



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**“REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DEL CONTRATO
DE MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO”**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

GUADALUPE FIGUEROA ARROYO

ASESOR: DR. JULIÁN GÜITRÓN FUENTEVILLA



CIUDAD UNIVERSITARIA

2007



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.

A Díos:

Por llevarme de la mano en todo momento,
sostenerme en la lucha diaria, poniendo los instrumentos y medios necesarios
para lograr mis metas, por iluminarme y guiar mis pasos, allanar mi camino
y ser el autor principal de todo lo alcanzado.

A mis Padres:

Por estar presentes siempre, sin ellos no sería nada,
porque cada palabra y consejo ayudan a edificar mi vida;
por levantarme y enseñarme a afrontar los retos;
porque su risa lo es todo; por su amor, cariño, comprensión,
entusiasmo y apoyo; por ser los pilares y el sustento;
por su esfuerzo y desvelo con un sólo fin hacerme feliz.

A mi Esposo:

Rodrigo, flaquito panzón, por su cariño y amor de todos los días,
siendo el motor de todos mis logros y esfuerzos,
por consentirme, apoyarme y comprenderme,
por caminar a mi lado compartiendo los mismos sueños,
juntos vivimos un presente maravilloso y edificamos un futuro lleno de amor.
Te amo.

A mis Hermanos:

Paquito, Mario y César con los que crecí rodeada de cariño y cuidados,
por ser la consentida de todos,
apoyándome siempre desde lo más pequeño, hasta este gran sueño.
Los quiero.

A mi Abuelita:

Angelinita, eres el ser maravilloso que pude tener a mi lado,
tu risa la llevo impregnada en mi alma y tu valentía y optimismo
se quedaron sellados en mi corazón y ahora forman parte de cómo yo intento vivir
la vida. Un día regrese para mirarte pero con alas es difícil seguir en la tierra.

A mi Abuelito:

Genarito, eres lo máximo, gracias por cuidarme y cantarme tan bonito,
doy gracias a Dios por tenerte a mi lado.

A mi querido maestro Dr. Julián Güitron Fuentesvilla:

Admirable ser, que tuve la oportunidad y fortuna de escoger como docente,
sus enseñanzas en las aulas, son un legado invaluable,
que ahora forman parte de mi desarrollo profesional,
gracias por su tiempo y dedicación porque la Universidad,
se enaltece por contar con personas como Usted.

A mi Universidad:

Uno de los logros más importantes, ha sido pertenecer a esta honorable Casa de
Estudios que me albergó con el mayor tesoro, la educación.

**“REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DEL CONTRATO DE MATERNIDAD
SUBROGADA EN MÉXICO”**

| | |
|---------------------------|------------|
| PRÓLOGO..... | I |
| INTRODUCCIÓN | III |

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DE LA INSEMINACIÓN IN VITRO

| | |
|---|----|
| A. La familia, el matrimonio y la infertilidad en Roma..... | 1 |
| B. Antecedentes de la fecundación In Vitro..... | 8 |
| C. Primeros casos de maternidad subrogada. | 9 |
| D. Actualidad de la inseminación In Vitro. | 14 |
| 1. Concepto..... | 17 |
| 2. Transferencia intrafalopiana de gametos. | 20 |
| 3. Procedimiento de la Fivet..... | 22 |
| 4. Reproducción homóloga y heteróloga..... | 28 |
| 5. Padres gestantes y padres biológicos..... | 35 |

CAPÍTULO SEGUNDO

DEL CONTRATO CIVIL EN GENERAL

| | |
|---|----|
| A. Concepto. | 37 |
| B. Características..... | 40 |
| C. Elementos esenciales..... | 43 |
| 1. Concepto..... | 45 |
| 2. Objeto..... | 47 |
| D. Elementos de validez..... | 53 |
| 1. Capacidad..... | 53 |
| 2. Forma..... | 58 |
| 3. Ausencia de vicios en el consentimiento..... | 61 |
| 4. Licitud en el objeto, motivo o fin. | 67 |
| E. Obligaciones de las partes..... | 71 |

CAPÍTULO TERCERO
REALIDAD JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL DEL CONTRATO DE
MATERNIDAD SUBROGADA

| | |
|--|-----|
| A. Concepto de Maternidad Subrogada. | 73 |
| B. Los contratos de maternidad subrogada (arrendamiento del útero). | 77 |
| C. Lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al respecto | 86 |
| D. Los derechos de los niños nacidos por contrato de maternidad subrogada a la luz del Código Civil para el Distrito Federal. | 90 |
| E. En el Código Penal para el Distrito Federal. | 95 |
| F. En la Ley General de Salud. | 98 |
| G. El contrato de maternidad subrogada una realidad en Tabasco. | 104 |
| H. Aplicación del método comparativo en el extranjero al respecto. | 108 |
| 1. Ley de Reproducción Humana Española. | 108 |
| 2. En Suecia. | 115 |
| 3. En Inglaterra. | 116 |
| 4. En Guatemala. | 119 |
| I. Realidad social para la aceptación de dicho contrato. | 121 |

CAPÍTULO CUARTO
PROPUESTA PARA REGULAR EL CONTRATO DE MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

| | |
|---|------------|
| A. Conveniencia de determinar y regular este contrato. | 125 |
| B. Regulación en esta materia. | 131 |
| C. Viabilidad jurídica de esta propuesta. | 135 |
| D. Texto de la propuesta sugerida. | 138 |
| CONCLUSIONES | 142 |
| BIBLIOGRAFÍA | 147 |

PRÓLOGO

La necesidad natural y el deseo de procrear, ha llevado a la pareja a buscar soluciones alternas en orden de resolver parcialmente su problema de esterilidad.

De esta manera, a través de diversas técnicas de inseminación artificial se ha llegado a la aparición del fenómeno de la madre subrogada o constitutiva de una manera más sofisticada y compleja; pues si bien la ciencia ha colaborado para llevar a cabo dichas prácticas, en nada auxilia en la solución de los problemas éticos-jurídicos que se presentan en la actualidad.

La doctrina jurídica hoy en día, habla de nuevos valores tutelares; así, se discute sobre el derecho al niño, entendiendo como el derecho que toda mujer tiene de procrear valiéndose de las técnicas que la ciencia pone a su disposición; se habla de un derecho al embrión como un ente susceptible de ser protegido; encara la existencia de un derecho genético, como el derecho del individuo y de la sociedad a una progenie sana.

Fuera de esta doctrina jurídica, se debe contar con un conjunto de normas de esta materia que regulen esta realidad que se nos está escapando; así, el Juez se ve obligado a aplicar viejos moldes a hechos nuevos, en virtud de que un Juez o Tribunal no puede dejar de resolver una controversia ante el silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. (Artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal).

Aspectos tales como la filiación, las sucesiones, se ven afectadas por la aplicación de dichas técnicas.

En muchos países, se han presentado juicios para determinar la paternidad, maternidad y la custodia del menor. Juicios que a veces duran años, por ello, considero que ésta, es un hecho, al cual el derecho, no puede ignorar y por tanto debe regular.

Intentaré dar una perspectiva del problema, para finalmente presentar una posible solución jurídica al caso que se trata, considerando desde luego que para poder establecer una regulación legal, es muy importante tomar en cuenta aspectos médicos, éticos, sociales, así como diferentes opiniones de juristas nacionales, sobre la posible forma de resolver estos contratos, que sobre este tópico se planteen, tomando en cuenta nuestras leyes vigentes como el Código Civil, Ley General de Salud y algunas otras, como el Código Civil del Estado de Tabasco, donde dicho contrato es ya una realidad. Resulta importante recurrir al método comparativo sobre el tema, ya que sólo España, Suecia e Inglaterra cuentan con ordenamientos legales al respecto, señalando también a Guatemala como el país en donde las mujeres se prestan más a rentar sus vientres.

INTRODUCCIÓN

El trabajo que a continuación presentamos, abarca una problemática derivada de una realidad que vive no sólo México, sino el mundo entero, esto, derivado de los avances científicos y tecnológicos de la humanidad. Claro está, que nos referimos a la propuesta y anuncios en periódicos o en internet de la prestación o arrendamiento de vientres o maternidad subrogada; es por ello, que el tema en estudio lo denominamos “REALIDAD JURÍDICA Y SOCIAL DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN MÉXICO”.

Lo anterior, sin lugar a dudas, es con el propósito de saber cómo se lleva a cabo en la actualidad, dicha prestación del vientre pero más que nada; la tarea nuestra como abogada, es la de reglamentar o tratar de que dicha figura jurídica ante su total eminencia y realidad se regule adecuadamente para prevenir controversias futuras y más aún proteger a la célula básica de la sociedad, la familia.

En términos generales, la problemática o postura que en esta investigación planteamos, consiste en expresar, la conveniencia de legislar el uso de las técnicas de reproducción asistida, en particular el uso de la maternidad subrogada o arrendamiento de útero en un contrato.

Para lograr lo anterior, el trabajo quedó dividido en cuatro capítulos de la siguiente manera.

La evolución y actualidad de la inseminación in vitro quedó comprendida en el capítulo primero de la investigación, desde Roma, los primeros casos contemporáneos hasta la actualidad de la inseminación in vitro.

En el capítulo segundo, tal como se indica hablamos del contrato civil en general, concepto, características, elementos esenciales y de validez así como lo relacionado a las obligaciones de las partes.

Lo referido, a la realidad jurídica nacional e internacional del contrato de maternidad subrogada, es motivo de análisis del capítulo tercero donde precisamos su concepto, los contratos existentes de maternidad subrogada así como lo relacionado al tema tanto en la Constitución Política Mexicana, tratados internacionales y leyes de primer orden en nuestro país destacando la regulación que hace el Código Civil de Tabasco al respecto para finalizar con la aplicación del método comparativo en el extranjero en países como España, Suecia, Inglaterra y Guatemala, finalizando con la realidad social para aceptar o rechazar dicha figura jurídica.

Finalmente, en el capítulo cuarto, planteo la propuesta para regular el contrato de maternidad subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal, destacando la conveniencia de tal acto, la regulación que se hace en nuestra legislación con relación a este tópico, la viabilidad jurídica y concluyo con la propuesta del texto sugerido a los artículos del Código Civil para el Distrito Federal que se pretenden reformar así como el correspondiente al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DE LA INSEMINACIÓN IN VITRO

A. La familia, el matrimonio y la infertilidad en Roma.

Lo que los romanos llamaban familia, es un cuerpo social totalmente distinto de nuestra sociedad doméstica, de la familia natural en el sentido moderno. “Lo genuino, que define con propiedad a la familia es el sometimiento de todos los miembros a la misma *manus* (autoridad), de un *paterfamilias* (jefe único)”.¹

El *paterfamilias*, tenía autoridad sobre todos sus descendientes, dándose con esto un régimen patriarcal, a diferencia de las anteriores épocas donde las mujeres sedentarias y entregadas a la agricultura dominaban en la comunidad, llegando a dirigir la mayoría de las actividades además de ser las únicas en poseer propiedades, ya que en éste tiempo los hombres tenían una vida errabunda dedicándose a la caza y la pesca, haciéndose con esto que la mayor parte de tiempo se encontraran alejados de sus hogares, dándose un régimen matriarcal el cual marcó la época, diferenciándose de la familia romana donde el padre o abuelo paterno eran los que tenían el control completo sobre la familia y su poder se extendía hasta las cosas, pues si alguno de los miembros de su *domús* (casa), contaba con algún patrimonio éste se constituía en un patrimonio

¹ IGLESIAS REDONDO, Juan. Derecho Romano. 12ª edición, Ariel, Barcelona España, 2002. p. 469.

único. Era señor de los esclavos, patrón de los clientes, y tenía poder sobre las esposas, nueras, hijos y nietos; atribuciones las cuáles conservaba hasta la muerte dando paso a que los hijos se convirtieran en jefes de nuevas familias.

Según Séneca, “la antigua familia, es una pequeña comunidad soberana que fue llegada a considerarse como una pequeña república, pero la sucesiva intervención estatal en consonancia con las nuevas concepciones sociales a cabo por destruir el viejo mundo de conceptos sobre los que descansaba la familia”.²

El **paterfamilias** para hacer valer sus poderes frente a los **fili** (miembros de la familia), como frente a los extraños, disponía de varios medios. De un lado podía recurrir a la república, para que esta conmine y atemorice al **filius** (miembro de la familia) que no procede como debe, de otro puede recurrir a la autoridad pública para que ésta conmine y atemorice al **filius**, y no sólo mediante la **vindicatio** y **actio furti**, si no también por medio de los interdictos.

En esta familia, los hermanos nacidos de un mismo padre pero de madres distintas no eran parientes. El padre y los ascendientes de éste no pertenecían a la misma familia jurídica del hijo. La primera reacción a este descubrimiento fue pensar que en todos los pueblos había existido una misma secuencia de fases: primero, una vida nómada en que dominaba el hombre; luego, una fase parcialmente sedentaria, agrícola, en que la mujer paso a ser el centro de la comunidad establecida y finalmente cuando la técnica triunfa sobre la magia,

² Cit. por IGLESIAS REDONDO, Juan. Op. cit. p. 470.

resurgiendo el nuevo predominio del hombre. En el derecho romano, encontramos desde sus comienzos un sistema estrictamente patriarcal donde sólo el parentesco por línea paterna cuenta en derecho.

“En roma existieron dos tipos de parentesco, uno natural (**cognatio**) y otro civil (**agnatio**); el primero es el que unía a los parientes por línea masculina, es decir todas las familias que se encontraban bajo la potestad de un mismo **paterfamilias** o que se encontrarían si éste no hubiere fallecido; el segundo es el parentesco civil fundado sobre la autoridad del padre o la madre y solo se reconoce en línea masculina, esto quiere decir que sólo podía recaer en los varones ya que éstos eran los que más tarde llegarían a ser jefes de sus propias familias a diferencia de la mujeres que al casarse pasaban a formar parte de la familia del esposo, pues de **paterfamilias** era de quien dependía de la composición de la familia ya que era libre de cambiarla a su libre albedrío y realizaba actividades como:

- a) Emancipar a los hijos.
- b) Darlos en adopción.
- c) Hacer ingresar extraños a la familia mediante la adrogación y adopción de los cuales hablaremos más adelante”.³

³ FLORÍS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. 6ª edición, Esfinge, México, 2001. p. 210.

Por lo que se refiere al matrimonio, se puede decir que en Roma existieron dos tipos de uniones, una legal conocida como *iustae nuptiae* o nupcias, creándose por el interés religioso que existía en Roma y por la necesidad de la continuación y procreación de la Gens o familia, o sea la procreación de los hijos; así como los derechos y privilegios que les concedían a las esposas por el hecho de casarse como era correcto, también entraban a formar parte de la familia civil del esposo.

El derecho romano contemplaba cuatro requisitos para que pudiera efectuarse el matrimonio:

- “a) La pubertad: que es la edad en que el hombre y la mujer cuenta con las facultades físicas para realizar el objetivo principal del matrimonio que es la procreación de hijos, la edad marcada para este propósito era de catorce años para los varones y de doce para las mujeres, previo examen de su cuerpo, el cual era practicado por el padre de los contrayentes para que estos se cerciorarán si ya se presentaban las señales de la pubertad para poder empezar a tramitar el matrimonio.
- b) Consentimiento del jefe de familia: éste requisito no se encuentra fundado en el interés o protección de los esposos, sino en la autoridad paterna y derechos que estaba investido el *paterfamilias*, ya que éste era el que debía consentir el matrimonio, fuera el padre o el abuelo, no importando la edad del contrayente; en los casos en que era el abuelo el consentimiento del padre también era importante porque a la muerte de

éste la responsabilidad recaía en él cuando los hijos eran varones, ya en las mujeres era diferente, porque como ya hicimos mención al casarse éstas se consideraban como unas hijas más del núcleo familiar de el esposo dejando de pertenecer a las familias que les correspondía por paternidad, por lo cual no se necesitaba el consentimiento del progenitor, sólo bastaba el del abuelo.

- c) Consentimiento de los esposos: las personas que se casaban tenían que dar su consentimiento libremente y no porque los obligarán.
- d) El *Connubium*: “es la aptitud legal para contraer el matrimonio y lo básico era ser ciudadano romano”.⁴

También se pedía que: los cónyuges no tuvieran entre si otros lazos matrimoniales, que no existiera gran diferencia de rango social, para el caso de que fuera viuda, dejara pasar el tiempo determinado por la ley para contraer nuevas nupcias.

El matrimonio se disolvía por las siguientes causas.

- “a) Por muerte de los cónyuges, el marido podía casarse inmediatamente pero en cambio la viuda debía de guardar luto por diez meses.
- b) Por declaración unilateral, hecha por uno de los cónyuges, a esto se le conocía como *repudium*, ya que los romanos consideraban que no

⁴ PETIT, Eugene. Tratado de Derecho Romano. 10ª edición, Porrúa, México, 2003. p. 209.

debía subsistir un matrimonio si alguna de las partes se daba cuenta de que el ***affectio maritalis*** (afecto marital), había desaparecido”.⁵

Al respecto, el emperador Augusto, tenía una política de fomento a las uniones fértiles, por lo cuál no tomaba medidas contra el ***repudium*** creyendo que era mejor que una unión estéril cediera su lugar a una que fuera fértil y por lo tanto diera hijos a la patria, ya que se daba el caso en que las parejas sufrían de esterilidad, impotencia u otro tipo de problemas que hacía que éstas no pudieran procrear, ocasionando muchas veces conflictos entre ellas, por lo cual hizo rodear la notificación del ***repudium*** de ciertas formalidades como de que fuera realizada en presencia de siete testigos, ya que de otra manera después de que existiera una discusión conyugal violenta la esposa no podría saber si se encontraba repudiada o no.

Según Constantino, “para facilitar la prueba de la repudiación, uno de los cónyuges debía de presentar por escrito y verbalmente, la volunta de divorciarse en presencia de siete testigos a través de una acta.

- a) Por divorcio.
- b) Cuando alguno de los cónyuges era tomado como prisionero en los casos de guerra”.⁶

⁵ FLORÍS MARGADANT, Guillermo. Op. cit. p. 211.

⁶ Cit. por VENTURA, Sabino. Derecho Familiar Romano. 3ª edición, Delma, México, 1993. p. 363.

No debemos dar por terminado éste tema sin mencionar la legislación Caducaría, representada por sus principales leyes como la Pappia Poppaea y la Iulia, en las cuales Augusto trataba de intervenir en el problema demográfico de Roma. “Este nacionalista necesitaba de auténticos romanos para la realización de sus proyectos, y le molestaba frecuentemente que sus ciudadanos no quisieran casarse o ya casados no tuvieran hijos. Por lo cual, se puso en vigor una política de premios y castigos fijados en las citadas leyes que fueron muy populares. También prohíben a los célibes y orbis (cónyuges sin hijos) recibir herencias y legados de personas que no pertenecieran a su inmediata familia, creando a estas personas una serie de obstáculos en sus carreras públicas; en cambio con los ciudadanos casados y con hijos recibían varios privilegios”.⁷

La adopción en Roma, fue una forma de resolver los problemas de la infertilidad e impotencia en las parejas ya que en ese tiempo no se contaba con la tecnología tan sofisticada que existe en nuestros días. Esta se hizo necesaria para que el apellido de las personas no desapareciera, se daba principalmente en las familias de alta alcurnia o cuando las parejas no podían procrear varones a los cuales heredera, ya que como hicimos referencia anteriormente, las mujeres pasaban a formar parte de la familia del esposo con el cual contraían nupcias y los hijos quedaban bajo la autoridad del paterfamilias hasta éste moría pasando a ser estos jefes de sus propias familias.

⁷ FLORÍS MARGADANT, Guillermo. Op. cit. p. 213.

B. Antecedentes de la Inseminación In Vitro.

“Los primeros reportes sobre fecundación in Vitro entre mamíferos aparecieron en la literatura científica hace un siglo, pero no fue sino hasta 1944 cuando se realizó con éxito la primera fecundación de un óvulo en el laboratorio. A partir del año de 1970, las revistas especializadas publicaron con detalle la teoría de la fecundación de óvulos humanos in Vitro y de la implantación de embriones en el útero para su gestación”.⁸ La fecundación de óvulos humanos había sido experimentada con éxito desde el año de 1955, obteniéndose un embrión que fue desechado porque los científicos de aquel tiempo desconocían la técnica de la implantación en el útero femenino.

El éxito del procedimiento se debió en forma importante a dos factores: “el perfeccionamiento del citrato de clomiprene, en 1960, utilizado para estimular la ovulación múltiple en la mujer y aprender que el semen “fresco” no es apto para lograr la fecundación in vitro, sino que el espermatozoide experimenta un cambio en su tránsito a través del tracto femenino que afecta su maduración y posibilita la fertilización. Este proceso, es llamado capacitación”.⁹

La mayoría de los experimentos de fecundación in vitro llevados a cabo en seres humanos tuvieron lugar en los Estados Unidos y en Inglaterra, a cargo de los citados doctores Edwards y Steptoe; la moratoria decretada para el uso de fondos federales en ese campo rezagó a Norteamérica en la carrera por lograr el

⁸ HURTADO OLIVER, Xavier. El Derecho a la Vida ¿y a la Muerte? 6ª edición, Porrúa, México, 2005. p. p. 33 y 34.

⁹ Ibidem. p. 34.

nacimiento del primer ser humano por ese medio, los investigadores se trasladaron a Gran Bretaña para proseguir con sus experimentos donde culminaron con el éxito.

La técnica tiene varias etapas importantes: “la estimulación de los ovarios, la recolección de los óvulos maduros por diversos sistemas, entre ellos y posiblemente el más popular, la laparoscopia (visualización del contenido de la cavidad abdominal por medio de un instrumento óptico); la fecundación del óvulo recolectado por un espermatozoide en un recipiente de laboratorio hasta cierta etapa de división celular y por último, la implantación del embrión resultante en el útero para su gestación”.¹⁰ Cada una de estas etapas requiere un trabajo científico altamente especializado.

Es frecuente que para evitar la repetición de la laparoscopia se fecunden varios oocitos a la vez, para ser utilizados cuantas veces sea necesario practicar la implantación del embrión hasta lograr el embarazo. Suele lograrse a los primeros intentos, creándose entonces el problema de los embriones sobrantes, de los que nos ocuparemos posteriormente.

C. Primeros casos de maternidad subrogada.

No existen en la historia antecedentes de la subrogación de maternidad como hoy se practica. “Quienes se ocupan de este tema gustan de señalar como

¹⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. La presunción de la paternidad legítima. Estudio de Derecho Comparado. 3ª edición, Tecnos, Madrid, España, 2004. p. 205.

tales casos de las mujeres de Abraham y Jacob, que imposibilitadas para concebir les dieron a sus esclavas para procrear a través de ellas”.¹¹

A efecto de ejemplificar lo dicho y precisar uno de los casos primarios de inseminación in vitro, citaré lo que al primer caso de la materia se refiere.

El primer caso de un niño gestado por encargo, mediante contrato de una agencia intermediaria, “tuvo lugar en los Estados Unidos, en Louisville, Kentucky, en el año de 1980, cuando una mujer identificada como Elizabeth Kane, de 37 años de edad y madre de tres hijos, recibió diez mil dólares por el servicio”.¹² Las mujeres casadas con descendencia son generalmente preferidas a las que no han tenido experiencia maternal.

“En Knoxville, Tennessee, en 1980, Somata Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado. Fue un regalo de amor, declaró a la prensa la madre subrogada”.¹³

A partir de entonces, cientos de niños ¿o miles?, en los Estados Unidos y otras partes del mundo han nacido mediante contrato de subrogación, a pesar de la oposición de la sociedad al respecto y de los graves problemas legales y morales a que la práctica ha dado lugar.

¹¹ Cit. por HURTADO OLIVER, Xavier. Op. cit. p. p. 55 y 56.

¹² SMITH, George. La inseminación Artificial en el Mundo. 3ª edición, Mc Graw Hill, México, Estados Unidos de Norteamérica, 2005. p. 126.

¹³ The New York time. Diciembre de 2005. p. 12.

Como en los casos anteriores, ante la falta de una legislación específica y adecuada que regule los avances en el campo de la tecnología de la procreación, los tribunales han tenido que resolver en conciencia, o bien, con aplicaciones novedosas de la legislación existente los casos que se les han planteado. He aquí algunos de esos casos:

“En el año de 1981, Mary Roe fue contratada para ser artificialmente inseminada con espermatozoides del esposo de una señora incapacitada para procrear por haberse ligado las trompas. De acuerdo con el contrato celebrado, recibiría cinco mil dólares por la promesa de gestar y dar a luz a un hijo que entregaría al padre biológico a su nacimiento.

Según los planes, antes del nacimiento, el padre biológico daría a conocer su intención de reclamar la paternidad y al ser asentado lo reconocería como suyo. Por su parte, la subrogada y su esposo aceptarían que el contratante era padre de su hijo, renunciarían a su custodia y demás derechos sobre él y consentirían en que la esposa estéril lo adoptara.

La ley que rige el procedimiento de adopción en el estado de Michigan, similar a la de otros Estados de la Unión, establece que, “excepto por concepto de gastos y honorarios aprobados por la corte, nadie ofrecerá, dará o recibirá ni

dinero ni otros bienes de valor en conexión con ninguno de los siguientes casos:

a) Poner un niño en adopción, ... d) Consentir en la adopción, etc.”¹⁴

Como esa ley impedía que el contrato fuera realizado conforme a lo planeado, los esposos contratantes iniciaron un juicio tendiente a que se declarara anticonstitucional la prohibición, por considerar que les impedía indirectamente procrear un hijo, mediante el procedimiento de subrogación de maternidad, lo que juzgaban violatorio en su perjuicio del derecho a la privacidad, declarado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, como implícito en otros derechos constitucionales.

En fallo de primera instancia, la Corte declaró que, “el interés del Estado expresado en la ley es evitar que el mercantilismo o afán de lucro afecte la decisión de una madre para otorgar su consentimiento para que su hijo sea adoptado. Es principio fundamental, agregó, que los niños no pueden ni deben ser materia de compraventa, y prosiguió: consideraciones mercenarias para crear una relación de parentesco y su impacto en la unidad de la familia afecta las bases mismas de la sociedad humana y ofende a la comunidad”.¹⁵ La Corte de Apelaciones a la que recurrió la pareja contratante rechazó la vista del caso y emitió su opinión diciendo: “La ley no prohíbe a los apelantes tener un hijo como lo planearon, sino hacer mal uso de los procedimientos de adopción establecidos por

¹⁴ GUTMACHER, Alán. Inseminación Artificial Humana. 4ª edición, Nueva Era, México, 2005. p. 196.

¹⁵ SILVA RUIZ, Pedro. Programación Humana Asistida. La Maternidad Subrogada, suplente o sustituta. En anuario, Venezuela, Vol. 21. Tomo único Venezuela 2002. p. 68.

la misma. En efecto, el contrato celebrado revela la pretensión de usar la adopción como un medio de cambiar la situación legal del niño, y ese propósito, consideramos que no se encuentra dentro del ámbito de las garantías protegidas por el Derecho Constitucional a la privacidad”.¹⁶

Por su parte, el Procurador General del Estado de Michigan, declaró con motivo del caso planteado ante los tribunales:

“Pocas mujeres se prestarían por gusto a ofrecer el uso de su cuerpo por nueve meses, si lo único que conseguirían fuera del placer de hacer a otros felices con la adopción de su hijo, por lo que, salvo los casos de excepción, el pago es el incentivo para que gesten el hijo que no desean concebir, lo lleven en el vientre por nueve meses, a pesar de que normalmente no lo hubiesen hecho, y lo entreguen a su nacimiento renunciando a todos sus derechos; es obvio que cuando lo hacen es merced a la recompensa recibida”.¹⁷ El contrato celebrado entre las partes resultó nulo a la luz del Derecho Estatal.

Como podemos ver, aún falta mucho por hacer y le corresponderá al Derecho Familiar, por medio de sus máximos exponentes, como en el caso del Doctor Julián Güitrón Fuentesvilla, solucionar la problemática planteada, por medio de ordenamientos vigentes, que se preocupen y procuren por la familia, así como, por las hipótesis que se deriven de la celebración de dichos actos.

¹⁶ Ibidem. p. 69.

¹⁷ Idem.

D. Actualidad de la inseminación In vitro.

Hasta hace poco, para establecer la filiación era imprescindible la unión sexual entre un hombre y una mujer, y si ese ayuntamiento era fecundado, se daba el embarazo de la mujer y con el parto, un nacimiento; así se establecieron reglas lógicas y persuasivas que atribuían la maternidad del hijo o hija nacidos a la mujer que lo paría, que sabía que genéticamente era hijo o hija suyos; y la paternidad del hijo o hija, al marido de la mujer si estaban casados.

Si por el contrario, no estaban unidos en matrimonio, se establecía con el reconocimiento o por sentencia judicial que decretaba la paternidad y maternidad o por la presunción de los hijos nacidos en concubinato.

“Actualmente, la relación sexual ya no es imprescindible para lograr la concepción del ser humano; hoy se puede tener descendencia en forma asexual, el hombre exterioriza su voluntad a este acto substitutivo de la cópula, y a veces aunque no aporta gameto, decide el nacimiento porque desea un hijo o hija y es a quien se le atribuye la paternidad”.¹⁸ Esta es la posición más aceptada tanto doctrinariamente como legislativamente en los países donde se ha regulado la procreación con asistencia médica, protegiendo la decisión de voluntad de quien quiere ser padre con todas las obligaciones y facultades que implica la filiación opuesta a un simple reduccionismo biológico.

¹⁸ FLORES TREJO, Fernando. Bioderecho. 3ª edición, Porrúa, México, 2005. p. 215.

Recientemente, se encuentran otras conductas sobre las cuales, no hay acuerdo en relación a su licitud o ilicitud, como la clonación o producción de individuos idénticos a partir de un solo individuo humano; la gestación de un ser humano fuera del útero de la mujer, es decir, en laboratorio; la gestación de híbridos ya sea por fecundación de un ser humano a partir de gametos de otras especies, o viceversa; el tráfico de gametos o embriones y la fecundación de embriones con fines distintos a la procreación. Ejemplo de dichas conductas son las noticias sobre los resultados obtenidos en la clonación de híbrido entre borrego y humano.

Dentro de las formas asexuales de procrear hijos, están la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la subrogación de la maternidad.

La inseminación artificial, consiste “en colocar el semen fresco o congelado en el útero de la mujer, sin contacto sexual y puede ser homóloga o heteróloga. Recibe el nombre de artificial porque esta conexión entre óvulo y espermatozoide no se hace en forma natural, pero la posterior fecundación y gestación continúan su proceso bajo las leyes de la naturaleza”.¹⁹

Es homóloga, porque se toma el esperma del propio marido para hacerlo llegar al óvulo de la esposa, introduciendo el semen en el útero materno. Es heteróloga cuando se practica con semen de un donador.

¹⁹ LÓPEZ FAUGIER, Irene. La Prueba Científica de la Filiación. 2ª edición, Porrúa, México, 2005. p. 299.

La fecundación in vitro, “tiene un procedimiento distinto, ya que ocurre en probeta. Al igual que la inseminación puede ser homóloga y heteróloga, según se trate del óvulo de la cónyuge o de una mujer extraña, de semen del marido o de un donante. La fertilización in vitro y cultivo de embriones son técnicas que permiten crear una trompa de Falopio artificial en la cual, puede ocurrir la fertilización y continuar la segmentación hasta el momento en que el embrión es transferido al útero”.²⁰

Es decir, en la fecundación in vitro, se supe a la trompa en sus funciones de recoger el óvulo, servir de receptáculo a la fecundación y transportar el huevo a la cavidad uterina.

Finalmente, la subrogación de la maternidad consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer a las personas que los han encargado. Puede revestir formas diversas de la maternidad-paternidad-filiación y pueden intervenir hasta tres madres y dos padres: por un lado, los padres legales o educadores, no genéticos, que se responsabilizan del cuidado del niño después de nacer; por otro, los padres genéticos: los proveedores del óvulo y esperma; finalmente, la madre portadora o alquilada, que se limita a llevar el embarazo. La mujer inseminada es una madre sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer estéril.

²⁰ GÜITRÓN FUENTE VILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? 2ª edición, Vol. II. Promociones Jurídicas y Culturales, México, 2000. p. 227.

1. Concepto.

Una definición sería: “La fecundación o inseminación *in vitro* consiste en la unión del espermatozoide y del óvulo en un laboratorio, creando un cigoto que tras la división celular adquiere el estatus embrionario siendo transferido al útero de la que va a ser su madre antes del Décimo Cuarto día a contar desde la fecundación y descontando el tiempo que pudo estar crioconservado”.²¹

La terminología fecundación artificial normalmente es usada para una referencia al medio de reproducción que sustituye al sexual.

La fecundación *in vitro*, comenzó a utilizarse para resolver la falta u obstrucción de las trompas de falopio.

El método consiste en fecundar una gran cantidad de óvulos para obtener embriones, de los cuales se desecharán los que no se consideren idóneos. Posteriormente, para ampliar el porcentaje de éxito del procedimiento, se implantarán en la mujer un buen número de embriones, a sabiendas de que la mayoría morirán en el procedimiento de gestación.

Esta técnica no debe de aceptarse, es preciso considerar que los embriones son humanos recién concebidos, que deben ser protegidos por el

²¹ Cfr. CARCABA FERNÁNDEZ, Marta. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. 2ª edición, Bosch, Madrid, España, 2005. p. 137.

ordenamiento jurídico y que tiene verdaderos derechos y obligaciones como lo establece el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, y como se desprende del procedimiento, un nacimiento implica un sinnúmero de muertes de personas jurídicas. Es inadmisibles considerar que el fin justifica los medios.

La fecundación *in vitro* admite las siguientes formas de practicarla:

- “1) Con óvulos de la mujer que va a gestar y con semen de su marido o compañero;
- 2) con óvulos de la mujer que va a gestar y, por imposibilidad de su marido o compañero, con semen de un donante;
- 3) con óvulos de la mujer que va a gestar y, por conveniencia de ella con semen de un donante;
- 4) con un óvulo donado que se fecunde y se introduzca en el útero de la mujer que gestará y será la madre;
- 5) maternidad subrogada (“madre por alquiler”, que se explicará más adelante);
- 6) que se done el embrión fecundado y se introduzca en el útero de quien será la madre”.²²

²² DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar y sus Reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal. 3ª edición, Porrúa, México. p. 384.

De lo anterior se desprende que de este método existen infinidad de posibilidades con implicaciones jurídicas trascendentales que el ordenamiento jurídico debe reconocer.

En primer lugar, los solicitantes deben celebrar un contrato de prestación de servicios, con el médico o la institución donde se realice el proceso, en el que la obligación del prestatario es de medio y no de resultado, y quede claro que el médico o institución nunca podrán disponer de los embriones o de las células para un fin distinto que el propuesto. Es urgente que el ordenamiento legal establezca límites a los métodos de fecundación *in vitro* y establezca obligaciones irrenunciables a cargo de las instituciones médicas.

En segundo lugar, debe resolverse el estatus legal de los embriones congelados, por ejemplo, qué pasaría si los padres fallecen:

- ¿Los embriones heredarían?
- ¿Los embriones entran en la masa hereditaria?
- ¿Qué destino debe darse a los embriones?
- ¿Quién decide sobre el destino de los mismos?
- ¿Tendrían representantes en ejercicio de la patria potestad?

Para nosotros no hay lugar a dudas de que los embriones son personas humanas y jurídicas con vida a las que se les aplica el artículo 22 del Código Civil

para el Distrito Federal puesto que a partir de la concepción, el *nasciturus* es persona que para todos los efectos reconocidos en el Código Civil en cita, comenzando por el reconocimiento de su personalidad jurídica plena.

Asimismo, consideramos que, al tratarse de personas y no de simples bienes, el destino natural es buscar su nacimiento, el problema es cómo y quien decide a qué mujer deben implantarse, consideramos que la decisión estará a cargo de quienes ejerzan la patria potestad (misma que debe entenderse como real y efectiva sobre los *nasciturus* en cuestión).

2. Transferencia intrafalopiana de gametos.

“A mediados de 1980, mientras se buscaba el método más sencillo para realizar la fecundación *in vitro* y transferencia del embrión (FIVTE), que no requiera la habilidad de un embriólogo, el doctor Ricardo Asch, desarrolló un nuevo método de fecundación asistida denominado transferencia intrafalopía o intratubaria de lamentos mejor conocido por sus siglas en inglés GIFT. En lugar de efectuar la fecundación e una caja de Petri, introdujo los lamentos directamente en la tuba uterina donde espero que por sí solos se hicieran cargo de la fecundación, que no sólo se produjo, sino que el embrión también anidó. Más tarde comprobó que los porcentajes de anidación eran superiores a los de la fecundación *in vitro* y transferencia del embrión (FIVTE)”.²³

²³ QUINTERO MONASTERIOS, Miguel. Inseminación Artificial. Humana, su valor en el tratamiento de la infertilidad. 2ª edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas Venezuela, 2006. p. 282.

La transferencia intratubaria de gametos es, pues, “un procedimiento quirúrgico mediante el cual se colocan el óvulo y el espermatozoide en la tuba uterina, para que la fecundación y la anidación del embrión se lleven a cabo de manera natural, es decir in vivo”.²⁴

Este procedimiento imita los procesos fisiológicos de la reproducción y asegura la fecundación puesto que maximiza el número y calidad de los gametos en la tuba, G. L. Capitanio dice que: “es correcto utilizar todo el conocimiento científico lo estrictamente esencial para salvar problemas específicos con el mayor respeto posible a una estructura de naturalidad”.²⁵ La TIG conjuga, pues, una manera adecuada de resolver problemas de infertilidad, pero con respecto a los momentos biológicos que caracterizan a los fenómenos de la reproducción.

La técnica de la Transferencia Intrafalopiana de Gametos (TIG) es muy similar a la de la FIVTE: la recolección y preparación de los gametos se realiza de la misma manera y los gametos se transfieren a la tuba mediante cirugía laparoscópica o con ayuda de ultrasonido, con la diferencia de que la fecundación sucede naturalmente. Para ello, no obstante, es necesario que la mujer tenga cuando menos una tuba en buen estado.

“El primer embarazo y parto normales obtenidos a través de este procedimiento fue en 1984. El porcentaje de éxito que se ha registrado es hasta

²⁴ Ibidem. p. 283.

²⁵ CAPITANIO, Gerardo. La Transferencia de Gametos. 2ª edición, Burdeos, Argentina, 2002. p. 185.

tres veces superior al de la FIVTE”.²⁶ Los científicos atribuyen esto a la manera como el embrión entra la útero. En la FIVTE, el embrión se inyecta violentamente en el útero, el cual también ha sido tratado severamente por las hormonas que la mujer ha recibido para estimular la producción de óvulos y para facilitar su recolección. El ontraste, en la TIG, el embrión entra al útero tranquilamente, de la manera como lo haría en el proceso natural.

3. Procedimiento de la FIVTE.

La fecundación *in vitro*, es el procedimiento terapéutico mediante el cual el óvulo y el espermatozoide se fecundan externamente en una caja de Petri, bajo condiciones de laboratorio para la posterior transferencia del embrión resultante al útero de la mujer.

“La fecundación *in vitro* y transferencia de embrión se realiza por ciclos que consisten de cuatro pasos coordinados por un equipo de especialistas, conformado por un cirujano, un ginecólogo, un endocrinólogo especializado en reproducción y un embriólogo además de enfermeras y técnicos en esta área”.²⁷

“El primer paso es la estimulación del ovario para la obtención de óvulos maduros. Originalmente la FIVTE se realizó por óvulos obtenidos en ciclos espontáneos, pero más tarde se descubrió que el ovario podía se estimulado a

²⁶ Ibidem. p. 187.

²⁷ Medical Healt Anual. Sin edición, Enciclopedia Británica, Chicago, 2003. p. 455.

base de hormonas para producir una súper ovulación. Frente a la producción de un solo óvulo en un ciclo normal, el promedio de óvulos maduros que se obtiene por pacientes a través de la estimulación artificial del ovario es de 5.8 y puede llegarse a obtener hasta 17".²⁸

En esta etapa se analizan y evalúan los óvulos para cerciorarse de que están maduros, lo cual se determina en función de los niveles hormonales en la sangre y en el tamaño de los folículos observados a través de un laparoscopio o bien por ultrasonido.

La segunda etapa del proceso, es la recuperación de los óvulos. La recuperación de los óvulos se prepara mediante la inyección de hormona luteinizante que estimula el rompimiento del folículo. Los médicos deben tener cuidado de practicarla antes de tiempo para no recoger óvulos inmaduros. De acuerdo con algunos investigadores, las posibilidades de embarazo aumentan si los óvulos son recolectados dentro de las 3 o 4 horas siguientes a que han madurado totalmente.

Hay diversas técnicas para la recolección de los óvulos pero las dos más comunes son las que emplean el laparoscopio o el ultrasonido como guías. En el primer caso, se practica una delicada operación bajo anestesia general. "Los cirujanos introducen en el abdomen un laparoscopio que tiene un diámetro aproximado de 8 milímetros para observar el folículo y guiar una larga aguja hueca

²⁸ Ibidem. p. 486.

que se introduce a través de una segunda incisión, o bien a través de la vagina, para succionar los óvulos y el líquido que los rodea. En el segundo caso, se utiliza ultrasonido para guiar la aguja hacia los folículos. Este último procedimiento, puede practicarse bajo anestesia local y es menos costoso pero también menos confiable”.²⁹

“Un embriólogo examina el líquido extraído bajo el microscopio para cerciorarse de que contiene los óvulos maduros. Estos son lavados con mucho cuidado y depositados en cajas de Petri que contienen un medio de cultivo a base de nutrientes y se depositan en una incubadora a la temperatura corporal por un período de 8 horas. Si los óvulos recolectados están inmaduros pero son fecundables, el tiempo de incubación deberá extenderse hasta 36 horas, por el contrario, si están postmaduros la fecundación debe practicarse tan pronto se haya recolectado. En caso de que los óvulos hayan empezado a degenerarse habrá que desecharlos.

Es muy importante controlar la temperatura, humedad, niveles de bióxido de carbono, calidad del aire, acidez (pH) del ambiente, así como la del medio del cultivo, entre otros factores, puesto que los óvulos son extremadamente sensibles y pueden perder su vialidad. También deben considerarse los parámetros fisiológicos y bioquímicos del medio de cultivo para optimizar las probabilidades de

²⁹ QUINTERO MONASTERIOS, Miguel. Op. cit. p. 285.

fecundación. Estos factores también afectan al embrión, de manera que debe tenerse un control muy estricto”.³⁰

Los espermatozoides previamente recolectados de igual manera que para la inseminación artificial, también se prepararán en una solución especial. La preparación de estos es muy delicada puesto que se requiere de ellos una ausencia de líquido seminal. Es muy importante hacer un análisis de los espermatozoides para evaluar la morfología, concentración, motilidad, viscosidad, así como la presencia de bacterias entre otras características, ya que no hay barreras naturales que detengan a los espermatozoides, de una mala calidad. Cuando el semen es de mala calidad, se ciernen los espermatozoides para seleccionar los mejores.

“El tercer paso, es la fecundación. El semen preparado se agrega a las cajas de Petri que contiene los óvulos. La fecundación, se lleva a cabo dentro de las 24 horas siguientes. El porcentaje de fecundación de los óvulos recolectados por los dos métodos anteriores es de 80%. Si la fecundación no se logra y el semen es de buena calidad, es conveniente obtener una segunda muestra, pero si el semen es de mala calidad, por lo que es preferible intentar una reinseminación con la misma muestra de semen. El embrión que empieza a dividirse, se incuba

³⁰ VILLACORO BARRACHINA, María Dolores. Introducción a lo Biojurídico. 3ª edición, Universidad Complutense de Madrid España, España, 2005. p. 268.

por un período de 48 a 72 horas para conservar su desarrollo previo a su implantación”.³¹

El último paso del proceso, es la transferencia del embrión al útero de la madre. Esta es una de las etapas menos estudiadas en la fisiología reproductiva, sin embargo, no debe descuidarse puesto que no todos los embriones obtenidos son normales ni el útero de todas las mujeres es igualmente receptivo de manera que debe evaluarse por separado la viabilidad del embrión y la receptividad del útero de la mujer en cuestión.

“La transferencia del embrión, se realiza con catéteres que se adaptan a una jeringa que contiene el medio del cultivo con el embrión. El catéter se introduce por la vagina, a través del cérvix, hasta el útero y el embrión se inyecta en él. Es muy importante la habilidad de la persona que realiza la transferencia del embrión puesto que debe practicarse con el mínimo de trauma tanto para el recipiente, como para el embrión para que aumente las posibilidades de anidación, ya que el útero no acepta fácilmente cuerpos extraños, cuando los hay, se contrae y trata de expulsarlos.

La anidación, es uno de los obstáculos más difíciles de vencer en este procedimiento. Aún en parejas fértiles se estima que un tercio de todos los embarazos se pierden antes de que se sepa que han ocurrido justamente porque

³¹ Ibidem. p. 272.

el embrión no anida. En las clínicas exitosas de FIVTE, el porcentaje de éxito no es superior al 20 ó 25%”.³²

Sino se logra el embarazo en el primer ciclo, pueden intentarse ciclos adicionales, que son más sencillos y menos costosos que el primero ya que los embriones no utilizados en el primer intento pueden congelarse y conservarse en nitrógeno líquido, sin que se requiera de una nueva recolección. Aproximadamente, de 30 a 50% de los embriones no sobreviven el descongelamiento, pero los que sobreviven tiene mejores oportunidades de anidar pues la mujer ya no es tratada con hormonas y ha tenido tiempo para recuperarse del trauma de la operación mediante el cual se recolectan los óvulos. No obstante, las probabilidades de un embarazo decrecen rápidamente después del cuarto ciclo.

Por otro lado, se ha visto que la transferencia de más de un embrión aumenta el porcentaje de embarazos. “Las probabilidades aumentan cuando se transfieren 2, 3 y hasta 4 embriones a la vez (hasta 38% de posibilidades de éxito con 4 embriones), pero el porcentaje de embarazos no se modifica con más de 4, sin embargo, también aumentan las posibilidades de embarazos múltiples y consecuentemente, los riesgos normales que estos presentan”.³³

³² CALLE GONZÁLEZ, HABA, María Dolores. La Prestación del Consentimiento en las Técnicas de Reproducción Asistida. 2ª edición, Bosch, Madrid, España, 2005. p. 312.

³³ Ibidem. p. 313.

A pesar de que la fecundación por este método tiene un 80% de posibilidades de éxito, el embrión sólo tiene 25% de probabilidad de anidar y desarrollarse en el útero de la madre y aún cuando llegue a anidar, siempre existe la posibilidad de aborto espontáneo, que en los casos de FIVTE, es ligeramente superior al de los embarazos normales.

4. Reproducción homóloga y heteróloga.

La inseminación artificial se practica bajo dos modalidades básicas: la homóloga y la heteróloga.

En términos generales, la inseminación artificial homóloga, también conocida como endógena, es la que se practica con el semen del marido o, en su caso del concubinario. “La IAH, es un auténtico tratamiento para parejas infértiles; no así la inseminación artificial heteróloga, en la que puede no existir una relación de pareja y como tal, cumple con un requisito fundamental de la terapéutica: el de beneficiar lo más que se pueda con los recursos disponibles, aunque no es muy aceptada en los casos en que no existe el vínculo matrimonial o el concubinato, ya que trae consigo consideraciones morales y religiosas”.³⁴

En general, las indicaciones para la IAH son cualquier causa de infertilidad que impida la inseminación normal o la migración espermática. Es fundamental,

³⁴ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. La maternidad Subrogada o de Encargo en el Derecho Español. 3ª edición, Dy Kinson, España, 2003. p. 219.

hacer una juiciosa evaluación de la pareja antes de practicar la inseminación artificial. Deben tenerse presentes, sobre todo, las contraindicaciones médicas (como infecciones del tracto genital femenino que pueden derivar en complicaciones más o menos graves si se practica la inseminación artificial; el estado de la madre que no haga aconsejable un embarazo, entre otras), las eugenésicas (cuando hay peligro de transmisión de enfermedades hereditarias, por ejemplo) y también las contraindicaciones sociales como el alcoholismo, la drogadicción o la falta de responsabilidad paterna.

“Desde el punto de vista seminal, las indicaciones para la IAH son la oligospermia, astenospermia, teratospermia o dispermia. Cuando la mujer presenta reacciones alérgicas al semen del marido, la inseminación artificial puede ser exitosa si se utilizan únicamente los espermatozoides.

Los factores femeninos que sirven de base para recomendar la IAH son básicamente las esterilidades que se producen a nivel vaginal o cervical, ya que la inseminación puede hacerse directamente en el útero”.³⁵

Por último, respecto del hombre, es aconsejable practicar la IAH desde el punto de vista médico, cuando existen anomalías en el aparato de conducción de los espermatozoides (malformaciones anatómicas, obstrucción de las vías genitales en cualquiera de sus puntos, eyaculación retrógrada, etcétera), pero es

³⁵ Ibidem. p. 220.

posible obtener éstos por algún medio como la punción testicular directamente de la vejiga, en el caso de eyaculación retrógrada, por ejemplo.

Cuando la causa de la infertilidad, es la impotencia y ésta tiene un origen psicológico, siempre debe tratarse a través de psicoterapias antes de recurrir a la inseminación artificial. Sin embargo, si la impotencia es incurable, la IAH puede intentarse si hay producción de gametos y es posible su obtención.

Es difícil evaluar la efectividad de la IAH ya que no hay concierto entre los distintos investigadores y médicos, así como tampoco un control preciso, tanto de los individuos que se han sometido a ella como de las técnicas empleadas, que permita elaborar estadísticas confiables. En la literatura se presenta desde altamente exitosa hasta relativamente no exitosa.

En la inseminación artificial heteróloga, también conocida por inseminación artificial por donante o exogámica, se utiliza semen proveniente de un tercero (donante) ajeno al matrimonio, o en su caso, al concubinato. La relación de pareja puede incluso no existir puesto que puede practicarse y de hecho se practica, en mujeres solteras y aún en lesbianas, aunque esto sea reprobable, ya que afecta a la institución jurídica del matrimonio y más aún a los niños nacidos en estas circunstancias, por lo que no estoy de acuerdo en que se permita el acceso a la fecundación asistida a dichas personas.

La IAD, ha sido fuertemente criticada y rechazada por cuestiones morales o religiosas, pero, como tratamiento para parejas infértiles, “no cabe duda de que es cada vez más aceptada en el mundo por médicos y pacientes. Sin embargo, no deja de tener fuertes implicaciones éticas en virtud de que no es un método reservado para parejas que llevan una relación estable. Por ello, considero que solamente las personas unidas en matrimonio y en concubinato (que tengan cinco años de relación) deberán tener acceso a este tipo de inseminación.

La IAD constituye una alternativa para la procreación cuando es imposible realizar la IAH porque haya una esterilidad o impotencia absoluta del marido, cuando a pesar de haberse intentado la IAH, ésta no ha dado resultado o bien, como ya se apuntó, cuando no existe matrimonio o concubinato.

En el hombre, la más clara indicación es la azoospermia y la aspermia. También se practica en gran medida por razones eugenésicas ya que, si bien no se elimina el riesgo de transmitir alguna anomalía genética, si se reduce considerablemente, pues siempre se hace una amplia evaluación del donante y de su semen antes de que sea utilizado. No obstante, las indicaciones más claras para la IAD y probablemente las únicas indicaciones femeninas, son inmunológicas y entre éstas, la más común es la incompatibilidad entre el factor Rh de la mujer y del marido.

Anteriormente, la vasectomía era una causa cada vez más común de que ciertas parejas recurrieran a la IAD. “De acuerdo con un estudio realizado durante

la década pasada en Estados Unidos de América fueron practicadas en hombre que se habían hecho la vasectomía y posteriormente contraído un nuevo matrimonio. Sin embargo, debido a avances médicos éste porcentaje casi ha desaparecido, ya que en la actualidad los efectos de la vasectomía se pueden revertir con éxito”.³⁶

La selección del donante que, por lo general corresponde al médico que practica la inseminación, es un factor de suma importancia. El donante, debe estar en buen estado de salud tanto físico como mental. Debe formularse una historia clínica completa y detallada tanto personal como familiar (parientes en línea recta) de cada donante a través de cuidadosos interrogatorios y análisis clínicos. Es preciso que no haya malformaciones orgánicas congénitas (v.gr. labio leporino) ni enfermedades o anomalías transmisibles genéticamente (como la hemofilia, el albinismo o la distrofia muscular). La evaluación de padecimientos en ascendientes y descendientes es importante porque muchas enfermedades no se transmiten a la siguiente generación; pueden brincar una o más generaciones. El donante debe tener el mismo factor Rh que la esposa. Debe tener fertilidad probada y semen de excelente calidad.

También, es necesario hacer una cuidadosa evaluación de la pareja. Ambos cónyuges deben ser emocionalmente maduros y tener un matrimonio o concubinato estable, pues los intereses del hijo que se quiere concebir deben

³⁶ NOBLE, Elizabeth. La vida sexual del hombre. 2ª edición, Enciclopedia Humana, España, 2002. p. 214.

tener un papel preponderante. Una contraindicación para la IAD, es justamente la inestabilidad de cualquiera de los cónyuges o del matrimonio mismo. No debe haber reservas mentales, morales, religiosas o legales ni presión alguna por parte de cualquiera de ellos o de sus parientes, amigos, etcétera. La evaluación de la pareja cobra mayor importancia que en la IAH puesto que se involucra a un tercero extraño.

Asimismo, deben considerarse las contraindicaciones médicas, eugenésicas (sobre todo en la mujer, ya que se hace un análisis selectivo del donante) y sociales apuntadas anteriormente para la IAH, como miras a proteger los intereses del futuro hijo.

Algunos autores consideran la responsabilidad del médico en el estudio, selección y aceptabilidad tanto de la pareja como del donante, como el factor primordial en la IAD. Comparto esta idea ya que el médico debe ser el responsable de que se lleve a buen término la fecundación asistida.

5. Padres gestantes y padres biológicos.

De manera general, podemos decir, que gestante, es el que gesta y en el ámbito médico, gesta significa, embarazo, es decir dicho de una hembra como lo establece el Diccionario de la Lengua Española “es llevar consigo y sustentar el embrión o feto hasta el momento del parto”.³⁷

³⁷ Diccionario de la Lengua Española. T. II. 2ª edición, Milenio, México, 2005. p. 362.

En la hipótesis concepción referida, sólo la madre o más bien la mujer puede ser gestante, el hombre por su condición de género no puede ser catalogado con tal descripción. De lo expuesto, se deduce que encuadra de manera perfecta la mujer, es decir mujeres fértiles que ceden sus óvulos a otros infértiles.

Algunas lo hacen por dinero, otras por ayudar a alguien de la familia o a una amiga a tener un hijo, algunas otras lo hacen por el simple hecho de participar en un proceso de avances tecnológico.

“En el año de 1992, 137 clínicas de Estados Unidos que pertenecieron a la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva (ASRM), practicaron la donación de óvulos. Ese mismo año hubo 1800 donaciones de las cuáles resultaron 532 nacimientos de bebés saludables. Esto ocurre porque la fertilización *in vitro*, es muy analizada y los fetos defectuosos son descartados, algunos de los científicos opinan al respecto, que el porcentaje de nacimiento es más bajo con este método que los niños que nacen a través de embarazos convencionales. Con esto parece que la cantidad de nacimientos es pequeña, pero tenemos que tomar en cuenta que la práctica de la donación de óvulos empezó en 1984 que fue cuando nació el primer bebé concebido con un óvulo donado”.³⁸

³⁸ JAME LEISLE, Mc Cary. Sexualidad y Reproducción Humana Asistida. 3ª edición, Mañana Moderna, México, 2002. p. 285.

Los requerimientos básicos para ser una donante son simples; sus dos ovarios deben de estar funcionando perfectamente y ella (donante) tiene que estar dispuesta a tomar medicamentos que favorezcan la fertilización. Esto último, se hace con la intención de que los ovarios que en un ciclo normal producen un solo óvulo produzcan más. De acuerdo con la ASRM, las donantes “deben de tener entre 18 y 34 años y tener como requisito indispensable el haber estado embarazadas por lo menos solo una vez.

Casi todas las posibilidades donantes son sometidas a un “test” genético, para investigar cualquier enfermedad hereditaria por lo cual se les pide que llene un cuestionario sobre la salud de sus padres y hermanos; aquellos que son adoptados con frecuencia son rechazados, porque se desconoce la historia clínica de su familia. “En algunos programas las lesbianas tampoco son aceptadas como donantes al igual que las que hayan usado drogas por vía intravenosa o que hayan tenido una enfermedad de transmisión sexual; esto para evitar riesgos de infección del HIV (SIDA) a la recipiente o feto”.³⁹

En otras palabras, los padres gestantes son los que con consentimiento de estos, la mujer lleva en su vientre la gestación de un embrión con semen u óvulo de otro u otros.

Padres biológicos, son los que donan el semen; es decir, también pueden enclavarse aquí los matrimonios en donde uno de los cónyuges es fértil y dona su

³⁹ Ibidem. p. 286.

semen o presta su óvulo a otro ya sea como receptor o como procreador a otra persona, para convertirse en padre biológico o ambos, tener tal carácter.

Este tipo se ha practicado por muchos años en países desarrollados y en varias formas como son intravaginal, intracervical y intrauterina". Es llevada a cabo cuando el marido produce espermatozoides aptos para la fecundación, pero no se encuentra habilitado como ya lo habíamos explicado, cópula normal y fecundante. Si ambos cónyuges consienten la fecundación, este hecho no encuentra ningún obstáculo en nuestra legislación jurídica y el hijo quedará emplazado en la filiación legítima, pero tenemos que tomar en cuenta que, si no existe el consentimiento de ambos, estaríamos hablando de adulterio en el caso del matrimonio, por que la cónyuge estaría procreando con un elemento extraño a este como lo es el espermatozoides de un donante. Si no existen obstáculos religiosos ni peligro para la vida nos inclinamos a considerar que no es razonable la oposición de los cónyuges a la aspiración altruista de la especie que es la procreación.

En otras palabras, los padres biológicos son cuando ambos de manera natural procrean un hijo, ambos son los causantes por medio de la relación sexual de que nazca un hijo.

CAPÍTULO SEGUNDO

DEL CONTRATO CIVIL EN GENERAL

A. Concepto.

El contrato, es el medio más seguro, serio, usual, ágil y efectivo para lograr la satisfacción de la mayor parte de las necesidades domésticas y cotidianas. Así como las ideologías, las posturas y las instituciones nacionales cambian y se amoldan a las actuales necesidades del pueblo, los contratos también lo hacen no porque los juristas y maestros les proporcionasen impulso de cambio, sino porque la vida y las circunstancias así lo requieren y porque, podría válidamente decirse que es el cambio de la actividad contractual cotidiano uno de los estímulos para el desarrollo de las ideas. Así, no se sabe que es primero o cual es la causa y cual el efecto, si las circunstancias que repercuten en la actividad contractual, o la actividad contractual que repercute sobre las circunstancias que originan el cambio y el progreso de los pueblos. Se nace con la ayuda de profesionales que prestan sus servicios como una consecuencia de actividad contractual, se vive aprovechándose cotidianamente del contrato y se muere con frecuencia con un contrato al lado.

La figura del contrato permite satisfacer toda clase de necesidades tanto meramente materiales, como espirituales y culturales. Es un medio para lograr la movilidad social tanto vertical como horizontal y la doctrina contractual permite una mejor comprensión de los problemas políticos y económicos.

Los contratos civiles no sólo no están en decadencia, sino que por contrario, su doctrina y su utilización se fortalecen día a día y acordes con las nuevas necesidades sociales, se ponen al servicio de la población moldeándose y ajustándose según lo requieren las circunstancias actuales.

Adentrándonos en el punto a tratar acepción contrato “proviene del latín **contractus**, derivado a su vez del verbo **contrahere**, reunir, lograr, concertar”.¹ De ahí, que se considere como un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación transmisión de derechos y obligaciones), debido al reconocimiento de una noble naturaleza, pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada.

Gramaticalmente puede definirse como acuerdos o convenios entre partes o personas que se obligan a materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, establece en su artículo 1793 que “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

Existen diversas definiciones de contrato, entre las cuales, por mencionar algunas, daremos las siguientes:

¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. T. IV. 10ª edición, Dris Kill, Argentina, 2000. p. 186.

Emmanuel Levy, lo definía como el “procedimiento de la confianza, llegando a ser el procedimiento de los cambios”.²

Algunos autores como los maestros Ricardo Treviño García, Leopoldo Aguilar Carbajal, Rafael Rojina Villegas, Manuel Bejarano Sánchez, Ramón Sánchez Medal, entre otros, hacen referencia al artículo 1793 del Código Civil vigente para el Distrito Federal para dar una definición de contrato, manifestando así estos autores, en forma global, “que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos, de donde resulta que el contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones. Desprendiéndose en esa forma que el contrato, es una especie dentro del género de los convenios. Los mimos que de todo convenio se deriva el contrato que es un acto jurídico bilateral, una manifestación exterior de voluntad, tendiente a la producción de efectos de derechos sancionados por la ley. Es una doble manifestación de voluntad la de los contratantes que se ponen de acuerdo”.³

De esta manera se deduce que los contratos son una fuente de la cual, se derivan las obligaciones, y de lo anterior podemos concluir que el contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones, como lo señala la propia ley, en el artículo 1792 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y que se refiere propiamente al convenio *latu*

² LEVY, Emmanuel. Contrato. En revista Trimestral de Derecho Civil. No. 2. Francia-México, 1998. p. 273.

³ Cit. por BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. 2ª edición, Harla, México, 2003. p. 29.

sensu, en cambio el artículo 1793 del mismo ordenamiento legal encuadra al contrato, que es una especie del anterior, ya que sólo tiene dos efectos, crear y transmitir, pero no solamente obligaciones como el convenio en sentido lato, sino también derechos, además, el contrato se distingue del convenio **strictu sensu**, pues este último tiene como efectos, el modificar o extinguir las obligaciones y derechos, normalmente adquiridos mediante un contrato.

B. Características.

Como ya se apreció en el punto anterior, respecto al concepto de contrato, el cual se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas, vemos que siempre existirán dos partes que intervienen en la celebración del mismo, de ahí, que no siempre se tratara la celebración del contrato con cualquier persona, desprendiéndose que pueden existir contratos **Intuitu Personae** y Generales.

Los Contratos **Intuitu Personae** son aquellos de los cuales se toma en cuenta la calidad de una de las partes contratantes para que se pueda dar su celebración. Normalmente, esta calidad puede ser la del deudor.

En cambio, en los contratos generales, su esencia radica en que admiten la posibilidad legal de ser realizados no sólo por el deudor, sino por cualquier otra persona, supliendo la actividad que aquél estaba obligado a desarrollar al efecto, es decir, no necesita una habilidad especial, ni cualidades sobresalientes, siempre y cuando se lleve sin perjuicio del acreedor.

Por lo que la diferencia entre el Contrato *Intuito Personae* y el Contrato General, es que en el primero principalmente, se considera la calidad de una de las partes contratantes y de eso dependerá la duración del mismo (por ejemplo, se deje de tener las cualidades por las cuales se contrató con una persona que se vuelve incapaz o fallezca, dando lugar a que se dé por terminado el contrato), y el segundo contrato subsistirá independientemente de la calidad de la persona.

Con relación a lo citado, los contratos en general, se distinguen por tener normas taxativas, individuales, normas supletorias o también conocidas como permisivas.

Normas taxativas: También conocidas como leyes preceptivas, imperativas y prohibitivas, son las que determinan obligatoriamente el contenido y alcance del contrato ya sea a través de leyes reglamentarias o reglamentos administrativos; a este respecto, el artículo 8° del Código Civil referido, señala que “los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulas, excepto en los casos que la ley ordene lo contrario.”

Normas individuales: Son las que son creadas por los particulares en los contratos, tienen plena validez siempre y cuando no vayan en contra de las disposiciones de orden público o de las buenas costumbres. Estas normas tienen su base en los artículos 1796 y 1858 del Código Civil para el Distrito Federal donde el primero indica que los contratos se perfeccionan por el mero

consentimiento, excepto aquellos que deben de revestir una forma establecida por la ley; desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo estrictamente pactado sino también, a las consecuencias que según su naturaleza son realizadas de acuerdo a la buena fe, al uso o a la ley. El artículo 1858 asimismo, señala que los contratos que no están específicamente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y en los que fueran omisos, por las designaciones de éste con el que tenga mayor analogía de las reglamentadas en dicho ordenamiento.

Normas supletorias o permisivas: Son las que cumplimentan la voluntad de las partes. El Código Civil para el Distrito Federal determina en su artículo 6° que “la voluntad de las partes no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla, sólo pueden renunciarse a los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique los derechos de tercero.” Asimismo, el artículo 7° del mismo ordenamiento jurídico indica que “la renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia”; artículo 1839, “los contratantes pueden poner cláusulas que crean convenientes, pero las que se refieren a los requisitos esenciales del contrato o sean de observancia de su naturaleza ordinaria se tendrán por puestas, aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.”

Como podemos apreciar, la ley es muy clara en cuanto a los contratos para evitar que se realicen posibles abusos en contra de los contratantes, por lo cual, pone los límites en los que se deben de basar para elaborar los contratos, a continuación, veremos cuáles son esos elementos a los que hace referencia nuestro ordenamiento jurídico.

C. Elementos esenciales.

Definido el contrato como el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, como acto jurídico que es, tiene una serie de elementos de existencia o estructurales y precisa, además de ciertos requisitos para que una vez nacido, esté en aptitud de surtir la plenitud de sus efectos jurídicos.

Del concepto de contrato expuesto, se desprende que para que exista y nazca un contrato, se precisa de éstos:

1. El acuerdo de voluntades o consentimiento.
2. El objeto.

Y aunque no se incluye en el concepto de la ley, se tiene:

Excepcionalmente la solemnidad.

A más de estos elementos y como ya expusimos anteriormente, hay determinados requisitos que la ley exige para que una vez nacido el contrato, tenga validez jurídica y ellos son los que regula el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1795; norma que interpretada a **contrario sensu**, exige:

1. La capacidad de las partes que interviene en el acto.
2. Voluntad de esas personas, libre o exenta de vicios.
3. Licitud en el objeto, motivo o fin del acto que se celebra.
4. Observancia por las partes de la forma que exija la ley para externar la voluntad.

Y digo a **contrario sensu**, ya que a la letra, esa norma dice:

“Artículo 1795 del Código Civil. El contrato puede ser invalidado:

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

Los elementos esenciales de todo contrato, conforme al artículo 1794 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, para que esté en aptitud de surtir

plenamente todos sus efectos jurídicos, son básicamente: Consentimiento y Objeto.

1. Consentimiento.

Comenzaremos por definirlo de una manera común, que vendría siendo “la acción y efecto de consentir (permitir una cosa o condescender en que se haga), o el acto de la voluntad que implica la determinación de una persona con respecto a un fin. Anuencia.”

Doctrinalmente, “el consentimiento es considerado para su estudio en dos sentidos: como voluntad del deudor para obligarse, o bien, como concurso o acuerdo de voluntades”.⁴

Si se toma como voluntad del deudor para obligarse, se exige que exista en el deudor una voluntad real, que se exteriorice y tenga un determinado contenido. Como concurso o acuerdo de voluntades. Para llegar a ese acuerdo de voluntades, ordinariamente hay negociaciones o tratos previos entre las partes, que discuten las cláusulas y los elementos del contrato hasta ponerse de acuerdo.

El consentimiento puede ser de acuerdo a nuestro Código Civil para el Distrito Federal, expreso, o bien, otorgado en forma tácita tal y como lo establecen los artículos 1803 al 1811.

⁴ DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Porrúa, México, 2002. p. 72.

El consentimiento es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

Es tácito, cuando resulta de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por la ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente.

Desprendiéndose de lo anterior, el consentimiento está compuesto de dos elementos: Policitación y Aceptación.

“1.- Policitación: Es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato, cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad”.⁵

“2.- Aceptación: como se anotó, el consentimiento no sólo se forma con la policitación, sino que precisa de otro elemento estructural, que es la aceptación. Por ella, se entiende una declaración unilateral de voluntad, mediante la cual, se expresa la adhesión a la propuesta, policitación u oferta que se hubiere hecho. O bien, se puede decir que es una declaración unilateral de voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, seria, lisa y llana,

⁵ Ibidem. p. 112.

mediante la cual, se manifiesta la adhesión a la propuesta, y que se reduce a un sí".⁶

De lo antes expuesto, se desprende que el consentimiento es la manifestación (aceptación) expresa o tácita para la realización de un acto jurídico, contemplado en nuestra ley sustantiva como ya se mencionó en el artículo 1794, además del artículo 1796.

2. Objeto.

Comúnmente entendemos por el vocablo objeto como el fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación. Es por esa razón, que jurídicamente se puede considerar como sinónimo de motivo o fin de un contrato.

Por ello, el objeto de un contrato dependerá de la obligación contraída. Esta obligación puede consistir en un dar, hacer o no hacer.

Clasificándose así en objeto directo y objeto indirecto.

1. Objeto Directo del contrato, que consiste en crear y transmitir derechos y obligaciones. A él se refiere el artículo 1793 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

⁶ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. 6ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 183.

2. Objeto Indirecto es la conducta que debe cumplir el deudor, conducta que puede ser de tres maneras, a saber:

- a) De dar, en este caso, prestación de cosas o derechos.
- b) De hacer o prestación de hechos.
- c) De no hacer, o sea, la conducta que deberá observar, esto es, el abstenerse de hacer algo.

A este objeto hace mención la disposición contenida en el artículo 1824 del Código Civil vigente para el Distrito Federal y en general, los artículos 1825 al 1831 de la misma ley, prevén lo antes expuesto sobre el objeto de los contratos, que para efectos prácticos se equipara al fin o motivo determinante.

En vista de lo precedente, se desprende que el objeto debe ser física y jurídicamente posible, es decir, debe ser compatible con una ley natural o una norma jurídica, requisitos básicos de todo objeto de un contrato, sin los cuales, no podría darse plenamente uno de los elementos de existencia, y por ende, dicho contrato no podría surgir a la vida jurídica. Como ya lo habíamos mencionado, el objeto indirecto de todo contrato consiste en: "...I.- La cosa que el obligado debe dar, II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer", tal como lo dispone el artículo 1824 de nuestro ordenamiento sustantivo.

En lo concerniente a los requisitos que debe satisfacer la cosa y el hecho positivo o negativo que puede ser objeto del contrato son:

1. En relación con la cosa objeto del contrato, el artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal menciona que debe contener lo siguiente:
 - a) Que exista en la naturaleza. Una cosa para que pueda ser objeto de un contrato, debe existir en la naturaleza, o ser susceptible de llegar a existir, es decir, que las cosas futuras que no existen en el momento de la celebración del contrato, pero que pueden llegar a existir en el cumplimiento del mismo, no implican una imposibilidad absoluta, tal como sucede con la compra de esperanza y los contratos aleatorios, previstos por los artículos 2309 y 2764 al 2793 de la ley sustantiva.
 - b) Debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie: Se dice que la cosa es posible jurídicamente cuando se determina o en forma individual o por su especie. Se considera que la cosa no es determinable (susceptible de determinarse) ni determinada, cuando sólo se atiende al género, sin precisar la especie y cantidad. En estas condiciones, la indeterminación del objeto, origina la imposibilidad para celebrar el contrato, pues si éste recae sobre un objeto que no es determinado, ni puede determinarse atendiendo a las reglas expuestas, el contrato será inexistente.
 - c) Debe estar dentro del comercio. En este caso, debemos apegarnos a lo dispuesto por la multicitada ley, conforme a lo que establece en sus artículos 748 y 749, es decir, las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley. Están fuera

del comercio por su naturaleza las que no puedan ser poseídas exclusivamente por algún individuo, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular. Cuando la cosa está fuera del comercio, el contrato es jurídicamente inexistente.

2. Sobre el hecho positivo o negativo objeto del contrato, la ley establece que debe ser:

a) Posible, que significa lo que es hacedero, aquello que se puede realizar dentro del orden natural de las cosas y de acuerdo con la legalidad preestablecida. La posibilidad que exige el Código Civil para el Distrito Federal se refiere, desde luego, tanto a la física (posibilidad natural) como a la jurídica (derivada de una norma legal).

La posibilidad natural y jurídica se encuentra contemplada por los artículos 1827, fracción I y II, y 1828 del Código Civil para el Distrito Federal. Manifestándonos así, que el hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: fracción I. Posible. A **contrario sensu**, es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización. En la imposibilidad jurídica, el acto no tiene ningún principio, ni de nacimiento, ni de ejecución, porque en tal forma, la norma impide, por la inobservancia de ciertos supuestos necesarios, que la prestación se realice, siendo en este caso, una situación inexistente; II.- Lícito.

A este respecto, el artículo 1827, fracción II, de nuestra ley sustantiva ya citada, nos establece que el hecho positivo o negativo, objeto de todo contrato debe ser lícito, ya la disposición contenida en el artículo 1830 del mismo ordenamiento legal nos dice: “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.”

Así también el artículo 1831 sustantivo menciona que: “El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.”

Como ya lo había mencionado, el objeto para efectos prácticos, normalmente se equipara al fin o motivo determinante del contrato, sin embargo, se diferencian en que el primero es al que hemos venido haciendo referencia, tanto en su aspecto directo como indirecto, en cambio, el segundo, es la razón o el para qué cada uno de los participantes en ese contrato aceptó obligarse a algo a favor de la otra parte, así por ejemplo, en un contrato de arrendamiento el objeto directo del mismo, es el crear obligaciones y derechos recíprocos, que a su vez nos va a indicar lo que es su objeto indirecto, que va a consistir por una parte en el otorgar o conceder un derecho de uso y por el otro, el pagar una renta por dicho arrendamiento, en cambio, el fin o motivo determinante sería la razón o el destino para el que se va a llevar a cabo el arrendamiento, que en este caso, sería el giro del local.

Por otro lado, doctrinariamente “también hay distinción de todo lo anterior con otro concepto que es la causa por la que se llevó a cabo dicho contrato, que en el ejemplo citado, sería la causa eficiente o última por la que los contratantes llevan a cabo dicho contrato, que podrían ser muchas (en el caso del arrendador, porque le es productivo dar en arrendamiento ese local, ya que, representaría un incremento económico en su patrimonio; por lo que se refiere al arrendatario representaría una fuente de ingresos, o que por ser un comerciante, la plaza le resulta muy favorable, para arrendar un inmueble para explotar determinado giro, o simplemente porque necesita una habitación)”.⁷

Después de haber hecho un breve recordatorio sobre los elementos que deben revestir un contrato para que exista, como lo habíamos mencionado, señalaremos que la ineficacia jurídica o sanción por la falta de cualquiera de sus elementos esenciales es la inexistencia, por lo que no producirá efecto legal alguno, conforme lo señala el artículo 2224 del Código antes referido.

También se podría agregar que no requiere declaratoria judicial de su inexistencia (porque lo inexistente no tiene porqué producirse), ya que si no produce efecto legal alguno, no tendría caso hacer ninguna declaratoria al respecto de algo que no existe, a menos que sea para demostrar que al no producir efecto legal alguno, tampoco genera obligaciones que alguien pretenda reclamar.

⁷ AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. Contratos Civiles. 2ª edición, Porrúa, México, 2003. p. 19.

D. Elementos de validez.

Además de aquellos elementos necesarios para la existencia de un contrato, ya analizados, tenemos que, para que dicho contrato logre una eficacia jurídica completa, a su vez, debe cumplir con otros requisitos que la Doctrina ha tenido a bien llamar “Elementos de validez del Contrato”, que a diferencia de los elementos esenciales o de existencia (sin los cuales, el contrato no puede nacer a la vida jurídica), son requisitos también indispensables para que el acto sea eficaz; el contrato existe (si hubo consentimiento y objeto), pero para ser totalmente válido necesita de los siguientes elementos:

- 1.- Capacidad (que las partes contratantes sean capaces).
- 2.- Forma (que cumplan con ciertas formalidades).
- 3.- Ausencia de vicios en el consentimiento.
- 4.- Licitud en el objeto, motivo o fin.

1. Capacidad.

“La capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos 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”.⁸

⁸ BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. T. I. 6ª edición, Porrúa, México, 2002. p. 97.

Por lo que podemos entender que hay 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 valer sus derechos y sus obligaciones, ya sea por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.

Las incapacidades generales de ejercicio, las contiene el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 450, refiriéndose a que tienen incapacidad natural y legal los menores de edad y los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Las personas señaladas en este precepto pueden ser titulares de derechos, lo que no pueden es hacer valer 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 quién o quiénes tienen aptitud de ciertos derechos.

“A) Los extranjeros no tienen aptitud de ser titulares de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles cuando estos están ubicados dentro del Territorio Nacional en la zona prohibida” (artículo 27 Constitucional).

“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” (artículo 2280 del Código Civil para el Distrito Federal).

“C) Los ministros de los cultos no tienen aptitud de ser titulares de derechos hereditarios derivados de un testamento otorgado 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 para el Distrito Federal)”; pero esto no significa que no puedan tener aptitud para ser titulares, por ejemplo, de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, ya que tales derechos, pueden adquirirlos 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 con relación al bien que eventualmente pueda constituir el contenido de su prestación de dar.

Por capacidad especial debe entenderse, además de 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, la calidad o una calidad específica de tipo personal o una calidad específica relacionada con el bien como contenido de su prestación de dar, por ejemplo, el señalado por el artículo 643 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone que el emancipado requiere autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, así como el artículo 173 del mismo ordenamiento respecto de los cónyuges menores de edad, también necesitarán autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes, o bien, en los contratos que celebran los cónyuges entre sí, conforme lo establecen los artículos 174, 175 y 176 de la Ley de la materia.

En relación con lo anterior, debemos tomar en cuenta otro concepto que es: La legitimación para contratar, que es la aptitud reconocida por la ley en una determinada persona para que pueda ser parte de un contrato determinado. “La

falta de legitimación para contratar produce en el contrato la nulidad absoluta, porque las normas que privan la legitimación a determinadas personas en relación con ciertos contratos son verdaderas normas prohibitivas”.⁹

Así como se menciona la capacidad de ejercicio para contratar, entendida como la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de sustitución o de asistencia; también se alude a la incapacidad de goce para contratar cuando una persona no puede ni por sí ni por medio de representante ser parte en un determinado contrato. en este sentido, la legitimación puede equipararse a la “capacidad de goce para contratar” y se distingue de la antes mencionada capacidad de ejercicio para contratar en esta última si se puede celebrarse el contrato a través de su representante legal, en tanto que cuando hay falta de legitimación no puede celebrarse el contrato a través de su representante legal, en tanto que cuando hay falta de legitimación no puede celebrarse al contrato en cuestión ni por sí ni por medio de representante. Tenemos como ejemplos de falta de legitimación para contratar el lego en una profesión que no puede celebrar contrato de prestación de servicios profesionales sin el título respectivo (2608), los representantes, los mandatarios, los corredores y los empleados públicos no pueden comprar los bienes de cuya venta o administración están encargados (2280, 2281 y 2282); los tutores no pueden comprar ni tomar en arrendamiento los bienes de sus pupilos (569), los incapaces que no pueden hacer donaciones ni aún por medio de su tutor (576); los extranjeros que no pueden comprar ni adquirir por contrato los bienes inmuebles

⁹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 10ª edición, Porrúa, México, 2003. p. 6.

ubicados en las fronteras o en las costas (2274); los magistrados, jueces ty demás empleados públicos que no puedan tomar en arrendamiento los bienes que deban arrendarse en los negocios en que intervengan (2404).

Se deduce de lo anterior, que la incapacidad a que se refiere el artículo 2228 del citado ordenamiento y que produce la nulidad relativa del contrato es más bien la incapacidad de ejercicio, porque la incapacidad de goce o la falta de legitimación para contratar a que hemos hecho referencia, en realidad acarrearían una nulidad absoluta o incluso una inexistencia ésta última en caso de incapacidad de goce, puesto que todas las personas por el hecho de serlo tienen capacidad de goce y solo se perdería por la inexistencia de la persona o por la muerte y por ende no se podría contratar con alguien que no existe.

2. Forma.

Cuando la ley exige determinada forma para la celebración de un contrato, dicha formalidad es un elemento de validez del propio contrato (1795 fracción IV), ya que la omisión de esa formalidad exigida por la ley hace que el contrato en cuestión pueda ser impugnado de nulidad relativa (2228).

Acerca de la forma en los contratos, nuestro actual Código Civil vigente para el Distrito Federal contiene disposiciones al respecto mencionándonos cual es la manera en que se va a exteriorizar el consentimiento y como ya lo habíamos mencionado puede ser de dos formas:

1. En forma expresa.
2. En forma tácita.

1. En forma expresa se presenta cuando el consentimiento se manifiesta por escrito, verbalmente o por signos inequívocos.
2. En forma tácita la voluntad resulta de hechos o actos que la presupongan o autoricen presuponerla.

Ahora bien, cabe mencionar que suele confundirse la solemnidad con la forma.

Sin embargo, se diferencian en que la primera es una formalidad sin la cual, el contrato no puede existir; en cambio en la forma que es la que normalmente se exige en los contratos, el acto existe, pero, si no se da dicha forma no puede surtir plenamente sus efectos, es decir, solamente se requiere como elemento de validez, como lo podemos apreciar en los contratos regulados por los artículos 2246, 2317, 2320, 2344, 2345, 2406, 2407, 2552, 2555, 2618, 2627, 2656, 2671, 2690, 2740, 2776, 2860, 2917 y 2945, referentes a la promesa, compraventa, donación, arrendamiento, mandato, contrato de obras a precio alzado, portadores y alquiladores, asociaciones, sociedades, aparcería rural, renta vitalicia, prenda, hipoteca y transacciones.

El artículo 1832 del Código Civil para el Distrito Federal, establece como regla general. “En los contratos Civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”, sin embargo, vemos que en la mayoría de los contratos se les exige llenar ciertas formas a los contratantes para manifestar su voluntad, pero dicha formalidad que en esos casos se exige no puede ser considerada al rango de una solemnidad en ningún caso, esto lo vemos principalmente a la luz de los artículos 1794 y 1795 del Código Civil para el Distrito Federal, puesto que establecen a la forma sólo como elemento de validez además de que la misma es tan necesaria como los anteriores elementos de validez a que hemos hecho referencia, ya que como enseguida veremos la falta de la misma puede ser convalidada por cualquiera de las partes.

Lo anterior, lo podemos ver claramente en nuestra ley sustantiva en sus artículos 1833, 1834, 2228, 2231 y 2232, que establecen que a pesar de que el contrato por falta de forma esté afectado de nulidad relativa según los artículos 1795 y 2228, la misma puede ser convalidada por cualquiera de los interesados, para ello existe lo que en doctrina se le ha llamado la Acción Pro-forma, por virtud de la cual cualquiera de las partes si su consentimiento ha quedado constante y de una manera fehaciente puede solicitar se le revista de la forma omitida.

Por lo que hemos visto, el contrato no necesariamente debe ser solemne, sino que la forma en que algunos casos se exige es principalmente como medio de seguridad de las partes o para evitar que se altere el interés público.

En todo caso, lo más que puede ocasionar la falta de forma es una nulidad relativa que a diferencia de la falta de cualquiera de los otros elementos de validez estudiados significa una sanción menor, ya que aparte de producir sus efectos y por ser prescriptible, puede ser convalidada por cualquiera de los interesados mediante la acción pro-forma antes mencionada.

3. Ausencia de vicios en el consentimiento.

Los vicios en el consentimiento son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo, lo dañan.

Aunque exista el consentimiento en un contrato, puede ser deficiente por:

- I. Error o Dolo (entendiéndose como un vicio que afecte a la inteligencia).
- II. Violencia o intimidación (refiriéndose por un vicio que afecte a la voluntad).
- III. La lesión (consistente por un vicio que afecte a una y otra facultad).

La presencia de cualquiera de estos vicios puede invalidar el contrato (artículo 1795, fracción II del Código Civil para el Distrito Federal y lo hiere de nulidad relativa, atento a lo dispuesto por el artículo 2228 sustantivo.

- I. Error o Dolo.

Se entiende por error la opinión subjetiva contraria a la realidad o a la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada.

El error puede ser:

A) De aritmética o de calculo, que sólo da lugar a su rectificación reparación, prevista por el artículo 1814 sustantivo.

B) De hecho, que recae sobre hechos materiales, y que a su vez se divide en tres tipos.

1. Error obstáculo ó impediante, que impide la formación del contrato, y que hace inexistente el consentimiento, y por tanto, el contrato; además se puede dar en dos formas a saber;

a) Cuando recae sobre la naturaleza del contrato (***Error in negotio***), y

b) Error sobre la identidad del objeto.

A ellos se refieren los artículos 1794, fracción I y 2224 sustantivos.

2. Error nulidad o Error vicio, que anulan el contrato, cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los contratantes, tal como lo establece el artículo 1813 del ordenamiento civil; principalmente se da cuando hay error sobre la sustancia del objeto o sobre la persona

y la sanción que prevé el artículo 2228 del ordenamiento civil es nulidad relativa o anulabilidad.

3. Error indiferente, que afecta la validez del contrato, puesto que recae sobre circunstancias secundarias del objeto ó motivos no determinantes de la voluntad.

- c) De derecho, que se da cuando hay una falsa opinión de un contratante sobre una regla jurídica aplicable al caso, y que al igual que el error de hecho produce la nulidad relativa, según los artículos 1813 y 2228 del Código Civil para el Distrito Federal.

El concepto de dolo lo proporciona el Derecho Mexicano el artículo 1915, señalando que es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, por lo que es el empleo de cualquier medio ilegal para inducir o provocar el error y así obtener la voluntad de una persona en formación de un contrato, que a diferencia del error fortuito, aquí se provoca el error.

El concepto es útil, en virtud de que se 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.

Por otro lado, la ley en su artículo 1815 sustantivo hace referencia, además del dolo, a la mala fe, el primero es provocado del error (activo) y en el segundo se disimula (pasivo).

Ambos vicios (tanto el Dolo como la Mala fe) producen la nulidad relativa del contrato según los disponen los artículos 1815 y 2228 de la ya citada ley.

II. Violencia o intimidación.

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

Deduciendo de esa manera que puede haber dos tipos de violencia: la propiamente dicha o física y la violencia moral o amenazas. Las cuales producen la nulidad relativa conforme a lo previsto por los artículos 1823 y 2228 del ordenamiento de la materia.

La violencia para que sea considerada como vicio del consentimiento requiere que sea:

1. Grave.

2. Actual o Inminente.
 3. Injusta.
 4. Motivo determinante de la voluntad del sujeto.
 5. Que provenga de una persona y no de un hecho dañoso.
-
1. *Grave*. Entendiéndose 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.
 2. Actual o inminente. No la establece la ley, pero, e desprende de la naturaleza al vicio
 3. Injusta. Con ello se dice que es ilícita, o sea, contraria a las leyes ó a las buenas costumbres.
 4. Motivo determinante de la voluntad del sujeto al contratar.
 5. 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.

Con relación a lo anterior, el temor reverencial, esto es, sólo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento, según lo prevé el artículo 1820 de la ley de la materia.

III. 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 ó extrema miseria, en la celebración de un contrato, consistente en proporcionar al otro contratante un lucro excesivo en relación con los que él por su parte se obliga, previsto por el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, y conforme al artículo 2228 produce la nulidad relativa del contrato, o bien la reducción equitativa de su obligación, más el pago de daños y perjuicios.

Aunque el Código Civil para el Distrito Federal no lo menciona, la lesión se considera como un vicio del consentimiento en un doble aspecto como vicio subjetivo del consentimiento y como vicio objetivo del contrato.

Como vicio subjetivo del consentimiento se toma en cuenta las características propias del afectado, que son la suma ignorancia, la notoria inexperiencia o extrema miseria.

Como vicio objetivo del contrato se toma en cuenta la desproporción que puede existir entre las prestaciones en el contrato o lucro excesivo que obtiene una de las partes en comparación con lo que él se obliga, es decir, se considera el acto mismo del objetivo jurídico.

4. 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.

No es posible hablar de la licitud referida a la cosa como contenido de la prestación de dar, ya que las cosas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas, sino que la conducta referida a esas cosas es la que puede ser lícita o no, según esté acorde o contradiga lo preceptuado por una norma imperativa.

Esa conducta debe ser lícita y en ese sentido debe entenderse el objeto lícito.

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

Al respecto cabe hacer mención que las normas imperativas o preceptivas se diferencian de las prohibitivas.

Las primeras ordenan algo, principalmente son normas de Derecho Constitucional, Administrativo, Procesal y ciertas normas de Derecho Privado como las relativas al estado y capacidad de las personas.

Las leyes imperativas, se imponen en interés social a todos los individuos, por lo tanto se les prohíbe derogarlas y la desobediencia o incumplimiento de estas acarrea la ilicitud del hecho.

Las normas prohibitivas en cambio, implican una restricción de la libertad contractual. De donde se sigue que todo lo que no está prohibido es lícito, que la prohibición no puede presumirse, sino que debe ser expresa, tal como sucede con las normas de carácter penal.

Así también existen otras normas denominadas permisivas o supletorias, que facultan a los contratantes a poder renunciar a ciertas obligaciones o derechos a cuyo único fin es determinar los efectos de los contratos, las cuales pueden ser derogadas por los particulares o bien éstos obrar en contra de ellas y no por ello implicar un ilícito.

Los motivos son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte.

Los motivos que puede tener una persona para contratar, son móviles internos, personales de cada parte contratante y que a menudo son desconocidos, no sólo para los terceros, sino que escapan aún al otro contratante y por ende, cuando estos son ilícitos rara vez puede demostrarse esa circunstancia.

Los fines son las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte.

Debido al elemento subjetivo que implican estas figuras, en la mayoría de los casos en que existe un motivo o un fin ilícito, es muy difícil lograr que se declare nulo el contrato.

Además cuando la obligación es de dar, se restringe aún más su aplicación, debido al mismo interés de las partes en que subsista el acto y en su renuencia a devolverse las prestaciones al declararse nulo el contrato.

En las obligaciones de hacer es más fácil percatarse de esta ilicitud y mediante la prevención judicial o administrativa, evitar la consumación del contrato.

El motivo determinante o los móviles pueden sin embargo, estar expresamente declarados en el contrato o conocerse fehacientemente por determinadas circunstancias o porque hagan una relación directa entre lo preceptuado por la norma y el contenido del contrato y, en este caso, es cuando por darse a conocer a terceros puede ser declarada fácilmente su nulidad.

El motivo determinante y los móviles, aunque internos, deben estar directamente relacionados con el objeto como contenido de las prestaciones de

las partes, para que su ilicitud pueda ser causa de nulidad del contrato y esta circunstancia es lo que distingue claramente al motivo de los fines.

“La ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato produce la nulidad absoluta del mismo, en vista de que tales actos serán ilícitos por contravenir una disposición de carácter imperativo o prohibitivo y tales disposiciones sólo se establecen en vista de la protección del interés común, del orden público o de las buenas costumbres, según se desprende del contenido de los artículos 6, 8, 1830 y 1831 del Código Civil para el Distrito Federal”.¹⁰

Si la ilicitud pudiera producir la nulidad relativa, significaría que se deja a la voluntad de los particulares el acatar o no las disposiciones de orden público, ya sea mediante la confirmación del acto o simplemente no haciendo valer la sanción, lo que haría inútil tal norma de orden público, destruyendo así el valor y principio de seguridad que deben tutelar esas disposiciones.

Aunque el artículo 2225 sustantivo, establece “la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”, consideramos por los motivos antes expuestos que en realidad la nulidad que se produce es la absoluta y conforme al artículo 2226 del mismo ordenamiento legal a diferencia del acto inexistente, el acto afectado de nulidad absoluta si produce provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad, pero, también es

¹⁰ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 12.

imprescriptible, inconfirmable y de dicha nulidad absoluta puede prevalecerse todo interesado.

E. Obligaciones de las partes.

Para saber que obligaciones se van a dar entre las partes, es necesario primero hacer alusión a lo que es una obligación.

Obligación viene de la palabra latina **obligatio** y ésta de **obligare** compuesta del prefijo **ob**, que quiere decir alrededor y de **ligare**, que es tanto como ligar o atar; significado entonces, ligadura, sujeción física y sujeción moral.

Derivado de lo anterior, podemos concluir que la ligación se da entre dos partes, una que une a otra. En materia jurídica, podemos decir que es un vínculo que une a dos partes: acreedor y deudor, con una finalidad que es el cumplimiento de una obligación de una hacia la otra, por lo que podemos afirmar que la obligación consiste en un vínculo jurídico por virtud del cual una parte llamada acreedor puede exigir a otra llamada deudor el cumplimiento de una prestación. Y que como sabemos el contrato, es una fuente de obligaciones, tal como lo habíamos mencionado al referirnos a su objeto directo (crear y transmitir derechos y obligaciones). Asimismo, la obligación consiste en una prestación que puede ser de dar, de hacer, o de no hacer (objeto indirecto del contrato).

En si las obligaciones de dar conforme a nuestra ley implican la traslación del dominio de una cosa así como la transmisión del uso o goce de una cosa por determinado tiempo o bien la restitución de la cosa ajena o pago de la cosa debida, tal y como lo encuadra nuestra ley en su artículo 2011.

Como ya lo hablamos afirmado, la obligación de dar no sólo consiste en transmitir físicamente una cosa (restitución de cosa ajena o pago de la cosa debida), sino que también se refiere a una dación jurídica, es decir, a dar los derechos sobre la cosa como son la propiedad o dominio, o bien el uso o goce de la misma.

CAPÍTULO TERCERO

REALIDAD JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

A. Concepto de maternidad subrogada.

Para entender el significado de maternidad subrogada, será necesario que en primer término analicemos lo que significa maternidad y luego el concepto “subrogada”.

La maternidad puede ser definida desde cuatro puntos de vista, primero, atendiendo a la raíz latina de la que procede, esto es, su significado etimológico, en segundo lugar por su significado gramatical, en tercer lugar desde su perspectiva biológica, y finalmente por su significado jurídico, tanto en la ley como en la doctrina.

La palabra madre procede del latín “**mater/matris**, la cual a su vez deriva del griego **matér/matrós**, cuyo significado es madre”.¹ En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de **mater** fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme

¹ MATEOS, M. Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español. 6ª edición, Esfinge, México, 2003. p. 176.

a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, maternidad significa, “estado o cualidad de madre, mientras el vocablo madre, tiene las siguientes acepciones: Hembra que ha parido, hembra respecto de su hijo o hijos, mujer casada o viuda, cabeza de su casa”.²

La maternidad antecede lógicamente a la paternidad, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, ya que la paternidad en estas dos perspectivas se funda necesariamente en una maternidad cierta, la cual, se presenta por el hecho del parto y la identidad del descendiente. De tal forma, la maternidad es un vínculo dogmático, pues es un principio innegable en toda relación de filiación.

“Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida”.³

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 10ª edición, Grolier, México, España, 2005. p. 205.

³ DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Op. cit. p. 387.

La relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello, que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural.

“Desde el punto de vista jurídico, la maternidad forma parte de la institución jurídica de la filiación, es decir, del vínculo natural y/o jurídico que une a los descendientes con sus progenitores, en efecto, puede derivar dicha relación de la naturaleza (generación) o de la ficción de la ley (adopción)”.⁴

Así, también la maternidad es la relación real o supuesta de la madre con el descendiente.

En nuestra legislación, el único ordenamiento jurídico que definía a la maternidad, era, el Código Familiar para el Estado de Hidalgo, cuyo artículo 184, señalaba:

“Artículo 184. La relación entre padre e hijo se llama paternidad; y entre madre e hijo, maternidad.”

⁴ VALVERDE VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia. T. I. 3ª edición actualizado, por publicación de los talleres tipográficos de la cuesta, España, 2000. p. 405.

“Desde el punto de vista doctrinal, la maternidad es el estado civil de la madre respecto de los descendientes que ha dado a luz, o ha incorporado a su familia por un acto de voluntad”.⁵

De acuerdo con estas definiciones, se observa que el concepto aportado por el Código Familiar del Estado de Hidalgo es muy amplio, pues se refiere simplemente a la relación entre madre y descendiente, sin distinguir la forma como se constituye esa relación, cuestión contraria ocurre con las definiciones doctrinales, las cuales, son más específicas, al definir esa relación como el estado civil de la madre, respecto del hijo o hija consanguíneo, es decir, el que ha dado a luz, así como el estado civil de la madre respecto del hijo o hija adoptivo, aquél incorporado a su familia por un acto de voluntad.

En relación a la subrogación, podemos decir que esta, significa un cambio en el sujeto del crédito. En el primer caso, estamos en presencia de una subrogación real y en el segundo de una personal.

Para tener una idea adecuada de lo expuesto, será importante citar los conceptos siguientes.

“Subrogar es subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra; Delegar, es dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u

⁵ CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español común y foral Derecho de Familia. T. IV. 6ª edición, Reus, Madrid, España, 2001. p. 5.

oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación; Incubar, es ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos; Sustituir o Substituir, es poner a una persona o cosa en lugar de otra”.⁶

Como puede observarse, con todas estas denominaciones no se contempla en realidad la naturaleza médica de este método de reproducción asistida, pues el mismo consiste en implantar en el útero de una mujer, el embrión para su desarrollo, debiendo ella llevarlo en su seno durante todo el embarazo hasta el parto.

Por eso, a mi parecer, la acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción asistida, es la de madre gestante, porque gestar significa, “llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto”.⁷

B. Los contratos de maternidad subrogada (arrendamiento de útero).

Al popularizarse la inseminación artificial y la posibilidad de congelar células germinales masculinas para su uso posterior, las presunciones del derecho tradicional se tornaron obsoletas; para procrear no es ya necesario el contacto carnal, cuya prueba exigen los viejos códigos para reputar cierta la paternidad. Los esposos pueden encontrarse en las antípodas y aun haber muerto el cónyuge, y la

⁶ Ibidem. p. 362.

⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba. T. III. Op. cit. p. 469.

mujer es susceptible de embarazarse con semen del marido depositado en un congelador; un examen del DNA puede establecer la procedencia genética y dejar establecida la paternidad, sin lugar a dudas, sin largo, molestos y costosos procesos judiciales. De la misma manera, la prueba es idónea para demostrar lo contrario, pero siendo común que la inseminación de la esposa con semen de un tercero extraño se lleve a cabo con el consentimiento del esposo, el Derecho Moderno ha dado valor definitivo a ese consentimiento para determinar la filiación al margen del lazo de sangre entre el marido y el hijo gestado por la esposa, como es tradicional.

Dentro del mismo contexto, se encuentra la determinación de la maternidad. En efecto, antes de que la fecundación in vitro se popularizara, la situación era muy clara: "***partus sequitur ventem***, madre es la que pare, reza el viejo aforismo latino, como también ***pater est quem nuptias demonstrant***, padre es el marido de la madre, antigua presunción del Derecho Familiar cuya finalidad era proteger a la prole de la pareja unida en matrimonio. El derecho tradicional sigue guiándose de estos ancestrales principios cuya validez ahora se torna cuestionada con los nuevos procedimientos: inseminación artificial heteróloga, donación de óvulos, maternidad subrogada, transferencia de embriones producidos en el laboratorio, etc. En tales casos, ¿quién es la madre? ¿La que gesta y pare aunque no hubiese aportado elementos genéticos? ¿La madre

biológica que no gestó ni parió? ¿La que pagó para que otra mujer se embarace por ella?”.⁸

La fecundación in vitro ha creado problemas jurídicos que el Derecho debe aclarar: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del embrión? ¿Es una persona desde el momento en que es concebido? ¿O desde cuándo? ¿De quién es el embrión antes de ser transplantado? ¿Quién tiene el derecho de decidir su destino, si aportarlo a la investigación científica, si abandonarlo a su suerte en el depósito si destruirlo después de cierto tiempo o darle la oportunidad de desarrollarse hasta nacer? ¿Pertenece a sus progenitores genéticos o a los donatarios de las células germinales? ¿Es sujeto de derechos o no tiene ninguno? ¿Quién está obligado a custodiarlo y a velar porque sus derechos, de tenerlos, se respeten? Si un embrión gestado por encargo acusa defectos detectados en determinado estado de su desarrollo, ¿quién tiene derecho a ordenar su destrucción? Si el niño nace anormal, ¿quién sería el responsable y quién estaría obligado a velar por él? ¿Debe conocer el niño la forma en que fue concebido? ¿En qué etapa de su vida? ¿Cuánta información debe proporcionársele? ¿Tiene derecho a conocer su identidad?

El depósito de células germinales y su comercio ofrecen otra gama de problemas: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de una célula germinal? ¿Es legal su comercialización? ¿Qué responsabilidad asumen quienes las aportan? Y en relación con este comercio, ¿tienen las mujeres y hombres solteros o parejas

⁸ LÓPEZ FAUGIER, Irene. Op. cit. p. 305.

homosexuales derecho a utilizarlas y traer al mundo seres que no nacerán en el seno de una familia? ¿Es aceptable la inseminación post mortem? Basta considerar lo anterior para reparar en que los juristas, auxiliados por sociólogos, moralistas, psicólogos, etc., tienen una enorme y compleja tarea por delante para impedir que los nuevos hechos sean ignorados en perjuicio del orden social, y la tarea de los órganos jurisdiccionales se siga fundando en un derecho rebasado por ellos.

El trabajo jurídico debe hacerse más dinámico y menos utilitario. No hay que olvidar que el Derecho es cultura que se nutre en experiencias de la vida social, y que el jurista, en última instancia, no solamente tiene como función subsumir conceptos encasillando el presente en el pasado, sino estar alerta a las transformaciones de la sociedad a la que sirve y de la que forma parte, y promover el cambio cuando perciba su necesidad.

La referencia a la maternidad gestante subrogada es un tema obligado dentro de este apartado relativo a la imputación de la maternidad, por tratarse de un método de reproducción asistida, que aun cuando no está prohibido expresamente dentro de nuestra legislación, esa prohibición se entiende implícita y se deriva de su propia naturaleza jurídica y ética, de acuerdo con el análisis que haré a continuación.

El artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, establece el derecho de los cónyuges para decidir de manera libre, informada y responsable el número

y espaciamiento de sus descendientes, así como para emplear cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Este ordenamiento es omiso en cuanto a lo que debe entenderse por método de reproducción asistida, por ello, citaré las definiciones aportadas por otros dos ordenamientos legales, como son el Código Civil para el Estado de Coahuila y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. El Código Civil para el Estado de Coahuila, establece en su artículo 482:

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

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, determina en su artículo 40, fracción XI:

“Artículo 40. Para los efectos de este reglamento se entiende por:

XI. Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro.”

De acuerdo con estas definiciones, se puede determinar que el concepto de reproducción asistida engloba tanto la inseminación artificial como la fecundación in vitro, igualmente denominada fecundación extrauterina o extracorpórea, e

incluso, la aportada por el Código Civil para el Estado de Coahuila, también incluye la transferencia de embriones y toda técnica que permita la procreación fuera del proceso natural.

A partir de la precisión de ese concepto, es posible inferir que la maternidad **gestante** se encuentra comprendida dentro los métodos de reproducción asistida, por tratarse de la técnica de inseminación extracorpórea o extrauterina, mediante la cual, se realiza la unión de un óvulo y un espermatozoide en una placa de laboratorio, con el objeto de obtener el embrión que posteriormente será implantado en el útero de una mujer ajena, a quienes hicieron las aportaciones genéticas.

El definir y especificar cuales son los métodos de reproducción asistida, es una cuestión muy importante y no debiera omitirse en ninguna legislación en la cual, se regulen estas técnicas, precisamente, porque ello da certeza jurídica a quienes pretendan someterse a las mismas, y evita la actualización de casos que amparados bajo una legislación imprecisa e incompleta, puedan ser contrarios al contexto general del sistema legal.

Destaco este aspecto, por la grave omisión existente en el Código Civil para el Distrito Federal, en cuyo artículo 162 se deja abierta la posibilidad de los cónyuges para tener descendencia a través de cualquier método de reproducción asistida, pues como ya quedó establecido, dentro de dichos métodos se incluye la maternidad **gestante**, lo cual, llevaría a inferir que con fundamento en la Ley

sustantiva civil del Distrito Federal, su utilización está permitida. Sin embargo, no es posible admitir su práctica dada la naturaleza e implicaciones jurídicas y éticas de ese procedimiento.

El vocablo de maternidad subrogada “alude a la locución del idioma inglés surrogate motherhood, cuyo significado es gestación de una mujer por cuenta de otra”.⁹ En opinión de Eduardo Zannoni, “este método de reproducción asistida puede presentarse en dos casos, el primero de ellos se actualiza, cuando la cónyuge sin ser estéril está imposibilitada biológicamente para sobrellevar el embarazo, requiriendo la fecundación in vitro, en una madre gestante, a quien se implanta el embrión de una pareja en su útero para llevar a cabo el embarazo y dar a luz un descendiente en beneficio de esa pareja, constituida por las personas que aportaron el óvulo y el semen, es decir, el embrión implantado”.¹⁰

El segundo caso, se denomina inseminación artificial en madre gestante y tiene lugar, cuando la madre gestante es inseminada con el esperma del cónyuge varón, sobrelleva el embarazo y da a luz un descendiente en beneficio de la pareja. En este caso, la mujer inseminada es genéticamente la madre del nacido, pues es ella quien aporta el óvulo, en virtud de la esterilidad de la cónyuge.

En realidad, este segundo supuesto no puede ser considerado una maternidad por sustitución, porque la madre gestante coincide con la madre

⁹ ZANNONI, Eduardo. Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. 5ª edición, Astreca, Argentina. 2002. p, 490.

¹⁰ Ibidem. p. 99.

genética. En cambio, en el primer caso, si existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante, que es lo característico en la hipótesis de la maternidad gestante.

“La maternidad **gestante** ha cobrado auge en los últimos años en Estados Unidos y Francia, donde asociaciones tales como L’Association National d’Insination Artifielle par Substitution; Meres d’ Accueil; Les Figones; Alma Mater y el Programa de Maternidad Subrogada de los Angeles, tienen por objeto promover su práctica a través de programas dirigidos a favor de mujeres solteras o parejas, en las cuales, la mujer no está en condiciones biológicas de sobrellevar el embarazo o es estéril”.¹¹

Estos programas de maternidad **gestante** operan bajo un sistema de contratos, mediante los cuales una pareja (o una persona soltera) contrata con una mujer, para que a título oneroso, le sea implantado en la matriz el embrión obtenido de las aportaciones genéticas de esa pareja (o puede coincidir que la madre gestante también sea quien aporte el óvulo para la obtención del embrión, posteriormente implantado) y lo desarrolle hasta su nacimiento, para a posteriori una vez nacido, lo entregue a la pareja o persona soltera solicitante.

Bajo estas condiciones, dichos contratos tienen necesariamente que contener deberes recíprocos, pues la pareja o persona soltera contratante se vincula a pagar el precio fijado por: la implantación del embrión o la inseminación

¹¹ FLORES TREJO, Fernando. Op. cit. p. 326.

de la madre **gestante** con el espermatozoides del marido o de un tercero; el embarazo y el alumbramiento, y a su vez, la madre gestante está vinculada a cumplir con deberes de hacer y de dar, tales como: no interrumpir voluntariamente el embarazo; facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos; realizar en su caso los tratamientos que se le indiquen para llevar a buen término el alumbramiento, y entregar al menor una vez que haya nacido.

“Este tipo de negocios, pactos o acuerdos que se celebran en Estados Unidos y Francia son muy criticables, porque en la relación contractual generada, tanto la madre como el embrión primero y más tarde el menor, reciben indefectiblemente el trato de cosas. Así, la madre **gestante** es vista de esta forma, a través de la prestación de su útero; el embrión aportado por la pareja o el resultante de la inseminación artificial, realizada con las aportaciones genéticas de la madre gestante y del cónyuge varón o de un tercero, es otro objeto; y finalmente el menor, no es más que la cosa debida, es decir, el objeto del contrato”.¹²

Ante estas circunstancias, es preciso distinguir cual es el objeto jurídico de esos contratos realizados en Estados Unidos y Francia, pues también ese hecho, me servirá para fundamentar mi posición en el sentido de que aun cuando la maternidad **gestante**, no está explícitamente prohibida en el Código Civil para el Distrito Federal, tampoco se puede admitir su práctica de acuerdo con el contexto general de nuestro sistema jurídico.

¹² ZANNONI, Eduardo. Op. cit. p. 494.

C. Lo que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al respecto.

Por lo que respecta a nuestra Constitución Política, como lo establecen los autores Alicia Elena Pérez Duarte y N. y Miguel Alejandro López Olvera, “el artículo 4° de la Constitución es la primera referencia que encontramos sobre este tema (maternidad). Los derechos que se establecen en este artículo respecto de la maternidad son dos: el derecho a decidir de manera libre y responsable sobre el número o espaciamiento de los hijos y el derecho a la protección de la salud; tiene, además, en derecho varios efectos: con relación a la filiación, al ejercicio de la patria potestad, a los alimentos, a las sucesiones; en las relaciones laborales; en el establecimiento de la punibilidad”.¹³

En este sentido, me permito transcribir los párrafos segundo y tercero del artículo 4° constitucional que establecen los dos derechos antes citados:

“Artículo 4°. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de

¹³ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T. I-O, Porrúa-UNAM, México, 2000. p. 3471.

salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”

Es importante señalar que, el primero de los derechos antes enunciados guarda estrecha relación con el tópico que en este apartado nos ocupa, toda vez que consideramos a la maternidad, en base a lo expresado por la autora Alicia Elena Pérez Duarte y N. y Miguel Alejandro López Olvera, como “la condición natural y necesaria de reproducción que permite la sobrevivencia del ser humano”.¹⁴

Por cuanto hace al segundo de los derechos señalados, consagrado en el tercer párrafo del artículo en comento, dicho derecho de protección a la salud, se traduce en la obligación del Estado de proveerle al individuo todos los elementos necesarios a fin de lograr su completo estado de bienestar físico, mental y social, lo cual, permita su equilibrio, adaptación y desarrollo al medio en el cual interactúa.

Por otro lado, otro de los preceptos constitucionales que contempla cuestiones relativas al tópico de la modernidad es el artículo 123, específicamente las fracciones V y XV del apartado “A”, así como la fracción XI, inciso c) del apartado “B”, que establecen lo siguiente:

¹⁴ Idem.

“Artículo 123.

...A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

...V.- Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrá dos descansos extraordinarios por día de media hora cada uno para alimentar a sus hijos.

...XV.-El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trata de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso.

...B.- Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

XI.- La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

...c).- Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de medio hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.”

En este sentido, podemos observar y de acuerdo con los autores Alicia Elena Pérez Duarte y López Olvera, “el artículo 123, fracción V, de la Constitución garantiza el goce de ciertas prerrogativas para las mujeres embarazadas, entre las que está el descanso con goce de sueldo de 6 semanas anteriores a la fecha aproximada para el parto y de seis semanas posteriores al mismo. Más adelante, las fracciones V y XV del apartado “A” y XI, inciso “c”, de apartado “B” del mismo artículo fijan las normas mínimas que protegen los periodos de gestación y lactancia. Protección que tiene como fundamento último la salud y el bienestar tanto de la mujer embarazada como de sus hijos e hijas”.¹⁵

¹⁵ Ibidem. p. 3472.

Sin embargo, como se aprecia en este apartado, los preceptos constitucionales que se analizaron, resguardan la integridad de las personas que pueden procrear o que están incluso embarazadas, más no respecto de las personas que por alguna imposibilidad física no pueden procrear, sin embargo, a estas personas ya tienen otras alternativas que han sido analizadas con anterioridad como la maternidad subrogada o el arrendamiento de útero, situaciones que no existían al momento de la redacción de los preceptos constitucionales antes señalados, sin embargo, actualmente existe la posibilidad de brindar a estas personas el ser padres, de un hijo de sus propios gametos o no, pero con la conciencia de serlo, por lo que la ley debe poner atención en estos temas, sin embargo, creo que no debe analizarse esta propuesta desde el punto de vista constitucional, pues sería hacer una constitución casuística, además de que la maternidad está garantizada como garantía individual como vimos anteriormente, y el punto sería discutible en las leyes especiales de la materia, como puede ser el Código Civil para el Distrito Federal, tal como se analizará adelante.

D. Los derechos de los niños nacidos por contrato de maternidad subrogada a la luz del Código Civil para el Distrito Federal.

De acuerdo con el Doctor Julián Güitrón Fuentesvilla, “en el Distrito Federal, la filiación se calificaba por las clases de hijos que regulaba la ley. Aún en la mayor parte de los Códigos Civiles de la República Mexicana, discriminan a los hijos, calificándolos con adjetivos peyorativos, según sea el origen de las

relaciones sexuales de sus progenitores. Si son producto de un adulterio, la filiación es adulterina y el adjetivo así se estampa o se especifica en el acta de nacimiento respectiva. Algunos Códigos, expresan que no debe calificarse a los hijos y paladinamente en sus textos, disponen que se les diga de madre desconocida, incestuosos, expósitos o abandonados, sin dar una fórmula legal que les dé verdadera igualdad”.¹⁶

En el Distrito Federal, hasta el 1 de junio del año 2000, cuando menos había doce clases de hijos, que agregados a los mencionados, eran de madre o padre desconocido; huérfanos; de la cárcel; de concubinato; naturales; legitimados; de matrimonio y otros. “Frente a estas atrocidades, la Convención Internacional de los Derechos de la Niñez, ha emitido disposiciones, verdaderamente protectoras de los menores; en el caso concreto, México, junto con otros seis países, en 1989, lanzó la iniciativa, que Carlos Salinas, Presidente de México, celebró en Nueva York, en la sede de las Naciones Unidas.

Últimamente, el Presidente Vicente Fox, destacó en este foro, que en la misma, deben agregarse temas sobre pornografía infantil, violencia familiar, maltrato y abandono de menores. Debe actualizarse la Convención de los Derechos de la Niñez, porque en más de diez años, la ley no se ha actualizado y

¹⁶ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. 2ª edición, Porrúa, México, 2005. p. p. 229 y 230.

sus hipótesis en algunos casos, resultan obsoletas, a pesar de las declaraciones de altos funcionarios de las Naciones Unidas, respecto a ésta”.¹⁷

Desgraciadamente, ni las convenciones nacionales ni las internacionales, han servido para la protección de los menores. Diecisiete Estados de la República Mexicana, incluido Guanajuato, han violado la Convención citada, reduciendo la edad penal, para ser sujeto de un delito a los dieciséis o diecisiete años. “La Convención ordena que se es menor, hasta que se cumplan dieciocho, en este caso, si quien delinque no ha alcanzado esa edad, debe recibir un trato especial y no como delincuente del orden común. Además, la Convención multicitada, fue ratificada por el Senado de la República y conforme al 133 constitucional, es Derecho Positivo vigente que le da la misma jerarquía, y en caso de conflicto prevalecerá en México sobre el Derecho Nacional. En otras palabras, cualquier Estado de la República que viole la Convención, puede ser denunciado en Nueva York, ante la ONU y México recibiría una sanción por esa conducta antijurídica”.¹⁸

Deben revisarse la mayor parte de los Códigos Civiles de la República Mexicana, en cuanto a las normas de Derecho Familiar, para eliminar las que discriminan a los hijos por su origen o por las relaciones sexuales de sus padres; es decir, que desaparezcan los hijos adulterinos, incestuosos, de la cárcel, de madre desconocida, huérfanos, de la calle, expósitos, adoptivos, de padre desconocido, legitimados, de concubinato, naturales y de matrimonio.

¹⁷ Ibidem. p. 230.

¹⁸ GÚITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Op. cit. p. 230.

En relación al tema que nos ocupa, debe considerarse que se ha entrado a una regulación de los métodos de fecundación asistida, porque se le dan efectos jurídicos, cuando éste se realiza entre cónyuges y consiente el marido en ellos, porque no se puede impugnar esa paternidad en los términos mencionados. Asimismo, debemos hacer hincapié en que todas las referencias que se hacían en la ley acerca del hombre o de la mujer, han variado y ahora encontramos las reformas que únicamente usan el término de cónyuge. Así ha ocurrido en los artículos 332 y 333, para ilustrar nuestra afirmación. El 334, que hablaba de la viuda, la divorciada y de una serie de hipótesis respecto a la filiación del hijo habido en ese matrimonio, el mismo ha sido derogado y ahora son nuevos supuestos, los que han venido a beneficiar a los que en el pasado, tuvieron que sufrir esas vejaciones. También debe considerarse que ya no se habla de contradicción de la paternidad, sino de juicio de impugnación de ella o de la maternidad, donde se establecen claramente las garantías de legalidad y audiencia y se incluye en esa investigación, al hijo, dándole al Juez Familiar las facultades, para que atienda fundamentalmente al interés superior del menor.

La hipótesis que estaba vigente para considerar como sujeto de derecho a un *nasciturus*, es decir, un concebido no nacido, llega al punto de eliminarse el concepto feto y se habla de él como persona y se mantiene la hipótesis de que nazca vivo y así sea presentado al Juez del Registro o que tenga la posibilidad de vivir 24 horas por sí mismo. Se da el concepto de filiación y se dispone que no puede ser objeto de convenio, transacción o arbitraje y más trascendente resulta el nuevo artículo 338-Bis que a la letra dice, “la ley no establece distinción alguna

entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.” Este es uno de los avances más importantes a favor de los hijos y de la familia. La transacción o arbitraje son los derechos pecuniarios derivados de la filiación, se da en los casos en que la ley lo permita.

Para concluir, diremos que los derechos de los niños nacidos por contrato de maternidad subrogada, en caso de ser viable en nuestra legislación y tomando en cuenta lo que precisa el artículo 383-Bis del Código Civil para el Distrito Federal, establece que:

“La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.” Así, nos encontramos por primera vez en la historia de este país, en la ciudad-capital, que los hijos son iguales ante la ley, la familia, la sociedad y el Estado.

La filiación como regla general, se prueba a través de un acta de nacimiento. So ésta no existe, se tiene que acudir a la posesión constante de estado de hijo. Aquí, el legislador llega a la conclusión de que por los avances de la biología molecular, si no se da esa posesión: “Son admisibles para demostrar la filiación, todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquéllas que el avance de los conocimientos científicos ofrece; pero la testimonial no es admisible si no hubiera un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

En otras palabras, cuando exista el consentimiento de los cónyuges, el niño gozará de todos los derechos que la ley prevé, sólo en caso de falta de consentimiento de los cónyuges habrá que atenernos a lo que se establece al respecto.

E. En el Código Penal para el Distrito Federal.

El Código referido, establece en sus artículos 149 al 155 sobre el tema que nos ocupa en su título segundo, capítulo primero, lo referido a la procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética; lo siguiente.

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

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

“Artículo 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado sin el consentimiento expreso de

la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años”.

“Artículo 152. Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, pro un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución”.

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

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

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana, y

III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos”.

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

De lo expuesto, sugiero que deberán hacerse estudios minuciosos para ver si se incorporan a este código nuevos delitos que pudieran surgir en materia de concepción artificial, que hagan referencia al médico, cónyuges, donadores o bancos de semen u óvulos. Ya que con relación al médico pueden darse actuaciones u omisiones que pueden significar un ilícito, como pudiera ser, el no cerciorarse que el donador cumpla dos requisitos exigidos por la ley, ejemplo; que el donador del semen este infectado del VHI (SIDA), y éste por no cerciorarse plenamente de su salud en que se encuentra infecte posteriormente a la mujer que se le va implantar el óvulo fecundado con ese virus; revelar el nombre del donador, inseminar sin previo consentimiento por escrito de los cónyuges; al donador de semen, que fuerce física o moralmente a una mujer a que se insemine con su semen ya sea soltera o casada, pues iría en contra del bien jurídico tutelado de la honestidad corporal, que en el caso del matrimonio tendría mayor repercusión dado que afectaría a éste y al marido.

También, en caso de aprobarse la regulación del contrato de maternidad subrogada en la legislación mexicana específica en el Código Penal para el Distrito Federal.

F. En la Ley General de Salud.

La Ley General de Salud, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el siete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro, y entró en vigor el primer de julio del mismo año.

En el Título Primero, Disposiciones Generales, Capítulo Único expresa:

Artículo 2°. El derecho a la protección de la salud tiene las siguientes finalidades:

- II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- VII. El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

En este precepto puede observarse la atención del legislador para proteger la vida del ser humano, buscando que ésta se desarrolle de manera óptima. Para tal efecto se permite la aplicación de la investigación científica y tecnológica para la salud tal como se lee en la fracción VII del citado artículo.

El artículo 3° se refiere a la planificación familiar, el cual estipula que:

Artículo 3°. En términos de ésta ley, es materia de salubridad general...

V. La planificación familiar.

En el Título Tercero, del Capítulo VI referente a la prestación de servicios de salud, nos dice que:

“Artículo 67. La planificación familiar tiene carácter prioritario. En sus actividades se debe incluir la información y orientación educación para los adolescentes y jóvenes. Los servicios que se presten en la materia constituye un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, con pleno respeto a su dignidad.

Este precepto, especifica también el derecho a la planeación familia, es decir, el decidir de manera libre y responsable el número de hijos que la pareja desea procrear. Empero, en la primera parte del artículo se incorpora la idea de prioridad respecto de los menores y adolescentes, a efecto de informarlos acerca de la planeación familiar, tal prioridad se entiende en función de que los adolescentes forma a llegar a la edad adulta una familia, para ello este precepto encuentra su relevancia en la preponderante necesidad de concienciar a la

juventud de las responsabilidades que conlleva la planeación y formación de una familia.

El artículo 68 nos indica que:

“Los servicios de planificación familiar comprenden:

- I. 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 establezcan el Consejo Nacional de Población;
- II. La atención y vigilancia de los aceptantes y usuarios de servicios de planificación familiar;
- IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

Considero este artículo, como uno de los de mayor importancia con relación a mi investigación, pues en su fracción IV menciona que entre los servicios que comprende la planificación familiar, se hayan el apoyo y fomento a la investigación biológica de la reproducción humana y no tan sólo van a apoyarla, sino que fomentan el estudio de ésta y de la planificación familiar.

Ahora bien, en el Título Quinto, que trata sobre la investigación para la salud, se pueden enumerar algunos artículos cuya finalidad es brindar protección al ser humano, así tenemos:

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

1. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos”.

En este precepto queda establecida la importancia, de la investigación de los procesos biológicos y psicológicos del ser humano, como factores determinantes de la calidad en la Salud.

La Ley General de Salud, al establecer protección a la vida humana desde su inicio; aunque no define cuando se inicia la misma o bien que es la concepción.

Esta ley protege al ser humano durante su vida y principalmente cuando se trata de hacer investigaciones en el cuerpo del mismo, al efecto los artículos siguientes expresan que:

Por otra parte, en el Título Decimoctavo de esta Ley, denominado “Medidas de Seguridad, Sanciones y Delitos”; en el Capítulo VI “DELITOS” se refiere a la inseminación artificial, en el artículo 466 que dispone:

“Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge”.

Como se puede observar, esta ley se refiere a la fecundación asistida, sólo en el supuesto de que constituya un delito, pero no especifica los casos en que se puede llevar a cabo, ni los métodos que puedan realizarse y con respecto a la mujer casada, esta necesita el consentimiento de su cónyuge para ser inseminada.

El Reglamento de la Ley General de Salud aplicable al tema objeto de nuestro estudio fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el seis de enero de mil novecientos ochenta y siete, entrando en vigor el siete de enero del mismo año; es un instrumento jurídico protector de la vida y la dignidad humana.

Al respecto el artículo 40 nos expresa lo siguiente:

“Artículo 40. Para efectos de este reglamento se entiende por:

XI. Fertilización asistida: Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga), e incluye la fertilización in vitro”.

En este artículo puede observarse que ya se contempla la posibilidad de utilización de los métodos de fecundación asistida.

Con relación a la fracción XI del artículo anterior, el artículo 56 del mismo reglamento añade:

“Artículo 56. La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si este difiere con el del investigador”.

Este artículo establece el momento y las circunstancias en que la pareja puede hacer uso de los métodos de fecundación asistida. A saber, para el tratamiento de la esterilidad. Al respecto considero atinado dicho artículo aunque en forma parcial, ya que establece que se respetarán los puntos de vista moral, cultural y social de la pareja no haciendo referencia a la religión y como sabemos en nuestro país la mayoría somos creyentes, ya que existe la libertad de creencias religiosas, además debe establecer que se autoriza solamente a parejas unidas en matrimonio o en concubinato, que tengan como mínimo dos años de vida en común.

Lo anterior, en virtud de que imaginemos qué pasaría si se autoriza la aplicación de cualquier método de reproducción asistida, a personas que no siendo estériles, desean tener un hijo con ciertas características, o simplemente porque la mujer considera que si tiene un hijo con su marido heredará la apariencia física de éste, y ella lo quiere más atractivo e inteligente, por citar un ejemplo. Ahora con lo que respecta a las personas que se les debe de autorizar la práctica de la fecundación asistida, qué resultado tendríamos si se les autoriza por ejemplo; a homosexuales o a lesbianas; ¿nacerá el niño en una familia adecuada para su pleno desarrollo psicológico y social? Considero que no y por lo mismo, propongo que sólo se autorice a parejas unidas en matrimonio o en concubinato.

La evidente exterioridad del derecho dificulta la apreciación de intenciones. La moral, como conjunto de principios rectores de la conducta que adecuen éste a la naturaleza del ser humano, no es un hecho susceptible de apreciación, menos aún si se pretende que la moral varíe de pareja a pareja.

G. El contrato de maternidad subrogada una realidad en Tabasco.

El Código Civil del Estado de Tabasco, mediante reforma al ordenamiento en cita la cual inicialmente se publicó el 9 de abril del 2007 y fue vigente el 30 de mayo de este mismo año se modificaron los artículos 92, 324 y 360, los cuales, para dar lugar al contrato de maternidad sustituta, (maternidad subrogada) quedaron así.

LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS**TITULO QUINTO DEL REGISTRO CIVIL****CAPITULO II DE LAS ACTAS DE NACIMIENTO****Artículo 92.**

“Artículo 92. Deber de reconocer al hijo.

Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre si, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentara en el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotara la hora, día, mes año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado. si el padre o la madre o ambos piden por si o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar este y se mencionara en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentara únicamente el nombre del que lo presente. En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras “hijo legitimo”, “hijo natural” “hijo ilegítimo”, “hijo de padres desconocidos”, “hijo de padre desconocido”, “hijo de madre desconocida”, o “habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial”, que se inserten con infracción de este artículo, se testaran de oficio, de manera que queden ilegibles. El oficial del registro civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la

entidad y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad esta permitida en los términos establecidos por este código. En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el oficial del registro civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”.

Como podemos ver, el Código en comentario en su artículo citado, a pesar de querer estar a la vanguardia en técnicas de inseminación artificial, es obsoleto, en señalar discriminando y calificando a los hijos y no a los padres, deberá, primero desaparecer tales descalificativos y luego, ponerse a la vanguardia en tales tópicos.

LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS**TITULO OCTAVO DE LA FILIACIÓN****CAPITULO II DE LAS PRESUNCIONES DE PATERNIDAD****Artículo 324.**

“Artículo 324. Quienes se presumen hijos de los cónyuges.

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

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.”

Con el comentario, realizado al artículo anterior, considero, que este, también queda comprendido en el punto de vista citado.

LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS**TITULO OCTAVO DE LA FILIACIÓN.****CAPITULO IV DE LAS PRUEBAS DE FILIACIÓN DE LOS HIJOS CUYOS PADRES NO FUEREN CÓNYUGES.****Artículo 360.**

“Artículo 360. Situación de maternidad substituta.

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

El legislador tabasqueño, quiso resarcir su falta de conocimiento jurídico al pretender estar a la vanguardia con temas de Derecho Familiar actuales, pero que por desconocimiento de la materia no le dieron solución adecuada a la problemática planteada, insisto, se requieren verdaderos conocedores del Derecho Familiar, como el Doctor Julián Güitrón Fuentevilla, para afrontar dichos temas.

H. Aplicación del método comparativo en el extranjero al respecto.

A continuación mencionaremos algunas legislaciones de los países en donde de una u otra forma, se establece el permiso o procedencia de métodos de inseminación in vitro, como es el caso de España, Suecia, Inglaterra, Guatemala; pero sobre todo, saber cuál es la realidad social para la aceptación o negación de dicho contrato.

1. Ley de Reproducción Humana Española.

La Ley No. 35 Española que entró en vigor el 22 de noviembre de 1988, establece en su artículo 1º, lo siguiente:

“Artículo 1º.

1. La presente ley, regula las técnicas de reproducción asistida humana: la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE), y la transferencia intratubárica de gametos (TIG), cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados.
2. Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.”

“Artículo 2.

1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente:
 - a) Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.
 - b) En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.
2. Es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o

económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen.

3. La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de aquella.
4. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.
5. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles, y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.”

“Artículo 3.

Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana.”

“Artículo 4.

Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuada para asegurar razonablemente el embarazo.”

Tal como lo establecen los artículos mencionados con antelación, no debemos estar cerrados a las técnicas de reproducción asistida, ya que estas han surgido con el objeto de facilitar la reproducción humana, cuando las parejas tengan problemas de esterilidad y no haya algún otro método terapéutico que pueda solucionarlo o subsanarlo.

Por tal motivo, debemos regular los procedimientos, que nos permitan llevar a cabo de forma adecuada y segura dichos tratamientos, dejando de ésta manera perfectamente especificado dentro de nuestros cuerpos legales, cuántas y cuáles han de ser las técnicas de reproducción asistida que serán permitidas, así como cuántos y cuáles han de ser los requisitos que deberán reunir los centros sanitarios que pretendan prestar dichos servicios, y de igual manera cuáles serán los requisitos que deberán reunir las personas que se sometan a ellas; evitando de ésta manera, lo que ocurre dentro de la actual Ley General de Salud, la cual, aunque si bien es cierto, no prohíbe la realización de dichas técnicas, también es cierto que no regula de manera específica como se deberán llevar a cabo, dejando de ésta forma al libre arbitrio de quienes las realizan y de quienes se someten a ellas, motivo por el cual, en muchas ocasiones se tornan peligrosas para su salud.

Es realmente de resaltar lo estipulado en el capítulo tercero de la Ley en comento, toda vez que consideramos es la parte medular de nuestra investigación, ya que es en éste apartado en donde se establece la relación que ha de surgir entre el concebido mediante las técnicas de reproducción asistida y aquel que se

somete a ellas, motivo por el cual, transcribimos dicho apartado del capítulo III de la ley en comento, que a la letra dice:

“Artículo 7.

1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo.
2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que pueda inferirse el carácter de la generación.”

“Artículo 8.

1. Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento, previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación.
2. Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 48 de la Ley del Registro Civil, el documento extendido ante el centro o establecimiento autorizado, en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución del donante, prestado por varón no casado, con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la acción de reclamación judicial de paternidad.
3. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda con arreglo al artículo 5, ap. 5 de esta ley, no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación.”

“Artículo 9.

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.
2. No obstante, lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.
3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, sirviendo tal consentimiento como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.
4. El consentimiento para la aplicación de las técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas.”

“Artículo 10.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

De lo anterior, se desprende que cuando se haya consentido plenamente por la pareja la utilización de materia reproductor de un donante, ninguno de los dos, podrá posteriormente renunciar a la filiación del producto concebido mediante la técnica de reproducción asistida, quedando protegido de ésta manera, por la Ley el concebido, de igual manera se protege a la pareja en cuanto a lo que respecta a los derechos que tienen para con el producto concebido, ya que el donante en ningún momento puede reclamar relación alguna con el producto, y de igual manera protege al donante, toda vez que tampoco a él se le podrá reclamar ninguna relación de paternidad o filiación.

Por otro lado, el artículo 9 de la Ley en comento, nos habla de que no se puede reclamar relación alguna entre el concebido y el marido, cuando se lleve a cabo la inseminación post mortem sin consentimiento del de **cujus**; pero a tal respecto, los legisladores españoles inteligentemente y a sabiendas del conflicto que pudiera suscitarse entre las parejas que se encuentran sometidas a las técnicas de reproducción asistida, anteriormente a la muerte del esposo, se dieron a la tarea de contemplar dentro de ésta Ley, una hipótesis que respeta la decisión del marido, la cual establece que el esposo fallecido, en vida y mediante escritura pública o testamento otorgue su consentimiento, para que pueda ser utilizado su material reproductor después de su muerte para inseminar a su esposa y para tal

efecto, la Ley establece que si así lo desea la cónyuge puede hacerlo dentro de los seis meses posteriores a la muerte de su esposo, protegiendo de ésta forma, los derechos de parentesco del que hasta la fecha ni siquiera se encontraba concebido, es por tal circunstancia que como se viene anunciando desde la introducción del presente capítulo que consideramos a ésta ley, una de las más avanzadas a nivel mundial, y la principal base nuestra investigación, ya que es de preocuparse que nuestro Código Civil para el Distrito Federal se encuentre atrasado en tal magnitud, ya que en su numeral 1314, establece que son incapaces de adquirir por testamento o por intestado por falta de personalidad los que no estén concebidos a la muerte del autor de la herencia, quedándose al margen el legislador de aquella época y seguramente desconociendo los procedimientos y avances acerca de los métodos de reproducción humana asistida, con las que contamos en la actualidad, es por ello que consideramos que en nuestro sistema legal, debe haber no sólo estipulaciones en el sentido de que el concebido vía inseminación post-mortem tenga los mismos derechos de filiación y hereditarios del que haya sido concebido anteriormente a la muerte del autor de la herencia, sino que tenemos que ir más allá contemplando también que el concebido mediante inseminación post-mortem; también pueda suceder al de ***cujus***, por sucesión legítima.

2. En Suecia.

En este país se permite la maternidad subrogada o sustituta, siempre y cuando, se respete la dignidad humana, es decir, los derechos elementales de las personas y se proteja siempre el interés del niño.

En Suecia se aceptan todas las técnicas de procreación asistida, hasta la que se hace por medio de renta de vientres, pero, siempre con la participación de uno de los cónyuges en la inseminación.

En esta legislación, el no mantener el anonimato del donador de semen u óvulo, es básica, es decir, el niño debe conocer la identidad del donador, es decir, del padre biológico, ya que prevalece por sobre todas las cosas el derecho superior del niño.

La inseminación asistida post-mortem, está prohibida en Suecia.

3. En Inglaterra.

En atención a la falta de legislación adecuada en Inglaterra y en varias partes del mundo, sobre la maternidad subrogada, “fue que en 1998 correspondió a un Juez de la división familiar de la Suprema Corte de Justicia Inglesa fallar un caso de disputa sobre un niño nacido como consecuencia de un caso de subrogación. Una pareja estéril que vivía en unión libre, decidió contratar los servicios de una mujer que se embarazara con gametos del marido y les entregara el hijo al nacer”.¹⁹

Las gestiones para encontrar a la mujer que se prestara al trato, resultaron infructuosas, la mujer inglesa es más conservadora, resolviéndose entonces a

¹⁹ HURTADO OLIVER, Javier. Op. cit. p. 66.

ofrecer el contrato a una prostituta callejera que por la suma de tres mil quinientas libras esterlinas aceptó embarazarse.

Una agencia de subrogación clandestina contrató a una clínica que sin hacer mayores averiguaciones procedió a la inseminación con éxito. La prostituta recibiría la compensación al hacer entrega de su hijo; los gastos del embarazo y el parto corrían por cuenta de los contratantes.

“La experiencia maternal hizo cambiar de opinión a la mujer y al nacimiento de su hijo se negó a entregarlo conforme a lo tratado, rechazando las ofertas de mayor paga que le hicieron para que cumpliera con el contrato.

El padre biológico ocurrió entonces a los tribunales demandando la custodia y control del niño, pretensiones que le fueron negadas, recibiendo en cambio el tratamiento que corresponde al padre natural de un hijo ilegítimo, alimentarlo hasta que pudiera valerse por sí mismo. A cambio de sus deberes decretó el tribunal el derecho de visitarlo.

Inconforme con los derechos de visita concedidos al padre, la mujer apeló de la resolución y la Suprema Corte en forma unánime revocó ese derecho, prohibiendo además la publicación de los incidentes de su concepción y nacimiento”.²⁰

²⁰ Ibidem. p. 87.

Un nuevo caso se dio a la publicidad recientemente, en el que ninguna de las dos parejas, ni la subrogante ni la subrogada aceptaban al niño en gestación. Relacionadas por medio de una agencia clandestina, una madre de cuatro hijos se comprometió, con el consentimiento de su marido, a gestar al hijo de otra pareja que había devenido en estéril. En consecuencia, la subrogada sería inseminada artificialmente con gametos del varón de la pareja contratante, para que al nacimiento del niño, les fuera entregado. Avanzado el embarazo, la pareja subrogante al parecer se arrepintió, dejó de cubrir los gastos médicos y desapareció, por lo que la embarazada y el marido ocurrieron a las autoridades para hacer cumplir el contrato. Como en Inglaterra los contratos de subrogación no son exigibles, la gestante y su marido fueron advertidos por las autoridades de que, al nacer el niño, sería legítimamente suyo y en consecuencia deberían asumir las obligaciones derivadas de la paternidad.

En resumen, la pareja con cuatro hijos tendría cinco, uno de ellos habido por la esposa con el varón de la otra pareja.

De los casos anteriores puede concluirse que a falta de legislación general que regule la práctica de la subrogación, los conflictos han sido resueltos caso por caso, mediante criterios que en ocasiones resultan contradictorios, y que por lo menos, en el país citado mediante el argumento de optar por los mejores intereses del niño gestado mediante subrogación de maternidad, los casos se han resuelto en beneficio de la pareja con mayores posibilidades económicas y en su caso, de raza blanca.

4. En Guatemala.

A pesar de que las mujeres Guatemaltecas, son las que más ofrecen sus vientres, para procrear su legislación en esta materia es prohibitiva y casi nula. A continuación, sólo señalaremos, qué artículos se pueden relacionar con la investigación en materia de personas y sucesiones en el Código Civil Guatemalteco.

PERSONAS

“Artículo 15. Comienzo de la existencia. La existencia de las personas humanas comienza con la concepción.”

“Artículo 16. Tiempo de la concepción. Duración del embarazo. Se presume que la concepción ha tenido lugar en el espacio de tiempo entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, salvo prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el del nacimiento.”

“Artículo 111. Prácticas eugenésicas. Quedan prohibidas las prácticas eugenésicas tendientes a la selección de genes, sexo o caracteres físicos o raciales de seres humanos. Ninguna modificación puede ser realizada a los caracteres genéticos con la finalidad de alterar los caracteres de la descendencia de a persona, salvo que tenga por objeto exclusivo evitar la transmisión de

enfermedades o la predisposición a ellas. Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo, tienda a la selección de las personas, o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos. Quedan a salvo las investigaciones que tiendan a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas.”

Lo antes estipulado lo consideramos importante ya que dentro de los preceptos arriba invocados, se desprende que los concebidos aún y cuando no hayan nacido todavía, tienen los mismos derechos de aquellos que ya lo han hecho, y por tal motivo, dicha propuesta establece en su numeral 10, el término de 480 días para presumir que se ha llevado a cabo la concepción, y por ende, tener dicho concebido los derechos que toda persona tiene como lo son el de filiación y sucesorio.

Por lo que hace al derecho sucesorio, la propuesta en comento señala algo de suma importancia para la presente investigación, toda vez que en nuestro particular punto de vista de llegarse a adecuar dicha disposición en nuestra Legislación Civil para el Distrito Federal, estaríamos subsanando la laguna concerniente al derecho que debe de tener el concebido mediante la inseminación artificial post-mortem de heredar mediante la sucesión legítima, ya que el Código Civil Guatemalteco precisa en su artículo 2229, lo siguiente.

“Artículo 2229. Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:

- a) Las personas humanas existentes al momento de su muerte.
- b) Las ya concebidas en ese momento que nazcan con vida.
- c) Las que nazcan dentro de cuatrocientos ochenta (480) días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación médicamente asistida con gametos crioconservados del causante o de la crioconservación de un embrión formado con gametos de aquél, sean estas prácticas lícitas o no. En ambos casos, el nacimiento con vida ocasiona la modificación de la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo al momento de la muerte del causante.
- d) Las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.”

Como es de apreciarse, el numeral invocado en su inciso (c) establece un plazo de 480 días para llevar a cabo la inseminación artificial post-mortem, de tal manera que si se logra concebir en éste periodo el concebido tiene el derecho de suceder a su padre biológico, mediante sucesión legítima, sin ser necesario que el de **cujus** llevara a cabo el reconocimiento del concebido, por medio de instrumento público o testamento, tal y como lo maneja la Legislación Española de Reproducción Asistida.

I. Realidad social para la aceptación de dicho contrato.

Resulta obvio que no todos los países tienen la misma exigencia en orden a la procreación asistida. Por el contrario, en el mundo contemporáneo existen

controversias altamente marcadas. Desde luego, los polos más obvios son los enfoques diversos, casi opuestos, se diría, entre los países en vías de desarrollo y aquellos que se ubican entre los desarrollados. Los primeros se encuentran preocupados por contener el incremento demográfico, los segundos luchan con las tasas de crecimiento poblacional negativas. Ello, desde luego influye en el grado de avance y disposición política para analizar el tema de la fecundación asistida.

“Existen dos posiciones en los países europeos que reglamentan especialmente la reproducción con asistencia médica, por un lado, los que promueven el avance de las técnicas e impulsan a continuar con las investigaciones, como Francia, España y el Reino Unido; y por el otro lado, los que pugnan por respetar la dignidad de la persona y el interés del niño; como Alemania, Suecia y también puede colocarse en este ámbito a Francia”.²¹ En términos generales, los criterios que siguen los países europeos son los siguientes:

“Por lo regular, aceptan las nuevas técnicas de procreación asistida en un sentido terapéutico, por ello, se permite no sólo a los matrimonios, sino a las parejas de hecho (excepto en Alemania que requieren de un permiso especial y en Francia que tienen que acreditar la convivencia por más de dos años). Por otro lado, España y el Reino Unido admiten la posibilidad a mujeres solteras.

²¹ GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. La Filiación en los Albores del Siglo XXI. 2ª edición, Porrúa, México, 2005. p. 189.

Se permite la inseminación artificial homóloga como la heteróloga; también la fecundación in vitro con gametos propios de la pareja, se admite en todas las legislaciones; sin embargo, la heteróloga, es decir, con gametos ajenos, en Suecia y Alemania no se acepta, en Francia, sólo excepcionalmente y en España e Inglaterra es una práctica que se permite”.²²

El anonimato del donador es una situación controvertida en las distintas legislaciones. Unas optan por el secreto y otras por el derecho a que los hijos nacidos mediante las técnicas de procreación asistida conozcan sus orígenes. En Suecia, el niño puede conocer la identidad de su padre biológico, ya que postulan sobre todas las cosas, los derechos del niño; en los demás lugares como en Francia, España y el Reino Unido sólo pueden conocerse sus rasgos genéticos o biológicos pero no la identidad del donador.

Existe casi unanimidad frente al criterio de prohibir la sustitución de la maternidad y considerar nulo, de pleno derecho, cualquier contrato que se realice sobre arrendamiento de útero sea gratuito u oneroso. La única excepción, hasta ahora, se da en los países de sistema jurídico anglosajón.

En cambio, las soluciones para el caso de inseminación asistida post-mortem, son divergentes. “En el Reino Unido, se permite pero no se reconoce la paternidad del hombre fallecido; en España también se acepta, pero no tiene efectos de sucesión a menos que el marido de la viuda así lo haya dispuesto y se haga en un término de 6 meses después de su muerte; excepto en Cataluña que

²² Idem.

amplía el plazo a nueve meses, pudiendo prorrogarse a juicio del Juez, hasta por tres meses. Respecto a Suecia, Alemania y Francia es una práctica que queda prohibida”²³.

Un criterio unánime es la ausencia de vínculo jurídico entre la persona donadora de gametos y el niño, en los casos de fecundación heteróloga. Otro criterio unánime es la prohibición de la impugnación de la paternidad si el marido o la pareja ha consentido expresamente a la inseminación. En estos casos, el consentimiento se considera como un elemento constitutivo de la filiación o quizá el elemento más importante de la institución en este tipo de procreación; de tal forma que aquel que haya consentido expresamente la inseminación artificial de su mujer o compañera no podrá impugnar la paternidad del hijo o hija que haya dado a luz.

Una respuesta distinta a la señalada, es la que han realizado otros países, reformando sólo sus códigos civiles o familiares en la parte conducente a la impugnación de la paternidad, prohibiendo ejercitar esta acción si se otorgó el consentimiento para realizar la procreación asistida; algunos admiten la procreación asistida con gametos ajenos, otros sólo con los de la pareja. Ejemplo de esta postura son países europeos como Portugal, Suiza y algunos países de la parte oriental (República Checa, Hungría, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, la Federación Rusa); o países latinoamericanos como Costa Rica y la República de Bolivia, entre otros, Guatemala no acepta.

²³ Ibidem. 190.

CAPÍTULO CUARTO
PROPUESTA PARA REGULAR EL CONTRATO DE MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

A. Conveniencia de determinar y regular dicho contrato.

Como lo hemos venido señalando en capítulos anteriores, actualmente, el hombre ha recurrido a los avances de la tecnología para la solución de los problemas humanos de diversa índole, concretamente en cuanto a nuestro objeto de estudio, las personas que no cuentan con la capacidad natural para reproducirse, han recurrido a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, cuya regulación en nuestro Derecho Positivo vigente es muy deficiente.

Es por ello, que en este apartado, trataremos de explicar, la conveniencia de regular una de las técnicas de reproducción asistida denominada maternidad subrogada o arrendamiento de útero, que consiste en el contrato por el cual una mujer llamada madre sustituta concede el uso de su matriz, para que se lleve a cabo la gestación del feto concebido por los arrendadores a quienes pertenece el óvulo y espermatozoide con que fue engendrado o concebido dicho feto.

Lo anterior, en virtud de que, la utilización de la maternidad subrogada o arrendamiento de útero, es un tema actual, que si bien es cierto en nuestro país, no es tan común, tal vez por el retraso tecnológico, también lo es que algún día será un tema vigente, pues el avance de la tecnología en la medida que se

produce, está más al alcance de la gente, por lo que, sería conveniente regular la posibilidad del alquiler del útero y adecuarlo a las figuras jurídicas, con la finalidad de prever los conflictos que se generarían en todos los ámbitos, principalmente en el ámbito del Derecho Familiar.

Como se ha analizado con anterioridad, actualmente, ya se puede brindar la posibilidad de tener hijos a las personas que tienen algún problema fisiológico para reproducirse, para lo cual, la sociedad ha encontrado algunos actos jurídicos para formalizar esta actividad, apoyándose para tal efecto en las figuras jurídicas vigentes, sin embargo, el sistema jurídico debe entender estas nuevas conductas, y tratar de regularlas para poder establecer en la mayor justicia posible, la equidad entre las partes que en los actos jurídicos intervienen. Dentro de estas actividades, se han apoyado en el contrato de arrendamiento, y se ha llamado arrendamiento de útero, apoyados por otra figura antes analizada que es la subrogación.

Antes de encuadrar el contrato de maternidad subrogada o alquiler de útero como una figura jurídica vigente en nuestra legislación, es necesario precisar que la propuesta de la sustentante para regular dicha figura, es con la finalidad de que dicha técnica de reproducción asistida sea utilizada única y exclusivamente para fines de procreación, debiendo excluirse e incluso prohibirse expresamente cualquier otro fin, ya sea el mercantil, el de investigación, etc., por lo que su aprobación, regulación y aplicación quedará en manos del Estado por conducto de las instituciones públicas competentes, ya que dejarlo en manos de particulares nos encontraríamos en el peligroso hecho de que se convierta en un negocio.

Asimismo, considero que dicho contrato debe permitirse solo entre las parejas que se encuentren médicamente certificadas como incapaces para gestar un embrión, y siempre y cuando la pareja haya agotado todos los medios terapéuticos quedando acreditada fehacientemente la imposibilidad para llevar a cabo dicha gestación por otros medios, y por lo que respecta a la madre sustituta o quien va a prestar su matriz, se limite la celebración de dichos contratos, a las mujeres con posibilidad física que no pongan en riesgo su salud, mayores de edad, y sobre todo, que acrediten que cuentan con recursos económicos o bien propios, que no la hagan recurrir a este tipo de contratos para solucionar una deficiente situación económica, ya que sin duda alguna, se tendrá que otorgar una contraprestación a dichas madres sustitutas, ya sea en dinero o en especie, sin embargo, como se verá más adelante, la aprobación de dichos contratos, quedarán en manos de los jueces familiares, quienes tendrán que tomar en cuenta todas las circunstancias del caso, y resolver en base a los principios de justicia y equidad.

Ahora bien, trataremos de encuadrar el contrato de maternidad subrogada o alquiler de útero, con las figuras jurídicas existentes en nuestro Derecho Positivo vigente, para determinar si jurídicamente la celebración de este tipo de contrato es viable.

Primero, es necesario tomar en cuenta que en el arrendamiento, el objeto del contrato, es una cosa, tal como lo establece el artículo 2398 del Código Civil para el Distrito Federal que establece que el arrendamiento es un contrato

mediante el cual, las partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto mientras que el artículo 2399 del mismo ordenamiento dice que, la renta o precio del arrendamiento puede consistir en una suma de dinero o en cualquiera otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada. En este sentido, es común encontrar un concepto de cosa o bien, como aquel que es susceptible de ser valuado en dinero, y esto resultaría lógico, pues en el arrendamiento, el pago habrá de hacerse en dinero o cualquier otra cosa equivalente, según los preceptos antes citados, sin embargo, y de conformidad con las ideas que expone el maestro Tapia Ramírez, en su libro, Derecho de Obligaciones; “cosa es toda realidad corpórea o incorpórea interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometible a un titular”.¹

En este sentido, el debate se circunscribe a determinar si el útero y todos los elementos necesarios para la gestación (nutrientes, temperaturas) pueden ser objeto del contrato de arrendamiento de útero o maternidad subrogada, a lo que la sustentante estima que si es posible, y basta con dar un vistazo al contenido del artículo 24 del Código Civil vigente que señala: “El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”, mientras que el artículo 647 dice: “El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes”, por último, hay que tratar de entender

¹ TAPIA RAMÍREZ, Javier. Derecho de Obligaciones. 2ª edición, Porrúa, México, 2005. p. 111.

a la ley, en cuanto al concepto de persona a que se refiere en los preceptos legales antes señalados, y encontramos que persona “es un concepto que nace en el Derecho Romano donde surge el concepto de persona jurídica que con su evolución nos lleva a la connotación que jurídicamente se le da actualmente, y su denominación surge de la palabra **personae** utilizada para identificar la máscara con que se cubrían el rostro los actores, con la finalidad de disfrazar su identidad y desempeñar algún papel dentro de las obras teatrales; pero era frecuente, que el mismo individuo representara siempre el mismo papel, por lo que se le llegó a reconocer por la máscara, llegando en consecuencia a tener el significado de la palabra persona como sinónimo de papel o personaje. De ahí que el término persona, quedó referido al individuo como tal, y en orden a los actos jurídicos, como indicativo del papel que juega en ellos”.²

Conforme a las ideas que aporta el maestro Ignacio Galindo Garfias, el estudio del concepto persona se puede dividir en dos aspectos, uno en general y otro específicamente jurídico.

“El primero, que proviene del vocablo **personae**, en su acepción común, denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra hombre y significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo; y que implica al ser humano desde un punto de vista biológico y social”.³

² FLORÍS MARGADANT, Guillermo. Op. cit. p. 268.

³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. 8ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 301.

En el segundo aspecto, se trata de tomar en cuenta y delimitar cuál es el objeto de estudio del derecho en cuanto a la persona interesada, y apreciamos acertada la idea del maestro Ignacio Galindo Garfias en cuanto establece: “al derecho solo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquella parte de la conducta que el derecho toma en cuenta, para derivar de ella consecuencias jurídicas. En este sentido, se dice que es persona el sujeto de derechos y obligaciones”.⁴

En este mismo sentido, se ha pronunciado la doctrina y ha generado un concepto de persona, que se distingue del concepto general de persona denominándola persona jurídica y a la cual, se define como el ente susceptible de ser titular de derechos y obligaciones; es ésta acepción precisamente la que deberá ser objeto de estudio en este trabajo.

Ahora bien, tomando en cuenta el estudio del concepto de persona a que se refiere el artículo 24 del Código Civil para el Distrito Federal, creemos que al señalar dicho precepto, que el mayor de edad puede disponer de su persona, no se refiere a disponer del sujeto de derechos y obligaciones, sino que se refiere al concepto de persona pero como individuo del género humano, cuerpo, fuerza e intelecto. Por lo que consideramos que resulta viable la propuesta que se hará en el presente trabajo.

⁴ Ibidem. p. 303.

Sólo faltaría analizar qué tan necesario o conveniente es regular la maternidad subrogada o el arrendamiento de útero, y al respecto pensamos que no sólo es conveniente, sino indispensable, pues todas las personas que se adhieran a estas nuevas tecnologías para ser padres de familia, van a mezclar en sus contratos, sus ilusiones, sus afectos, su decoro y su dinero, por lo que el amor que nace del esperar un bebé, puede verse opacado por intereses ajenos o poco sanos con esta actividad, en donde se lucrará con la necesidad de paternidad o maternidad, y puede ser totalmente injusto si se deja al libre acuerdo de las partes, en las que se lucrará con los sentimientos, por lo que consideramos que antes de que esto suceda, el derecho debe tratar de regular, si bien, no es posible hacerlo casuísticamente, si puede brindar los lineamientos generales para que estas actividades se lleven en un ambiente de seguridad jurídica.

B. Regulación en esta materia.

En este punto, encontramos una serie de disposiciones aplicables a la materia de maternidad subrogada y arrendamiento de útero.

En principio, hemos de destacar que se ha tratado como un contrato de naturaleza civil, actualmente se ha celebrado sin la intervención del estado, sin que hasta este momento se haya suscitado controversia trascendental alguna, sin embargo, con el avance del tiempo y la accesibilidad que exista del grueso de la población a este tipo de avances tecnológicos, seguramente se verá más y más conflictos de intereses respecto de estas actividades, y lo grave es que están de

por medio niños o bebés, que sin tener ningún tipo de actividad en estos contratos, seguramente serán los más perjudicados, pues consideramos que sería un conflicto grave el que presente un menor de edad, que al tener mejor conocimiento y entendimiento de las circunstancias, se dé cuenta que su madre biológica lo vendió, y que su madre que conoce es substituta, o mejor aún, que se lleve a cabo una controversia por impugnar la maternidad de una persona y que como no es raro en nuestro país, dure mucho tiempo, podríamos incluso decir cuatro, cinco años y que el menor se dé cuenta de este conflicto por sus padres, lo que puede evitarse y debe hacerse antes de que existan personas seriamente lastimadas y se sientan desprotegidas por la ley.

En este sentido, se han utilizado algunos contratos que son aplicables analógicamente a la regulación de la figura de maternidad subrogada, pues en principio, encontramos la adaptación del contrato de arrendamiento de útero, en el que una persona facilita el uso y goce del útero para el desarrollo de un embrión hasta el momento de su nacimiento a cambio de una cantidad de dinero. En principio, en estos casos, el punto de vista pecuniario es el menos importante, pues se trata de personas que si están dispuestas a pagar y lo hacen, es por su propia voluntad, además de que en estos casos, debemos acordarnos que los precios principalmente los pone la ley de la oferta y la democracia, por lo que consideramos que en el momento de que se dé más difusión a este tipo de actividades, seguramente habrá más personas que encuentren en ellas una fuente de ingresos, que sería aprobable o reprobable, pero este es materia de otra controversia. Sin embargo, suponemos que el punto toral en este contrato de

arrendamiento atípico, se da en cuanto al cumplimiento del contrato, pues si bien es cierto, en nuestro sistema jurídico en los contratos civiles rige la voluntad de las partes, y en el principio de seguridad jurídica, lo que no está expresamente prohibido, a los particulares les está permitido, proponemos que el objeto del contrato, es lícito jurídicamente, pues no está expresamente prohibido, sin embargo, como se puede generar a una madre biológica una idiosincracia de que no se encariñe con el niño que lleva en su vientre, y lo mejor, cómo se le hace para que al verlo nacer lo entregue sin problemas, por lo que pensamos que aquí radica el punto toral de esta discusión, ahora bien, tomando en cuenta que de acuerdo a los avances psicológicos, los niños perciben el afecto desde que estén en el vientre materno, entonces, qué sentimiento reciben en los casos de maternidad subrogada.

Al respecto, se pueden plantear muchos argumentos, sin embargo, debemos enfocarnos en el punto de vista jurídico, y que debe ser regulado como una actividad vigente, por lo que, en el fondo es mejor incluso tratar de aceptar estas nuevas realidades, que presenciar cómo aumenta el número de robo de infantes para venderlos a personas que no pueden tener bebés, que en el caso creo que es mejor la figura que se estudia.

Jurídicamente, reiteramos que se trata de un arrendamiento en donde el objeto es lícito porque no está expresamente prohibido, y como no existe un código moral adoptado por todos como aceptable y este es individual a las personas en cuanto a su preparación, educación, cultura; consideramos que habrá

personas que su código moral y/o necesidad les permitan realizar estas actividades, en consecuencia, corresponde al derecho el tratar de regularlas.

En este sentido, el arrendamiento de útero como figura para regular esta actividad, no es del todo descabellada y si se complementa con la subrogación, que como mencionamos en capítulos anteriores y entendemos a la subrogación como la sustitución de bienes u obligaciones por otros, en donde creemos que se encuentra un problema u obligaciones por otros, en donde creemos que se encuentra un problema real, porque nunca podemos considerar que los menores son bienes, u obligaciones, sin embargo, encontramos en la adopción plena, una buena complementación para regular la figura de la maternidad subrogada, en el sentido de que la ley permita obtener en la adopción plena, la seguridad jurídica de las personas que intervienen en este contrato, como un contrato promisorio e irrevocable so pena que el acuerdo de voluntades establezca.

Consideramos que al respecto, todo tipo de reglamentaciones que se formulen, penas convencionales y cumplimiento de las mismas, deben ser vigilados por el Juez Familiar, para lo que se deberá dar intervención a la representación social, para que el juez, apruebe el convenio de arrendamiento de útero y apruebe en forma anticipada la adopción que se solicitó, esto con anterioridad al contrato de arrendamiento y a que se traiga al mundo a una criatura en forma descuidada y sin un futuro cierto, y no pueden ser analizadas en forma casuística por la ley, por lo que proponemos que debe dejarse al arbitrio de las partes la forma del pacto, y solamente, deben ser vigilados por la autoridad.

Para tal efecto, proponemos que un mecanismo procesal adecuado para este trámite es la jurisdicción voluntaria, en la que la persona, madre del menor ponga a consideración del Juez Familiar su deseo de dar en adopción al menor que se gestará mediante arrendamiento de útero, con los gametos de los padres adoptantes o especificarlo según sea el caso, y la solicitud de los padres adoptantes para recibir al menor que nacerá con motivo de una implantación o arrendamiento de útero, previa vista del Ministerio Público y se cumplan las formalidades que para la adopción se requieren, y en este sentido, garantizar a la arrendadora del útero su posibilidad de arrepentimiento, con las penas convencionales que al caso se establezcan.

Por último, consideramos que se debe presentar ante el Juez de lo Familiar el proyecto de contrato de arrendamiento de útero, para que éste, sea aprobado por él, así como la representación social en los términos de su competencia, y en consecuencia se tratará de un documento público y obligatorio para las partes, lo que generará un estado de seguridad jurídica a las personas que accedan a estas actividades.

C. Viabilidad jurídica de esta propuesta.

La propuesta planteada en el presente trabajo, consideramos que es viable, en virtud de que, sin afán de calificar *a priori* las conductas que toman las personas, unas con el ánimo de trascender y las otras con la necesidad económica o ambición desmedida, el derecho debe ocuparse del actuar humano,

y actualmente los avances médicos, permiten a los científicos inseminar o crear a otras personas que tal vez nunca hubieran podido nacer, derecho que no puede tampoco descalificarse, por lo que la decisión de contratar un arrendamiento de útero y una adopción plena anticipadamente deberá siempre respetarse y garantizarse.

En este sentido, las propuestas establecidas en la investigación, dan viabilidad a los contratos antes mencionados, pues se trata en principio, de establecer claramente que la persona, puede disponer libremente de sí mismo con las propias limitaciones que el artículo impone, lo que en todo caso, facultaría expresamente a las personas (mujeres) para que puedan arrendar su útero en forma válida y jurídicamente aceptada. Con esta reforma, se salvaría el primer obstáculo que hemos encontrado en la viabilidad de arrendamiento de útero o maternidad subrogada, que es la imposibilidad de considerar al cuerpo como cosa jurídica, por estar fuera del comercio, sin embargo, como se vio con anterioridad las cosas jurídicas no son únicamente las que están en el comercio, sin que aún pueden considerarse así las que están fuera del comercio.

Por otra parte, la seguridad jurídica que nace de las reformas al Código de Procedimientos Civiles, en su capítulo de Jurisdicción Voluntaria es evidente, ya que en estas reformas se planteará en principio, que antes, incluso de la manipulación genética y el implante de un embrión, debe estar resuelto el asunto jurídico, en el que los adoptantes y arrendatarios, tengan la seguridad de que en el momento de celebrar el contrato y que se encuentre aprobado judicialmente, no

tendrán problemas en el futuro para registrar a su bebé, así como la formalidad y publicidad de la celebración del contrato, su cumplimiento por ambas partes, con la respectiva vista de la representación social. Esta reforma, en lo particular se considera la más importante en la materia, porque, que triste sería ver cómo, se implanta exitosamente un embrión en una madre portadora, y al nacer sería penoso que no se aprobara la adopción, o se demandara la nulidad del contrato de arrendamiento, lo que consideramos es muy posible, ya que por lo general, se lucra con los sentimientos de la gente. Y mejor, aún, atenderlo desde el punto de vista del menor, qué triste sería ver cómo se pelean por él, o tal vez, el saber que su madre lo quiso dar en adopción, pero el Juez no se lo permitió. Y lo peor del caso es, que la falta de reglamentación en la materia, orilla a las personas a incurrir en actos ilícitos como la falsedad de declaraciones al tratar de inducir a los jueces del Registro Civil, para registrar a un menor que no nació de quien pretende registrarlo, conducta que incluso puede constituir un ilícito penal y que sólo está motivada por la necesidad de tener familia, peor aún, si vemos que la legislación ya permite la impugnación de la maternidad, se puede apoyar en adelantos tecnológicos para tal fin, como se estudió en los capítulos correspondientes, y lo más triste es que puede hacerse esto, incluso, cuando el menor ya es mayor, lo que le puede afectar sus sentimientos afectos y su autoestima. Por lo que todo esto, nos hace confirmar nuestra postura en la necesidad de regular el contrato de maternidad subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal, ya que este tipo de técnicas de manipulación genética ya son una realidad y lo peor que podemos hacer es negar nuestra propia realidad.

D. Texto de la propuesta sugerida.

En base al planteamiento del presente trabajo, proponemos una reforma al artículo 24 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que se establezca primeramente el concepto de persona a que se refiere y la posibilidad de que disponga de su persona, propuesta que incluso, serviría para otros diversos temas como donación de órganos, transplantes. Esta reforma debe ser general, y debe hacer una limitación en cuanto no sirva de excusa o escape para el abuso del derecho sobre el cuerpo humano, como el suicidio.

En los términos antes planteados, la reforma al precepto en comento, podrá quedar en los siguientes términos:

“Artículo 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Para los efectos de este artículo, por persona se debe tomar al ser humano, mismo en sus diversos aspectos, psíquico, material, social, por lo que pueden actuar libremente en cuanto no afecten el interés público ni a las normas jurídicas. Dentro del concepto de persona del presente artículo, se encuentra incluso, el del cuerpo humano, por lo que el mayor de edad puede disponer de él, siempre y cuando, no ponga en riesgo su subsistencia ni la de los demás y con las limitaciones que al respecto imponga la ley”.

Con una reforma de esta naturaleza, encontramos que se da una nueva visión del concepto general de persona que se contenía en el artículo antes descrito, en forma general, y que faculta expresamente a los particulares a disponer de su cuerpo.

Asimismo, proponemos una reforma al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el capítulo correspondiente a Jurisdicción Voluntaria, en el que se formule el procedimiento para llevar a la vida jurídica el arrendamiento de útero o maternidad subrogada, en este sentido, proponemos que el artículo señale lo siguiente:

“Artículo 901-Ter. En vía de jurisdicción voluntaria pueden comparecer ante el Juez de lo Familiar con vista al Ministerio Público, las personas que deseen celebrar un contrato de arrendamiento de útero y adopción plena pactada anticipadamente. Para tal efecto, los comparecientes anexarán al escrito inicial el certificado médico expedido por instituciones de salud públicas, en el que acredite que los comparecientes son estériles, así como una copia del proyecto de contrato de arrendamiento de útero y adopción plena, mismo que será sancionado por la representación social, y si no contraviene el orden público será autorizado previos los requisitos a que se refiere el artículo 923 de este código. Una vez que se haya declarado la resolución a que se refiere el artículo 924 del presente ordenamiento, se dará el visto bueno por el Ministerio Público y por el Juez al contrato de arrendamiento de útero y adopción plena, mismo que será sancionado por la representación social, y si no contraviene el orden público será autorizado previos

los requisitos a que se refiere el artículo 923 de este código. Una vez que se haya declarado la resolución a que se refiere el artículo 924 del presente ordenamiento, se dará el visto bueno por el Ministerio Público y por el Juez al contrato de arrendamiento de útero y adopción plena pactada anticipadamente siendo el mismo obligatoria y válido para las partes. Con base en todas las actuaciones de la Jurisdicción Voluntaria a que se refiere el presente artículo, se realizará el acta de adopción en los términos del artículo 86 del Código Civil para el Distrito Federal sin que se requiera para ello un acta originaria. Antes del alumbramiento del bebé, la madre portadora del mismo, podrá revocar su consentimiento del mismo, y se obligará en los términos de las penas convencionales del contrato, así como a devolver lo recibido antes del propio nacimiento.”

Por último, sólo faltaría una adición al artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, en los siguientes términos:

“Artículo 391. Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando, la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.

Así también, se podrán adoptar en forma anticipada a un menor no nacido con motivo del contrato de arrendamiento de útero y adopción plena

pactada anticipadamente en los términos que para tal efecto establezca el Código de Procedimientos Civiles”.

Finalmente, deseo expresar, que mi principal motivación para realizar este trabajo, es el hecho de que el legislador tome en cuenta los acontecimientos que sobre fecundación asistida y maternidad subrogada se están dando en nuestra sociedad, y que al legislar sobre ellos, los seres así concebidos, sean integrados a las familias de sus padres legales, tal como si se tratara de parientes consanguíneos, para que de esta forma, se elabore una legislación adecuada, que proteja los derechos no sólo de los seres que son concebidos de esa forma sino de todas las personas implicadas en estos hechos, pero desde luego, teniendo como finalidad, que los seres humanos concebidos por medio de la reproducción asistida, sean integrados a la familia y por consecuencia a la sociedad con todos los derechos y obligaciones de hijo y de ciudadano mexicano.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Si bien, es cierto, que con la actual legislación en derecho familiar, podría darse solución a ciertos conflictos interpersonales que surgen con la aplicación de las técnicas de la concepción asistida, también es cierto, que existen situaciones fuera del alcance de dicha legislación y es precisamente en este punto, que debemos concentrar nuestra atención para dar solución adecuada a cada caso en particular.

SEGUNDA. La maternidad como un hecho natural y propio de la mujer, se encuentra protegida en diversos ordenamientos jurídicos de nuestro país, sin embargo, no todas las mujeres tienen la posibilidad de llevar a cabo esta función de la naturaleza, ya que no todas cuentan con la capacidad fisiológica y orgánica para desarrollarla, por lo que ante tal déficit, en nuestra actualidad se recurre a las técnicas de reproducción asistida, con las repercusiones jurídicas, sociales y económicas que esto representa.

TERCERA. Con la realización de este trabajo, he pretendido proporcionar razonamientos válidos, como los ya señalados en el capítulo cuarto de esta investigación, para que el tema de la fecundación asistida, cuente con mayor atención por parte de

nuestros legisladores, y se lleve a cabo un estudio más profundo sobre la misma, a fin de que la consideren como una realidad presente entre nosotros, aún cuando no se ha practicado en todas sus formas en nuestro país.

C U A R T A. Será trascendente la regulación del contrato de maternidad subrogada o arrendamiento de útero, para poder determinar las consecuencias que dicha figura generaría, respecto a los diversos derechos que se derivan de la filiación, tales como los alimentos, patria potestad, derechos sucesorios.

Q U I N T A. Cuando nos referimos al concepto de la maternidad subrogada o arrendamiento de útero, nos encontramos ante una figura por demás compleja, ya que estaríamos ante la disyuntiva de que el cuerpo humano y sus órganos, se encuentren en el comercio y se pueda configurar un contrato en los términos precisados por el Código Civil para el Distrito Federal.

S E X T A. En atención al principio de que lo que no está prohibido a los gobernados, les está permitido, y a efecto de configurar los elementos del contrato de maternidad subrogada o arrendamiento de útero, para su debida regulación, se propone una reforma al artículo 24 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que la facultad del mayor de edad de disponer

de su persona y bienes, comprenda en cuanto a su persona, entre otros aspectos, al cuerpo humano, para que el mayor de edad pueda disponer de él, siempre y cuando no ponga en riesgo su subsistencia ni la de los demás y con las limitaciones que al respecto imponga la ley, como se encuentra explicado en el capítulo cuatro de la presente tesis.

S É P T I M A. Para lograr lo anterior, será necesario encuadrar dentro de las figuras jurídicas actualmente vigentes, a la maternidad subrogada o arrendamiento de útero, otorgándosele invariablemente la calidad de un contrato, porque siempre deberá de implicar el acuerdo de voluntades, innominado y de arrendamiento atípico, en el que una mujer llamada gestante concede el uso temporal de su útero para el desarrollo de un embrión hasta el momento de su nacimiento, a cambio de una contraprestación, ya sea en dinero o en especie, y la otra parte se encuentra obligada a proporcionar a la gestante, los cuidados y elementos necesarios para que pueda llevar con éxito el proceso de la gestación.

O C T A V A. Asimismo, será necesario precisar las obligaciones, para cada una de las partes que intervenga en el contrato de maternidad subrogada o contrato de arrendamiento atípico de útero, para evitar la problemática en cuanto al incumplimiento del contrato

y reparación de los daños generados a las partes. De igual forma, se tiene que limitar la celebración del contrato de arrendamiento atípico de útero, para las mujeres que no puedan llevar a cabo la gestación de un bebé, para evitar abusos con la utilización de este contrato.

NOVENA. Con relación a la forma del contrato propuesto, este se debe hacer por escrito ante el juez competente a través de las Diligencias de Jurisdicción Voluntaria, y sólo se podrá llevar a cabo, si el juez, después de estudiar y analizar las circunstancias particulares de cada caso, resuelva aprobarlo.

DÉCIMA. La figura de la adopción plena adquiere especial relevancia en el tema de la maternidad subrogada o arrendamiento atípico de útero, ya que la adopción plena, deberá ser un presupuesto indispensable para la celebración y aprobación de dicho contrato por parte de la autoridad judicial, para brindar seguridad jurídica a las partes, por lo que se propone una reforma al artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, como quedó precisado en el capítulo cuarto de este trabajo.

DÉCIMA PRIMERA. En la actualidad, no existen en nuestro país a excepción de Tabasco disposiciones jurídicas expresas que regulen el uso de las técnicas de reproducción asistida, y en especial de la

maternidad subrogada o arrendamiento de útero, por lo que, con la finalidad de proteger el derecho a la reproducción de las personas que por alguna deficiencia orgánica no puedan ejercerlo por sí mismos, se regule dicha figura en nuestro derecho positivo.

DÉCIMA SEGUNDA. Nuestra propuesta no está fundada en hechos o acontecimientos inciertos, pues la maternidad subrogada o arrendamiento de vientres presente en la actualidad, ya no una fantasía que se encuentra sólo en la imaginación del hombre, sino una realidad que se vive día con día y cada vez con mayor demanda en muchas sociedades del mundo, de las cuales la nuestra no es la excepción, es por eso, que no pretendo dar soluciones vanas, a los posibles conflictos interpersonales que surgen con la práctica de la fecundación asistida, sino por el contrario, deseo que estas ideas en materia de derecho familiar sirvan de alerta para cuando se presenten hechos que requieran de una normatividad que los regule, y para ese entonces, nuestro sistema jurídico cuente con ella.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. Contratos Civiles. 2ª edición, Porrúa, México, 2003.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. 2ª edición, Harla, México, 2003.

BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. T. I. 6ª edición, Porrúa, México, 2002.

CALLE GONZÁLEZ, HABA, María Dolores. La Prestación del Consentimiento en las Técnicas de Reproducción Asistida. 2ª edición, Bosch, Madrid, España, 2005.

CAPITANIO, Gerardo. La Transferencia de Gametos. 2ª edición, Burdeos, Argentina, 2002.

CARCABA FERNÁNDEZ, Marta. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. 2ª edición, Bosch, Madrid, España, 2005.

CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español común y foral Derecho de Familia. T. IV. 6ª edición, Reus, Madrid, España, 2001.

DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto. Derecho Familiar y sus Reformas más recientes a la Legislación del Distrito Federal. 3ª edición, Porrúa, México.

FLORES TREJO, Fernando. Bioderecho. 3ª edición, Porrúa, México, 2005.

FLORÍS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. 6ª edición, Esfinge, México, 2001.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. 8ª edición, Porrúa, México, 2000.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? 2ª edición, Vol. II. Promociones Jurídicas y Culturales, México, 2000.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000. 2ª edición, Porrúa, México, 2005.

GUTMACHER, Alán. Inseminación Artificial Humana. 4ª edición, Nueva Era, México, 2005.

GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. La Filiación en los Albores del Siglo XXI. 2ª edición, Porrúa, México, 2005.

HURTADO OLIVER, Xavier. El Derecho a la Vida ¿y a la Muerte? 6ª edición, Porrúa, México, 2005.

IGLESIAS REDONDO, Juan. Derecho Romano. 12ª edición, Ariel, Barcelona España, 2002.

JAME LEISLE, Mc Cary. Sexualidad y Reproducción Humana Asistida. 3ª edición, Mañuela Moderno, México, 2002.

LÓPEZ FAUGIER, Irene. La Prueba Científica de la Filiación. 2ª edición, Porrúa, México, 2005.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. La maternidad Subrogada o de Encargo en el Derecho Español. 3ª edición, Dy Kinson, España, 2003.

MATEOS, M. Agustín. Etimologías Grecolatinas del Español. 6ª edición, Esfinge, México, 2003.

NOBLE, Elizabeth. La vida sexual del Hombre. 2ª edición, Enciclopedia Humana, España, 2002.

PETIT, Eugene. Tratado de Derecho Romano. 10ª edición, Porrúa, México, 2003.

QUINTERO MONASTERIOS, Miguel. Inseminación Artificial. Humana, su valor en el tratamiento de la infertilidad. 2ª edición, Universidad Central de Venezuela, Caracas Venezuela, 2006.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. La presunción de la paternidad legítima. Estudio de Derecho comparado. 3ª edición, Tecnos, Madrid, España, 2004.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 10ª edición, Porrúa, México, 2003.

SMITH, George. La inseminación Artificial en el Mundo. 3ª edición, Mc Graw Hill, México, Estados Unidos de Norteamérica, 2005.

TAPIA RAMÍREZ, Javier. Derecho de Obligaciones. 2ª edición, Porrúa, México, 2005.

VALVERDE VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia. T. I. 3ª edición actualizado, por publicación de los talleres tipográficos de la cuesta, España, 2000.

VENTURA, Sabino. Derecho Familiar Romano. 3ª edición, Delma, México, 1993.

VILLACORO BARRACHINA, María Dolores. Introducción a lo Biojurídico. 3ª edición, Universidad Complutense de Madrid, España, España, 2005.

ZANNONI, Eduardo. Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. 5ª edición, Astreca, Argentina. 2002.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 3ª edición, Congreso de la Unión, México, 2007.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 73ª edición, Revisado, Actualizado y Acotado por el Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla, Porrúa, México, 2007.

CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO. Anaya Editores, Tabasco, México, 2007.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 74ª edición, Porrúa, México, 2007.

LEY GENERAL DE SALUD. 10ª edición, PAC, México, 2007.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 10ª edición, Porrúa, México, 2002.

Diccionario de la Lengua Española. T. II. 2ª edición, Milenio, México, 2005.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 10ª edición, Grolier, México, España, 2005.

Enciclopedia Jurídica Omeba. T. IV. 10ª edición, Dris Kill, Argentina, 2000.

ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. 6ª edición, Porrúa, México, 2000.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T. I-O, Porrúa-UNAM, México, 2000.

Medical Healt Anual. Sin edición, Enciclopedia Británica, Chicago, 2003.

OTRAS FUENTES

LEVY, Emmanuel. Contrato. En revista Trimestral de Derecho Civil. No. 2. Francia-México, 1998.

SILVA RUIZ, Pedro. Programación Humana Asistida. La Maternidad Subrogada, suplente o sustituta. En anuario, Venezuela, Vol. 21. Tomo único Venezuela 2002.