de un contrato celebrado por ellas, será la nulidad relativa.

En cambio, las incapacidades de goce, se establecen en protección de intereses de orden público, en normas de carácter imperativo o prohibitivas y por lo tanto su cumplimiento o violación se traducirá en un hecho de tales disposiciones será la nulidad absoluta.

Por otra parte, si se celebra un contrato por una persona que requiera de una capacidad especial sin tenerla, el contrato podrá ser declarado por la ley como nulo, o no producirá los efectos previstos por las partes sino los que determine la ley y hará responsable al otorgante de los daños y perjuicios causados a la otra parte y en ocasiones la ley sanciona en forma específica al sujeto.

Como ejemplo de lo anterior se señalan:

a) Si se celebra un contrato de compraventa en el cual el vendedor no es el propietario de la cosa, o sea que no tenga la capacidad especial de propietario, la ley lo reputa nulo.

b) Si se celebra un contrato de arrendamiento por el titular de un derecho real de uso o de habitación como arrendador, que no tienen la capacidad especial para celebrar ese contrato, el mismo no producirá los efectos normales previstos por los contratantes, porque se perjudicarían los derechos de terceras personas, y hará responsable a ese usuario o habituario de los daños y perjuicios causados a su contratante.

c) Si se celebra un contrato de prestación de servicios profesionales de tipo jurídico por una persona que se diga abogado sin serlo, la ley lo sanciona al impedirle cobrar honorarios por los servicios prestados.

4.10. LA AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO

Los vicios del consentimiento son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo, lo dañan. De lo anterior se desprende que, cuando uno de los llamados vicios no sólo daña al consentimiento, sino que lo suprime, deja de ser vicio, para constituir una falta de consentimiento.

En los contratos se requiere que las personas como sujetos de derecho manifiesten un consentimiento exento de vicios, ya que tales circunstancias pueden invalidar y de hecho invalidan el contrato, lo que origina su nulidad y la calificación de esa nulidad será la relativa. Tradicionalmente se han considerado como vicios del consentimiento al error, al dolo, a la lesión y a la violencia.⁷⁴

a) **EL ERROR.** El error es el conocimiento equivoco de la realidad y no debe confundirse con la ignorancia, porque ésta es una falta de conocimiento.

También puede decirse que el error es el conocimiento inexacto de la realidad consistente en creer cierto lo que es falso o falso, lo que es cierto.

⁷⁴ PERÉZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Fernando. Op. Cit. Pág. 31 a 33

Para que el error pueda considerarse como un vicio del consentimiento y por lo tanto originar la nulidad del contrato, debe recaer sobre él motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan.

El error puede referirse a las calidades o composiciones físicas de la cosa (como contenido de las prestaciones de dar) considerada en sí misma; a las calidades o funcionalidad de la cosa referida, al uso o utilización que desee darle el sujeto; o a la identidad de la persona del contratante en aquellos contratos que se celebran en atención a las cualidades del sujeto.

Estas clases de error pueden ejemplificarse como sigue:

Se celebra una compraventa respecto de unos cubiertos en el entendido que deben ser de plata y resultan de otro material.

Se celebra una compraventa respecto de un automóvil en el entendido que debe ser último modelo y resulta de un modelo anterior.

Se celebra un contrato de prestación de servicios profesionales, en el entendido de que el profesional es determinada persona y resulta que el que celebró es el hijo de él, con el mismo nombre que su padre.

Si la falta de identidad entre la realidad y el motivo determinante de la voluntad del sujeto recae sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad misma de la cosa como objeto del contrato, técnicamente no puede ser considerada como un vicio, sino como una falta de consentimiento, ya que las voluntades no serían coincidentes en los términos previstos por la norma jurídica, para formar un consentimiento, y al faltar éste, por ser uno de sus elementos, no existiría el contrato.

Por otra parte existen errores que la ley no considera como causas de nulidad al contrato: Son el que no recae sobre el motivo determinante de la voluntad y el error de cálculo que sólo da lugar a rectificación.

b) EL DOLO. El concepto de dolo lo proporciona en derecho mexicano el artículo 1815, señalando que es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.

En términos generales puede decirse también 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.

Las sugestiones, los artificios o los medios ilegales, no constituyen prácticamente un vicio del consentimiento, sino que son los medios para obtener el resultado de inducir a error o mantener en él a una persona, y por lo tanto el vicio no es el dolo, sino el error. Sin embargo, el concepto es útil, en virtud de que puede ser más fácil probar la presencia de un dolo en el contrato por la materialización de los actos en las sugestiones o artificios, que probar el error y aún más cuando éste se desprende de circunstancias que no están declaradas en el contrato.

Este vicio es causa de 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.

El dolo siempre supone una intención de dañar o engañar, por lo que el hecho de alabar las cualidades de una cosa para determinar a una parte a celebrar un contrato, si no hay esa intención de daño, tradicionalmente se ha llamado "dolo bueno" y no es una causa de nulidad del contrato.

c) LA VIOLENCIA. El artículo 1819 indica que "hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, o de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado" para determinar a una persona a celebrar un contrato.

La violencia cuando se convierte en una fuerza física irresistible, configura ya no un consentimiento viciado, sino una falta absoluta de él.

La violencia en sí o el temor que nace de ella, vicia la voluntad del sujeto y origina una causa de nulidad relativa del acto.

Tradicionalmente se ha considerado que, para que la violencia sea un vicio del consentimiento se requiere:

Que sea grave. En derecho mexicano se atiende en forma principal al daño mismo que se puede causar por el agente que infringe la violencia, al establecer que debe importar peligro de perder la vida, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante o de una persona que la ley supone allegada a él.

Que sea actual, inminente. Aunque la ley no establezca esta característica, se desprende de la naturaleza misma del vicio.

Que sea injusta, es decir ilícita. Debe implicar un hecho contrario a las leyes o a las buenas costumbres, por lo que el temor reverencial no basta para viciar el consentimiento.

Que sea el motivo determinante de la voluntad del sujeto al contratar;

y

Que provenga de una persona y no de un hecho dañoso, ya que en éste caso se estaría en presencia de un estado de necesidad.

d) LA LESION. La lesión es 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. La ley da al perjudicado la acción de nulidad del contrato por el plazo de un año, o de ser ésta posible, la reducción equitativa de la obligación.

No debe confundirse o equipararse a la lesión con el error, la violencia o el dolo; ya que por error se entiende el concepto equívoco o engañoso que se tiene de la realidad y por ignorancia la falta de conocimiento de los negocios y en general de las cosas prácticas que sólo se adquiere con el vivir o con la práctica. La violencia es la coacción infringida a una persona para determinarla a celebrar un contrato o a realizar un acto y por estado de necesidad, la aceptación a realizar un acto por encontrarse el individuo en un estado apremiante, y la lesión el perjuicio sufrido por un contratante como consecuencia de su ignorancia, inexperiencia o miseria. Por otra parte, el dolo implica por su naturaleza, la acción de una persona que por medio de maniobras fraudulentas hace caer en error a otra o la mantiene en él.

Además, en la lesión para que se considere como un vicio se requiere una desproporción entre las prestaciones. En los vicios del consentimiento no se requiere la existencia de esa desproporción para que proceda la nulidad del acto, y por último, en la lesión, al haber desproporción entre las prestaciones, en los actos en que no haya prestaciones recíprocas, no puede originarse, y si en cambio, puede haber un vicio del consentimiento en los actos a título gratuito.

Reglamentar la lesión como una institución social es uno de los medios de abolir las formas de explotación del hombre por el hombre y eliminar la desigualdad social, con vistas a realizar la fraternidad de todos los individuos.

En los códigos civiles mexicanos de 1870 y 1884 se reglamentó a la lesión como un vicio objetivo tomando en cuenta en forma primordial la desproporción en las prestaciones y se le consideró como una causa de rescisión y no de nulidad, aceptándose únicamente en la compraventa.

De lo anterior se desprende que la lesión debe establecerse como una protección efectiva a las clases productivas del país, en los diferentes contratos y en especial en los de compraventa (de bienes de consumo necesario o inmuebles para casas habitación), arrendamiento, mutuo y de garantía, en donde una persona puede sufrir más acusadamente el problema de su desigualdad, mediante normas específicas relacionadas directamente con esos contratos.

4.11. LA LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN

El objeto, o sea la conducta manifestada como una prestación o como una abstención, debe ser lícita además de posible y asimismo el hecho, como contenido de la prestación, también debe ser lícito.

También los motivos y fines del contrato deben ser lícitos, es decir que no estén en contradicción con una disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo.⁷⁵

La ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato que origina la nulidad absoluta del mismo.

⁷⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*. Quinta Edición. Oxford. México. 2004. Pág. 94 y 94

La nulidad absoluta es la sanción que la ley impone a las partes cuando realizan un acontecimiento contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres que origina su ilicitud y tiene como característica el que produce provisionalmente sus efectos, los que son destruidos retroactivamente cuando el juez pronuncie su nulidad o sea que opera hacia el pasado; no puede ser confirmado, no prescribe la acción para hacerla valer y de ella puede prevalecerse todo interesado.

4.12. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

4.12.1 CLASIFICACIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie dentro del género de los convenios.

El convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos. El convenio, lato sensu, (amplio sentido); comprende ambas funciones. Artículo 1436 del Código Civil vigente para el Estado Libre y Soberano de Puebla: "Convenio de derecho civil es el acuerdo de dos o más personas para crear; conservar, transferir, modificar o extinguir obligaciones o derechos".⁷⁶

Artículo 1437.- Contrato es el convenio que crea o transfiere obligaciones o derechos.

⁷⁶ Ibidem. Pág. 27.

El contrato crea derechos reales o personales, o bien los transmite; pero el contrato no puede crear derechos distintos.

Hay derechos no patrimoniales, como son los políticos, los públicos, subjetivos, los de potestad y los del estado civil. El contrato no puede referirse ni a la creación ni a la transmisión de estos derechos no patrimoniales y por esto se dice que el matrimonio no es contrato, o bien, es un contrato sui generis o un acto del estado civil en su aspecto fundamental y un contrato sólo en sus efectos patrimoniales. Los derechos y obligaciones que engendra el matrimonio pueden ser patrimoniales o no patrimoniales; las obligaciones de fidelidad entre los cónyuges, de vida en común, etc., no son patrimoniales y sin embargo, son creadas por ese acto jurídico.

En los derechos y obligaciones que engendra o transmite el contrato, no sólo hay derechos personales, sino también reales. Existen contratos que originan exclusivamente derechos personales, otros que crean derechos reales y personales y puede haber contratos que exclusivamente tengan por objeto dar nacimiento a derechos reales. En todos los contratos traslativo de dominio, se da nacimiento a derechos personales y reales. Desde luego, la compraventa, como cualquier otro contrato traslativo de dominio, por definición, transfiere la propiedad del enajenante al adquirente (se parte siempre del supuesto de que el enajenante es el dueño, a efecto de que el contrato sea válido) y al transferir la propiedad, da nacimiento a un derecho real: el derecho de dominio en favor del comprador, del permutante, del donatario, etc. Pero también la compraventa engendra derechos personales, porque tienen los contratantes obligaciones de dar, de hacer y no hacer: obligaciones de entregar la cosa, de garantizar una posesión pacífica y útil de la misma; de responder de los vicios o defectos ocultos y de la evicción; y respecto del comprador, pagar el precio, entregarlo en el momento, tiempo y forma convenida, etc. Aquí se trata exclusivamente de obligaciones, es decir, de derechos personales.

Hay contratos como el mandato, el depósito, el comodato y el arrendamiento, que crean exclusivamente derechos personales.

En los contratos de prestación de servicios se advierte, desde luego, que se trata de derechos personales consistentes en la ejecución de un trabajo, de un hecho, de un servicio y en la remuneración de ese trabajo, trátase del mandato o de la prestación de servicios profesionales o no profesionales.

En otros contratos, como el arrendamiento y el comodato, en que se transmite temporalmente el uso de una cosa, también se originan exclusivamente derechos personales. La transmisión del uso en el arrendamiento o en el comodato, no engendra el derecho real de uso.

Por último, hay contratos que tienen por objeto exclusivamente dar nacimiento a derechos reales. El usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres, pueden nacer de contrato; por consiguiente, el contrato que se celebre para constituir estos derechos reales, o para transmitirlos, tendrá sólo esta función específica.

4.13. PRINCIPALES CLASIFICACIONES DE LOS CONTRATOS.

Estas clasificaciones se presentan en la doctrina y en el derecho positivo, desde diversos puntos de vista. Se distinguen:

1o.- Contratos bilaterales y Unilaterales; 2o.- Onerosos y gratuitos; 3o.- Conmutativos y aleatorios; 4o.- Reales y consensuales; 5o.- Formales y consensuales; 6o.- Principales y accesorios; 7o.- Instantáneos y de tracto sucesivo.

4.13.1 CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES

El contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra sólo obligaciones para una parte y derechos para otra. El contrato bilateral es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones en ambas partes.

Artículo 1835.- El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada. Es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

No deben confundirse los actos en que sólo interviene una voluntad o sea los actos monosubjetivos, con los actos unilaterales, y aquellos en que intervienen dos o más voluntades o plurisubjetivos, con los actos bilaterales; ya que una clasificación obedece al número de voluntades que intervienen en el acto y la otra a las obligaciones que genera un contrato, aunque en ocasiones también se les llama a los actos en que sólo interviene una voluntad actos unilaterales, y a los en que intervienen dos, actos bilaterales.⁷⁷

Para determinar la clasificación de un contrato en unilateral o en bilateral, se debe analizar el contrato en el momento de su celebración; ya que existen contratos que en el momento de su celebración sólo engendran obligaciones para una de las partes y por circunstancias posteriores ajenas al contrato aunque relacionadas con él, pueden originarse obligaciones para la otra parte, tal como acontece con el contrato de comodato en la legislación de 1884 en que era un contrato real y por lo tanto, como se perfeccionaba por la entrega de una cosa, no existía obligación del comodante de entregarla y sólo generaba obligaciones para el comodatario, consistentes principalmente en usar la cosa conforme a lo convenido conservarla y restituirla a la terminación del contrato. Para el comodante no existían obligaciones a menos que durante la vigencia del

⁷⁷ PERÉZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Fernando. Op Cit. Pág. 42 y 43

contrato, el comodatario hubiera erogado gastos urgentes y necesarios para la conservación de la cosa o que se le hubieren originado perjuicios por defectos de la cosa si el comodante los conocía y no le dio aviso oportuno, ya que en tales supuestos existía la obligación del comodante de rembolsar esos gastos o indemnizar de tales perjuicios; pero que si no originaban los gastos o causaban los perjuicios, el comodante no tenía obligación ninguna.

Estos contratos son técnicamente unilaterales, aunque la doctrina les ha llamado sinalagmáticos imperfectos; ya que a los contratos bilaterales también se les llama doctrinalmente contratos sinalagmáticos.

El interés práctico de ésta clasificación, obedece: Primero a que en los contratos bilaterales se puede oponer la excepción de contrato no cumplido ("excepto non adimpleti contractus") al contratante que demande el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, si él a su vez no ha cumplido con las suyas. Segundo, a que el pacto comisorio sólo opera en los contratos bilaterales en los términos del artículo 1949 del Código Civil que indica: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos..." Tercero, el problema de los riesgos sólo opera en los contratos bilaterales, ya que cuando existen obligaciones recíprocas y una de ellas consiste en dar una cosa, si ésta se pierde o perece, la cosa siempre perecerá o perderá para el acreedor (dueño) de la cosa, quien aunque ya no la reciba por haber perecido, tiene o conserva la obligación de pagarla o cumplir su prestación ya que el hecho de que el deudor no la entregue o devuelva no es imputable a él, pues está en el supuesto de que la cosa pereció por caso fortuito o fuerza mayor; y Cuarto, con referencia a la sensibilidad del contrato si éste es unilateral no se requerirá el consentimiento de la otra parte para que una (el acreedor) ceda sus

derechos, no sucediendo así en los bilaterales, en que siempre se requerirá el consentimiento de la otra parte para que una ceda sus derechos.

4.13.2. CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS

Es oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos. Es gratuito aquel en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra.

No es exacto, como afirman algunos autores, que todo contrato bilateral sea oneroso y todo contrato unilateral sea gratuito. Generalmente se piensa que como el contrato bilateral engendra derechos y obligaciones recíprocos, también da origen a provechos y gravámenes recíprocos, y no es exacto, como lo demuestra el comodato, en el que a pesar de que se engendran obligaciones para ambas partes, no se originan gravámenes recíprocos.⁷⁸

La compraventa es un contrato oneroso pues genera provechos y gravámenes recíprocos para las partes: para el vendedor el provecho consiste en recibir el precio y el gravamen consiste en desprenderse de la cosa, y para el comprador el provecho es recibir la cosa y el gravamen pagar el precio.

La donación es un contrato gratuito pues sólo genera provechos para el donatario consistentes en recibir la cosa y gravámenes para el donante consistentes en desprenderse de la cosa misma.

Pueden existir contratos que sean gratuitos y al mismo tiempo bilaterales, como el comodato, ya que no obstante se generan obligaciones para ambas partes, sólo existen gravámenes para el comodante y provechos para el comodatario.

⁷⁸ Ibidem. Pág. 45 y 46

También pueden existir contratos que sean onerosos y al mismo tiempo unilaterales, como el mutuo con interés en la legislación mexicana bajo la vigencia del Código Civil de 1884.

4.13.3. CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS

Los contratos onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios.

Conmutativos, cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato.⁷⁹

Aleatorios, cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o el término.

El código civil vigente regula como contratos aleatorios la renta vitalicia, la compra de esperanza y los contratos de juegos y apuesta permitidos. Son contratos conmutativos, entre otros la compraventa, la permuta, arrendamiento, etc.

La importancia práctica de ésta distinción, es que, generalmente, el instituto de la lesión no opera en los contratos aleatorios por que las partes están tomando en cuenta, desde la celebración del contrato, el que el monto de las prestaciones sea mayor o menor por las circunstancias o condiciones que puedan presentarse y sí opera siempre, en cambio, en los contratos conmutativos.

⁷⁹ Ibidem. Pág. 47 y 48.

Artículo 1837.- El contrato oneroso aquél en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y gratuitos aquél en que el provecho es solamente de una de las partes.

Artículo 1838.- El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es 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.

4.13.4. CONTRATOS REALES Y CONSENSUALES

Los contratos reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa. Entre tanto no exista dicha entrega, sólo hay un antecontrato, llamado también contrato preliminar o promesa de contrato.

Si las partes de un contrato real pactan que en el futuro se entregará la cosa, no han celebrado el contrato real; han celebrado una promesa de contrato, por que cuando se entregue la cosa, se constituirá propiamente el contrato real.

Cuando la entrega de la cosa en los contratos en los que el contenido de la prestación de alguna de las partes sea, transmitir en el dominio o el uso o goce de un bien, que sea indispensable para el perfeccionamiento del contrato, se clasifica como real.

Si la entrega no es un elemento constitutivo del contrato, sino que es una obligación que nace del mismo, se entiende que el contrato se perfeccionó por el simple acuerdo de voluntades y se clasifica como consensual.⁸⁰

⁸⁰ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Op. Cit. Pág. 36

En otras palabras, si la entrega o tradición de la cosa es indispensable para la existencia del contrato, éste es real; si la entrega no es indispensable para el perfeccionamiento del contrato, sino que éste se perfecciona por el acuerdo de las partes, el contrato será consensual y como consecuencia del mismo, nace la obligación de la entrega.

En derecho mexicano se puede considerar que el único contrato real que existe actualmente es la prenda, ya que el artículo 2858 establece: "para que se tenga por constituida la prenda, deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente". Sin embargo hay que distinguir entre la prenda como contrato y la prenda como derecho real; y además, el contrato que genera o produce el derecho real de prenda y el contrato que aunque es llamado de prenda, no produce el derecho real o por lo menos, no lo produce en el momento de su celebración. El contrato que genera el derecho real, del mismo nombre, si es un contrato real y el derecho real para que se tenga por legalmente constituido, requiere de la entrega de la cosa; pero puede existir un contrato de prenda consensual que no produzca el derecho real de prenda.

Todos los contratos en derecho mexicano son consensuales en oposición a reales.

Los códigos civiles de 1970 y de 1884, siguiendo una tradición Romana, estructuraban a los contratos de mutuo, comodato y depósito además de la prenda como contratos reales.

La importancia práctica de ésta clasificación, obedece a conocer en que momento se perfecciona el contrato y como consecuencia, en que momento nacen, como efecto del mismo, las obligaciones de las partes.

Artículo 1443.- El contrato es real cuando sea necesario para su validez, para exigirlo la ley o convenirlo así las partes, que al celebrarlo éstas, se entreguen material o jurídicamente, el bien o bienes objeto de las obligaciones creadas por el contrato.

Artículo 1441.- Son contratos consensuales los que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes, sin que la ley exija que se prueben por escrito ni se entregue el bien objeto del contrato, para la constitución de éste.

4.13.5. CONTRATOS FORMALES Y CONSENSUALES

Otra clasificación muy importante, por las consecuencias que tiene en cuanto a la validez y nulidad de los contratos, es la que distingue en solemnes, formales y consensuales. Son contratos formales aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si no se otorga en escritura pública o privada, según el acto, el contrato estará afectado de nulidad relativa. Por consiguiente, el contrato formal es susceptible de ratificación expresa o tácita; en la expresa se observa la forma omitida; en la tácita se cumple voluntariamente y queda purgado el vicio.

El contrato consensual en oposición al formal, es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito y por lo tanto, puede ser verbal o puede tratarse de un consentimiento tácito, mediante hechos que necesariamente lo supongan, o derivarse del lenguaje mímico, que es otra forma de expresar el consentimiento sin recurrir a la palabra o a la escritura.

En éstos contratos consensuales no es menester que haya una manifestación verbal para su validez; puede expresarse por el lenguaje mímico, es decir, por señas, sin pronunciar palabras y puede el consentimiento desprenderse de hechos que necesariamente lo presupongan. La compraventa de bienes muebles es un contrato consensual; es válido, si se manifiesta

verbalmente el consentimiento; o bien, si por medio de señas dos mudos celebran el contrato o si a través de hechos que lo presupongan, una parte toma la cosa y entrega el precio a la otra, que a su vez lo recibe.

Se distinguen, además, desde éste punto de vista, los contratos solemnes, son aquellos en que la forma se ha elevado, como dice Bonnecase, por la técnica jurídica a un elemento esencial del contrato, de tal manera que si no se observa la forma, el contrato no existe.

En el contrato formal la expresión escrita es un elemento de validez, y si no se observa, el acto existe, pero está afectado de nulidad relativa, que puede desaparecer por confirmación expresa o tácita o por prescripción. En los contratos solemnes, la forma es un elemento esencial del contrato, de manera que si no se observa, no llega a existir y por tanto, no puede convalidarse ni por ratificación ni por prescripción. Puede otorgarse un nuevo negocio observando la forma omitida, pero esto no es una ratificación, porque en el contrato solemne, el observar la forma omitida no convalida retroactivamente el acto, sino que implica un nuevo otorgamiento, para que surta sus efectos hasta el momento en que se observe la solemnidad.

Artículo 1442 (C.C.D.F de 1970 y 1884).- Se llaman formales los contratos que, perfeccionándose por el mero consentimiento de las partes, deben probarse mediante documento, sea público o privado, según determine la ley.

4.13.6. CONTRATOS PRINCIPALES Y CONTRATOS DE GARANTÍA O ACCESORIOS.

Los principales son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato principal. Los accesorios siguen la suerte de los principales porque la nulidad o la inexistencia de los primeros origina a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio.

Estos contratos accesorios son llamados también "de garantía", porque generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal, y esta forma de garantía puede ser personal, como la fianza, en que una persona se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace; o real, como la hipoteca, la prenda o la anticresis, en que se constituye un derecho real sobre un bien enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, de tal manera que si el deudor no cumple, el acreedor puede rematar el bien dado en garantía y pagarse preferentemente con su producto.

En estos contratos accesorios, la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sufre en ciertos casos excepciones, porque no podría existir el contrato accesorio, sin que previamente no se constituyese el principal. Sin embargo, el derecho nos presenta casos en que pueda haber fianza, prenda o hipoteca, sin que haya todavía una obligación principal, como ocurre cuando se garantizan obligaciones futuras o condicionales; el tutor da una fianza, prenda o hipoteca para garantizar su manejo, y aún no ha incurrido al entrar a desempeñar la tutela, en ninguna responsabilidad, ni tiene, por tanto, ninguna obligación. Aquí tenemos una excepción a ese principio: existe legalmente el contrato accesorio, antes de que haya la obligación principal.

Fuera de este caso de excepción, cuando la obligación principal es inexistente o nula, la accesoria también lo es; pero cuando la obligación accesoria es inexistente o nula, tal cosa no afecta la obligación principal. La fianza o la prenda pueden ser nulas o inexistentes y tener vida jurídica en forma independiente la obligación principal, pues sólo para su garantía se estipula una obligación accesoria.⁸¹

⁸¹ Ibidem. Pág. 38

Los contratos accesorios en derecho mexicano actual son los de fianza, prenda e hipoteca.

Son contratos principales todos los demás contratos reglamentados por el Código Civil.

4.13.7. CONTRATOS INSTANTÁNEOS Y DE TRACTO SUCESIVO

Los instantáneos son contratos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto; y los de tracto sucesivo son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado por ejemplo, es un contrato instantáneo la compraventa al contado, la permuta.

En cambio, el arrendamiento es de tracto sucesivo, porque durante un tiempo determinado la cosa estará en poder del arrendatario y a su vez éste pagará periódicamente una renta.⁸²

Tiene importancia esta clasificación en cuanto a la nulidad, porque en los contratos instantáneos sí es posible la restitución de las prestaciones. En cambio, en los de tracto sucesivo, no siempre lo es, porque habrá algunas que ya definitivamente quedaron consumadas y existirá una imposibilidad de hecho para restituirías. En el arrendamiento hay un obstáculo insuperable para restituir el uso que ya disfrutó el arrendatario, y su nulidad no trae consigo la devolución de la renta, porque el arrendatario no puede a su vez devolver el uso. En cambio, en la compraventa, la nulidad trae como consecuencia la restitución de la cosa y del precio aun cuando sea de tracto sucesivo porque se haya pagado éste último en abonos.

⁸² Ídem.

Artículo 1444.- (C.C.D.F de 1970 y 1884).- Pueden ser los contratos de tracto sucesivo o instantáneos, de acuerdo con las siguientes disposiciones:

Fracción I.- Se llaman contratos de tracto sucesivo aquellos cuya vigencia no se agota en un solo acto, de tal manera que ambas partes o una de ellas van cumpliendo sus obligaciones o ejercitando sus derechos a través de cierto tiempo.

Fracción II.- Los contratos son instantáneos cuando las prestaciones se realizan inmediatamente.

Contratos nominados e innominados.- Desde el punto de vista de la reglamentación que haga o deje de hacer un determinado ordenamiento de los contratos, se clasifican en nominados e innominados.

Si la ley reglamenta un contrato conceptuándolo, señalando sus elementos, determinando sus consecuencias y en su caso sus causas de terminación, se dice que el contrato es nominado.

Si la ley no reglamenta un contrato, aunque sólo señale su concepto o le dé un nombre, el contrato será innominado.

El que un contrato tenga un nombre no le da categoría de contrato nominado, así en el artículo octavo transitorio del código civil, se refiere a los contratos de censo y de anticresis y no obstante que tengan un nombre serán innominados por falta de reglamentación. La doctrina también puede dar un nombre a un contrato, pero si la ley no lo regula, será un contrato innominado, como los de lactancia, cochera.

4.14. LA CLASIFICACIÓN DEL CÓDIGO MEXICANO

Para terminar esta parte general, se señalará cuál es el orden que en el actual código civil se han clasificado los contratos que regula y el orden es el siguiente:⁸³

- 1.- El contrato preparatorio o promesa de contrato.
- 2.- Los contratos traslativos de dominio: La compraventa, la permuta, la donación y el mutuo.
- 3.- Los contratos traslativos de uso: El arrendamiento y el comodato.
- 4.- Los contratos de prestación de servicios: El depósito, el mandato, el de prestación de servicios profesionales, el de obra a precio alzado -el de los porteadores y alquiladores- y el de hospedaje.
- 5.- Los contratos asociativos: La asociación civil, la sociedad civil y la aparcería.
- 6.- Los contratos aleatorios: El juego y la apuesta, la renta vitalicia y la compraventa de esperanza.
- 7.- Los contratos de garantía: La fianza, la prenda, la hipoteca; y
- 8.- El contrato de transacción.

Resumiendo, podemos formar las siguientes llaves de clasificación:

- 1a.- Contratos de finalidad económica.
- 2a.- Contratos de finalidad jurídica.

⁸³ PERÉZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Fernando. Op. Cit. Pág. 48 y 49.

3a.- Contratos de finalidad jurídico-económica.

La primera llave, contratos de finalidad económica, se subdivide en:

- a). Contratos de apropiación de riqueza (traslativos de dominio y aleatorios).
- b). Contratos de aprovechamiento de una riqueza ajena (traslativos de uso).
- c). Contratos de utilización de servicios (de trabajo, prestación de servicios en general y depósito)
- d). Contratos de apropiación y aprovechamiento de riqueza, con utilización de servicios (sociedad, asociación, y aparcería).

La segunda llave, contratos de finalidad jurídica, comprende:

- a). Contratos de preparación (promesa de contrato).
- b). Contratos de comprobación jurídica (transacción y compromisos en árbitros).
- c). Contratos de representación y ejecución de actos jurídicos (mandato).

La tercera llave, contratos de finalidad jurídico-económica, abarca:

- a). Contratos de garantía (fianza, prenda e hipoteca).
- b). Contratos de transmisión (cesión de créditos, cesión de deudas y subrogación convencional).

CAPÍTULO 5.

ANÁLISIS DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN RELACIÓN A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4° párrafo tercero:

" Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos."⁸⁴

Nuestra Carta Magna plantea un precepto legal que garantiza la libertad de los cónyuges para decidir el número de hijos que tendrá y el tiempo que existirá entre cada uno de ellos. Además, el cuarto párrafo del mismo artículo dice.

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

La hipótesis planteada por el legislador en el tercer párrafo citado garantiza la libertad para decidir el número y espaciamiento de los hijos, también indica que esta toma de decisiones debe hacerse de manera responsable a fin de asegurar que los hijos al nacer cuenten con un futuro prometedor en el que gocen de estabilidad social desde el primer momento.

Sin embargo, en la actualidad gran cantidad de menores viven en situación de extrema pobreza en las calles y en ocasiones como miembros de

⁸⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Ediciones Luciana. Novena Edición. 2005

familias que lejos de apoyar su desarrollo tanto físico como emocional les aportan frustraciones y traumas que podrían degenerar en un elemento no deseable para la sociedad.

En este sentido el cuarto párrafo del artículo citado, establece que a la luz de los adelantos científicos, se abre la posibilidad para que algunos matrimonios que por causa de alguna o algunas enfermedades no puedan concebir hijos o llevar a término un embarazo, puedan allegarse de los medios que hoy en día les otorga la ciencia médica que les permita cumplir con ese cometido.

Es preciso señalar que actualmente algunas técnicas de reproducción asistida se encuentran reguladas en la Ley General de Salud, algunas de estas técnicas son analizadas de una manera extensa mientras que otras no son consideradas o de considerarse se mencionan de manera concreta, situación que impide determinar el procedimiento que se debe seguir para la aplicación de estas técnicas.

Por otra parte, y tomando como criterio que el derecho es dinámico es indispensable plantear la posibilidad de que la Ley General de Salud así como el Código Civil del Distrito Federal, reglamenten de manera precisa, las nuevas técnicas de reproducción asistida y en particular la práctica del contrato de maternidad subrogada.

A continuación entraremos al análisis de algunas leyes las cuales son de suma importancia para entender el por qué debe ser creado el contrato de maternidad subrogada, iniciaremos así con la Ley General de Salud.

5.1. LEY GENERAL DE SALUD

Este ordenamiento legal señala que es materia de salubridad general. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos (artículo 3°, fracción XXVI de la Ley General de Salud).

En su primer capítulo del Título Segundo señala quienes son las entidades que forman parte del Sistema Nacional de Salud, bajo qué normas deberán regular sus actividades y sus objetivos entre los que se encuentra el coadyuvar a la modificación de los patrones culturales que determinen hábitos, costumbres y actitudes relacionados con la salud y con el uso de los servicios que se presten para su protección (artículo 6°, fracción VII de la Ley General de Salud).

Establece también que entre los servicios que la Secretaría de Salud debe vigilar, están aquellos que se presten a cada individuo en su beneficio y en general a la sociedad, dirigidos a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad, están los que se refieren a la planificación familiar, que comprenden la promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar y educación sexual, con base en los contenidos y estrategias que establezca el Consejo Nacional de Población; la atención y vigilancia de los aceptantes y usuarios de servicios de planificación familiar; asesoría para la prestación de servicios de planificación familiar a cargo de los sectores público, social y privado y la supervisión y evaluación en su ejecución de acuerdo, a las políticas establecidas por el Consejo Nacional de Población; apoyo y fomento a la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

Este ordenamiento legal no cuenta con un título o apartado en el que se regulen de forma precisa las técnicas de reproducción asistida, sin embargo los Capítulos I y II del Título Décimo Cuarto establecen en términos generales que la Secretaría de Salud es un órgano competente dentro de la Administración Pública Federal para realizar el control sanitario para el trasplante y donación de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado Centro Nacional de Trasplantes y Regulación y Control Sanitario de los Cadáveres (artículo 313 Ley General de Salud). Así como el artículo 314 del mismo ordenamiento que dice:

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;

II. Cadáver, al cuerpo humano en el que se compruebe la presencia de los signos de muerte referidos en la fracción II, del artículo 343 de esta Ley

III. Componentes, a los órganos, los tejidos, las células y sustancias que forman el cuerpo humano, con excepción de los productos;

IV. Componentes sanguíneos, a los elementos de la sangre y demás sustancias que la conforman;

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, a 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 componentes para su utilización en trasplantes;

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

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

X. Órgano, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos;

XI. Producto, a todo tejido o sustancia extraída, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este Título, la placenta y los anexos de la piel;

XII. Receptor, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano,
tejido, células o productos;

XIII. Tejido, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función, y

XIV. Trasplante, a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo.⁸⁵

El artículo 315 de la Ley General de Salud señala que los establecimientos que requieren autorización sanitaria, a saber los que se ocupen de: la extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, tejidos, y células; trasplantes de órganos y tejidos: los bancos de órganos; tejidos y células; y los bancos de sangre y servicios de transfusión.

En virtud de lo anterior es preciso señalar, que la Secretaría de Salud debe mantener una estricta vigilancia sobre las instituciones que llevan a cabo actividades en las que se manejan elementos tan delicados como son: los componentes de cuerpo humano, como el caso de las técnicas de maternidad subrogada.

Las técnicas de reproducción asistida son aplicables tanto por instituciones de salud pública como privada, sin embargo el ámbito patrimonial al que pertenecen no exime a alguna de ellas a someterse al control que determinadas áreas de Gobierno deben mantenerse, lo que sin duda representa inseguridad para las personas que se encuentren con necesidad de hacer uso de estos medios (artículo 315 de la Ley General de Salud).

Por otro lado se debe cumplir con las disposiciones que señala el artículo 315, las instituciones que realicen trasplantes o extraigan órganos y tejidos , deberán contar con un Comité Interno de Trasplantes, así como un Coordinador que se ocupe de tales asuntos, cuyas acciones serán supervisadas por el Comité Institucional de Biotécnica respectivo.

El artículo 310 establece que para el control sanitario de los productos y de la disposición del embrión y de las células germinales, se estará dispuesto por

⁸⁵ *Ley General de Salud*. Agenda de la salud. Sexta Edición.2005

la propia Ley General de Salud, en lo que resulte aplicable y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan, razón por la cual es muy importante analizar que actualmente este cuerpo de leyes no plantea de forma precisa los lineamientos a seguir para que las técnicas de reproducción asistida sean utilizadas, en caso concreto la maternidad subrogada, lo que representa la imposibilidad de que los cónyuges con problemas de infertilidad puedan recurrir a estas.

Sin embargo, existe el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, que en su Capítulo IV establece criterios normativos sobre la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el parto puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óbitos, fetos y el de la fertilización asistida.⁸⁶

En este Reglamento se define a la mujer fértil como "aquella que se encuentra en el inicio de la pubertad, hasta el inicio de la menopausia, es decir es el tiempo en el que una mujer puede quedar embarazada" sin embargo, según diversos doctrinarios de la ciencia médica señalan que la edad ideal para tener hijos es entre los 20 y 25 años. Asimismo, define a la fertilización asistida como "aquella en la que la fertilización es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in Vitro" (artículo 40, fracciones I y XI).

Por otra parte establece las normas que regulan las investigaciones que se realicen en mujeres embarazadas con beneficios terapéuticos, relacionados con el embarazo, las que únicamente se pueden llevar a cabo cuando el tratamiento tenga como finalidad que mejore la salud de la mujer embarazadas, con riesgo mínimo para el embrión o feto y cuando estén encaminadas a incrementar la viabilidad del feto, con un riesgo mínimo para la embarazada.

⁸⁶ *Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud*. Agenda de la salud. Sexta Edición. 2005.

En este sentido el Reglamento no prevé la posibilidad de que una mujer se someta a tratamiento para quedar embarazada, y que otra a través del procedimiento de fertilización in-Vitro se convierta únicamente en la gestadora.

El artículo 52 de este Reglamento señala que los fetos serán sujetos de investigación, solamente si las técnicas y medios utilizados proporcionan la máxima seguridad para ellos y la mujer embarazada.

Cabe señalar que el artículo 56 del Reglamento establece que estará permitida la aplicación de técnicas de fertilización asistida únicamente cuando con ellas se resuelvan problemas de infertilidad en la pareja, respetado el punto de vista moral, social y cultural de ellos, aun cuando difieran de la del investigador.

Considero necesario realizar un análisis a nuestro Código Civil Para el Distrito Federal, el cual me permitirá concluir el presente trabajo con una propuesta de contrato de maternidad subrogada.

5.2. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El Título Séptimo del Libro Primero de este ordenamiento legal plantea las normas bajo las cuales deberán regularse las relaciones familiares en cuanto a los lazos filiales que existan entre los miembros de la familia.⁸⁷

Es preciso señalar que la familia es la célula primaria de la sociedad, ya que es en el seno familiar, donde el ser humano se desarrolla y aprende la forma en la que debe relacionarse con los demás integrantes del grupo social con el que tenga contacto.

⁸⁷ *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.* Agenda Civil. Novena Edición. 2005.

En consecuencia, el Derecho debe atender a todos y cada uno de los hechos que se presenten en la vida de los miembros de una familia, los cuales pueden llevarse a cabo en un ambiente sano y que realmente aporte buenos elementos a la educación de los hijos.

En este sentido, el criterio que nuestra tradición jurídica ha seguido para establecer el mejor ambiente para el desarrollo del ser humano, ha sido la familia. El artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal, señala que quienes serán considerados hijos de los cónyuges son: los nacidos dentro del matrimonio; los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, estableciendo que esta disolución sea a consecuencia de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge.

Asimismo, determina que este término se contará, en los casos de divorcio la nulidad, cuando hayan quedado separados los cónyuges por orden judicial.

En este sentido la ley establece que contra la presunción de hijos de los cónyuges, se admitirán como pruebas las de haber sido imposible que los cónyuges hayan tenido relaciones sexuales, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que hayan precedido al nacimiento, así como aquellas que teniendo en cuenta los avances científicos que puedan ofrecer, abriendo con esto el criterio para analizar los hechos que se relacionen con la filiación entre hijos y padres.

Sin embargo, este no es el único precepto legal en el que el vertiginoso avance de la ciencia médica ha provocado que las técnicas para resolver los asuntos de filiación evolucionen, esto de acuerdo a lo que establece el artículo

326, en relación a la impugnación de la paternidad, ya que en el segundo párrafo dice:

"Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio concibe su cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubiera consentimiento expreso en tales métodos"

Es preciso señalar que al referirse a técnicas que impliquen la aplicación de medios que permitan la concepción distintos a los medios naturales, deben estar en el entendido de que algunos conceptos relacionados con los vínculos entre padres e hijos comenzarán a resultar inusuales, sin que esto implique la falta de una normatividad adecuada mediante la cual se establezcan los procedimientos y métodos que la moral y las buenas costumbres permitan.

Asimismo, podrían variar los conceptos y las situaciones a las que se tacharan de ilícitas, ya que las puertas que actualmente abren los adelantos de la ciencia permiten hacer muchas cosas, y si bien es cierto que no todo lo que se puede hacer debe ser permitido, aquellas cosas que no impliquen la pérdida de valores y contrario *sensu* ayuden a la creación del ambiente propicio para el desarrollo físico y emocional de los hijos, el Derecho como ciencia que busca el bien común está obligado a atenderlo.

Por su parte, el artículo 338 de este Código señala que la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formado en núcleo social primario de la familia; por lo tanto no puede ser materia de convenio entre las partes, ni transacción, ni sujetarse a compromiso en árbitros.

No debemos entender como transacción ni compromiso en árbitros, el hecho de que una pareja a través de diversas técnicas de reproducción asistida se encuentre en posibilidad de concebir un hijo, ya que los medios por los que se obtenga éste, no están relacionados con el vínculo que la ley reconoce entre

los padres y el hijo, situación que implica que sea reconsiderado el concepto con el que el derecho define a la filiación, ya que si bien el Código Civil del Distrito Federal no la define, la doctrina señala que el término filiación puede explicarse como el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, es decir entre personas que descienden unas de otras y que conforman una sola familia.

Esta relación se establece creando derechos y obligaciones constantes entre el padre o la madre y el hijo, constituyéndose un vínculo jurídico que el derecho reconoce por el hecho de la procreación o por alguna situación de derecho que permita a una pareja adquirir el estado de padres respecto de alguien, cómo sería en el caso de la adopción, sin embargo, la realidad actual y los adelantos científicos no permiten que se continúe aplicando este criterio, ya que las formas en las que una pareja puede procrear un hijo ya no se limitan al hecho del nacimiento, es decir un vínculo que resulta en consecuencia ente madre e hijo, puesto que es claro que existe la posibilidad de que la mujer que va a parir, para la ley no sea a quien se le reconozca como su madre, lo que podría ser equiparable a una adopción, en donde la madre del menor es una mujer distinta a quien parió el producto.

Por lo expuesto podemos concluir que el derecho debe avanzar al ritmo que la sociedad lo plantea, puesto que es su deber regular todas aquellas situaciones que pudieran representar un peligro potencial en el desarrollo de la humanidad.

En este sentido, el artículo 338 bis del Código Civil del Distrito Federal señala "La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación cualquiera que sea su origen" es decir, ya sea por adopción, técnicas de reproducción asistida, e inclusive puedo hablar de maternidad subrogada.

Por otra parte, este ordenamiento legal establece los medios de prueba como los que la filiación puede ser aprobada es decir.

- a) Con el acta de nacimiento (artículo 340 del Código Civil del Distrito Federal.)
- b) Cuando el acta fuera defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo y a la falta de alguno de estos, se tomarán en cuenta aquellos que los avances científicos ofrecen, lo que se busca en este caso es que sea probada la filiación, del menor, pero la testimonial no será admisible, salvo en el caso de que existan pruebas por escrito, indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que pudieran considerarse bastante graves para considerar su admisión” (artículo 341 del Código Civil Distrito Federal.)⁸⁸

Lo que dará como resultado que el caso de que una persona haya estado en posesión de un hijo, reconocido por su madre, padre o familia. Esta posesión quedará probada si además concurrieran alguna de las siguientes circunstancias artículo 343.

Utilizar durante toda su vida los apellidos de sus padres, con anuencia de estos.

Que sus padres siempre lo hayan tratado como hijo, proveyéndolo de alimentos, estudios, establecimiento; y

El presunto padre o madre deberá tener la edad exigida por la ley para contraer matrimonio mas la edad del hijo que pretende como suyo, según lo establece el artículo 361 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁸⁸ *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Op Cit.*

Entre las reformas aplicadas a este ordenamiento legal encontramos el artículo 378 que dice " La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño/a, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y lo ha proveído de su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacerse de ese niño.

En este caso no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregar o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será de sesenta días. Contados desde que tuvo conocimiento de él"

Una vez más encontramos artículos que poco a poco van modificando los criterios a seguir para que los nuevos conceptos sobre diversas situaciones de derecho puedan ser contempladas de forma adecuada y acorde con la sociedad actual.

Por primera vez se reconoce de manera precisa los derechos que se adquieren por la convivencia que un menor a tal grado, que el hecho de haberlo parido no implica que la sociedad y el derecho deban reconocer como madre del hijo a quien no se ha preocupado por su desarrollo físico, emocional y profesional, lo que implica abrir nuestra mente para analizar que en determinado momento pudiera representar un beneficio para la sociedad.

Las reformas al Código Civil del Distrito Federal de mayo del 2000, representan un gran avance para el Derecho de Familia, ya que plantean una nueva perspectiva para analizar los eventos que se presentan en este rubro, debido a que antes no se podían señalar algunas cosas de forma específica,

puesto que estaban impregnadas de ideas moralistas que detuvieron el avance para regular aspectos como los que se tratan en este trabajo; el reconocimiento de la filiación de los hijos que nazcan mediante las técnicas de reproducción asistida. En particular maternidad subrogada.

Como se observo era importante dar un recorrido en relación a la filiación del sujeto que está por nacer dentro de la figura de la Maternidad Subrogada ahora pasará a nuestro último capítulo en donde se establecerán las razones de por que se debe crear el contrato de Maternidad Subrogada

5.3. ANÁLISIS DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

Sentadas las bases de que la maternidad subrogada es actualmente un acto que se practica en diversas partes del mundo incluso en México, es una necesidad encuadrar esta figura en nuestro derecho vigente me atrevo a hacer dicha afirmación ya que pude comprobarlo al encontrar a 3 mujeres que llevaron a cabo la maternidad subrogada, al iniciar el presente trabajo de investigación me di a la tarea de buscar a personas que llevaran a cabo la maternidad subrogada pensando que tal vez no encontraría a ninguna y cual fue mi sorpresa que llegue a tres , pero mientras una de ellas recibe pago en dólares las otras reciben un cantidad injusta por llevar a cabo dicha acción. De manera breve haré una descripción de las circunstancias que orillaron a hacer esto a cada una.

La primera de estas la denominare la Ingeniera esta chica estudia en la facultad de Ingeniería tiene 26 años y necesita dinero para terminar sus estudios, según lo comento, ella se contacto vía Internet con una familia americana que desea tener una familia y no puede, esta chica cobra en dólares y ella me hablo de un aproximado de 100 mil pesos, 50 mil pesos recibió al quedar en cinta y 50 mil pesos recibió al parir al individuo, asiéndose cargo la pareja de todos y cada uno de los gastos que esto origino, dicha pareja de americanos se encuentra radicando en México, ellos ya

recibieron al sujeto según últimas noticias de esta chica, ella recibió la cantidad acordada más una cantidad extra de la cual no me dio dato alguno.

La segunda joven que se somete a la subrogación es una chica de 21 años al parecer de bajos recursos, que se ofreció a gestar un hijo, a una familia de clase medio le pagarán 30 mil pesos, ella no quiso dar mas datos, lo que dijo es que dicha familia no ha cubierto gastos médicos, como se acordó, y que ella ya quiere que nazca el individuo por que ha sido duro el embarazo.

La última persona a la que me refiero es una señora de bajos recursos la cual no me dio su edad y solo me dijo que le darían 10 mil pesos por parir un hijo, la familia contratante ofreció alimento para ella durante los 9 meses ,este comenta le servirá para alimentar también a sus hijos, que son la razón del porque se ofreció a gestar un hijo ajeno.

Podría proporcionar un mayor número de datos pero por razones personales me abstengo de ser mas descriptiva, pues lo que para mi inicio como una simple investigación, me llevo a concluir que realmente es un acción que se realiza con mayor frecuencia de la que pensé, y que son casos que se consideran tal vez aislados pero si yo pude encontrar tres casos así, imagine que todos mis amigos, conocidos y demás podrían encontrar tres casos cada uno, y realmente se elevará la suma de 3 quizá a 30 ó 300 o más casos de los cuales se desconocen, y que no se llevan a cabo bajo las condiciones mas optimas, es por eso que me atrevo a asegurar que en México si se lleva a cabo dicha figura y que nadie hace nada por regularla.

5.4. LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UN CONTRATO.

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

5.5. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO.

En efecto los preceptos antes mencionados, disponen:

Artículo 1792: Convenio es el acuerdo de dos o mas 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.

Artículo 1794: Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento.

II.-Objeto que pueda ser materia del contrato.

Siguiendo la definición del maestro Rafael Rojina Villegas podemos decir que el consentimiento es :

5.5.1. CONSENTIMIENTO:

Es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones. En los convenios, *latu sensu* el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos de carácter patrimonial.

Todo consentimiento, por tanto, implica la manifestación de dos o más voluntades y el acuerdo de esas voluntades sobre un punto de interés jurídico puede darse el caso de que existe la manifestación de voluntades de los contratantes, pero no existe el acuerdo en el contrato; aquí se entenderá que no hay consentimiento: pero en caso contrario, si tenemos la existencia de esa manifestación y se llega a un acuerdo, habrá consentimiento; es necesario aclarar que no se trata de un punto de interés jurídico y tampoco hay consentimiento, por ejemplo: cuando dos personas manifiestan su voluntad para ocurrir a una cita y se ponen de acuerdo en día, hora y lugar, este concurso de voluntades no tienen un interés jurídico, no se llama consentimiento.⁸⁹

Se requiere pues, el concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, para que jurídicamente se integre este elemento en el contrato o en el convenio.

Con base en lo anterior debe concluirse que existe un consentimiento en el acto constitutivo de la maternidad subrogada, en efecto, existen dos manifestaciones de voluntad que forman un acuerdo, por una parte la voluntad de los padres biológicos del producto de entregar el mismo para que se desarrolle dentro del vientre de la prestataria, y que dicho producto nazca vivo y sea viable para lo cual están conformes en proporcionar a la prestataria, los servicios médicos asistenciales necesarios para dicho fin, por otra parte, la voluntad de la prestataria de su cuerpo en el sentido de aceptar que el producto le sea implantado, de conservarlo y cuidarlo hasta su nacimiento así como entregarlo a los padres biológicos a cambio de una contraprestación.

De esta forma, encontramos formado el primer elemento de existencia de un contrato con todos los requisitos establecidos por la doctrina y la legislación.

⁸⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Teoría General de las Obligaciones*. Quinta Edición. Porrúa. México. 2000. Pág. 400.

5.5.2. OBJETO

Es importante analizar el segundo elemento esencial del contrato, el objeto, de acuerdo a nuestro Código Civil del Distrito Federal, consiste en crear y transferir derechos y obligaciones. A este respecto, el maestro Rafael Rojina Villegas establece que el objeto del contrato se ha confundido con el objeto de la obligación que nace por virtud del contrato, la obligación que a su vez tiene un objeto, que consiste en la cosa o en el hecho de la prestación o de la abstención.

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

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

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

Se puede observar que bajo estas bases el acto constitutivo de la maternidad subrogada, de acuerdo con el artículo 1825 la cosa objeto del contrato debe reunir tres características:

- Existir en la naturaleza

- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.
- Estar en el comercio.

En el presente caso, si consideramos que el producto biológico no está en el comercio, podría considerarse que el acto es inexistente por falta de objeto.

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

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

Para reafirmar lo mencionado nos referiremos a lo establecido en los artículos 1827 a 1831 del Código Civil de Distrito Federal.

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

Además, en capítulos anteriores trate de aclarar que la maternidad subrogada no es un hecho contra las buenas costumbres, ya que permite la

procreación y conservación de la especie humana, ayudando de esta forma al cumplimiento de los fines mismos de la institución del matrimonio y se forme una familia base de toda sociedad.

5.5.3 REQUISITOS DE VALIDEZ.

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

El maestro Ramón Sánchez Medel, establece que los elementos de validez son cuatro y señala los siguientes; la capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, la forma y el fin o motivos lícitos.⁹⁰

5.5.4. CAPACIDAD.

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

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

⁹⁰ SÁNCHEZ MEDEL, Ramón. Op. Cit. Pág. 45

El artículo 450 del Código Civil del Distrito Federal establece que son:

Tienen incapacidad legal y natural.

1.-Los menores de edad.

2.-Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de incapacidad, 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 los supla.

La incapacidad en un contrato va a producir como se ha mencionado nulidad relativa, lo que da origen a que el contrato pueda convalidarse o perfeccionarse mediante diversas situaciones previstas por la ley y el ejemplo más claro está contemplado en el artículo 2233 del Código Civil del Distrito Federal que dice:

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

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

- Como mediador. Si es que únicamente pone en contacto a las partes contratantes.
- Nuncio: Si sólo transmite la voluntad de una de las partes.

- **Representante:** Es quien celebra el contrato por cuenta y nombre de una de las partes.

En los dos primeros casos no se requiere de nombramiento por capacidad especial para contratar, ya que la capacidad requerida, únicamente va a ser indispensable en las partes que celebran el contrato, la tercera, en la que se refiere al carácter de representante si es necesario que este tenga capacidad legal para contratar, ya que la expresión de su voluntad va a producir efectos jurídicos con relación al representado. Esta capacidad se puede configurar en tres aspectos:

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

La Formalidad Habilitante: en la que la autorización a una persona capaz, otorgada por autoridad judicial o administrativa, para efectuar determinado trato como lo establece el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 643, que a la letra dice:

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

- 1.-De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;
- 2.-De un tutor para negocios judiciales.

La legitimación para Contratar: es aquella actitud reconocida por la Ley para que una persona pueda ser parte de un contrato determinado".

5.6. AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO:

El consentimiento es un elemento esencial en cualquier contrato, pero este consentimiento puede ser deficiente cuando existen situaciones previstas por la ley, como es la falta de consentimiento de determinada situación o la falta de libertad para contratar servicios que pueden afectar la inteligencia, como el error, el dolo, o la mala fe que pueda afectar la voluntad, como la violencia o bien alguna que afecte tanto a una como a otra facultad: si se llega a presentar esta situación nos encontramos con que puede presentarse una nulidad relativa en el contrato, como lo prevé el Código Civil del Distrito Federal en su Artículo 2228, que a la letra dice:

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

5.6.1. EL ERROR:

Sánchez Medel Ramón nos dice que “es la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada”.

Según este autor el error en un contrato puede existir de tres tipos:

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

El Error Nulidad: es de hecho un error de derecho, tal y como lo prevé el Artículo 1813 del Código Civil del Distrito Federal, que a la letra dice:

“El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el

acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”

El Error Indiferente: es aquel que no afecta la validez del contrato, el ordenamiento se reduce a contratar en condiciones mas onerosas de las que se pensó.

En mi opinión el vicio más importante que puede afectar el contrato de maternidad subrogada, es el error supuesto que la naturaleza de las obligaciones y derechos que origina deben quedar perfectamente establecidos con el pleno conocimiento de las partes que intervienen, por un lado, los padres biológicos deben tener el perfecto conocimiento del total de las prestaciones a que se obligan y las cuales deben estar vigiladas y supervisadas por profesionistas especialistas en la materia; de esta manera inclusive, seria necesario que a la celebración del contrato en su momento las partes estuvieran asistidas no sólo de un abogado que los asesorará en materia jurídica sino que, quizá esta fuera lo más importante, deberán ser asesoradas por un representante del sector salud (llámense IMSS, ISSSTE, Secretaria de Salud etc.) el cual deberá explicar de forma clara y sencilla a las partes que contraerán las obligaciones con motivo del contrato celebrado.

De acuerdo a lo que establece la Ley General De Salud, en relación a los artículos 313 y 314 de este ordenamiento en donde se establece un control y un registro adecuado, quizá dicho registro debiera realizarse ante el Registro Civil, para que los contratantes queden debidamente garantizados en sus derechos.

5.6.2. EL DOLO:

Se emplea para inducir a una persona a cometer un error o mantenerla en este.

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

El dolo principal.

El dolo incidental.

El Dolo Principal: es aquel que recae sobre la causa o motivo determinante de la voluntad de los contratantes.

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

5.6.3 LA VIOLENCIA:

Puede ser considerada de dos formas, la violencia física y la violencia moral.

La violencia física es aquella en la que los contratantes obligan a la otra parte a realizar una conducta determinada, mediante la ayuda de fuerzas extremas como son los golpes o la privación de la libertad, en lo que se refiere a la violencia moral es aquella intimidación o miedo provocado mediante amenazas estas dos cuestiones llevan a que el contratante se vea en la necesidad de contratar por miedo a verse afectado en su persona o en su tranquilidad.

Como está previsto en el artículo 1819 del Código Civil del Distrito Federal que a la letra dice:

"Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable

los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”

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

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

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

5.6.4. LA LESIÓN:

Es aquel perjuicio que en un contrato conmutativo, experimenta una parte que recibe una prestación muy inferior a la que va a otorgar al otro contratante. Se establece en el artículo 17 del Código Civil del Distrito Federal, que a la letra dice:

“Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte 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.”

5.6.5. LA FALTA DE FORMA:

Es el vicio previsto por nuestra Ley en los casos que no se realice el contrato en los términos previstos y exigidos en las leyes, es decir, es la omisión de la formalidad, así lo establece el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 2228 que a la letra dice:

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

En el caso del contrato de maternidad subrogada, se analizó lo establecido en los artículos 1795 y 1832 a 1834 del Código Civil del Distrito Federal. De acuerdo con los artículos anteriores, el contrato de maternidad subrogada, no requiere de formalidad alguna; pero considerando la importancia del mismo, me atrevo a proponer lo siguiente:

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

Entre los problemas que pueden surgir se encuentra; que los aportantes se niegan a recibir al producto por tener este un defecto o malformación congénita; o porque en vez de uno sean dos o más; que el sexo no sea el deseado y

muchos otros, en los que el más afectado sería el menor, a quien debe de protegerse.

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

A continuación, propongo un contrato tipo que deberá aplicarse en los casos de reproducción asistida, concretamente en el de la maternidad subrogada, que se considera "uno de los problemáticos".

5.7. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA .

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

5.7.1. ELEMENTOS ESENCIALES:

El consentimiento y el objeto a continuación estableceré el por que el consentimiento y el objeto son elementos esenciales del contrato de maternidad subrogada.

5.7.2. EL CONSENTIMIENTO:

Como en todo contrato, debe existir un acuerdo de voluntades entre las partes, que serán los aportantes del espermatozoide y el óvulo, la mujer que prestará el servicio de gestarlo, no necesariamente los aportantes deben serlo

también de los gametos que dieron origen al producto, pudiendo esta situación hacerse constar u omitirse.

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

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

La madre subrogada estará a cargo del término del embarazo y deberá entregar el niño a los aportantes para su adopción, quienes deberán recibirlo independientemente de su número, sexo, o salud. No existe forma de obligar ni a los aportantes ni a la receptora a recibir o entregar al o los menores, lo único que puede hacerse es pactar una pena convencional de tal magnitud que desaliente a los contratantes de incumplir. Se está hablando de una persona, por lo que es muy delicado todo lo que se contrate al respecto debe proteger al menor, practicándose para el caso de que los aportantes se nieguen, a otorgar una pensión que les permita subsistir.

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

5.7.3. EL OBJETO:

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

5.7.4. ELEMENTOS DE VALIDEZ:

Los elementos de validez:

Capacidad

Ausencia de vicios en el consentimiento

La forma

Fin o motivo lícito

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

La receptora o madre subrogada además deberá tener la naturaleza para el efecto de la gestación del producto.

Los aportantes cuentan con la capacidad legal además de la económica.

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

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

Fin o motivo lícito: El contrato de maternidad subrogada es un contrato lícito y de posible realización toda vez que la remuneración que se ofrece a la

madre subrogada, es por el servicio que va a prestar, es una compensación en cuanto al uso intensivo de su organismo.

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

Por otro lado también es importante comentar que mientras algunos consideramos que tiene un fin o motivo lícito otros tantos lo consideran como ilícito ya que consideran que el gestar un hijo no es algo con lo que se pueda comerciar y menos recibir pago por dicha gestación, ya que no una cosa dentro del comercio.

5.7.5. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA:

El contrato que se estudia se clasifica en:

Bilateral: Ya que va a generar obligaciones para ambas partes.

Oneroso: El contrato va a generar provecho para las partes o gravámenes recíprocos.

Atípico. No ha sido contemplado por ningún ordenamiento legal mexicano.

Formal: Deberá realizarse de manera escrita, dada la naturaleza y la trascendencia que implica el resultado de este contrato.

Contrato real: En oposición al consensual, ya que este contrato quedará perfeccionado hasta la entrega de producto de la implantación del embrión en el útero receptor.

Civil: Ya que la definición de un contrato mercantil presupone que las partes se dediquen a comerciar y en este caso ninguno de los contratantes trata de comerciar

PROPUESTAS.

PRIMERO.- Debe establecerse el Contrato de Madre Subrogada dentro de nuestro Código Civil del Distrito Federal.

El Artículo 4to. Constitucional consigna el derecho de decidir de manera libre responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos. La Ley General de Salud así como su Reglamento en Materia de Investigación se refieren a la inseminación artificial en forma tangencial, pero ante la presencia de los distintos intereses que confluyen en ese acto, deben establecerse normas que regulen cuidadosamente la inseminación artificial. Si bien la legislación establece el derecho a la procreación, incluida la que obtiene por medio de la inseminación, debe entenderse que ese derecho no es absoluto y habrá de regularse tomando en cuenta otros derechos y las especiales circunstancias de cada caso.

Debe permitirse solo cuando las circunstancias médicas lo justifiquen en todo caso debe entenderse que la práctica de la inseminación artificial, así como de la maternidad subrogada y demás técnicas de reproducción asistidas utilizadas contra la infertilidad de la pareja son necesarias.

La Administración Pública debe dictar normas para que los Centros Médicos especializados en la materia se garantice al respeto a las personas que intervienen en el proceso y se cercioren de las libres manifestaciones de voluntades y el cuidado de gametos y embriones.

SEGUNDO.- Es importante adicionar en el Código Civil del Distrito Federal, bajo que circunstancias debe llevarse a cabo dicho contrato .

PROPUESTA DE UN CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

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

ANTECEDENTES:

La receptora manifiesta:

- 1.-Ser sujeto capaz de obligarse por si, no existiendo impedimento , legal, ni natural para ello.
- 2.-Que se encuentra física y psicológicamente apta para gestar y llevar a término un embarazo y parir el producto.
- 3.-Que sabe y conoce los riesgos normales que un embarazo y un parto involucran.
- 4.-Que no se encuentra embarazada.
- 5.-Que se encuentra sana y no padece ninguna enfermedad que pueda transmitirse al producto del embarazo.

6.-Que sabe que el procurar la muerte del producto en cualquier momento de la preñez es un delito, conforme lo establecido el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal que a la letra dice:

“Aborto es la muerte del producto de la concepción e cualquier momento del embarazo.”

LOS APORTANTES MANIFIESTAN:

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

2.-Que son propietarios de tres óvulos y espermatozoides, obtenidos a partir de los gametos aportados por ellos mismos.

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

Declaran las partes que es su deseo otorgar las siguientes:

CLAUSULAS.

PRIMERA: Los aportantes proporcionan los huevos de su propiedad para que sean implantados en el útero de la receptora, quien lo acepta y lo autoriza.

SEGUNDA: La receptora deberá llevar a término la gestación hasta concluir con el parto, no pudiendo interrumpir el embarazo.

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

1.-En el momento de la implantación la cantidad de ...

2.-En forma mensual la cantidad de ...

3.-En el momento del parto y entrega del producto la cantidad de ...

4.-Si existe la posibilidad de llevarse a cabo de otra manera se especifica aquí...

CUARTA: La duración del presente contrato comprenderá desde que se efectúen los estudios previos necesarios para la implantación del huevo en el útero de la receptora hasta el parto y entrega del producto el huevo será implantado en el útero receptor por el Médico... en el Hospital... Ubicado en ... el día... a las... horas según lo indique dicho Médico.

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

SEXTA: La receptora deberá someterse a todos y cada uno de los estudios médicos indicados por el profesional mencionando en la cláusula cuarta de este contrato antes de que se realice la implantación del huevo en su útero.

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

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

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

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

DÉCIMA PRIMERA: La receptora deberá de entregar a los aportantes el producto de la gestación, después del parto.

DÉCIMA SEGUNDA: La receptora autorizará a los aportantes la adopción del producto gestado, renunciando a la patria potestad que tenga sobre el mismo; para lo cual deberá de firmar todos los documentos y hacer los trámites necesarios para ello.

DÉCIMA TERCERA: Los aportantes se obligan a adoptar al producto, aún cuando este tenga una malformación, enfermedad o daño congénito.

DÉCIMA CUARTA: En caso de que la receptora para llegar a parir más de un producto, los aportantes deberán de adoptarlos a todos.

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

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

DÉCIMA SÉPTIMA: En caso de que los aportantes se negaran a adoptar al o los productos de la gestación, la receptora podrá darlos en adopción a quien ella estime conveniente.

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

DÉCIMA NOVENA. En el caso de que sólo uno de los aportantes decidiera adoptar al o los productos , la receptora deberá entregárselo a quien así lo decida.

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

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

Estableciendo las partes su conformidad sírvase a firmar por triplicado.

Aportante:

Aportante:

Receptora:

CONCLUSIONES

PRIMERO.- La reproducción humana puede ser natural o artificial. La primera de ellas es la unión íntima sexual de hombre y mujer, mientras que en la segunda, no existe coito alguno, sino la intervención de terceras personas, que mediante técnicas científicas, logran la fecundación, ya sea dentro de la matriz de la madre o fuera de ella, in Vitro.

SEGUNDO.- La reproducción humana asistida, es la creación de un ser humano, que se obtiene mediante la participación de terceras personas y empleo de técnicas permitidas legalmente.

TERCERO.- La reglamentación de la fecundación humana asistida, no escapa de valoraciones y consideraciones de carácter moral, ético, político, religioso, e inclusive hasta de carácter jurídico, al no existir todavía consenso alguno, sobre la naturaleza científica y religiosa sobre una célula fecundada, un óvulo y espermatozoos así como un embrión humano. Lo que refleja sin duda lagunas en el derecho.

CUARTO.- Entre las dificultades jurídicas que existe para regular la fecundación humana asistida, se encuentra la descripción de la naturaleza jurídica del espermatozoos y del óvulo, si se tratan de derechos reales o personales, si son cosas o personas; la situación jurídica respecto al "donante" del "material biológico", el parentesco, la filiación; así como la intervención del Estado en la prestación del servicio de reproducción asistida, entre otros temas más.

QUINTO.- La reproducción humana artificial puede lograrse mediante tres técnicas: la inseminación artificial en sentido estricto, la fecundación in vitro (o en cristal) y la denominada, clonación. Estas a su vez, pueden producir como

formas de la gestación del ser concebido, la fecundación posmortem o la maternidad subrogada.

SEXTO.- Los principales efectos jurídicos que produce la fecundación humana artificial, son en las relaciones jurídicas derivadas del estado familiar, las cuales necesitan ser reguladas de manera inmediata.

SÉPTIMO.- Entre las tendencias jurídicas de la regulación normativa de la fecundación artificial, se encuentran la necesidad de regular la reproducción humana asistida, su utilización únicamente para fines de procreación y para mujeres o parejas estériles, el deber de información y confidencialidad tanto a los padres que deseen procrear, como de los donadores portadores del "material biológico", la reafirmación de la filiación existente en el Código Civil del Distrito Federal así como el establecimiento del contrato de Madre Subroga.

OCTAVO.- El Código Civil del Distrito Federal vigente, regula deficientemente la fecundación asistida, al establecerse sin justa causa, el empleo de técnicas de reproducción asistida sin el consentimiento del cónyuge como causal de divorcio en agravio al ser fecundado. De igual forma, hace lo mismo al no reglamentarse adecuadamente, las formas mediante las cuales se deba dar el consentimiento expreso para la utilización de las técnicas de reproducción asistida; así como la falta de términos a partir de la muerte del cuius, para que la cónyuge supertiste, fecunde posmortem.

NOVENO: Es obligación de nuestra ciencia jurídica evolucionar y romper con los paradigmas que detienen su crecimiento para estar en posibilidad de velar por el bien común, al mismo tiempo controlar y regular aquellas actividades que se realizan sin que existan normas y órganos de control que vigilen su aplicación, es por eso que considerar hijos de matrimonio a los nacidos por maternidad subrogada implica el reconocimiento al valor de la convivencia y la afecto que se desprende de las relaciones entre padres e hijos.

DECIMA: Considero conveniente mencionar que en un primer momento se aplique la maternidad subrogada a mujeres que sean parientes. Siendo necesario un estudio de compatibilidad para determinar el grado de riesgo de rechazo que pueda existir entre ambos organismos. Y una vez verificadas estas situaciones proceder a la transferencia intratubaria de gametos. Por eso es necesario crear áreas específicas en los centros de salud, en los cuales se pudiera brindar la atención necesaria a las mujeres en las que se realice este procedimiento, para asegurar que se mantenga en custodia el menor y en su momento sea entregado a su madre aportante.

DECIMA PRIMERA: La maternidad subrogada debe definirse como el proceso reproductivo en el que participa una segunda mujer para llevar a termino la gestación del huevo, siempre y cuando exista la manifestación de que este tratamiento se realiza por voluntad propia a título gratuito o en su caso oneroso, consiente de las consecuencias y de que al termino del embarazo la madre, sea quien aporte el material genético

BIBLIOGRAFÍA

- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. *Obligaciones Civiles*. Quinta Edición. Oxford. México.2004.
- BRENA SESMA, Ingrid. *El Derecho a la Salud temas a reflexionar*. UNAM .México 2004.
- BLANK, Robert. *Regulation reproduction N.Y E.U.* Columbia University Press. 1990.
- CÓRDOBA, Jorge Eduardo y otros. *Fecundación Humana Asistida. " Aspectos Jurídicos Emergentes"*. Alveroni Argentina 2000.
- CORDÓN BONET, Rambaur Raymond. *El Drama Humano de la Inseminación Artificial*. Traducción Baldomero Cordón Bonet. México Impresiones Modernas. México. 1953.
- COSTA MÉNDEZ, María Josefina y otros. *Derecho de Familia*. Tres Tomos. Culzoni. Argentina 2004.si
- DIEZ PICAZO, Luis. *Estudios de Derecho privado*. Civitas. Madrid. 1980.
- GARCÍA RUBIO, Mari Paz. *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida*. Consideraciones respecto del derecho civil español Rev. Italia. año VII. N 36. Octubre 1987.
- GIBERTI, Eva. *En los hijos de la fertilización asistida*. Tercera edición. Argentina.2001.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda y otros . *El Derecho a la Reproducción Human*. . Primera Edición. Marcial Pons. España. 1994.

MARTÍNEZ ALARCÓN, Javier. *Teoría General de las Obligaciones*. Primera Edición. Oxford. México. 2000.

MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis. *La nueva inseminación Artificial*. Icaria Primera Edición. España. 1989.

MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana. *Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada*. Italia. 1987.

MC LEAN, Leonardo. *Aspectos éticos de la fertilización asistida*. Boletín de la Academia nacional de Medicina. Suplemento Dedicado al Simposio " Del nacer y del morir" 4 y 5 de Mayo de 1993.

MENDOZA GARCÍA, Isidro. *Problemática de la maternidad subrogada*. UNAM. México. 2000.

MENDÉZ COSTA, María Josefa. *Derecho de Familia*. Tomo III. Rubinzal Culzoni. Argentina. 2002.

MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. Quinta edición. Porrúa. México 1992.

MORINEAU IDUARTE, Marta. *Derecho Romano*. Cuarta Edición. Oxford. México. 2000.

MORALES HERNÁNDEZ, Josefát Raul. *La problemática de la maternidad subrogada en la legislación civil mexicana*. Porrúa. México. 2002.

OVALLE FAVELA, José. *Derecho Procesal Civil*. Segunda Edición Oxford. México. 2002.

PEREDA RODRÍGUEZ, Martínez. *La maternidad portadora, subrogada o por encargo en el derecho español*. España . 1994.

PERÉZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Fernando. *Contratos Civiles*. Quinta Edición. Porrúa. México. 1998.

RAMBAUR, Raymond. *El Drama Humano de la inseminación Artificial*. Ciencia y Vida. México . 1958.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Introducción personas y familias*. Décimo primera Edición. Porrúa. México. 1986

ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Teoría General de las Obligaciones*. Quinta Edición. Porrúa. México. 2000.

SÁNCHEZ MEDEL, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Décimo Quinta Edición. México 1995.

SAMBRIZZI, Eduardo. *La Procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Argentina. 2001.

SOTO LA MADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, filiación y delito. La Fecundación artificial y la experimentación genética ante del derecho*. Segunda edición. Argentina. 1990.

TABOADA, Leonor. *La Maternidad Tecnológica de la Inseminación Artificial a la Fertilización In Vitro*. Primera Edición. Icaria. España 1986.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. *Los contratos Civiles y sus Generalidades*. Quinta Edición. Serie Jurídica Mc Grau Hill. México. 1999.

VELÁSQUEZ, Antonio. *Genética Humana y derecho a la intimidad*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1997.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana*. " Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español" . Volumen III . Primera Edición. Civitas. Madrid 1988.

ZANNONI Eduardo. *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*. "Proyecciones Jurídicas". Octava Edición. Astrea . Argentina 1978.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de febrero de 1917.

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928.

Ley General de Salud. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo del 2000.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la disposición de Órganos , tejidos y cadáveres de seres humanos. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 5 abril de 2004.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

C.D. Room. *Diccionario Jurídico*. 2000

Diccionario de medicina, España, Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra, Espasa Siglo XXI, 2000.

Diccionario Jurídico .Espasa. Espasa .Madrid. 2001.

HEMEROGRAFIA

GUITRÓN FUENTEVILLA, Julian. *La genética y el derecho familiar*. Revista Tapia. n° 36 1987.

LAPLACETTE, Dora Roció. *Contrato de locación de vientre*. Revista. Argentina. Número 40. 1995.

LLEGO YAGUE. *La genética actual y el derecho de familia* . Revista. Tapia. Madrid. Número 12. 1987.

PARELLADA, Carlos. *Una aproximación del derecho de daños al manipuleo genético*. Revista. 1990.

SITIOS DE CONSULTA DE INTERNET

<http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm> (Octubre del 2004 hora de consulta 8:30 p.m)

<http://foros.terra.com.mx/portada.cfm?s=ME&pCat=10&pForo=6350&pConv=360167&pExpan=1> (Febrero del 2005 hora de consulta 5:10 p.m)