

FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO  
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

**LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL  
DERECHO LABORAL.**

TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ERIKA DEL CARPIO ROMAN

ASESOR. LIC. MARTHA RODRIGUEZ ORTIZ.

México, Ciudad Universitaria

Octubre, 2008.



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

## **Agradecimientos**

### **Sólo el amor de una madre**

Sólo el amor de una Madre apoyará,  
cuando todo el mundo deja de hacerlo.

Sólo el amor de una Madre confiará,  
cuando nadie otro cree.

Sólo el amor de una Madre perdonará,  
cuando ninguno otro entenderá.

Sólo el amor de una Madre honrará,  
no importa en qué pruebas haz estado.

Sólo el amor de una Madre resistirá,  
por cualquier tiempo de prueba.

No hay ningún otro amor terrenal,  
más grande que el de una Madre.

Tú me haz dado todo ese amor y más,

Te lo agradezco con todo mi amor.

A mí mamá.

MARTHA ROMÁN REYNA.

Por dedicar su tiempo en mí  
Asesoría y darme la confianza  
Para hacer realidad mí sueño.

MI Asesora.  
Lic. Martha Rodríguez Ortiz.

Por el apoyo que he recibido  
En todo momento y sé que  
Es incondicional. Gracias.

Mi familia  
Papá y Hermanas.

Gracias, por perdurar en el  
Tiempo y ser parte de una  
Formación académica.

Mi Escuela.  
Facultad de Derecho, UNAM.

## ÍNDICE.

<u>Agradecimientos</u>	I
<u>Introducción.</u>	V
<u>CAPÍTULO 1. CONCEPTOS GENERALES.</u>	1
<u>1.1. Trabajo.</u>	2
<u>1.2. Trabajador.</u>	4
<u>1.3. Patrón.</u>	6
<u>1.4. Relación de Trabajo.</u>	8
<u>1.5. Subordinado.</u>	10
<u>1.6. Contrato Individual de Trabajo.</u>	13
<u>1.7. Salario.</u>	15
<u>1.8. Maternidad Subrogada.</u>	17
<u>1.9. Inseminación Artificial.</u>	20
<u>1.10. Inseminación In Vitro.</u>	22
<u>CAPÍTULO 2.CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.</u>	24
<u>2.1. Diferencia entre contrato de trabajo y relación de trabajo.</u>	29
<u>2.2. Elementos de la relación de trabajo.</u>	30
<u>2.3. Existencia del Contrato y la Relación de trabajo.</u>	31
<u>2.4. Elementos Esenciales.</u>	32

2.4.1. Consentimiento.	32
2.4.2. Objeto.	34
2.5. Presupuestos de Validez.	35
2.5.1. Capacidad.	36
2.5.2. Ausencia de vicios del consentimiento.	37
2.5.3. Licitud en el Objeto.	37
2.5.4. La forma.	38
2.6. Prestación de servicios fuera de la República o de la residencia habitual del trabajador.	38
2.7. Interpretación de los contratos.	39
2.8. Modificaciones de las relaciones individuales de trabajo.	40
<b><u>CAPÍTULO 3. ESTUDIO COMPARATIVO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.</u></b>	
	44
3.1. México.	45
3.2. En el Mundo.	48
3.2.1. Argentina.	51
3.2.2. Colombia.	55
3.2.3. España.	62
3.2.4. Estados Unidos (Nueva Jersey).	68
3.2.5. Puerto Rico.	74

<u>CAPÍTULO 4. MATERNIDAD SUBROGADA.</u>	<u>79</u>
<u>4.1. Diferentes acepciones de la Maternidad Subrogada.</u>	<u>80</u>
<u>4.2. Tipos.</u>	<u>84</u>
<u>4.3. Objeto.</u>	<u>89</u>
<u>4.4. Sujetos.</u>	<u>90</u>
<u>4.4.1. Madre Sustituta.</u>	<u>91</u>
<u>4.4.2. Padres (Pareja).</u>	<u>94</u>
<u>4.4.3. Terceros.</u>	<u>95</u>
<u>4.5. Obligaciones del patrón y del trabajador.</u>	<u>99</u>
<u>4.6. Terminación de la Maternidad Subrogada.</u>	<u>103</u>
<u>4.7. Propuesta del contrato Individual de Trabajo sobre la Maternidad</u>	
<u>Subrogada.</u>	<u>105</u>
<u>Conclusiones.</u>	<u>116</u>
<u>Bibliografía.</u>	<u>117</u>

## **Introducción.**

La presente investigación, es con la finalidad de obtener el grado de licenciado en derecho, proporcionándoles a los lectores un tema interesante para satisfacer su curiosidad con respecto a lo novedoso que es. Me refiero a la maternidad subrogada viéndola desde un enfoque profesional, o sea el ámbito jurídico.

Existen varias interrogantes sobre el tema, tales como, ¿qué es la maternidad subrogada?, ¿está regulada en nuestro país?, ¿la podemos considerar una forma de trabajo?, entre otras. A tales preguntas deben existir sus respuestas, es por eso que en la investigación que realice tratamos de obtenerlas con la ayuda de los métodos que utilizamos, me refiero al histórico, deductivo, inductivo, analógico, y jurídico.

El desarrollo del proyecto consta de cuatro capítulos los cuales son, el primero es el de conceptos generales, este nos ayudara a saber manejar la información, el segundo es el contrato individual de trabajo, lo relativo a la teoría en el ámbito laboral, el siguiente capítulo es un estudio comparativo de la maternidad subrogada, en donde mencionamos como se maneja esta figura en el extranjero y por último el capítulo cuarto la maternidad subrogada, en donde conocemos a dicha figura y hacemos la propuesta del contrato.

Desde nuestro punto de vista es importante señalar, que la maternidad subrogada vista en el derecho laboral, es una de las mejores propuestas,

debido a que cumple con todas las expectativas del campo, aunque su práctica no es bien vista en la sociedad.



## **CAPÍTULO 1. CONCEPTOS GENERALES.**

En este capítulo será posible conocer los conceptos generales que nos permitirán tener un mejor manejo de la información que se encontrará en toda la investigación.

El Derecho del Trabajo se preocupa por mantener una regulación entre los factores de la producción, para proteger la dignidad de los seres humanos, procurando un equilibrio entre ellos, esto permitirá buscar la compatibilidad de intereses entre el trabajador y el patrón.

Sabemos que el trabajo es regulado en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 123 en la parte inicial diciendo; toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil.

## **1.1. Trabajo.**

En nuestra legislación Laboral vigente se define al trabajo en la segunda parte del artículo 8°, el cual nos menciona la existencia de una actividad humana, intelectual ó material, es decir debe existir una ocupación, la realización de algo en un tiempo determinado. También nos dice la forma en la que debe realizarse dicha actividad de manera intelectual ó material, pero sabemos que los dos conceptos van interrelacionados, porque se dan de manera simultanea.

Independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio; esto es, no necesariamente se requiere de un nivel de preparación para desempeñar una profesión u oficio, cabe mencionar que la profesión requiere de conocimientos que se adquieren en una carrera, en cambio en el oficio es más técnico, se tiene un conocimiento básico para poderlo desempeñar.

Nos atrevemos a mencionar que en tal definición no existen los elementos suficientes para garantizar la existencia del trabajo como es, la mención de una remuneración económica, la existencia del patrón y la relación entre ellos.

El trabajo es el medio por el cual las personas obtienen una remuneración económica para cubrir sus necesidades.

El diccionario de la Real Academia Española, nos dice entre las múltiples acepciones que le da al vocablo trabajo, que este se usa en contraposición a capital y que “es esfuerzo humano aplicado a la producción de la riqueza”.<sup>1</sup>

La ley laboral, también hace referencia al trabajo, en sus artículos 3° y 4°, en su parte inicial.

Debemos tomar en cuenta que los autores que se consultaron se ciñen a la definición establecida por la ley, dándole un enfoque diferente como es el sociológico, el económico, etc.

Podemos decir, que el trabajo siempre ha existido, en la antigüedad se tomaba como un castigo el trabajar, pero hoy en día, cambio la idea hasta llegar a ser una forma de subsistir en la vida.

Este concepto es sumamente importante conocerlo para determinar a la maternidad subrogada como un trabajo

---

<sup>1</sup> BORRELL NAVARRO, Miguel. Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo. séptima. ed. Sista. México. 2001. Pág.83.

## **1.2. Trabajador.**

El trabajador es un elemento en la relación de trabajo, por eso estudiaremos los diferentes significados que le han dado. A las personas que prestan un servicio a otro se le ha denominado de diversas maneras como: obrero, asalariado, jornalero, etc. Existe otro concepto el cual es manejado con mayor libertad en la doctrina y en la legislación, el de trabajador, es por eso que es utilizado en el *argot popular*.

El concepto de trabajador es genérico, porque se le atribuye a todas las personas que prestan sus servicios a otra persona física o moral. Esto tiene su fundamento en la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 3°, segundo párrafo el cual establece el principio de igualdad y en su artículo 8° nos dice el concepto de trabajador.

Analizándolo, en primer lugar dice, que siempre será una persona física, esto nos pone de manifiesto que no pueden intervenir en las relaciones de trabajo personas morales o jurídicas, sino seres humanos de carne y hueso, por parte del trabajador.

La persona física ya mencionada ha de prestar un servicio a otra persona física o moral, en el sentido de que presta sus servicios a otro ser humano de su misma naturaleza o a una persona moral llámese una empresa. También el servicio que se da debe ser en forma personal, esto es, cuando un

trabajador tiene la condición indiscutible de ser humano y por lo tanto el mismo desempeñar el trabajo de forma personal y no por conducto de otra persona. Al respecto menciona el autor Olvera Quintero “el trabajador no debe aprovecharse del trabajo de otro, ello sería impropio, pues constituiría un robo devengado por otro con su esfuerzo, es por eso que el trabajador siempre va a ser la persona física la que desempeñe el trabajo”.<sup>2</sup> Y por último, no sin dejar de ser importante el servicio debe ser de manera subordinada, esto es de manera que el trabajo habrá de realizarse bajo las órdenes del patrón, ya que tiene la facultad de mando.

En los tratados y en usos internacionales se usa el término de “empleador” al referirse al patrón y el de “trabajador” al que realiza el trabajo o presta un servicio. Ahora bien, el trabajador es un ser humano el cual, desempeña una actividad personal subordinada con otra persona física o moral mediante remuneración económica.

Es importante manifestar que el trabajador es protegido por la legislación laboral para beneficiarlo en sus condiciones de trabajo ya que es un sector desprotegido de la sociedad, porque constantemente se ven afectados sus intereses.

---

<sup>2</sup> OLVERA QUINTERO, Jorge. Derecho Mexicano del Trabajo. Porrúa. México. 2001. Pág.88.

### **1.3. Patrón.**

El concepto que veremos a continuación es la contraparte en la relación de trabajo, hablamos del patrón. En la Ley Federal del Trabajo lo definen en su artículo 10, en su primera parte.

Tal concepto define; el patrón puede ser una persona física o moral, esto deja claro que hay una apertura en la figura, incluyendo a las personas morales. También es quien recibe los servicios del trabajador, los utiliza para satisfacer sus intereses con respecto a su empresa o personales. En esta definición no menciona que se paga un salario por utilizar los servicios de uno o varios trabajadores.

En la doctrina nacional, Sánchez Alvarado define al patrón “es la persona física o jurídico colectiva (moral) que recibe de otra, los servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en forma subordinada”.<sup>3</sup> En esta definición le falta desde nuestro punto de vista, fue mencionar el pago que se realiza por el servicio del trabajador.

En la doctrina extranjera, el autor Juan D. Pozzo: “el empleador, o patrón o empresario es quien puede dirigir la actividad laboral de un tercero que trabaja bajo su dependencia en su beneficio mediante retribución y el autor

---

<sup>3</sup> SANCHEZ ALVARADO, Alfredo. Instituciones de Derecho Mexicano del Trabajo. Oficina de Asesores del Trabajo, México. 1967. P.299.

nacional Néstor de Buen, patrón es quien puede dirigir la actividad laboral de un tercero, que trabaja en su beneficio, mediante retribución”.<sup>4</sup> Y el autor Olvera Quintero, la palabra patrón significa, “a la persona que rige los destinos del centro de trabajo, por ser titular de los derechos, por ser dueño o por ejercerlos como tal. Puede tratarse de una persona humana o como la llama nuestra ley, física, o bien de una persona jurídica, de las denominadas, jurídico-colectivas o morales.”<sup>5</sup>

Desde nuestro punto de vista en la doctrina extranjera el autor mencionado se ajusta a los elementos necesarios que describen al patrón en su función de la relación individual del trabajo y con respecto a los autores nacionales, De Buen Lozano en su definición consideramos que le hace falta hablar de la subordinación que existe por parte del trabajador como condición de una relación laboral. Y con respecto en la definición del autor Olvera Quintero no habla de los demás elementos que se encuentran en una relación de trabajo, sólo habla de la función del patrón, el pago de un salario, de quien recibe los servicios (trabajador) y en que forma (subordinada).

Consideramos también que el concepto establecido en la ley le faltan elementos como son la subordinación y el pago de un salario, pensando en como recibe los servicios del trabajador y en la obligación del pago de un salario.

---

<sup>4</sup> DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo I. Decimo quinta. Ed. Porrúa. México.2002. p. 503.

<sup>5</sup> OLVERA QUINTERO, Jorge. Derecho Mexicano del Trabajo. Op.Cit. p.91.

#### **1.4. Relación de Trabajo.**

Para determinar la existencia del trabajo es necesario establecer la relación de trabajo entre el patrón y el trabajador. Conoceremos el significado de relación de trabajo.

En la Ley federal del Trabajo, define la relación de trabajo en su artículo 20, en su primera parte, del cual desprendemos los elementos que determinan su existencia, la prestación de un trabajo personal, lo cual habla de la realización del trabajo se debe hacer de forma personal o sea, el mismo y no por conducto de otra persona. La prestación de este servicio debe ser de forma subordinada, o sea, se realizará el trabajo bajo las ordenes del patrón durante la jornada de trabajo y sobre el trabajo de la empresa. Si no hay este elemento de subordinación, aunque haya un trabajo y medie pago de un importe en efectivo como contraprestación, por el servicio o trabajo prestado, no habrá relación laboral. Existen dos limitantes en este concepto, que veremos adelante. También debe existir el pago de un salario, el consentimiento del patrón. Al respecto el autor De la Cueva nos dice; "para que se constituya la relación de trabajo no necesariamente debe darse el acuerdo de voluntades; en las empresas donde rige un contrato colectivo de trabajo con la cláusula de ingreso, en realidad no se toma en consideración la voluntad del patrón; los sindicatos están facultados para ocupar las plazas vacantes de la negociación aún en contra de la voluntad del patrón en casos



específicos. Es una ficción jurídica la que trata de explicar que el patrón ha dado su consentimiento para asegurar a tal o cual trabajador desde el momento de firmar el contrato colectivo con la cláusula de ingreso”.<sup>6</sup> En las relaciones individuales de trabajo consideramos que debe de existir este consentimiento por parte del patrón.

Con respecto a la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, refiriéndose a esta como patrón sin mencionar que sea física o moral, debería de mencionarse como lo definen al patrón.

Ahora bien, escribiremos los diferentes conceptos de cómo definen la relación de trabajo. Olvera Quintero “nos dice la interferencia intersubjetiva de un trabajador y patrón por virtud de la prestación y recepción del servicio subordinado. El Dr. Carlos Alberto Baccetti define a la relación de trabajo, es la vinculación existente entre el trabajador y el empleador, sea éste persona real o jurídica, con exclusión de la existencia o no de un contrato de trabajo y vinculada a los elementos sociológicos rectores de la disciplina jurídica que regula la materia.

Es una vinculación de carácter jurídico, porque engendra derechos y obligaciones recíprocas, de carácter personal, porque eleva a un primer plano el elemento humano como finalidad en sí.”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> DÁVALOS, José. Derecho del Trabajo. T.I. novena. ed. Porrúa.México.1999.

<sup>7</sup> OLVERA QUINTERO, Jorge. Derecho Mexicano del Trabajo.Op.cit.Pág,112.

En la primera definición consideramos que le hace falta mencionar el pago de un salario. Y en la segunda, refiere una vinculación de carácter jurídico entre el trabajador y el patrón, esto viéndolo de forma personal, es lo que genera derechos y obligaciones recíprocas, pero mas bien es a nivel personal, sin existir la subordinación. Tampoco menciona una prestación de un servicio y el pago de un salario. La definición es vista desde un enfoque sociológico.

La relación individual de trabajo puede existir con o sin el contrato individual de trabajo, ya que es una situación de hecho, regulada por el derecho del trabajo, esta tiene vigencia desde el momento que se presta el trabajo, sin ninguna formalidad, contrato o solemnidad, independientemente del acuerdo, acto o documento que la haya originado.

Dentro de la relación individual de trabajo existe la subordinación para mencionar que existe el trabajo. A continuación hablaremos sobre el tema.

### **1.5. Subordinado.**

El concepto subordinación es un elemento de la relación de trabajo, el cual determina la existencia del trabajo de manera general, "la relación jurídica que se crea entre el trabajador y el patrón, en virtud del cual está obligado el primero, en la prestación de sus servicios, a cumplir sus obligaciones y las

instrucciones dadas por el segundo para el mejor desarrollo de las actividades de la empresa”.<sup>8</sup> En este concepto la subordinación se maneja como relación jurídica, la cual crea un vínculo pero no de subordinación si no de relación personal. También le hace falta hablar del pago que se realiza por la subordinación que existe del trabajador al prestar sus servicios.

Entendemos que se han establecido dentro de la naturaleza de la subordinación dos elementos, la facultad del patrón de poder dictar lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue convenientes para la obtención de los intereses de la empresa y bien un segundo elemento, la obligación jurídica del trabajador de cumplir con estas disposiciones que mencionamos en la prestación de su trabajo. Los elementos mencionados deben darse dentro del tiempo de la jornada de trabajo.

La subordinación es un elemento de la relación individual de trabajo, la cual tiene que ser con fines lícitos.

Conforme al texto de la ley, la subordinación implica por parte del patrón, o de su representante, la facultad jurídica de mando y, por parte del trabajador, en contrapartida, el deber jurídico de obediencia.

---

<sup>8</sup> DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo I. Décimo novena. ed. Porrúa. México.2003. Pág.203.

En la subordinación existe la limitación de la capacidad, de la iniciativa en el servicio que se presta, ya que el trabajador, cualquiera que sea su categoría o grado, siempre se encontrará sujeto a ciertas restricciones en lo concerniente a su libertad para tomar decisiones, por sí, en relación al trabajo que desempeña y que son impuestas por o a favor del patrón.

Olvera Quintero, Jorge nos dice la subordinación implica por parte del trabajador un deber jurídico de obediencia en cuanto al poder jurídico de mando del patrón, en relación a la modalidad, prácticas, estilos e instrucciones sobre el trabajo a desarrollar.<sup>9</sup> Coincidimos con esta definición, describe muy bien a la subordinación.

Subordinación significa por parte del patrón un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio. Esto tiene su sustento en el artículo 134, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo.

Nosotros entendemos a la subordinación como la obligación de obediencia por parte del trabajador y de parte del patrón un poder de mando dentro de la jornada laboral, esta función es de manera recíproca.

La subordinación la encontramos en la maternidad subrogada de dos formas, La que trabaja para una institución privada y por otro lado con los comitentes.

---

<sup>9</sup> OLVERA QUINTERO, Jorge. Derecho Mexicano del Trabajo. Op.cit. Pág.89.

## **1.6. Contrato Individual de Trabajo.**

El contrato individual del trabajo es una consecuencia lógica de la relación de trabajo, pero no necesariamente tiene que existir, para saber que la relación de trabajo tiene sustento en la Ley Federal del Trabajo.

También en su presunción de existencia, la carga de la prueba la tiene el patrón. En la legislación laboral en el artículo 20 en su segundo párrafo lo describe. El contrato individual de trabajo da nacimiento a la relación de trabajo o viceversa.

Los siguientes autores nos dan sus particulares definiciones del tema. Juan D. Ramírez Gronda, define al contrato de trabajo como “aquel por virtud del cual una persona pone su actividad profesional a disposición de otra para trabajar bajo la dirección de ésta mediante una remuneración. El concepto de contrato de trabajo es más amplio, que el de la locación de servicios, pero no opuesto a él, pues debido a que la moderna figura se tipifica sobre notas (subordinación, profesionalidad, continuidad) diversas de las que caracterizan las instituciones tradicionales de origen romanista. La legislación del trabajo se proyecta, principalmente sobre el contrato de trabajo y sobre la relación de trabajo, aunque procura proteger también otras relaciones que tienen por base el trabajo humano.”<sup>10</sup>El maestro J.Jesús Castorena, define al

---

<sup>10</sup> RAMÍREZ GRONDA, Juan D. Diccionario Jurídico. Decima Primera ed. Ed. Claridad. Argentina. 1994. Pág.99-100.

contrato de trabajo en términos casi idénticos a la ley federal del trabajo, en donde nos describe cada elemento que determina el contrato de trabajo. Por mencionar alguno de ellos, es sobre la actividad del hombre o sea, su trabajo es inminente al hombre mismo, también que el trabajo sólo puede obtenerse por libre consentimiento. Los contratos en los que la actividad humana constituye una prestación, son innumerables y que por su objeto pueden clasificarse, entre otras.<sup>11</sup> Y por último el Dr. Ernesto Krotoschin “hay contrato de trabajo siempre que una persona física (trabajador) entre voluntariamente en relación de dependencia con otra (empleador), poniendo a disposición de ésta su capacidad de trabajo con fines de colaboración, y la otra se compromete a pagar una remuneración y a cuidar que el trabajador no sufra perjuicio, material o moral, a causa de su estado de dependencia incluso en cuanto al desarrollo de su personalidad.”<sup>12</sup> En los conceptos que acabamos de mencionar lo que nos resalta es como manejan a la subordinación, en vocablos utilizados en el código del trabajo de 1931, como lo menciona el autor Olvera en su descripción de los conceptos del contrato de trabajo, para nosotros el termino subrogación que se maneja en la actual ley, es el adecuado ya que, expresa la relación existente de trabajo bajo que condición.

---

<sup>11</sup> CASTORENA, J.Jesús. Manual de Derecho Obrero. Derecho Sustantivo. ed.Sexta.México.1984.

<sup>12</sup> KROTOSCHIN, Ernesto. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. Vol.1. ed. Cuarta. Ed. Depalma. Argentina. 1981.

El Contrato individual de trabajo es de vital importancia para nuestra investigación, porque trataremos de dar sustento a la práctica de la maternidad subrogada en un formato de este tipo, lo cual implicaría que estamos en presencia de un trabajo. En nuestro país no existe ningún formato de este tipo.

### **1.7. Salario.**

En el trabajo existe un elemento importante que determina la existencia del mismo, aunque hay autores que dejan ver que no necesariamente debe existir la retribución económica para determinar la existencia de la relación de trabajo.

El salario proviene del latín y de la palabra sal o *salarium*, la Ley Federal del Trabajo en su artículo 82 lo define. La identidad de este estriba en la condición, por su trabajo, si no hay trabajo tampoco un salario.

En nuestra Carta Magna en su artículo 5° nos menciona que nadie puede ser obligado a prestar trabajos *sin la justa retribución*, y en la ley laboral en su artículo 3°, también nos menciona que el trabajo debe efectuarse en condiciones que aseguren un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia. Estas dos referencias mencionadas reconocen la verdadera naturaleza, jerarquía y alcance del concepto.

El salario debe de corresponder al trabajo realizado, no por debajo de salario mínimo esto estaría en perjuicio del trabajador, lo que es contrario a la naturaleza del derecho del trabajo.

Indica Néstor de Buen, un quinto elemento esencial en la relación de trabajo es la retribución o remuneración que por su trabajo percibe quien lo presta.<sup>13</sup> Cabe decir que si el trabajo no es remunerado, no habrá relación regida por el derecho laboral.

En la opinión del maestro Dávalos “la remuneración no constituye un elemento de existencia en la relación laboral trabajador-patrón, ya que su ausencia, esto es, la falta de pago, no conlleva en forma alguna la inexistencia del vínculo laboral, sino que por el contrario, este subsiste y, en todo caso, el no pagar el salario da lugar a sanciones, incluso de carácter penal en contra del patrón incumplido”.<sup>14</sup>

El pago del salario es simplemente una consecuencia de la relación de trabajo que se constituye con el servicio personal subordinado de una persona física a una persona física o moral.

Varios autores se ciñen al significado establecido en la Ley Federal del Trabajo.

---

<sup>13</sup> DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo I. Op.cit.pág.16.

<sup>14</sup> DÁVALOS, José. Derecho Individual del Trabajo. Op.cit. Pág.89.



## 1.8. Maternidad Subrogada.

En la vida de la mujer es muy importante el poder ser madre, por ser una de las etapas que la mujer quiere experimentar y también porque se encuentra en su naturaleza, pero existen algunas circunstancias que no lo permiten, como la infertilidad femenina y para contrarrestar este problema, existe la maternidad subrogada, pero hay más opciones, está solo es una, por eso nos permitimos conocerla por medio de los diferentes autores que mencionaremos a continuación.

Zannoni: “Se alude a la maternidad subrogada (del inglés *surrogate motherhood*) o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja. Del mismo modo, agrega, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo que, una vez nacido, entregarán gratuitamente o por precio al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa”.<sup>15</sup>

La verdadera subrogación es en la que el embrión es ajeno, a la madre que va a ser inseminada para que se de la procreación.

---

<sup>15</sup> SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito. “la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho”. Astrea. Argentina.1996.

Jaime Vidal Martínez sostiene “llamamos sustituta o madre subrogada, a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado que no es su esposo y procrear un hijo. Una vez que ha nacido, la madre cede su custodia a favor del padre, y además, renuncia a sus derechos maternos sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre puede adoptarlo”.<sup>16</sup>

A la maternidad subrogada es llamada de diferentes maneras, en los países extranjeros. Como nos percataremos en el capítulo correspondiente.

Para la autora Vila-Coro, María Dolores, “es la práctica que consiste en contar con los servicios de una mujer para que ésta lleve el embarazo con la intención de entregar el niño, al nacer, a la persona o pareja que lo ha encargado”.<sup>17</sup> En esta definición lo que no nos gusta es la mención de que se ha encargado el niño, los niños no se encargan, se tienen y tampoco hace alusión al método por el cual se lleva a cabo la maternidad subrogada.

En el diccionario de términos médicos-legales se menciona a la maternidad subrogada como, la forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual

---

<sup>16</sup> VIDAL MARTINEZ, Jaime. Las Nuevas formas de Reproducción Humana. Universitat de Valencia: Civitas. España. 1998.

<sup>17</sup> VILA-CORO, María dolores. Introducción a la Biojurídica. “Monografía”. Universidad complutense, Madrid.1995. Pág.212.

(matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos.<sup>18</sup> En este concepto solo faltaría la mención de la técnica de reproducción asistida, por la cual se lleva a cabo la maternidad.

El Dr. Cáceres menciona, “La verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado los óvulos para la procreación”.<sup>19</sup> Al concepto le hace falta la mención de que al tener al bebé se entregara a la pareja heterosexual, con el cual existe un contrato de maternidad subrogada.

Por maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro, se alude a la posibilidad (del contrato) en el cual el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer (distinta a la que aporta el óvulo), que lo gesta y lo procrea en beneficio de la pareja.

La madre subrogada o sustituta es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, inseminarse artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar a la criatura y dar a luz. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico

---

<sup>18</sup> SILVA SILVA, Hernán. Diccionario de Términos Médico-Legales. Jurídica de Chile. Chile. 1989. Pág.147.

<sup>19</sup> LAPLACETTE, Dora Rocío. “Contrato de Locación de Vientre”. Prudentia Iuris. No.4. Argentina. Noviembre, 1995, Pág.75.

y, además, termina todos sus derechos filiatorios sobre ella para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte.

En las definiciones que describimos solamente se menciona la actividad por la cual se lleva a cabo la maternidad subrogada. Esto nos ayuda a tener los elementos suficientes para entender el contrato de maternidad subrogada, lo único que anexaríamos es el pago de dicho servicio.

### **1.9. Inseminación Artificial.**

La Reproducción Asistida, está conformada por varias técnicas que hacen posible la reproducción humana de forma artificial. Esto nos permite que sea posible la maternidad subrogada, utilizando las siguientes técnicas; la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos (GIFT), entre otras.

La inseminación artificial consiste “en introducir artificialmente semen humano en el canal vaginal o la cervix uterina de la mujer, este método es la base para llevarse a cabo la maternidad subrogada, es muy antigua y experimentada esta técnica. También menciona a la inseminación artificial como la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, de una manera artificial, con el fin de producir la

fecundación, pues en realidad es una introducción del esperma en la vagina o en el cuello uterino para tratar de que esa fecundación se lleve a cabo”.<sup>20</sup>

En el diccionario de términos médico-legales, menciona varios conceptos de inseminación artificial, por mencionar algunos; introducción por medio de instrumentos del semen en la vagina o la matriz para producir el embarazo. También es el depósito de líquido seminal en la vagina por medios diferentes a la cópula sexual. Otra definición completa del mismo diccionario, es el procedimiento científico en virtud del cual una cantidad determinada de esperma humano fresco se deposita en un fondo de saco vaginal de la mujer, a los efectos de obtener su fecundación.<sup>21</sup>

La inseminación artificial (IA), “es la introducción del semen dentro de la vagina o el útero de la mujer por medios diferentes a la cópula o acoplamiento sexual”.<sup>22</sup> Diremos también que existen dos tipos de inseminación artificial la Homóloga y la Heteróloga.

La maternidad subrogada es una alternativa para las parejas estériles, con la necesidad de ser padres, es posible mediante la inseminación artificial y un método en específico determinando las características de la esterilidad.

---

<sup>20</sup> VILA-CORO, María Dolores. Introducción a la Biojurídica. “Monografía”. Op.Cit. Pág.194.

<sup>21</sup> SILVA SILVA, Hernán. Diccionario de Términos Médico-Legales. Op.cit. Pág.132.

<sup>22</sup> RUIZ SILVA, Pedro. “Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta”. Anuario. Vol.21. Puerto Rico.1998.Pág.146.

La inseminación artificial se clasifica de dos formas; la inseminación artificial Homóloga y la inseminación artificial Heteróloga. Describiendo la primera es una inseminación con el material genético del esposo en un matrimonio o sea su pareja y en la segunda el material genético es de un donador anónimo.

### **1.10. Inseminación In Vitro.**

Existen varias técnicas de Reproducción Asistida, una de ellas es la Inseminación In Vitro, esta nos permite llevar a cabo la maternidad subrogada, es por eso que la conoceremos por medio de su concepto.

Inseminación In Vitro: “Consistente en la unión de un óvulo y un espermatozoide en el laboratorio, para luego ser implantado en el útero de la mujer. Procedimiento completo para la instalación del óvulo fecundado en el útero de la madre sustituta”.<sup>23</sup>

La fecundación in vitro “es un proceso médico científico de varias etapas, tendientes a subsanar problemas de esterilidad de la mujer, y que consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que sin puestos en contacto de manera artificial, lograda la fusión y conseguido, por tanto, el embrión fuera del claustro materno, es luego

---

<sup>23</sup> MARIN VELEZ, Gustavo Adolfo. “El Arrendamiento de vientre en Colombia”. Opinión Jurídica. No.3.Colombia. Enero/Junio, 2003. Pág.70.

trasplantado a este para el embarazo siga su curso natural”.<sup>24</sup> En los dos anteriores conceptos se describe exactamente el procedimiento que como se realiza la inseminación in vitro.

La fecundación in vitro ha tenido muchos avances, de donde se han creado técnicas nuevas. Lo importante de esto, es que nos permiten realizar nuevos procedimientos en la reproducción asistida para implementarlos en la maternidad subrogada y verla desde la perspectiva laboral.

Al concluir este capítulo nos da gusto haber cumplido con el objetivo, conocer los conceptos fundamentales para manejar la información de nuestro proyecto, el cual, es ver a la maternidad subrogada como una relación individual de trabajo, estableciendo un contrato de trabajo.

En la información que tenemos nos queda claro, la descripción que se hace de cada concepto. Esto nos hace reflexionar para hacer una crítica constructiva, sin el afán de ofender a los autores mencionados, lo único que deseamos es tener nuestra propia opinión, para contribuir con el tema de nuestra tesis.

Lo más importante para nosotros, es tener las bases suficientes para seguir adelante y poder realizar los demás capítulos, para llegar a confirmar o desechar nuestra hipótesis.

---

<sup>24</sup> CÓDOBA, Jorge Eduardo. et.al. Fecundación Humana Asistida. Alveroni. Argentina, 2000.

## **CAPÍTULO 2.CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.**

En nuestro siguiente capítulo, trataremos lo necesario con respecto a la teoría, para poder encuadrar la conducta de la maternidad subrogada en el campo del derecho laboral, con la finalidad de que sea una conducta aceptable por la sociedad siendo lícita. La maternidad subrogada, en otras sociedades se práctica de una manera ilícita, nos referimos ha que no es aceptada por los países en donde se lleva acabo, legalmente.

Lo que nos interesa es conocer la base legal de nuestro sistema para poder encuadrar está conducta como un trabajo digno, siendo lícito y reconocido por la sociedad, entre otras cosas.

Ahora hablaremos de los antecedentes del Contrato Individual de Trabajo, en el cual “su origen se encuentra en Roma, fue una sociedad cuya economía



se basaba en el trabajo esclavo. La actividad productiva no se realizaba por medio de relaciones entre hombre libres, como acontece actualmente. El trabajador era propiedad viva de otro hombre, sobre cuyos hombros recaían los encargos de producción de la riqueza.

La relación de trabajo revestía jurídicamente el aspecto de auténtica relación real de dominio. Las clases dominantes consideraban esta actividad vil y deshonrosa. Esas ideas llevaron a los romanos a cometer un equívoco cuando disciplinaron jurídicamente el trabajo de los que no eran esclavos.

El Derecho Romano lo reguló como fruto de un contrato denominado *locatio conductio*. Era un contrato que se realizaba cuando “se prometía, por cierta paga, una cosa para gozar, un servicio para prestar, una obra para hacer”. Este contrato podía presentarse bajo tres modalidades: a) *locatio rei*; b) *locatio operarum*; c) *locatio operis facendi*.

En la primera, una de las partes se obliga a conceder a otra el uso y gozo de una cosa, a cambio de cierta retribución. Aquél que concedía el bien, para ser gozado se llamaba *locator*; el que pagaba el precio conductor, tomando éste el nombre de *inquilinus*, si el predio *locado* era urbano, y de *colonus*, si era rural.

En la segunda y tercera, el objeto del contrato era el trabajo humano. En la *locatio operis facendi*, no se lleva en contra la razón de cada uno de los

servicios, que deben ser prestados, mas sin la ejecución de la cosa toda. En la *locatio operarum*, en contrario, lo que se lleva en contra es el servicio. La distinción residía, asimismo en el modo por el que el trabajo era prestado en vista de su resultado.

La *locatio operarum* era un contrato sinalagmático. En Roma, el campo de aplicación de la locación de servicio (*locatio operarum*) era limitado. En primer lugar porque la producción de la riqueza era tarea desempeñada por los esclavos. Esta figura tenía ciertas condiciones las cuales son, no podía haber tenido aplicación constante y frecuente, los romanos no concebían que el trabajo de ciertos intelectuales, como abogados y preceptores, constituyese objeto de locación. Distinguían las *operae illiberales* de las *operae liberales*. Al principio éstas no podían ser remuneradas. Posteriormente, se admitía a su retribución bajo el nombre de *honorarium*.

Los romanos, realmente regularon la *locatio operarum* como un negocio que implicaba una verdadera sujeción personal, de modo de permitir a los modernos romanistas trataran el *mercenarius* análogamente al nexo, viendo en el primero un verdadero siervo. El ingreso del trabajador en la *domus do pater familias* le determinaba dos consecuencias: una pasiva y otra activa. La subordinación y la representación. El *dominus* tenía la facultad de comandar aun fuera del estrecho círculo de la relación de trabajo. Ejercía sobre los trabajadores un tan amplio poder disciplinario que no se tornaba necesario utilizarse de la *actio furti* en el caso en que hubiese cometido un hurto en su

perjuicio análogamente a lo que ocurría con el *servus* y otras personas sujetas a la disciplina del *dominus*. Por otro lado, gozaba el *pater familias* de una limitación de la representación del *mercenarius*.

Algunas reglas particulares eran observadas, de manera vaga, en la estipulación contractual. La indivisibilidad de la jornada era una de ellas. La jornada de trabajo era fijada de sol a sol. La duración de la vida humana constituía el límite máximo de la relación contractual. La muerte del trabajador o la del conductor actuaba como causa de extinción del contrato. En los contratos a término no se admitía rescisión por cualquiera de las partes, no era permitida la substitución de las partes en la prestación del trabajo. El conductor podía destinar, libremente al *locator* para ésta o aquélla función. El salario constituía elemento esencial al negocio (*merx, merces*). Debía ser pagado en dinero, más podía también, asumir una forma mixta: dinero y alimentación. Esta última más ampliamente practicada. La época de pago era al fin de cada jornada, o a fin del mes. La enfermedad del empleado no determinaba la suspensión del contrato de trabajo, y no podía reclamar el salario.

Motivos que no fuesen personales al trabajador, como la avalancha, el incendio, etc., dejaban el derecho integral al salario. En caso de insolvencia del conductor, era asegurado al trabajador el pago del salario. Del contrato de locación, como es obvio, nacían dos acciones: la *ex -locato* para el trabajador y la *ex - conducto* para el empleador.

El Código Francés de 1804, reguló el contrato de trabajo, como una de las modalidades de la locación, en el capítulo III, Título VIII, del tercer libro. El primero contenía la regla por la cual el trabajador sólo se podía obligar por cierto tiempo para la ejecución de determinada obra. El segundo era referente al contrato de prueba.

La exposición de motivos del Código, la condición del hombre libre repela toda especie de esclavitud.

La aparición de derecho del trabajo significa el dislocamiento de la relación jurídica del trabajo en el campo del derecho civil.

El contrato de trabajo había sido regulado por las legislaciones civiles y había sido concluido como una institución eminentemente del derecho civil, así lo fue también en nuestro país en donde fue rescatado posteriormente por el texto constitucional, quien a través del artículo 123 establece principios del derecho del trabajo”.<sup>1</sup>

Por primera vez es utilizado el término contrato de trabajo por los economistas a finales del siglo XIX. En Bélgica, el 10 de marzo de 1900.

---

<sup>1</sup> GOMEZ, Orlando. Et.al. Curso de Derecho del Trabajo. Cárdenas. México. 1979. Pág, 169.

Ahora conoceremos los elementos concernientes al contrato individual de trabajo y la relación de trabajo en su ámbito teórico laboral, en donde los autores y las leyes forman parte.

### **2.1. Diferencia entre contrato de trabajo y relación de trabajo.**

El profesor Alberto Trueba Urbina, nos dice que: “En realidad la relación, es un término que no se opone al contrato, sino lo complementa, ya que precisamente aquella es originada generalmente por un contrato, ya sea expreso o tácito, que genera la prestación de servicios y trae consigo la obligación de pagar salarios y cumplir con todas las normas de carácter social. En todo contrato o relación laboral se aplica forzosamente el derecho objetivo social, consignado en la legislación del trabajo, así como el derecho autónomo que se establezca en el contrato y que se supone que es superior a la ley en prestaciones favorables a trabajador”<sup>2</sup>.

La relación de trabajo se inicia en el preciso momento en que se empieza a prestar el servicio; en cambio, el contrato de trabajo se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades.

Por lo tanto, se puede dar el caso de que exista un contrato de trabajo sin relación laboral, como cuando se celebra un contrato y se pacta que el servicio se preste posteriormente.

---

<sup>2</sup> TRUEBA URBINA, Alberto. Nuevo derecho del Trabajo. Porrúa. México. 1975. Pág.278.

En cambio, la existencia de la relación de trabajo hace que se presuma la existencia del contrato, ya que entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe, se presume la vinculación laboral y la falta de contrato escrito es siempre imputable al patrón.

Al prestar un servicio a otra persona se da por entendido que existe una relación de un trabajo o un contrato de por medio, en un tiempo pre establecido.

Con lo anterior expuesto nos da un parámetro para saber, que no se necesita un contrato para tener una relación de trabajo, de esto partiremos en la maternidad subrogada, pero por seguridad se necesita el contrato.

## **2.2. Elementos de la relación de trabajo.**

El concepto que mencionamos de la Ley Federal del Trabajo en el respectivo capítulo, nos permite ver la descripción de los elementos de la relación de trabajo los cuales los desprendemos de la definición del autor De la Cueva, “que son; a) dos personas, una de las cuales tiene el carácter de trabajador y la otra el de patrono, b) una prestación de trabajo, término que conocemos, c) la característica que acompaña a la prestación de trabajo, a la que la ley ha dado el nombre de subordinación; d) El salario, que según el artículo 82,

lo define.”<sup>3</sup> También podemos considerar a la relación de trabajo desde “los elementos subjetivamente y objetivamente, esto es sus elementos subjetivos son considerados el trabajador y patrón y en su elemento objetivo es la prestación de un trabajo personal subordinado y el pago de un salario”<sup>4</sup>.

Los elementos que acabamos de mencionar se encuentran tanto en la relación de trabajo como en el contrato individual del trabajo.

Cabe mencionar que se puede dar la sustitución en el elemento subjetivo con respecto al patrón como figura dentro del derecho laboral. Esto nos hace pensar que el término de sustitución existe en el campo laboral.

### **2.3. Existencia del Contrato y la Relación de trabajo.**

Puede no existir el contrato de trabajo y sí la relación laboral no obstante esto, la ley habla del contrato y de la relación de trabajo.

La Ley laboral establece la existencia del contrato y de la relación de trabajo se presumen entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe (artículo 21).

En estos dos términos son complementarios uno del otro, por su presunción.

---

<sup>3</sup> DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano. Op.Cit.Pág.199.

<sup>4</sup> OLVERA QUINTERO, Jorge. Derecho Mexicano del Trabajo. Op.cit.Pág.117.

Existe la presunción de que toda persona que presta un servicio personal, esta bajo la protección de la legislación laboral, a menos que el patrón demuestre lo contrario.

Esta presunción ha sido atacada por empresarios para anular esa ventaja de los trabajadores. Porque la carga de la prueba es para el patrón.

## **2.4. Elementos Esenciales.**

En este rubro mencionaremos los elementos que conforman el contrato individual de trabajo.

### **2.4.1. Consentimiento.**

En materia laboral se manifiesta en tres formas: verbal o por escrito, siempre que acepten mutuamente las condiciones, y expreso o tácito cuando las partes realicen actos que lo presuponen, como establece el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo.

El consentimiento será “expreso cuando se otorga el contrato por escrito y en éste constan todas las condiciones de trabajo, así como los requisitos exigidos por la ley en materia de contrato, o bien cuando se realice de manera verbal, es decir, cuando sin constar, en un documento todas las condiciones de trabajo sean discutidas y claramente establecidas por las



partes. El consentimiento será tácito cuando no conste por escrito o no se hayan establecido de manera verbal las condiciones de trabajo, pero se ejecuten actos que no dejen lugar a duda del consentimiento para prestar un servicio y retribuirlo”.<sup>5</sup>

En el momento que hablamos de contrato individual de trabajo, necesariamente se origina por un acuerdo de voluntades (consentimiento) en virtud del cual una persona se obliga a prestar a otro trabajo personal y subordinado a cambio de una remuneración. Es decir, el contrato individual de trabajo se da cuando existe una manifestación, por parte del trabajador y de parte del patrón, para la aceptación de celebrarlo.

Puede ser expreso o tácito. El primero se da cuando se otorga el contrato por escrito, en donde constan las condiciones de trabajo (artículo 25) o verbalmente, y el segundo cuando no se ha empleado una forma para celebrar el contrato, pero se ejecutan hechos que demuestran que se ha consentido la prestación de servicios.

El consentimiento como ya se ha manifestado es la expresión de la voluntad de las personas para consentir el trabajar, con el fin de percibir un salario.

Es la manifestación de la voluntad en un hacer o no hacer de la persona.

---

<sup>5</sup> GARRIDO RAMÓN, Alena. Derecho Individual del Trabajo. Ed. Oxford University Press. México. 2007.

En el caso de la maternidad subrogada es importante este rubro ya que partimos del acuerdo de voluntades en el cual participa el consentimiento de las dos partes.

#### **2.4.2. Objeto.**

El objeto de la relación de trabajo consiste, por un lado, en el servicio personal y subordinado que una persona física brinda a otra física o moral, esto se encuentra establecido en el artículo 8 de la ley laboral. Y por otro lado, las contraprestaciones a que el trabajador tiene derecho, principalmente el salario, pues nadie puede ser privado del producto de su trabajo, como se indica en el artículo 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“El objeto posible del contrato de trabajo puede ser, un objeto directo; esto es por parte del trabajador, consistente en la obligación de prestar el servicio en forma personal y subordinada, y por parte del patrón, el objeto directo consistente en la obligación de pagar un salario.

Y un objeto indirecto, que es la prestación efectiva del servicio específico y el pago del salario”.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> DÁVALOS, José. Derecho del Trabajo. T.I. Op.Cit. Pág.108.

El contrato de trabajo puede omitirse la precisión del objeto; sin embargo, el contrato existe, y la prestación del servicio por parte del trabajador, será aquel trabajo que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición y que será del mismo género que los que formen el objeto de la empresa o establecimiento.

El objeto en nuestro contrato de trabajo en la maternidad subrogada es complejo al determinarlo, pero lo conceptualizamos en el servicio que presta la madre gestante y por parte de los padres genéticos la obligación de dar las prestaciones.

## **2.5. Presupuestos de Validez.**

Como su nombre lo indica presupuestos de validez, hacen valido el contrato individual de trabajo, en su integración.

En nuestro proyecto del contrato de maternidad subrogada nos servirá analizar cada elemento para el formulario y así obtener su validez.

### **2.5.1. Capacidad.**

La Constitución Mexicana y la ley laboral prohíben el trabajo de los menores de 14 años y el de los mayores de esa edad, pero menores de 16, que no

hayan terminado la educación obligatoria y que no tengan autorización de sus padres o de su tutor y a falta de ellos, del sindicato a que pertenezcan, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del inspector del trabajo o de la autoridad política. “La prohibición impuesta por la no utilización del trabajo de los menores de catorce años no plantea una cuestión de incapacidad, sino que es una medida de protección a la niñez..., tampoco lo es y por las mismas razones, la prohibición que se impone a los menores de dieciséis años que no han terminado la educación obligatoria.”<sup>7</sup>

El párrafo final del artículo 23 de la Ley dice que “Los menores trabajadores pueden percibir el pago de sus salarios y ejercitar las acciones que correspondan.” Si bien los menores de dieciséis años necesitan autorización para prestar su trabajo, pueden, en cambio, al igual que los mayores de esa edad, recibir sus salarios y ejercitar las acciones de trabajo, sin intervención del padre o tutor.

Entonces, las acciones que realicen los menores de dieciséis están protegidas por la ley, esto con la finalidad que pueda disfrutar su salario, por ser fruto de su trabajo.

La capacidad es importante tomarla en consideración para establecer un parámetro para saber si tiene las aptitudes para desempeñar el trabajo para lo que fue requerido.

---

<sup>7</sup> DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano. O.p. Cit.Pág.211.

La capacidad en la maternidad subrogada la consideramos, para saber que puede desempeñarse el trabajo, ya que no todas tienen esa capacidad.

### **2.5.2. Ausencia de vicios del consentimiento.**

El único supuesto que contempla la Ley en que existe vicio del consentimiento, es el dolo; el patrón puede rescindir la relación laboral sin incurrir en responsabilidad cuando ha sido engañado con respecto a la capacidad, aptitudes o facultades del trabajador, ya sea por éste, o por el sindicato que lo propone. La Ley sanciona tal supuesto con la rescisión y no con la nulidad del contrato de trabajo (artículo 47, I).

### **2.5.3. Licitud en el Objeto.**

En el artículo 5° se establecen las causas fundamentales de ilicitud en el objeto de la relación laboral, pero existen algunas otras disposiciones que señalan la ilicitud en el objeto, como son los artículos 133 y 135, que se refieren a las prohibiciones impuestas a patrones y trabajadores, respectivamente.

Lo cual nos indica que las que no se encuentren dentro de ese catálogo es un conducta lícita para el contrato individual de trabajo. Por el principio de derecho de la exclusión.

El objeto de la relación de trabajo no necesariamente tiene que estar preestablecido, en el contrato de trabajo, pero sí tiene que ser lícito para no cometer un delito.

#### **2.5.4. La forma.**

Encontramos este presupuesto de validez en los artículos 24,25 y 28 de la Ley Federal del Trabajo. No sólo se refiere este requisito al acto que dio origen a la relación laboral, sino a diversos actos que se suceden durante la relación misma.

La falta de este requisito no invalida la relación laboral. Los trabajadores conservan todos los derechos que les otorga la ley y los que se deriven de los servicios prestados. El patrón tiene que respetar los derechos y de cumplir con ellos, sino será sancionado por la autoridad administrativa.

#### **2.6. Prestación de servicios fuera de la república o de la residencia habitual del trabajador.**

La prestación de estos servicios se debe sujetar a ciertas reglas, como las establecidas por el artículo 28 de la ley. Parte de esas reglas se aplican en caso de que se presten servicios a más de cien kilómetros de la residencia habitual del trabajador (artículo 30), dentro de la República.

Con estas disposiciones se trata de someter ese tipo de contratos al orden jurídico nacional.

## **2.7. Interpretación de los contratos.**

En el texto del artículo 31 de la ley menciona “los contratos y las relaciones de trabajo obligan a los expresamente pactado”, ese precepto debe entenderse en el sentido de que si el derecho del trabajo no protege la voluntad de las partes, si en la realidad las normas mínimas de los trabajadores en la fuente de trabajo están por encima de lo acordado por el trabajador y el patrón, deben seguir aplicándose esas normas mínima que pueden estar consignadas o pueden formar parte de un contrato colectivo, de un contrato-ley o de los usos y costumbres. Y también es aplicable el artículo 18 de la ley, el artículo 842 con respecto a los laudos que deben ser claros, precisos y congruentes con la demanda, contestación y demás pretensiones deducidas en el juicio oportunamente.

Esto nos será de mucha utilidad para hacer valer nuestro contrato individual de trabajo con referente a la maternidad subrogada, porque se describirán las condiciones de trabajo, en el caso de existir la interpretación, porque se sujetarán a lo pactado.

En la interpretación de los contratos siempre prevalecerá lo más favorable para el trabajador siempre y cuando no haya actuado con dolo, como ya se hablo del caso.

Es por eso, que las partes siempre deberán estar al cuidado de sus actuaciones en el tiempo en que están en la relación individual de trabajo, para no verse dañados en sus beneficios y por consiguiente no exista un proceso en el cual exista la interpretación de las clausulas en favor de las partes para llegar a una equidad en derechos.

## **2.8. Modificaciones de las relaciones individuales de trabajo.**

La sustitución de alguno de los elementos o términos de una relación laboral, es lo que constituye su modificación. Esta modificación puede ser “subjetiva, entre los sujetos de la relación laboral, por ejemplo: la sustitución del patrón.

Pueden modificarse las condiciones de trabajo contenidas en el contrato individual de trabajo; entonces será una modificación objetiva.

Cuando la modificación sea expresa, se debe cumplir con lo dispuesto por el artículo 33, párrafo segundo, es decir, debe ser por escrito y contener una descripción de los hechos que la motiven y de los derechos comprendidos en el convenio o contrato”.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> DÁVALOS, José. Derecho Del Trabajo. T.I. Op.cit. Pág.112.



Para los intereses de nuestro contrato tendríamos que analizar bien si es posible la modificación del mismo, y en que momento se lleva acabo, porque no es un contrato cualquiera, por las condiciones que se establecieron.

El contrato individual de trabajo es propuesto en esté capítulo para satisfacer la necesidad de conocer y manejar a la teoría con respecto al tema, para tener un mejor aprovechamiento en el encuadre de la conducta de la maternidad subrogada en el derecho laboral, en especifico verlo desde la perspectiva de un trabajo en el cual existe un contrato.

En nuestro país existen varios trabajos, con el propósito fundamental de la remuneración económica para los trabajadores, porque cubren sus necesidades primarias, aunque en la actualidad el salario mínimo no las cubre. Pensamos en la práctica de la maternidad subrogada como un trabajo, de forma especial debido a sus características particulares que lo integran.

La relacion individual de trabajo se da por el acuerdo de voluntades esto nos permite decir que también nace así la relación individual de trabajo en la maternidad subrogada, ya sea de manera verbal (expresándolo) y luego se perfecciona en el contrato (hablamos de la forma).

Con respecto a la capacidad como presupuesto de validez, tomamos en consideración a la persona que sea capaz de desempeñar el trabajo, nos referimos a que sea mayor de edad, y tenga antecedentes en esta práctica, para saber como se dio todo el proceso y haya sido satisfactorio, así tendremos una garantía en el trabajo que se desempeñara. La relación de trabajo se perfeccionaría desde el momento en que se inicia el proceso de la inseminación artificial por cualquier método hasta su culminación que sería la entrega del producto.

El objetivo de nuestro contrato es posible, por la prestación del servicio de forma personal y subordinada. Y del patrón de pagar un salario, aquí hablamos de las prestaciones que se le darían a la madre portadora llamándola compensación a su servicios.

Conociendo todos los elementos necesarios del derecho del trabajo y en específico los de derecho individual de trabajo llegamos a determinar la existencia de estos para conformar dicho contrato, lo cual también nos hace pensar en como sería identificado en el mundo del derecho para que tenga un reconocimiento legal.

Tomamos en consideración, la teoría del derecho del trabajo para conceptualizar los elementos en la práctica de la maternidad subrogada.

En nuestro país el tema expuesto es incierto, al no encontrar fundamentos jurídicos expuestos en la teoría, legislación, jurisprudencia, o tener algún antecedente de esta práctica.

Es muy pronto para nosotros poder determinar la existencia del contrato de la maternidad subrogada, pero con los elementos que acabamos de mencionar en el capítulo y con la perspectiva que tendremos de los siguientes. Podemos afirmar que, si es posible que se lleve a cabo, eso sí siendo un contrato especial por sus características que en él se encuentran.

Es necesario que exista una regulación con respecto al tema para que puntualice todas las especificaciones de dicha actividad.

Podemos afirmar que es necesario que exista referencia en la materia laboral en su legislación, sobre la existencia de varias opciones dentro de esta rama de la biotecnología, tratándose cuestiones laborales.

Tenemos que considerar y dejar bien claro que al coordinar lo que es la teoría y la práctica de la maternidad subrogada se van a generar varias interrogantes que trataremos de dar una solución razonable sin perder objetividad.

### **CAPÍTULO 3. ESTUDIO COMPARATIVO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

En este capítulo nuestro objetivo es conocer en otros países la maternidad subrogada, es de vital importancia saber como se ha manejado esta situación. Pero necesitamos aclarar que para hablar de esta técnica es necesario también hacer mención de los antecedentes de la inseminación artificial (IA) o también conocida como reproducción asistida (RA), ya que es la técnica por la cual es posible que se lleve acabo la maternidad subrogada.

### **3.1. México.**

El fenómeno de las madres portadoras no ha podido surgir hasta el desarrollo de las ciencias biológicas aplicadas al hombre y de las correspondientes técnicas que lo han hecho posible, lo que ha sucedido muy recientemente, ello no implica que podamos encontrar incluso remotos precedentes, que guardan una cierta analogía con dicha figura. “En los primitivos pueblos patriarcales y poligámicos en los que resultaba imprescindible la existencia de hijos para la guerra, la defensa, el pastoreo y constituía un grave oprobio la esterilidad femenina, pueden encontrarse algunos ejemplos. Puede citarse el caso de Sara, que no podía dar a su marido Abram, pero tenía una sierva egipcia llamada Agar y dijo a su esposo: ruégote que entres a mi sierva; quizás tendré hijos de ella. Y Sara, mujer de Abram, tomó a Agar su sirvienta egipcia y dióla a su marido por mujer, el cual cohabitó con ella y concibió. Parece ser que se ajustó el patriarca, al que más tarde el señor cambiaría de nombre por el de Abraham, al Código de Hammurabí, que regulaba toda su vida conyugal. Según dicha normativa, la mujer estéril podía dar a su marido una esclava por su mujer perdiendo, así el marido todo derecho de repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, ésta podía venderla. Si la mujer principal no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, podía el marido tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal, pero si la esclava proporcionada por la mujer dio hijos al señor, no podía éste tomar concubina.

Se encuentran otros casos que no encuentran el mismo apoyo legal, como el de Raquel, que dijo a Jacob: he aquí a mi sierva Biblia, entra en ella y parirá sobre mis rodillas y yo también tendré hijos de ella, donde no existía la misma razón tenida en cuenta por el Código de Hammurabí, puesto que Jacob tenía otras mujeres y no estériles.

De todas maneras, la conducta de Sara hace decir a San Agustín: *<Exegit itaque etiam sic debitum de marito, utens iure suo in utero alieno, (Exigió así el débito conyugal, usando de su derecho en el útero ajeno)"<sup>1</sup>.*

En nuestro país no tenemos evidencia pública de la realización de esta técnica de reproducción, pero si tenemos el conocimiento de su existencia, por medio de periódicos y revistas en información y casos prácticos, como el que a continuación les mencionaremos. El reportaje especial se titula, ¡Un milagro de vida!, “en donde una mujer brasileña de 51 años le prestó el vientre a su hija para que tuviera gemelos. La señora Rozinete decidió ayudar a ser madre a su única hija. Le hicieron rigurosos estudios y tras comprobar su excelente estado de salud mental y física, los doctores la vieron como la mejor opción para ser la madre sustituta. En este caso, como Claudia no tenía hermanas, la única opción que quedó fue la mamá, que trajo al mundo por cesárea a los gemelos Antonio Benito y Víctor Gabriel, quienes nacieron en perfecto estado de salud. Con referente a Claudia

---

<sup>1</sup> MARTINEZ-PEREDA Rodríguez,J.M. et.al. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español. Dykinson. Madrid. 1994.

Michelle (la mamá biológica), a sus 27 años de edad, llevaba cerca de cinco años intentando quedar embarazada sin poder conseguirlo. Los médicos descubrieron que sufre de útero rudimentario, es decir, que podría romperse con facilidad al iniciar el crecimiento del feto y ponía en riesgo su vida y la del bebé. Los doctores le propusieron que buscara a una madre sustituta (que le prestara su matriz) para colocar los óvulos previamente fertilizados con el esperma del marido. Es el primer caso en el mundo donde nacen gemelos gestados por la abuela.

La técnica que utilizaron fue mediante la reproducción asistida, esto fue, para depositar los óvulos previamente fecundados con el esperma del esposo en la cavidad uterina del vientre prestado, se introduce un catéter con mucho cuidado, posteriormente, el catéter se retira y se deja a la paciente en reposo durante aproximadamente 20 minutos. Después de dos semanas, se hacen exámenes de sangre y orina a la madre sustituta, para saber si el tratamiento dio resultado y el óvulo se instaló con éxito para desarrollarse como un embarazo normal. Este método tiene una tasa de éxito de entre el 40 y 50 %, y cuesta cerca de 800 mil pesos. Antonio pesó 2 kilos 410 gramos y midió 46 centímetros, mientras Víctor pesó 2 kilos 930 gramos y midió 47 centímetros.

La ley brasileña permite solamente a parientes de primer o segundo grado hacerse este tipo de métodos”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> BARRERA, Gerardo. " ¡Un milagro de vida!" .Tv notas. No.571. semana.41.México.2007.páginas centrales.

En el caso anterior nos damos cuenta de la existencia de la práctica de la maternidad subrogada. La particularidad de ésta es que es sin pago alguno.

Estamos conscientes de la existencia en casos prácticos de estas prácticas y lo importante de esto es saber si se pueden dar en México, como en otros países.

### **3.2. En el Mundo.**

La maternidad subrogada es conocida en varios países, en donde es practicada de manera privada, siempre y cuando se cumpla con el contrato, si no se vuelve público al hacerlo cumplir. “Tras las primeras experiencias de fecundación artificial, realizadas en flores, mediante el trasplante por el hombre del polen fecundante, Malpighi y Bibbiana llevaron a comienzos del siglo XVII experimentos de esta clase con animales y concretamente desde 1628 en huevos de gusanos de seda mediante la materia séminis obtenida por expresión del abdomen del macho. Más tarde en 1720, Welthein conseguiría fecundar huevos de trucha, pero en las especies domésticas no se lograría hasta 1779, debido a las investigaciones de Spallanzani, que lograría fecundar una perra en celo con material seminal procedente de un macho normal y que describió minuciosamente tal experimento.



Parece ser que Thouret fue el primero en lograr la inseminación artificial corpórea conyugal (IAC) sobre 1785, y catorce años más tarde el inglés Hunter practicaría las técnicas de la IAC, pero hasta 1834 no nacería el primer niño por IAC. Es en 1866 cuando Pancoat utilizó la inseminación artificial corpórea con donante con seres humanos (IAD).

El empleo desde hace más de un siglo de estas técnicas de inseminación artificial con seres humanos se patentiza con la sentencias condenatoria pronunciada en 1880 por el Tribunal de Burdeos contra un médico francés por haberla utilizado con una mujer. Un Decreto del Santo Oficio de 25 de marzo de 1897 declaró la ilicitud de tales prácticas, excepto aquellas destinadas a solucionar, en determinadas condiciones, el problema de la esterilidad conyugal.

Ya hacia 1920 se utilizó en Suecia la IAD corpórea en seres humanos como tratamiento de la esterilidad. Desde tal fecha hasta 1980, sesenta años, en que la viuda francesa Corynne Papalaix fue inseminada con el semen congelado de su difunto marido, las prácticas se han extendido y han aparecido nuevos métodos.

En el Consejo de Europa comenzaron los trabajos sobre estas cuestiones como consecuencia de una sesión parlamentaria organizada por la Comisión de Asuntos celebrada en el año 1981 en Copenhague.

Precisamente la recomendación 934 sobre ingeniería genética, aprobada en 1982, determinó la creación de un órgano *ad hoc*, “*Committee of Experts on Genetic Engineering*” (CAHGE), para el estudio de los problemas planteados por los avances en la ingeniería genética. Celebró sus sesiones finales en Estrasburgo durante los meses de junio y octubre de 1984. La primera propuesta del informe final se encuentra definiciones de inseminación artificial (IA), fecundación en vitro (FIV), embrión, manipulación embrionaria y donación de gametos.

El Consejo de Ministros acordó la creación de un segundo Comité de Expertos para el estudio de los problemas éticos y jurídicos determinados por el espectacular desarrollo de las ciencias biomédicas (CAHBI), que presentó en el mes de febrero de 1987 un informe completo sobre las más avanzadas técnicas de reproducción artificial humana<sup>3</sup>.

A continuación veremos en cada país propuesto la tendencia que tienen con respecto al tema de nuestra investigación.

Esto debido a la práctica y al conocimiento que existe en la maternidad subrogada, esto con la finalidad de conocer a la figura en el extranjero.

---

<sup>3</sup> MARTINEZ-PEREDA Rodríguez, J.M. et.al. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español. Op.cit. Pág.15-18.

### **3.2.1. Argentina.**

Es un país en el cual como en otros, se basan en la experiencia de cómo han tratado el tema de la maternidad subrogada, es por eso que a continuación transcribimos la tesis de la cual se tiene un parámetro para resolver este tipo de casos ya que, fue precedente, el caso Jhonson vs Calvert resuelto por la Suprema Corte de California en el año 1993.

“Mark y Crispina Calvert eran una pareja casada que deseaba tener un hijo. Crispina se vio obligada a hacerse una histerectomía en 1984 sin embargo sus ovarios siguieron en condiciones de producir huevos, y finalmente la pareja consideró la posibilidad de una madre sustituta. En 1989, Anna Johnson se enteró por un colega de la situación de Crispina y se ofreció para actuar de madre sustituta para los Calvert.

El 15/1/89 Mark, Crispina y Anna. Firmaron un contrato, en el cual se establecía que un embrión creado por el espermatozoides de Mark y el huevo de Crispina sería implantado en Anna y que el niño que naciera sería llevado al hogar de Mark y Crispina, como el hijo de ellos. Anna estuvo de acuerdo en renunciar a todos sus derechos como madre respecto del niño a favor de Mark y Crispina. Como contraprestación., Mark y Crispina iban a pagar a Anna la suma de u\$s 10.000 en cuotas, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además, Mark y

Crispina se comprometieron a pagar por un seguro sobre la vida de Anna, por valor de u\$s 200.000.

El cigoto fue entonces implantado el 19/1/90. Menos de un mes más tarde, un test de ultrasonido confirmó que Anna se encontraba embarazada. Desgraciadamente, las relaciones entre ambas partes se deterioraron. Mark se enteró de que Anna no había revelado que había sufrido varios partos en los cuales el niño había muerto y embarazos fracasados. Anna consideró que Mark y Crispina no habían hecho lo suficiente para otorgar la póliza de seguro requerida. También se sintió abandonada durante el comienzo de los dolores prematuros de parto en junio.

En julio de 1990, Anna envió a Mark y a Crispina una carta exigiendo que se le pagara el saldo de la suma que se le debía o, de lo contrario, se rehusaría a entregar el niño. Al mes siguiente, Mark y Crispina le contestaron con una acción legal, en la que solicitaban una declaración en el sentido de que ellos eran los padres legales, Anna inició una acción en la que requería que se declarara que era la madre del niño. Finalmente, ambos casos fueron unificados. Las partes estuvieron de acuerdo en la designación de un guardián independiente "ad litem" a los fines del pleito.

El niño nació el 19/9/90, y se obtuvieron muestras de sangre de Anna y del niño para ser analizadas. La prueba de sangre excluyó la posibilidad de que Anna fuera la madre genética. Las partes aceptaron una decisión del

Tribunal que disponía que el niño permaneciera temporalmente con Mark y Crispina, con un régimen de visitas a favor de Anna.

Durante el juicio, en octubre de 1990, las partes convinieron en que Mark y Crispina eran los padres genéticos del niño. Luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el juez de 1ª Instancia resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre “genéticos, biológicos y naturales” y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible, en contra de los planteos de Anna. El juez también dio por finalizada la orden que permitía el régimen de visitas. Anna interpuso recurso de Apelación en contra la decisión del Juez 1ª Instancia. La Cámara de Apelaciones para el Cuarto distrito, Tercera División, confirmó y la Corte del Supremo del Estado de California.

La Corte entendió que no es contrario al orden público el contrato de maternidad subrogada, celebrado entre las partes por cuanto:

- 📖 Los pagos hechos en el contrato, tenía como objetivo compensarla de sus servicios en gestar el niño y el someterse a las labores de parto, antes que compensarla por renunciar a sus derechos de madre, respecto del niño.
- 📖 Considera que el contrato no es contrario al orden público porque no establece elemento de coacción alguno ya que permite a las partes el aborto.
- 📖 No explota la condición de las mujeres de menos recursos en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general al

inducirlas a aceptar empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones.

- ❏ No considera a los niños mercancías.
- ❏ Negar valor al contrato impide que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee.
- ❏ Estos contratos no afectan el interés del niño porque el interés de los niños tan pequeños coincide con el de los padres.
- ❏ La maternidad la establece no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención, expresa de las partes fue traer al mundo el niño de Mark y Crispina, esta es la causa eficiente del contrato. Si bien la función gestativa que Anna lleva a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que Anna no hubiera tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño si ella antes de la implantación del cigoto, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual el posterior cambio de opinión de Anna debiera invalidar la conclusión de que Crispina es la madre natural del niño.”<sup>4</sup>

Todo lo antes expuesto, nos hace pensar que no tenemos una errónea visión de la maternidad subrogada, ya que nos permite plantear nuestro pensamiento con certeza.

---

<sup>4</sup> [www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf](http://www.gracielamedina.com/archivos/articulos/pdf).

### **3.2.2. Colombia.**

Los avances en los campos de la medicina y la genética han permitido el descubrimiento y la implementación de varias prácticas orientadas a llevar a cabo el proceso de reproducción humana de una manera asistida. La humanidad parecía resignarse ante las posibilidades exclusivas de la reproducción natural y quizás sea en el siglo XX cuando en forma rigurosa y disciplinada se aplicó al estudio de nuevas alternativas de reproducción humana, normalmente dirigidas a resolver problemas de infertilidad, tanto femenina como masculina.

El autor, nos dice “es cierto que hemos avanzado significativamente en estas nuevas técnicas, pero es claro también que ellas plantean complejos problemas desde la óptica del Derecho, ya que en el contexto jurídico colombiano un profundo vacío normativo caracteriza nuestro desconocimiento de dichas posibilidades científicas, lo cual obviamente ha generado encendidas polémicas en el momento de abordar las múltiples problemáticas surgidas frente a la reproducción humana asistida.

La tecnología reproductiva, disciplina científica iniciada a partir del año 1950. Principalmente en algunos países europeos (Francia, Inglaterra, Alemania). Y es definida como, el conjunto de manipulaciones e intervenciones médicas al proceso de reproducción humana natural.

Ahora bien, hablaremos del contexto normativo colombiano, en el cual se regula el derecho reproductivo de las mujeres. En la Constitución Nacional (1991), en su artículo 1°. Forma del Estado. Colombia es un estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran., en su artículo 2°. Fines del Estado. Es función de las autoridades colombianas proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Y en su artículo 42°. Derechos y deberes en la institución familiar. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.



**Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.**

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

En el Decreto N°1546 de 1998. Sobre obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos y condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de biomedicina Reproductiva.

En su artículo 1°. La salud es un bien de interés público, en consecuencia son de orden público las disposiciones contenidas en el presente decreto. En el 2°. Definiciones. ... Unidades de Biomedicina Reproductiva. Son todas aquellas que prestan servicios de estudio, asistencia, tratamiento e investigación en salud reproductiva con especial énfasis en la infertilidad de la pareja, incluyendo actos quirúrgicos de diagnóstico y tratamiento con técnicas de **reproducción asistida** que contemplan la obtención de preembriones, que vayan en beneficio de la recuperación de la fertilidad tanto de la mujer como del varón, la obtención de material biológico con el mismo fin y la posibilidad del logro de un embarazo... .

El artículo 43°. .... El objeto de la unidades de Biomedicina Reproductiva, será el de prestar servicios de salud en el área de la Biomedicina Reproductiva de acuerdo con los principios de calidad, oportunidad y racionalidad lógico científica.

La Ley 599 de 2000 (Código Penal). En su artículo 134°. Fecundación y tráfico de embriones humanos. El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de uno a tres años. En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.

En Colombia se ha tratado de manejar a la maternidad subrogada como un contrato de arrendamiento de vientre el cual, lo mencionaremos a continuación. Existe el principio de la autonomía privada: en nuestro sistema jurídico los particulares estamos autorizados para la realización de todo de actos jurídicos (contratos) que no estén expresamente prohibidos por las normas y que tampoco desconozcan normas de carácter imperativo o de orden público.

Esta posición fue posteriormente reiterada por nuestro máximo Tribunal Constitucional, en los siguientes términos: “dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce aunque no con carácter absoluto, la autonomía de

la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público...”. Los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales permiten expresar los alcances o manifestaciones de esa autonomía de la voluntad privada.

En nuestro sistema jurídico se le confiere validez y eficacia jurídica a los llamados actos jurídicos atípicos o innominados, aunque ellos ofrecen dificultades para la interpretación y resolución de los conflictos que surgen de los mismos. No obstante, la propia norma establece una metodología para la interpretación de tales conflictos, tal como lo previene el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, en los siguientes términos: en primer lugar deberán revisarse las estipulaciones libremente pactadas por las partes., las normas generales de todos los actos jurídicos (contratos), las normas reguladoras del acto jurídico (contrato) más semejante., también la doctrina constitucional (fallos de los jueces y tribunales), y por último las reglas o principios generales del Derecho. El arrendamiento de vientre, como modalidad contractual, carece de una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico, pero desde este punto de vista sería considerado un contrato atípico, cuya problemática podría abordarse adoptando los criterios interpretativos ya expuestos.

En efecto, no se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico una norma legal que de manera expresa prohíba la celebración del contrato de arrendamiento

de vientre, como medio posibilitante de la procreación humana. Tampoco existe norma reguladora que atenúe, limite o restrinja su eficacia jurídica.

En tales condiciones, es viable la aplicación del principio general según el cual los particulares estamos facultados para celebrar todos los actos jurídicos que no estén expresamente prohibidos por las normas y que no desconozcan normas imperativas.

Continuaremos expresando las normas existentes para la procreación asistida, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y aprobados por Colombia y en los que de una manera explícita se reconoce la existencia de los derechos humanos y específicamente de los denominados “Derechos Sexuales y Reproductivos” de las personas.

Como ya lo habíamos mencionado antes en su Constitución Nacional de Colombia reconoce y autoriza expresamente en su artículo 42°, a los hijos nacidos de asistencia científica, esto es, la norma superior no establece impedimento alguno para la celebración del contrato de arrendamiento de vientre, siendo ésta una modalidad de la procreación humana obtenida por asistencia científica, ya que se requiere la intervención médica para la implantación del óvulo fecundado en el vientre de la madre gestante o sustituta.

En el Decreto N°1546 de 1998; autoriza la creación y funcionamiento de las denominadas “Unidades de Biomedicina Reproductiva”, permitiendo su operación normal y siempre bajo el necesario control y vigilancia de las autoridades estatales. En esta norma se efectúa una autorización implícita para la práctica de procedimientos constitutivos de tecnología reproductiva bajo diferentes modalidades médicas, autorizando el trasplante de componentes anatómicos humanos y su manipulación. Se trata de un cuerpo normativo que constituye soporte jurídico fundamental para las prácticas de la procreación humana asistida, empleando los procedimientos propios de la tecnología reproductiva, de donde se infiere la autorización para la práctica del implante del óvulo fecundado en el vientre de la madre gestante o sustituta.

Este conjunto de normas, si bien es cierto no consagra terminológica y conceptualmente la autorización para la celebración del contrato de maternidad subrogada por la vía del arrendamiento de vientre, sí permite concluir, con una sana y lógica interpretación, la permisón para su practica, por lo menos en el contexto de parejas físicas o mentalmente inhabilitadas para la procreación de hijos con la consecuente conformación de un núcleo familiar en los términos como lo proclama y lo respalda nuestra Carta fundamental y en general el ordenamiento jurídico Colombiano.”<sup>5</sup>”

---

<sup>5</sup> MARIN VELEZ, Gustavo Adolfo. “El arrendamiento de vientre en Colombia”. Opinión Jurídica. No.3. Colombia. Enero/junio, 2003. p.p.69-85.

Mencionaremos que en su denominación en el país de Colombia, es un arrendamiento de vientre a la práctica de la maternidad subrogada, en lo que no estamos de acuerdo, esto será aclarado en el capítulo correspondiente, ya que existen otras acepciones propias para el caso. Podemos ver la existencia por parte del autor la posibilidad de que se pueda llevar a cabo una maternidad subrogada, pero lo único que nos haría falta es confirmarlo con un caso verídico.

### **3.2.3. España.**

En España, aparte de trabajos generales, deben citarse “el Informe de la Comisión parlamentaria y las sesiones celebradas por el grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado. Si los trabajos parlamentarios se iniciaron antes, en la mesa del Congreso de los Diputados en su reunión del 2 de noviembre de 1984 con la creación de una “Comisión Especial de Estudio sobre Fertilización Extracorpórea”, más tarde designada como “Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas” y por último es Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia.

El Informe, consta de cuatro capítulos dedicados al embarazo, IA, FIV, transferencia de embriones y otras técnicas, al proceso biológico humano, a la familia y a la esterilidad, la segunda con un capítulo V dedicado a

cuestiones consideradas, VI descripción de las técnicas de Reproducción Humana, VII Posibilidades de actuación con estas técnicas y en la Tercera Parte, las recomendaciones del Informe, cuadro de datos, glosario y documentación recibida.

Se hace mención del tema, en el capítulo V, 10 se ocupa de la gestación de sustitución. He aquí el texto:

Es una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos. En España, no se ha producido aún tal situación, aunque algún caso extranjero ya alcanzó gran resonancia internacional. En la Comisión se ha considerado inadecuadas las denominaciones “maternidad de alquiler” o de “alquiler de útero” (la mujer gestante pone a disposición del embarazo no sólo el útero sino todo su organismo) etc., y por unos y otros podrían considerarse más o menos válidos los términos “maternidad subrogada” o “gestación contratada”.

Matrimonio o pareja.

Varón	Mujer	Mujer Sustituta.
1. +	+ TE.....	Gestación.
2. +	- Inseminación.....	Gestación más aporte del Óvulo.
3. + (Óvulo de donante)	- TE.....	Gestación. Interviene una 4ª. Persona.
4. - (Semen de donante)	+ TE.....	Gestación. Interviene una 4ª. Persona.
5. - (Semen y óvulo de donantes)	- TE.....	Gestación. Interviene 4ª. Y 5ª. Personas.

---

TE= Tránsito de embrión.

+ = con aportación genética; - = sin aportación genética.

De los distintos supuestos pueden deducirse lo siguiente: en el 1., la pareja solicitante aporta su material genético; en el 2., la pareja sólo aporta el semen del varón mientras que la mujer sustituta lleva a cabo la gestación y aporta su óvulo, con lo que su participación es muy importante; en el 3. Y en el 4. La pareja sólo aporta los gametos de una de ellos e interviene en la descendencia una cuarta persona, es decir, los donantes de óvulos o semen respectivamente, y finalmente, en el supuesto 5., la pareja solicitante no



aporta gametos, y se involucran en el posible acuerdo cuartas y quintas personas (los donantes de semen y óvulos), sometiendo a la mujer a los eventuales riesgos del embarazo que podría suplicarse por una adopción sin diferencia alguna para la pareja solicitante.

Tomaremos en cuenta que la gestación de sustitución podría solicitarse por parejas cuyas mujeres carecen de útero, si lo tuvieran funcionando, se podría recurrir a otras técnicas; y en este sentido es muy frecuente que las malformaciones o ausencias congénitas de útero también lo sean de ovarios y que la amputación quirúrgica de útero también se complete en ocasiones con la de los ovarios.

En la gestación de sustitución hay cuestiones de gran trascendencia a considerar, que pueden ser fuente de conflictos de intereses y desencadenantes de graves problemas entre la pareja estéril solicitante, la mujer sustituta o portadora, y el hijo, que en algunos casos pueden repugnar a su acepción ética y en otros derivan hacia interrogantes de carácter legal sin duda a entender de difícil interpretación:

- Si la mujer portadora está casada o forma pareja estable, debiendo contar con el consentimiento del varón.
- Si la mujer gestante contrae una grave enfermedad por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla toda su vida.
- Si la mujer gestante contrae una enfermedad que puede producir graves anomalías al feto, por ejemplo de tipo vírico, y la pareja estéril solicitante pide la interrupción del embarazo.

- ▣ Si se invierte el caso anterior, y es la mujer estéril quien realiza o pretende realizar el aborto.
- ▣ Si la pareja solicitante se divorcia, o muere uno de los miembros o los dos, durante el embarazo.
- ▣ Si el hijo nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja estéril.
- ▣ Si la mujer embarazada no renuncia a la maternidad y desea que el hijo sea plena y legalmente suyo. (si además, la mujer embarazada es pariente o hermana de algún miembro de la pareja estéril, la problemática se situaría en un campo familiar más extenso).
- ▣ Si existieran conflictos derivados de una comercialización descubierta por la crisis originada.
- ▣ Si la mujer gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia.
- ▣ Si hubiere otras personas (la donante de óvulos, por ejemplo), con intenciones pleitistas etc.
- ▣ Si el hijo reivindica su origen genético y obstétrico.

Por todo esto la Comisión Especial cree objetivamente que no, que las implicaciones son, individual, ética, social y legalmente demasiado graves y complejas. Por ello, recomendamos que la gestación de sustitución deba prohibirse actualmente en cualquier circunstancia, y que también deban prohibirse las actuaciones que la propicien.<sup>6</sup>

Desde nuestro personal punto de vista, no estamos de acuerdo con el anterior comentario, ya que existe la problemática social en la cual el

---

<sup>6</sup> MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez,J.M.et.al. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español. Op.cit. Pág.97.

derecho tiene una labor por analizar y resolver, para que no exista una laguna en el campo del derecho para que vaya de la mano con la ciencia y no se quede rezagado, porque estas practicas existen.

Existe como antecedentes en legislación la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley 35/1988, la Ley 45/2003, posteriormente la Ley 14/2006, que es del 26 de mayo, y por último la Ley 3/2007, del 15 marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. También la Ley 14/2007, del 3 de Julio, de Investigación Biomédica.

En la Ley 35/1988, con relación a las “madres de alquiler”, señaló Lledó Yagüe “que la sociedad sabe que esas madres de alquiler existen, pero el legislador español lo ha olvidado. En la ley el tema no se toca. Deja que el Juez resuelva. No adopta una solución y se limita a prohibir la utilización de dicha técnica.”<sup>7</sup> La ley española declara la nulidad de tal contrato de maternidad portadora, pero nada dice de los intermediarios en tal acuerdo, ni sobre su responsabilidad.

La ley del 2003. “Resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes cuyo destino no está determinado. Solo se modifica el artículo 4º por el número de ovocitos que se puedan fecundar y el número de preembriones se van a transferir. La fecundación es de 3

---

<sup>7</sup> Ídem. Pág.121.

preembriones en una mujer en cada ciclo. Y también se modifica el artículo 11. El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados.

En la ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Hace mención en su “artículo 10. Gestación por sustitución.

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”.<sup>8</sup>

Ley 3/2007, de 15 de Marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. “Esto en su artículo 7° el cual es la filiación de los hijos nacidos mediante técnica de reproducción asistida, en su capítulo III”.<sup>9</sup>

Ley 14/2007, de 3 de julio de investigación biomédica. Es referente a las investigaciones biomédicas con embriones y fetos humanos. Uso de células y tejidos de origen embrionario humano. Utilización de ovocitos y preembriones. Y biobancos, entre otros conceptos.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/l14-2006.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html)

<sup>9</sup> <http://84.88.149.173/normacivil/estatal/persona/PF/L3-07.htm>

<sup>10</sup> [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/l14-2007.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2007.html)

### **3.2.4. Estados Unidos (Nueva Jersey).**

En Estado Unidos se publicó en 1975 un anuncio de prensa solicitando una mujer para se inseminada artificialmente, a petición de una pareja estéril y con ofrecimiento de remuneración. Desde tal anuncio en un periódico de California al año 1982, en poco menos de cinco años, aparecen anuncios de madres portadoras con nombres de treinta de éstas, así como los de setenta y cuatro personas deseosas de tener un hijo por dicho procedimiento. Como la oferta es notablemente inferior a la demanda, al siguiente año proliferan diversas organizaciones para poner en contacto y mediar entre la futura gestante y las parejas interesadas, que veían en esta práctica un remedio a su esterilidad. Sólo en tal anualidad pueden detectarse más de veinte agencias de mediación, destacando entre todas la “*Surrogate Parenting Associettes*”, con diversas oficinas en California, Maryland y Arizona y con su filial en Gran Bretaña.

Por haber leído el señor Stern un anuncio del centro de infertilidad (ICNY) de New York, los esposos Stern decidieron la maternidad subrogada, ante el fracaso de la adopción, por tratarse de pareja “mayor”, ser ambos cónyuges de diferentes religiones y la espera obligada de varios años de la paternidad adoptiva.

En 1985 el matrimonio Stern “contrató con Mary Beth Whitehead, de veintinueve años, la gestación para ellos de un niño. Mary Beth fue

inseminada artificialmente con semen del señor Stern, quedando embarazada y dando a luz a su término una niña, que sería más tarde mundialmente famosa como Baby M. la portadora se negó a entregar la criatura al matrimonio Stern y ello motivó un ruidoso proceso que culminaría en el Tribunal Supremo del Estado. El contrato establecía el compromiso por parte de la portadora de no crear, ni intentar crear una relación maternofilial a partir del nacimiento de la criatura, absteniéndose también de ponerle nombre. Se recogía asimismo la obligación de abortar, si los *tests* de amniocentesis determinaban que el feto era anormal. La gestante se comprometía, además, a abstenerse del consumo de alcohol, tabaco y drogas durante el embarazo, recibiendo como contraprestación a tales obligaciones, pero sobre todo a la gestación y al parto, la cantidad de 10.000 dólares y otros 10.000 más de compensación por gastos médicos.

Las diferencias entre las parejas comitente y la de la gestante resultaban patentes. Ambos esposos Stern poseían doctorados universitarios y desahogada posición económica, mientras que los Whitehead carentes de una formación intelectual tenían un nivel más bien bajo en el aspecto económico, con inseguridad laboral y varias hipotecas impagadas, al punto que habían cambiado de residencia en los últimos años hasta doce veces y el marido de tal pareja adicto al alcohol. Los Whitehead tenían un hijo de doce y una hija de once años.

Poco después de quedar embarazada la portadora, los Stern hicieron testamento instituyendo heredera universal de sus bienes a la concebida, para el supuesto que llegase a nacer.

El 27 de marzo de 1986 nació Baby M. pero sin que la gestante manifestase en ningún momento que era una madre subrogada y apareciendo el nombre del señor Whitehead como padre de la criatura. Después declararían la portadora que en el momento del parto se percató de que no podría abandonar a su hija. Ello determinaría en la gestante un estado de intranquilidad emocional y una depresión y angustia, que la llevarían a una fuga con la criatura por todo el país. Pero el 5 de mayo de 1986 el Tribunal ordenó a la señora Whitehead entregar la niña al matrimonio Stern, siendo puesta bajo la custodia de éstos el 31 de julio siguiente.

Uno de los psiquiatras manifestó que la gestante no pudo haber dado un consentimiento informado, solicitando el doctor Harold Koplewicz, Director de Psiquiatría Infantil en el hospital judío de Long Island, una custodia conjunta, que fue rechazada por el Tribunal. El perito nombrado por el *curator ad litem*, doctor Schechter, encontró un trastorno mental en la señora Whitehead.

El proceso se originó a instancia de los Stern, conociendo en primera instancia el juez Harvey Sorkow, para Hackensack (New Jersey), Condado de Bergen, que entregó la custodia de la criatura a los Stern y que en su

sentencia determinó que el contrato era válido y legal, terminando con todos los derechos de la portadora.

Tal sentencia fue recurrida por la Sra. Whitehead y como veremos más adelante, el Tribunal Supremos del Estado revocó la de primer grado, declarando la nulidad del contrato.

La opinión más común y generalizada es la conveniencia de aprobar una legislación especial que resuelva los complejos y variados problemas que suscita la maternidad subrogada. La vigente legislación de IA no resuelve las diversas cuestiones jurídicas que suscita la maternidad subrogada. A este respecto merecen citarse los estudios de la Comisión de la Presidencia de Estados Unidos para la legislación de bioética en 1985.

El 3 de febrero de 1988 el tribunal supremo de New Jersey dictó sentencia en el caso de Baby M núm. A-39 1988 NJ, habiéndose celebrado la vista de dicho recurso el 14 de septiembre de 1987. Dicha resolución plantea **la validez del contrato de maternidad subrogada**. Como ya vimos, el ámbito del contrato puede sintetizarse así: Por unos honorarios de 10.000 dólares, una mujer convino en ser inseminada artificialmente con el semen del marido de otra; acordando concebir esa criatura, gestarla procrearla y entregarla al padre biológico y a su esposa. Se establece en el contrato que la madre natural o biológica se separe permanentemente de su hijo, que será



adoptado por la esposa del oferente del semen, y los componentes de este matrimonio serán a todos los efectos los padres de la nueva criatura.

La sentencia recoge la validez del contrato, toda vez que las partes expresaron sus respectivas ofertas y sus acuerdos se plasmaron por escrito. Si las mutuas promesas no fuesen suficientes para establecer una “consideración válida, si la hubo entonces cuando la concepción. El hombre dio su semen, la mujer aportó su óvulo en un esfuerzo planificado por crear un niño. Por ello existe contrato.

A juicio del Juez Harvey Storkow la señora Whitehead, la madre subrogada, ha roto su contrato por dos motivos: 1° Por no haber entregado al señor Stern la criatura nacida de ella del señor Stern y 2° Por no renunciar a sus derechos de progenitora con relación al niño. Atendiendo al mejor bienestar del hijo, la sentencia obliga a su entrega al señor Stern, a quien se atribuye su custodia.

Existe una nueva resolución revoca la impugnada y declara la nulidad del contrato por infringir la legislación y la política pública estatal. De esto resulta la sentencia que dice textualmente: “Concluimos que el derecho a procrear se entiende y protege mejor si se limita a sus (elementos) esenciales y cuando se trata de (otros) derechos relativos a la criatura resultante (custodia, cuidado, compañía) diferentes intereses entran en juego”.

La custodia de la niña se concedió al padre biológico, también legal, otorgándose a la portadora derechos de visita y ello se debió a haberse destruido legalmente la presunción de paternidad (discutida) a favor del señor Whitehead esposo de la madre gestante.<sup>11</sup>

Lo anteriormente expuesto es una base importante en nuestra investigación, por la existencia de un caso verídico de maternidad subrogada, en el cual existe un contrato con validez jurídica, porque lo determina una autoridad competente y el resultado es satisfactorio para los padres genéticos.

### **3.2.5. Puerto Rico.**

El desarrollo de la investigación científica y los avances incontrolables de la tecnología provocan nuevas situaciones que han de ser tuteladas por normas jurídicas. La ingeniería genética presenta los avances científicos para asistir el proceso de la reproducción humana y ayudar así a la procreación en personas que, de no ser por esta asistencia, no podrían tener hijos, por causa de su propia naturaleza.

“Existe la necesidad de procrear desde la antigüedad como la existencia de los seres humanos, necesidad que en los libros bíblicos del cristianismo hizo llorar en labios de Abraham la esterilidad de su esposa Sarah, como lo

---

<sup>11</sup> Martínez-Pereda Rodríguez. J.M. et.al. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español. Op.cit. Pág. 28

hicieron también Lía y Raquel, las esposas de Jacob, quienes resolvieron sus problemas de esterilidad a través del auxilio de sus esclavas, ya que en aquel entonces solamente podía concebirse a través de la relación carnal. Las nuevas técnicas de fertilización asisten el proceso de reproducción, presentando alternativas a través de la reproducción asexual, y esto provoca que surjan situaciones que no son fáciles de resolver. Para la solución de algunos casos basta con la aplicación de las viejas normas del derecho, pero para otros, estas normas no resultan adecuadas.

En Puerto Rico son derechos inviolables, bajo un marco jurídico de igualdad; pero la inseminación asistida trae nuevas preocupaciones: el derecho a la protección de la posibilidad de una vida congelada, la dignidad del concebido mientras permanece en estado embrionario y de nacer, el derecho a conocer su verdadera identidad y de pertenecer a su verdadera familia.

En estos casos no se pueden discutir solamente los derechos de una pareja, o de un padre o una madre, sino que, al hablar de reproducción, hay un elemento esencial en esas relaciones triangulares, y éste es el producto de la fecundación, o sea, los hijos.

La madre subrogada, es una figura que confronta la moral y promueve el repudio general de la sociedad. Sin embargo, ejemplos de estas madres se encuentran en los orígenes de la historia que ha formado la moral de los pueblos de occidente, ejemplos que se han repetido infinidad de veces sin

percatarnos que presentan el principio de lo que hoy se conoce como maternidad subrogada. Hijos pedidos por la esposa a otra mujer para que los tenga de su marido, hijos tenidos en aquel entonces por relación carnal y no por inseminación artificial. Agar fue la primera madre subrogada de la historia judeo-cristiana. En el Antiguo Testamento, como Sara no podía darle hijos a Abraham, ésta le cedió a su esclava Agar para que los concibiera y así Sara los tuviera. Entonces nació Ismael. Y luego ocurrió lo mismo con Lía y con Raquel, las esposas de Jacob, el hijo de Abraham. Las esposas le dieron hijos a Jacob, pero también le cedieron a sus esclavas Zelfa y Bilá para que concibieran hijos por ellas cuando ellas no podían tenerlos y por todos es conocido y aceptado que de los hijos de Jacob surgieron las doce tribus del pueblo de Israel”.<sup>12</sup>

El autor hace la primera aclaración es que éstas no son madres subrogadas sino verdaderas madres genéticas, pues el hijo que ellas conciben es su propio hijo. Este caso se distingue porque se trata de un hijo propio que se tiene expresamente con el compromiso de entregárselo a quien presentó el encargo, en el momento del nacimiento.

También nos dice que la maternidad subrogada es equiparada con la adopción, pero desde nuestro punto de vista es una cuestión totalmente

---

<sup>12</sup>COLL DE PESTAÑA, Ivette. “Análisis crítico sobre los efectos del desafío genético en el bienestar de los niños”. Del colegio de Abogados de Puerto Rico. Vol.63. No.3. Puerto Rico. Julio/Septiembre, 2002. p.p.1-20.

diferente, ya que la maternidad subrogada es una relación asexual y en la adopción es una relación sexual plena, entre otras diferencias. Existe el rechazo a esta figura y la prohibición de esta relación, en aquellos lugares donde la ley así lo establece, no impiden que se continúe haciendo este tipo de inseminación. Sin un marco adecuado, una vez nacido el niño, hay que determinar a quién pertenece este hijo, a veces como si se tratase de un objeto o de algo cosificado en el comercio de los hombres.

Una prohibición total a la maternidad subrogada no resuelve los problemas que de ella surgen, pues se mantienen el hecho de la concepción y del parto, el nacimiento del hijo y el destino del menor. Desde nuestro análisis no estamos de acuerdo con la prohibición, pero sabemos por un principio de derecho, menciona “lo que no está prohibido está permitido” y no existe una legislación expresa que lo prohíba. Las madres subrogadas han sido la solución para una de las nuevas familias no tradicionales.

Nuestra intención en este capítulo es hacer un estudio comparativo Maternidad Subrogada, sin embargo tuvimos la necesidad de integrar casos prácticos y públicos sobre el tema, ya que esto nos sirve como antecedentes de cómo se ha manejado dicha situación.

En la investigación nos dimos a la tarea de buscar en cada país propuesto información, para llevar a cabo un estudio comparativo de la maternidad subrogada. En México, consideramos explicar que no existe públicamente

algún antecedente de la maternidad subrogada, ya que existen instituciones medicas privadas en donde se realiza la inseminación artificial humana, pero no tenemos el conocimiento de la práctica de la maternidad subrogada, ya que solo obtenemos la información por los medios de comunicación, es por eso que enunciamos el reportaje especial de Brasil.

Cabe aclarar que en dichas instituciones se realizan los métodos de reproducción asistida, con demasiado hermetismo por la complejidad de las situaciones.

En el Mundo, existen varios países en donde se lleva acabo la maternidad subrogada, pero sin el reconocimiento legal, porque como ya se explico en cada país es nulo el contrato de maternidad subrogada. En España por ejemplo, hay avances en lo que se refiere a la reproducción asistida, en investigaciones biomédicas, etc., pero en cuestiones de la maternidad subrogada como lo mencionamos en su artículo 10 de la ley sobre RA, es nulo, esto cierra totalmente la posibilidad de que exista una apertura total, para poder acceder a este método de reproducción humana.

En el caso de Estados Unidos (New Jersey) conocido como Baby M., hizo precedente para el mundo entero, ya que en las investigaciones realizadas en cada país hace mención de ello, ya que se le dio validez jurídica al contrato, fue exigido y ejecutado satisfactoriamente para los padres genéticos, determinado por una autoridad competente.

## **CAPÍTULO 4. MATERNIDAD SUBROGADA.**

Este capítulo tiene como objetivo conocer la práctica de la maternidad subrogada y en particular la elaboración de nuestra propuesta de contrato individual de trabajo, bajo la denominación con la que hemos venido manejando el tema, porque como veremos más adelante existen diferentes maneras de nombrarlo.

Nuestro propósito es el reconocimiento de la existencia de esta práctica y ver la necesidad de regular sobre este tema, porque como se ha visto en nuestro país no hay regulación alguna, y es muy escueta la información que encontramos para poderla mencionar en este trabajo, pero no por eso nos dimos por vencidos ya que nos manejamos con la información que obtuvimos de otros países como ya se han dado cuenta en el transcurso del capitulo. Esta es nuestra contribución al tema que es complejo en su totalidad.

#### **4.1. Diferentes acepciones de la Maternidad Subrogada.**

La precisión terminológica de esta técnica aplicado a los seres humanos, la refieren de la siguiente manera. En Francia “se utilizan las expresiones “mère de substitution”, “mère Porteuse”, “mère de remplacement” y “Pret d’uterus”. En Italia se emplea “affitto di utero”, si bien la expresión “locazione di utero”. Y en Alemania se designa la palabra “Leihmutter”. Los términos empleados más frecuentemente son los de “maternidad subrogada”, “maternidad de alquiler”, “madres suplentes”, “madres portadoras” y “madres gestantes”.

Existen en España tres grupos de designación sobre esta técnica que nos ocupa, según utilicen o se sirvan de los conceptos siguientes: a) Jurídicos, como son los vocablos de préstamo y alquiler, b) Biológicos, como los de gestación, útero y matriz, c) Funcionales, como los de portadora, suplente, sustituta y sustitución, subrogada y subrogación. Entre todos ellos preferimos



el de “madre portadora”, sin perjuicio de una futura y más precisa delimitación del concepto, porque tal expresión representa una función real que destaca con más viveza y expresión la técnica que nos ocupa y porque permite cobijar con tal designación las distintas modalidades de este complejo fenómeno.

Los vocablos “suplencia”, “sustitución” y “subrogación”, que prácticamente vienen a ser equivalentes a su significado, en el sentido de poner o colocar a una persona en el lugar o posición de otra, tan sólo serían aplicables de forma parcial. En el caso de aportación por la mujer contratada a esta técnica, de sus óvulos y útero, pudiera hablarse en puridad de sustitución, pero difícilmente podrían comprenderse los otros casos, considerados típicos, por otra parte, en los que dicha aportación es exclusivamente uterina.

Gafo Fernández prefiere el término de maternidad subrogada, “utilizaría también la terminología de maternidad subrogada, porque pienso que la expresión maternidad de alquiler no es correcta, pues pueden darse de hecho situaciones donde no haya elementos económicos por medio, sino una acción voluntaria filantrópica por la que una mujer se ofrece a otra para llevar adelante la gestión, caso en el que no utilizaría el término de maternidad biológica, aunque la gestación tiene un componente biológico porque la expresión maternidad de alquiler no es correcta, pues pueden darse de hecho situaciones donde no haya elementos económicos de por

medio, sino una acción voluntaria, filantrópica”.<sup>1</sup> Dicha opinión no fue compartida por el señor Abel Fabre, profesor de Bioética, porque lo de maternidad subrogada no le gusta en absoluto y no sabe si la palabra subrogada es castellana y no sabe si ésta aceptada, contestándole el señor Xucoy y Bassegada, secretario de la Comisión Especial, del G.P. Minoría Catalana, que se trataba de un término jurídico, prefiriendo el señor Abel Fabre el término de “gestión contratada y el señor Mardones Sevilla, diputado del Grupo Centrista, también se manifestó partidario de dicha terminología, pareciéndole más exacta que la de maternidad subrogada”.<sup>2</sup>

Con respecto a Puerto Rico, “el término “vientres de alquiler” es totalmente inaceptable cuando se refiere al lugar donde se gesta a un niño. Lo de “madre nido” es aceptable, pero la autora prefiere llamarlas “nanas de vientre”, por entender que el término refleja tiempo pasajero además de cuidado y cariño, pero sin derechos filiatorios. El surgimiento de las madres nido proporciona un gran dolor de cabeza, a consecuencia de la inventiva de la ingeniería genética. La madre genética de unos embriones, quien no los puede anidar porque su cuerpo los rechaza, le puede pedir a otra mujer que los geste para que, al nacer, le entregue los niños”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> [www.congreso.es/public\\_oficiales/L2/CONG/DS/CO/CO\\_376.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/DS/CO/CO_376.PDF) Pág.11488.

<sup>2</sup> Ídem. Págs.11490-11496.

<sup>3</sup> COLL DE PESTAÑA, Ivette. “Análisis crítico sobre los efectos del desafío genético en el bienestar de los niños”. Del Colegio de Abogados de Puerto Rico. Vol.63. No.3. Puerto Rico. Julio/septiembre, 2002.p.12.

Para algunos autores “es erróneamente llamada “madre subrogada” a la “progenitora biológica” o “madre natural”, que es la que da a luz o procrea la criatura. Además, e término “subrogación” tiene un preciso significado en el orden patrimonial, por lo cual su utilización en este contexto es objetable. Pero se continua utilizando el concepto “subrogación” siguiendo a la abundante literatura en esta materia (procreación humana asistida) que lo ha generalizado.

En España, Montes Penadés, denomina contrato de servicios de incubación en útero ajeno (alquiler de útero o subrogación de útero)”, postula que la maternidad corresponde a la madre que alumbra o madre gestante. Lledó-Yagué también se manifiesta a favor de la maternidad de gestación por sobre la propiamente genética, en aquel mismo contrato que, al igual que Montes, distingue de otro que ambos denominan “contrato de maternidad para otra con prestación de óvulo y vientre.” Por otra parte, el Grupo de Trabajo constituido en la Dirección General de los Registros y del Notariado es de la tesis que el “nacido, por voluntad de una pareja casada, con gametos del marido y de la mujer, pero gestado en vientre ajeno (se le considere) como hijo del matrimonio. En este caso, madre es la madre biológica y no la que pare.”<sup>4</sup>

En Colombia es denominado el arrendamiento de vientre a la maternidad subrogada. Con respecto a esto, podemos decir que no estamos de acuerdo

---

<sup>4</sup> RUIZ SILVA, Pedro. “Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta”. Anuario. Vol.21. Puerto Rico.1998. pág.145, 171.

por el hecho que no es un bien mueble o inmueble el útero de una mujer para que sea arrendado, y también porque es un término utilizado en el área civil y la maternidad subrogada es una actividad que se maneja en bioética.

Desde nuestro enfoque muy personal, como hemos visto existen varios autores que manifiestan sus apropiadas terminologías con respecto al tema, pero nosotros nos quedamos con la conceptualización de maternidad subrogada, ya que en la mayoría del mundo así conocen a la práctica que se da de una concepción alterna a la de manera natural.

#### **4.2. Tipos.**

En la inseminación artificial humana existen tipos de ella, como es la corpórea y la extracorpórea, es por eso que decidimos ver si existen tipos de maternidad subrogada y nos encontramos que así es. Es por eso, que a continuación veremos que existen diferentes clasificaciones según el autor que las enuncia.

La maternidad de sustitución “admite las siguientes modalidades:

- 1) *Subrogación total.* Implica que la mujer contratada sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue el hijo al padre biológico, renuncie a todos sus derechos que la maternidad le genera y admita la adopción de la

pareja del padre biológico en relación con la maternidad del menor, técnicamente se debe reconocer que esta hipótesis corresponde más que nada a una inseminación artificial Heteróloga, toda vez que en realidad la madre del bebé lo es de manera genética y obstétrica, y por lo tanto no existe sustitución alguna del vientre, es decir no se da la hipótesis de que una mujer se preste a gestar un embrión que genéticamente es de otra mujer, y por ende se habla de que en realidad existe una maternidad compartida.

- 2) *Subrogación parcial.* Esta se da cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado *in vitro* que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante.
- 3) *Subrogación comercial.* Se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.
- 4) *Subrogación altruista.* Se da cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja implicada un lazo de amor, amistad o parentesco.

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

En virtud de lo anterior, se llamará *madre sustituta o madre subrogada* a la mujer fértil que se ofrece a gestar a un hijo por cuenta ajena, acordando mediante un "contrato" permitir el implante de un embrión humano en su útero o bien ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo para que al momento que éste nazca, renuncie a sus derechos maternos filiales sobre el hijo, para que la esposa del padre pueda adoptarlo".<sup>5</sup>

En nuestra opinión esta es una de las más completas clasificaciones que se le da a la maternidad subrogada, pero a continuación veremos otras clasificaciones.

Este es un modelo muy sencillo, pero nos queda claro que esta viendo a la maternidad subrogada como un vientre de alquiler.

Existen varios tipos:

**“Ventre de alquiler completo** (la madre sustituta también proveerá los óvulos y se convertirá la madre genética del bebé, inseminación artificial)

**Ventre de alquiler con óvulos de la madre** (los óvulos de la madre se fecundan in vitro con el espermatozoide de su pareja, los embriones se colocan en el útero).

**Ventre de alquiler con óvulos donantes y espermatozoide de su pareja”.**<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr).  
<sup>6</sup> <http://mundo52.com/sentirse-bien/2008/08/21/400/%C2%BFque-es-la-maternidad-subrogada/>

En Brasil, Corea, Tailandia, Israel, Reino Unido, Hungría y Holanda se permite, en Argentina existen muchas lagunas legales y en España es totalmente ilegal.

Esta técnica de maternidad subrogada o de alquiler de vientres que “posibilita el embarazo, sin necesidad de que para ello exista cópula, puede desarrollarse de diversas modalidades:

- 1- la pareja que contrata aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento;
  - 2- la madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con el espermatozoide de la pareja que contrata o de un tercero anónimo o conocido. En este caso no se trataría sólo de una mujer que alquila su vientre, sino que es además madre de la criatura;
  - 3- el material genético es aportado por individuos (ambos o sólo uno de ellos) ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero.
  - 4- Se emplea la técnica de la fecundación in vitro: una vez realizada la fusión de los gametos, el embrión resultante es implantado en la mujer
-

que, de este modo, prestará su cuerpo haciendo posible la gestación y el parto”.<sup>7</sup>

Aquí nos queda claro que para que exista la maternidad subrogada total, no debe de haber una cópula de la madre portadora y el padre genético (pareja biológica), para tener la certeza de ser los padres biológicos, la pareja contratante, ya que en el supuesto de que existiera cópula sería una maternidad subrogada parcial no completa como en el primer caso. Entonces en la clasificación anterior esta dentro de la maternidad subrogada total.

Al respecto Enrique Varsi Rospigliosi “señala que la maternidad subrogada puede realizarse de innumerables formas:

a.- Madre portadora: La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso sólo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer,3) la madre gestante es una tercera.

b.- Madre sustituta: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de pregeneración

---

<sup>7</sup> <http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres/229/> Por: Patricia Alzate Monroy, Abogada y Doctora en Derecho



humana: 1) espermatozoides del marido, e 2) inseminación en tercera mujer.

c.- Ovodonación: La mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) espermatozoides del marido; 2) óvulo de una mujer cedente; y 3) gestación de la mujer.

d.- Embriodonación: El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana: 1) el embrión de una pareja cedente, 2) el marido es infértil, 3) el embrión es gestado por su mujer”.<sup>8</sup>

Como vemos los tipos de maternidad subrogada que se han mencionado están bajo el criterio de cada autor que se menciona, tomando en consideración la actividad como se desempeña.

#### **4.3. Objeto.**

---

<sup>8</sup> <http://catedrajudicial.blogspot.com/2007/09/tentaciones-academicas.html>.

Desde nuestra perspectiva del tema consideramos que el objeto de la maternidad subrogada es la procreación del niño y la entrega de este a sus padres genéticos (pareja contratante).

El Objetivo: “Brindar bienestar a un grupo reducido de parejas y viabilizar la realización humana, mediante la procreación de hijos, específicamente para las parejas infértiles”.<sup>9</sup>

El objeto “es la prestación de un servicio con obligación de entregar el resultado: hijo”.<sup>10</sup>

Hablaremos también por otra parte del objeto que debe de ser lícito para que no sea contrario al orden público y a las buenas costumbres, esto con la finalidad de que exista en un ámbito jurídico, es decir con una validez jurídica y que sea reconocido por la sociedad. Esto es que el contrato sea un contrato privado y que sea de forma gratuita. Esto lo mencionamos de forma genérica ya que tendríamos que hacer un estudio profundo en la materia civil para poder determinar esta afirmación.

#### **4.4. Sujetos.**

---

<sup>9</sup> MARIN VELEZ, Gustavo Adolfo. “El arrendamiento de vientre en Colombia”. Op.cit. Pág.72.

<sup>10</sup> LAPLACETTE, Dora Rocío. “contrato de Locación de vientre”. Op.cit. Pág. 79.

Los sujetos en la relación de trabajo son las personas que intervienen en el contrato de trabajo, es por eso que necesitamos conocer de las partes que intervienen en el contrato de maternidad subrogada.

En este contrato intervienen “tres partes: por un lado, la pareja contratante (aportando la totalidad del material genético o parte del mismo, según el caso); por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación; y, en tercer lugar, el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora”.<sup>11</sup>

Las tres partes que intervienen en la relación de la maternidad subrogada como ya vimos, son indispensables pero de mayor importancia es la madre subrogada y la pareja contratante, porque existiendo estas dos partes se reúne la condición de relación de trabajo y la tercera será opción de las dos partes, en el sentido que de ellas dependerá quien será ese equipo medico.

#### **4.4.1. Madre Sustituta.**

La técnica conocida como “de las denominadas “madres portadoras”, según el citado CAHGE, consiste en que una mujer lleva en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento para beneficio de otra mujer o pareja.

---

<sup>11</sup> Patricia Alzate Monroy, Abogada y Doctora en Derecho. <http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres/229/>

Destaca el Informe Warnock, la técnica en la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con intención de entregárselo después de su nacimiento. La mujer que contrata a otra portadora puede ser la madre genética, si pone el óvulo; pero puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente.

La madre subrogada o portadora “es una mujer fértil, que conviene, mediante contrato, que se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado o pareja de otra mujer, gestar y dar a luz dicha criatura. Una vez producido el alumbramiento, la madre suplente renuncia a la custodia a favor del padre biológico y concluye todos sus derechos en orden a la filiación sobre el nacido para que la esposa del donante del semen utilizado en la fecundación, le adopte”.<sup>12</sup>

Una de las partes en la relación individual de trabajo, como lo estamos viendo es la madre subrogada, la cual también es conocida como madre gestacional es por eso que veremos la diferencia, pero de antemano tienen la misma actividad a realizar la concepción y la entrega del producto.

“Madres Subrogadas y Madres Gestacionales son aquellos que llevan un bebe a término en su vientre por una mujer infértil. La madre genética (la mujer infértil) no puede o no debe gestar al bebe. Algunas de las razones de

---

<sup>12</sup>MARTÍNEZ-PEREDA Rodríguez,J.M.et.al. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español. Op.cit. Pág.20.

este problema pueden ser un útero dañado o ausente, anomalías congénitas, alguna condición que al embarazarse pondría en peligro a la madre o al bebé y simplemente es una persona que aborta continuamente.

¿Cuál es la diferencia entre Madres Subrogadas y Madres Gestacionales?

Una madre subrogada es aquella que se embaraza usando sus propios óvulos y la esperma del esposo de la mujer infértil. El embarazo puede ocurrir mediante la inseminación artificial o fertilización in Vitro. El bebé concebido de esta manera tiene el componente genético del padre y de la madre subrogada. En este caso la paciente infértil no puede ni llevar a término el bebé y tampoco es capaz de producir óvulos. En cambio, la madre gestacional lleva a término un bebé que es genéticamente producido por los óvulos de la mujer infértil y su pareja. Los genes de la madre gestacional no se mezclan en este caso con los del padre.

En el caso de la madre subrogada, esta es estimulada hormonalmente para que desarrolle folículos en sus ovarios. El embarazo se logra ya sea usando la inseminación artificial o la fertilización in Vitro. Si se usa la inseminación artificial, se aplica una inyección de hCG para inducir la ovulación y la inseminación se hace posteriormente. Si se usa fertilización in Vitro, la subrogada se somete a la captura de los óvulos y transferencia de

embriones. Una vez obtenidos, los óvulos son combinados con las espermias del padre y los embriones resultantes se transfieren a la madre subrogada”.<sup>13</sup>

Existen características que determinan a las madres subrogadas en las agencias del sur de los Estados Unidos, para ser contratadas como empleadas, es por eso que enunciamos a continuación de que estamos hablando.

“Listado de condiciones básicas para las Madres Subrogadas:

1. Haber dado a luz por lo menos a un(a) Niño/Niña sin complicaciones.
2. Estar entre las edades de 21 a 40.
3. Proporción Apropiaada de Peso y Altura.
4. Excelente salud
5. Ser residentes en el sur de California”.<sup>14</sup>

Estas son las bases que se deben seguir para la contratación de una madre subrogada, esto nos garantiza la efectividad del contrato, bueno con la excepción del último punto la residencia.

---

<sup>13</sup> <http://www.infertilidad-informacion.fertilitydr.com/surrogacy.html>

<sup>14</sup> [http://www.buildingfamiliesinc.com/Surrogacy/s\\_IntendedParents.asp?pg=SurrogateMoms&language=Spanish](http://www.buildingfamiliesinc.com/Surrogacy/s_IntendedParents.asp?pg=SurrogateMoms&language=Spanish)

#### **4.4.2. Padres (Pareja).**

La pareja de padres son un matrimonio que tienen problemas de infertilidad.

La pareja de padres genéticos o también llamada pareja comitente, son un matrimonio estable en todo sentido hablamos de economía, salud, tanto física como psicológica, etc., con la capacidad de poder contratar cualquier método de inseminación artificial humana para tener un hijo y poder formar una familia. Su característica primordial de esta pareja aparte de la económica es que son infértiles, alguno de los dos, o los dos, es por esto que llegan a tomar la decisión de llevar a cabo este método para satisfacer esa necesidad que no la gran tener de manera natural.

#### **4.4.3. Terceros.**

En la maternidad subrogada existen los terceros, los cuales son los donantes anónimos, en donde se usa el material genético de estos, en donde su paternidad es desconocida. En la cual se prohíbe la investigación de la paternidad, pues ésta es una condición *sine qua non* que se establece para donar el material genético, llámese semen, óvulo.

La Donación de Óvulos “está especialmente pensada no solo para mujeres con problemas de ovulación, menopausia precoz o quirúrgica, a quienes se les ha extirpado sus ovarios por enfermedades como el cáncer u otras benignas como quistes o endometriosis, si no también para aquellas que

tienen riesgo de transmitir enfermedades genéticas a su descendencia y para parejas mayores a las que la adversidad ha llevado a perder un hijo y prefieren pensar que no es tarde para volver a ser padres.

Requisitos para ser donante de óvulos:

1. Edad : 18 a 35 años
2. Poseer un historial familiar negativo para enfermedades de transmisión genética
3. Cariotipo normal (estudio cromosómico).
4. Estudio negativo para enfermedades de transmisión sexual:
5. Sida
6. Hepatitis B y C
7. Clamydia
8. Herpes
9. Citomegalovirus
10. Toxoplasma
11. Rubeola
12. Sífilis
13. Función ovulatoria normal
14. Salud física y mental
15. Historia de fertilidad previa y/o adecuada respuesta al tratamiento de estimulación ovárica. <sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> <http://www.concibe.com.mx/servicios/bancodeovulos.htm>



La donación de semen “es un acto voluntario mediante el cual, un varón sano, con una calidad de semen óptima va a realizar una cesión de sus gametos para que sean utilizados con la intención de lograr embarazos en pacientes que lo necesiten.

¿Cuándo es necesaria la utilización de Semen de Donante?

1. Parejas heterosexuales con ausencia de espermatozoides tanto en el eyaculado como directamente en el testículo y/o epidídimo.
2. Ante la posibilidad de transmisión de trastornos genéticos o enfermedades contagiosas al utilizar semen conyugal.
3. Enfermedades inmunitarias documentadas.
4. Mujeres sin pareja masculina u homosexuales.
5. Los donantes de semen son jóvenes voluntarios sanos que acuden desinteresadamente al banco aportando periódicamente sus muestras de semen para su utilización en tratamientos de reproducción en los casos anteriormente descritos.

Requisitos para ser donador de semen son:

1. Tener entre 18 y 35 años.
2. Estar bien psicofísicamente.
3. No padecer por parte del donante ni de sus familiares directos trastornos genéticos mayores ni enfermedades hereditarias, como por ejemplo: asma, diabetes, epilepsia o hipertensión arterial.
4. No ser portador ni estar infectado por:
5. Antígenos de la Hepatitis B.

6. Anticuerpos anti-Hepatitis C.
7. Anticuerpos anti-HIV 1/2.
8. Chlamydia.
9. Estudio clínico de herpes.
10. Sífilis.
11. No padecer infecciones bacterianas evaluables en cultivos de sangre, orina y semen.
12. Poseer un semen de una calidad aproximadamente de 4,5 veces los niveles normales, y que soporte adecuadamente el proceso de congelación y descongelación.

El procedimiento para la selección de donadores, es el que mencionamos.

Tras haber descartado la existencia de enfermedades hereditarias y congénitas que se detallan en el apartado anterior:

1. Se examinará una primera muestra de semen en el microscopio, donde se observará cantidad y movilidad de los espermatozoides.
2. En la semana siguiente, se repetirá el examen microscópico de otra muestra y, si ésta fuera óptima, se realizaría una prueba de congelación de la misma. Con posterioridad, se descongelará la muestra y se observará la supervivencia a la congelación.
3. Si ésta fuera aceptable, en una tercera cita, se procederá a realizar las analíticas de enfermedades infecciosas correspondientes en sangre,

semen y orina, junto con el cariotipo (o análisis genético de los cromosomas).

4. Si los resultados son negativos (es decir, el donante no presenta ninguna de las enfermedades estudiadas) a continuación, el donante rellenaría los documentos legales necesarios, donde cede sus espermatozoides para ser donados, y se citará al donante para la entrega de las muestras de semen.”<sup>16</sup>

La donación de material genético es un elemento indispensable en la maternidad subrogada en ciertas circunstancias, esto es, cuando no tenemos uno de los dos elementos necesarios en la gestación del niño. Tenemos conocimiento de la remuneración económica que existe por las donaciones en España y Colombia.

#### **4.5. Obligaciones del patrón y del trabajador.**

Al abordar este apartado, nuestro propósito es conocer las actividades a realizar dentro del contrato de maternidad subrogada, es por eso que mencionaremos algunos autores, que la mayoría de estos concuerdan. Estas obligaciones son tomadas en cuenta para considerarlas como cláusulas del contrato.

---

<sup>16</sup> <http://www.ivi.es/pacientes/semen.htm>

Creemos ilustrativo enumerar cuáles son las principales “cláusulas que se incluyen en los contratos de maternidad por sustitución norteamericanos:

1. Consentimiento a la inseminación artificial. La madre sustituta consiente a ser inseminada artificialmente con el esperma del padre biológico y el marido de la primera (si esta es casada) presta su consentimiento a que su esposa sea inseminada con semen de un tercero.
2. Exámenes médicos antes de la inseminación. La “madre sustituta” acepta realizar una evaluación médica completa tanto física como genética. La psicológica tiende a determinar si está capacitada para la maternidad por sustitución.  
  
El padre biológico acepta realizar una evaluación médica física y genética y a pagar los costos de los dos estudios y tiene derecho a conocer el resultado de los resultados de los estudios hechos a la mujer.
3. Contraindicación médica y resolución del contrato. En el caso de que la madre sustituta no pueda ser inseminada artificialmente, el acuerdo se resuelve de pleno derecho.
4. Aceptación de riesgo. La madre sustituta y en su caso su marido, asume los riesgos de las consecuencias que le pueden producir el embarazo y el parto (tales riesgos generalmente son enumerados en documentos aparte).
5. Aceptación de responsabilidad. El padre biológico acepta los riesgos de anomalías infantiles que se ponen en documento anexo.

6. Controles prenatales. La madre sustituta se compromete a seguir todas las instrucciones médicas que le sean dadas en los controles prenatales y a no fumar, ni tomar bebidas alcohólicas ni utilizar drogas ilegales. El padre biológico se compromete a pagar tales controles como así también los gastos médicos y todo otro gasto ocasionado por el embarazo.
7. Asistencia económica a la madre por sustitución. El padre biológico se compromete a pagar una suma de dinero a la madre por sustitución y, en su caso, la marido, por los problemas que le ocasiona el embarazo y el parto, entre ellos, ausencia ocasional de la madre por sustitución en su domicilio, riesgos propios del embarazo, restricciones físicas y sexuales.
8. Examen de paternidad. La madre por sustitución y, en su caso, su marido se comprometen a realizar un examen para verificar la paternidad del niño y en el caso que éste demostrara que el padre biológico no lo es, el contrato quedará resuelto y la madre y, en su caso su marido, deberán devolver todo el dinero que hubieren recibido.
9. Aborto y muerte al nacer. Si la madre abortara espontáneamente o el niño naciera muerto y el examen genético determinara la paternidad del padre biológico, éste último se compromete a pagar una suma de dinero.

10. Seguro. El padre biológico se compromete a contratar un seguro de vida para la madre pro sustitución y que tenga como beneficiario a quien ésta designa.
11. Anonimato y publicidad. Las partes se comprometen a preservar el anonimato de cada una de ellas y a no comunicar a nadie, ni a realizar ninguna declaración concerniente al objeto del contrato sin el consentimiento escrito de la contraria.
12. Designación por el padre biológico de un tutor. En caso de muerte del padre biológico éste designa como tutor a su esposa.
13. Las partes afirman que ellas no tienen por interés ceder, vender o comprar un niño y que son guiadas por el único deseo de permitir al padre biológico de engendrar un hijo genéticamente suyo.  
  
En general, la mujer estéril no es parte en estos contratos a fin de evitar el riesgo de ser considerado como venta de niño. El acuerdo se efectúa entre el marido de la mujer estéril y la madre portadora. Es recién cuando el contrato se cumple cuando la mujer estéril aparece y realiza el procedimiento de adopción<sup>17</sup>.

Para nuestro gusto la autora que acabamos de mencionar cubre todas nuestras expectativas en el tema propuesto en cuestiones de obligaciones recíprocas para las partes. Claro está que no se habla de una cuestión honoraria, es lo único que se objetaría, pero si lo vemos desde otro enfoque

---

<sup>17</sup> [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com).

entraría en los gastos médicos, la mención del sustento a la madre, el pago de un seguro, etc.

De la relación jurídica establecida entre la portadora y los dueños del embrión, resultan “una serie de obligaciones, tales como la de no interrumpir voluntariamente el embarazo, facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar a buen término el embarazo; también de entregar al niño luego de nacido, recibiendo tanto la madre portadora y el embrión, primero, como luego el niño, el tratamiento de cosas”.<sup>18</sup>

El autor menciona la descripción de las obligaciones de manera muy general sin entrar en especificaciones, lo cual consideramos necesario para el tipo de actividad que se va a desempeñar como trabajo.

Estas deben ir dentro del contrato de la maternidad subrogada, especificando algún punto en desacuerdo, para que no existan conflictos, que desencadenarían la exigencia en el cumplimiento de lo acordado en el mismo.

#### **4.6. Terminación de la Maternidad Subrogada.**

---

<sup>18</sup> A.SAMBRIZZI, Eduardo. La procreación asistida y la manipulación del embrión humano. Ed. Abeledo-Perrot. Argentina.2001. Pág.114.

Los términos disolución, rescisión y terminación no son sinónimos en las relaciones individuales de trabajo. La rescisión “es la disolución de las relaciones de trabajo, decretada por uno de sus sujetos, cuando el otro incumple gravemente sus obligaciones. La rescisión es el resultado del ejercicio de un derecho potestativo que corresponde a cada uno de los sujetos de la relación, en el caso de que el otro, como se dice en la definición, incumple gravemente sus obligaciones, por lo tanto, el titular del derecho puede hacer uso de él o abstenerse.

Las causas de terminación de la relación individuales de trabajo provienen de las dos partes, la Ley Federal de Trabajo es muy específica. El autor De la Cueva las divide en dos categorías, la primera en el mutuo consentimiento y la segunda en las circunstancias ajenas a la voluntad de las partes, que hacen imposible la continuidad de la relación. El trabajador o patrón no incurren en responsabilidad.”<sup>19</sup>

La terminación en la relación individual de trabajo sobre maternidad subrogada, es “recién cuando el contrato se cumple cuando la mujer estéril aparece y realiza el procedimiento de adopción”<sup>20</sup>, yo ha este comentario le añadiríamos que termine este procedimiento y sea la adopción plena del niño.

---

<sup>19</sup> DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo. I. Op.Cit. Págs.241-250.

<sup>20</sup> [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com).



Varios autores concuerdan con mencionar que la terminación del contrato de maternidad subrogada es cuando se llega al alumbramiento del parto y el niño es entregado a sus padres biológicos. En sí, es la entrega del niño con sus padres genéticos.

También podemos ver que dentro del mismo contrato de maternidad subrogada hay estipulaciones con respecto a la terminación, por mencionar algunas es el aborto del producto, actuar con dolo por parte de la madre gestante, etc.

Desde nuestro punto de vista, el contrato de maternidad subrogada es cuando se entrega el niño a sus padres biológicos, se remunera completamente a la madre gestante y se pierde toda relación con el proceso de la maternidad subrogada.

Todo este proceso de la maternidad subrogada se termina cuando se tiene una vida sin ningún problema con el método que eligieron para tener una familia y vivir como una verdadera familia sin recordar todo lo que implemento su formación.

#### **4.7. Propuesta del Contrato Individual de Trabajo sobre Maternidad Subrogada.**

En este inciso nuestra intención es dar a conocer una posible propuesta de un contrato denominado maternidad subrogada en el cual sea su objetivo de trabajo

##### ¿Por qué es Necesario un Acuerdo de Subrogación?

1. “Los antecedentes legales en California han demostrado que el Acuerdo de Subrogación se convierte en un documento clave en caso de conflicto del en un proceso de Maternidad por Subrogación. Existiendo tal documento y si fuera necesario, se supervisaría el mismo y en última instancia los tribunales otorgarían los derechos de paternidad a los Padres Futuros en tal Acuerdo.
2. Se establecen las responsabilidades de cada una de las partes reduciendo así al mínimo posibles malentendidos.
3. Se determina la responsabilidad económica para los Padres Futuros y se detalla el proceso financiero.
4. Se establece que los Padres Futuros en el Acuerdo son legalmente y económicamente responsables del niño sin importar la salud del mismo.

5. Se establecen exámenes médicos para ambas partes, incluyendo los esposos o parejas, para proteger la salud de la Madre Subrogada y del niño.<sup>21</sup>

Para nosotros es tener los elementos suficientes para aclarar cada cuestión respecto de la maternidad subrogada y también la certeza de que todo esta claramente establecido, en caso de que exista un litigio.

Esperando que se resuelvan las dudas que tenemos sobre la maternidad subrogada en el derecho laboral, esto sin el afán de ofender a nadie con nuestra visión.

A continuación encontraremos la propuesta de nuestros formatos, con respecto a la maternidad subrogada como un contrato individual del trabajo.

## **FORMATO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.**

### **ACTA DE COMPROMISO 1.**

Conste en el presente documento privado, el acto compromiso que se celebra (fecha y lugar), por una parte la Sra. (nombre Madre Subrogada) de nacionalidad (país) con domicilio en (dirección de su residencia) y de la otra parte el Sr. (nombre padre genético) de nacionalidad (país) identificado con

---

<sup>21</sup>[http://www.buildingfamiliesinc.com/Surrogacy/s\\_IntendedParents.asp?pg=LegalProcess&language=Spanish](http://www.buildingfamiliesinc.com/Surrogacy/s_IntendedParents.asp?pg=LegalProcess&language=Spanish)

pasaporte (número) con domicilio (dirección de su residencia) y la Sra. (nombre madre genética) de nacionalidad (país) identificada con pasaporte (clave) con domicilio (dirección de su residencia) bajo los términos siguientes:

PRIMERO. Por el presente acto de compromiso, la persona (nombre de madre subrogada), en pleno uso de su capacidad física y mental, en ejercicio de sus derechos manifiesta su libre voluntad de ayudar al Sr. (nombre del padre genético) a que sea padre biológico de un hijo, y a la Sra. (nombre de la madre biológica), a que sea madre biológica de un hijo, sometiéndose a un tratamiento médico de fertilización asistida vía IN VITRO, resultante del esperma del Sr. (nombre del padre biológico) y el óvulo de la Sra. (nombre de la madre biológica) debido a que su esposa del Sr. (nombre del padre genético), medicamente no pudo llevar a término un embarazo.

SEGUNDO. La Sra. (madre subrogada) conforme al compromiso que manifiesta voluntariamente en el párrafo anterior, declara conocer que el EMBRION que se le será implantado en su útero, es concebido por fertilización in vitro del óvulo de la Sra. (madre biológica) y del esperma del Sr. (padre biológico), siendo ellos los padres del niño (s) o niña (s) que se conciba, quienes asumirán los derechos y obligaciones que le corresponda como tal, es su responsabilidad.

TERCERO. La Sra. (madre subrogada), llegando a un acuerdo con el Sr. (padre biológico) y la Sra. (madre biológica) con la cantidad pactada de sí es un niño (a) la cantidad de \$ 7'500 dólares americanos y si es de dos niños (as) la cantidad de \$ 10'000 dólares americanos, y mensualmente la cantidad de \$ 100 dólares americanos para alimentación y pasajes para consultas al doctor.

CUARTO. En caso de haber firmado esta acta compromiso y no darse con satisfacción las condiciones para la maternidad subrogada, queda nulo este documento.

\_\_\_\_\_  
Firma del Padre Natural.

\_\_\_\_\_  
Firma de la Madre subrogada.

\_\_\_\_\_  
Firma del marido de la madre sub.

## **CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.**

### **FORMATO 2.**

Este contrato es hecho en (la fecha) por y entre (nombre madre subrogada), una mujer casada con (nombre marido de la madre subrogada) quien los

dos residen en, (dirección) y el Sr. (nombre padre natural) quien reside en (dirección).

Las personas mencionadas anteriormente tienen la capacidad de goce y ejercicio, para someterse a las condiciones establecidas en este contrato, con el propósito de una de las partes de prestar su útero para la inseminación in vitro y al término del embarazo entregar al niño a la contraparte, la pareja de padres genéticos. Bajo las siguientes cláusulas:

PRIMERO. La madre subrogada tiene la capacidad física y psicológica para concebir al niño(s) o niña (s), médicamente comprobado, sin la intención de formar una relación madre-niño.


SEGUNDO. La madre subrogada y su esposo se encuentran casados desde (la fecha). El esposo de la madre subrogada se encuentra de acuerdo con las condiciones con las condiciones del contrato y reconoce que su esposa, se inseminará artificialmente conforme a las disposiciones del procedimiento médico. También acepta libremente y prontamente la entrega de la custodia del niño al padre natural.

TERCERO. La madre subrogada se inseminará artificialmente con el semen del padre natural por el equipo médico. Al estar embarazada, está de acuerdo a llevar el embrión hasta término y entregarlo. La madre subrogada y su esposo están de acuerdo en cooperar con cualquier investigación en

cuestiones familiares, médicas, historia personal, etc., que garantice un mejor conocimiento de las personas con las que están tratando.

CUARTO. La compensación por los servicios y gastos ocasionados por el embarazo, se hará de la forma siguiente:

1. \$ (Cantidad), se pagarán en moneda (extranjera o nacional) a la madre subrogada, para los servicios y gastos llevados a cabo en las obligaciones concernientes en el cumplimiento del contrato. La manera de pagó será de la siguiente forma:

 Existen dos opciones de dicha cantidad; la primera el 50% de la cantidad al momento de confirmar el embarazo es viable y el otro 50% al momento de la entrega. La segunda el 50% de la cantidad total al momento de confirmar el embarazo sea viable y pagos mensuales de la cantidad restante dividida en los meses subsecuentes hasta la entrega del niño.

2. El padre natural pagará los gastos incurridos por la maternidad subrogada, los cuales son: médico, hospitalización, farmacéuticos, laboratorio, y algún gasto extra relacionado con el embarazo.

3. Cualquier gasto se pagará o se reembolsara después de un periodo 1 mes pasando la fecha de la terminación del embarazo. Este contrato excluye los gastos no detallados relacionados con el embarazo.
  
4. El padre natural será responsable por costo total de la comprobación de paternidad. Sí la prueba determina no ser el padre biológico del niño, el padre natural exigirá el reembolso de todos los gastos hechos a la madre subrogada y a su esposo.

QUINTO. La madre subrogada y su esposo son conscientes, y están de acuerdo en asumir todos los riesgos, incluso el riesgo de muerte que es incidental al parto, pero no incluye las complicaciones subsecuentes al parto.

SEXTO. En caso de la muerte del padre natural, subsecuente al nacimiento del niño, se entiende y están de acuerdo por la madre subrogada y su esposo en dar la custodia a la esposa del padre natural.

SÉPTIMO. En el momento que se presentare un aborto, esté contrato terminará y tanto la madre subrogada como su esposo están conscientes y por voluntad propia de devolver el 50% de lo gastado al padre natural, por el fracaso del embarazo. En caso de darse una anomalía en el feto y determina el aborto el equipo médico en conjunto con el padre natural no tendrán que reembolsar los gastos hechos, pero si se termina el contrato.



OCTAVO. La madre subrogada y el padre natural, están de acuerdo en realizarse exámenes físico, genético, para descartar cualquier enfermedad peligrosa, esto con la supervisión del equipo medico.

NOVENO. Sí el embarazo no ha ocurrido en un tiempo razonable determinado por el equipo medico, en la opinión del padre natural, este contrato terminará por aviso escrito para la madre subrogad, en su residencia proporcionada al abogado del padre natural.

DÉCIMO. La madre subrogada está de acuerdo de no abortar al niño concebido excepto sí, la opinión médica profesional determina que es necesaria tal acción por salud de la madre subrogada o el niño ha sido determinado por el médico ser fisiológicamente anormal. La madre subrogada está de acuerdo en realizarse pruebas como amniocentesis o las pruebas similares para descubrir los defectos genéticos y congénitos. Sí resulta el feto genéticamente o congénitamente anormal, la madre subrogad esta de acuerdo en abortar el feto en la demanda del padre natural. La cuota pagada a la madre subrogada en esta circunstancia estará en el acuerdo séptimo.

El padre natural reconoce que algunas anormalidades genéticas y congénitas no pueden descubrirse por amniocentesis u otras pruebas, y por consiguiente es demostrado que es el padre biológico, asume la responsabilidad legal por el niño.

DÉCIMO PRIMERO. La madre subrogada está de acuerdo en seguir todas las indicaciones del equipo médico. También esta consiente en no fumar cigarrillos, tomar bebidas alcohólicas, consumir drogas ilegales, ingerir medicamentos no prescritos por el equipo médico y tener restricciones físicas, sexuales. Lo más importante es llevar a cabo las revisiones mensuales prenatales, con su autorización de las cuales estará informado el padre natural.

DÉCIMO SEGUNDO. Para firmar este contrato, cada parte se ha dado la oportunidad de consultar a un abogado de su confianza, para revisar las condiciones e importancia, los efectos de este contrato y los intereses para las partes.

DÉCIMO TERCERO. Cada parte reconoce que ha leído y entendido cada palabra del contrato, reconocen su efecto legal. Están de acuerdo en firmar este contrato de forma libre y voluntariamente.

DÉCIMO CUARTO. Este contrato se ejecutará en dos copias cada uno se juzgarán en original para las partes.

DÉCIMO CUARTO. Este contrato no puede modificarse, excepto por acuerdo escrito firmado por todas las partes originales y respectivamente por sus asesores legales.

DÉCIMO SEXTO. Se regirá este contrato bosquejado, negociado y ejecutado con las leyes del estado de (nombre).

DÉCIMO SEPTIMO. Las partes están en total acuerdo en mantener el anonimato todo el proceso de la maternidad subrogada.

\_\_\_\_\_  
Firma del Padre Natural.

\_\_\_\_\_  
Firma Madre Subrogada.

\_\_\_\_\_  
Firma del Esposo de la madre subrog.

Recapitulando todo lo antes mencionado diremos que la maternidad subrogada la consideramos un contrato individual de trabajo por ser su objeto lícito desde la perspectiva de la prestación de un servicio para la gestación de un embrión ajeno, llevarlo a término y entregarlo. Debemos mirar al servicio por su finalidad, la prestación de un hecho positivo.

Su naturaleza radica en ser un contrato de carácter privado, de interés social y orden público. El contrato no es contrario al orden público debido a que solo se le compensa de sus servicios de gestar al niño y someterse a las labores del parto a favor del matrimonio, sin pensar en una compensación por una renuncia de derechos. También no consideramos a los niños como mercancías, ni tampoco se explota la condición de madres subrogadas de menores recursos en estar trabajando constantemente en esto, la solución a esto es poniendo un límite de gestaciones. Con respecto a negar el valor del contrato es impedir que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee, aunque el contrato sea de forma altruista, puede tener una prestación en especie por su labor. Dentro de los elementos de validez del contrato existe un consentimiento de las partes interesadas, una subordinación en la cual las partes están a disposición recíproca, en el cumplimiento de sus obligaciones, la madre subrogada en dar el consentimiento de inseminarse artificialmente y la pareja comitente de obtener un beneficio para ellos, el engendrar a su hijo. Y todo el procedimiento tiene un tiempo determinado el cual sería de 9 a 10 meses. La terminación del contrato es por cumplimiento del mismo o se resuelva de pleno derecho al no existir el objeto del contrato.

Con todo esto confirmamos la existencia de una relación laboral en la maternidad subrogada.

No descartamos la situación de los contratos de maternidad subrogada declarados nulos por las leyes, pero en el caso de la existencia del contrato, no sería mejor resolver no conforme a las leyes sino en función de resolver en cuestión del interés del menor, está es una de las teorías que se han manejado en los países que han resuelto estos casos y concordamos con ello. Nos referimos a que puede existir un avance en materia civil si consideramos las nuevas teorías al respecto.

Para nosotros es importante aclarar que nuestra postura es una propuesta interesante que se ha hecho con respecto a ver a la maternidad subrogada desde la perspectiva del derecho laboral, viéndola como un trabajo, en el cual cumple con todas las características que se requieren.

Existe la necesidad en nuestra sociedad de la regulación específica de los métodos de la reproducción humana artificial y también de la maternidad subrogada, debido a que es una alternativa que hace posible un fin necesario de un matrimonio el de formar una familia siendo la base de una sociedad, debido a la condición de ser humano de pertenecer a algo.

## **Conclusiones**

PRIMERA. El tema de la maternidad subrogada en el derecho laboral es novedoso.

SEGUNDA. La maternidad subrogada ha existido desde la antigüedad.

TERCERA. Es correcta su denominación maternidad subrogada.

CUARTA. La maternidad subrogada para nosotros la consideramos un contrato individual de trabajo.

QUINTA. La práctica de la maternidad subrogada es permitida en países, como Israel, en New Jersey, etc. Esto nos permite verlo como un contrato existencial.

SEXTA. El contrato de maternidad subrogada tiene validez jurídica porque reúne todos los elementos.

SÉPTIMA. Su objeto es de carácter privado pero de orden público.

OCTAVA. Existe la subordinación en el contrato de maternidad subrogada desde el momento que se pone a disposición de la inseminación artificial la madre subrogada y el matrimonio recibe un beneficio para ellos la gestación de su hijo.

NOVENA. Se tienen prestaciones en especie, en compensación por los servicios obtenidos para el matrimonio.

DÉCIMA. Consideramos necesario la regulación de la maternidad subrogada en nuestro país, esto con la finalidad de no tener lagunas jurídicas y también

para ir de la mano con los avances científicos en esta área., ya que no descartamos la practica en nuestra sociedad.

## Bibliografía.

1. A.SAMBRIZZI, Eduardo. La procreación asistida y la manipulación del embrión humano. Ed. Abeledo-Perrot. Argentina.2001.
2. BORRELL NAVARRO, Miguel. Análisis Práctico y Jurisprudencial del Derecho Mexicano del Trabajo. séptima. ed. Sista. México. 2001
3. CASTORENA, J.Jesús. Manual de Derecho Obrero. “Derecho Sustantivo”. ed.Sexta.México.1984.
4. CÓRDOBA, Jorge Eduardo. et.al. Fecundación Humana Asistida. Alveroni. Argentina, 2000.
5. DÁVALOS, José. Derecho del Trabajo. T.I. 9ª.ed. Porrúa.México.1999.
6. DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo I. Decimo quinta. Ed. Porrúa. México.2002.
7. DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo I. Décimo novena. ed. Porrúa. México.2003.
8. D. Pozzo, Juan. Manual teórico práctico de Derecho del Trabajo. Parte General I. Editar.ed. Argentina.1961.
9. GARRIDO RAMÓN, Alena. Derecho Individual del Trabajo. Ed.Oxford University Press. México.2007.
- 10.GOMEZ, Orlando. et.al. Curso de Derecho del Trabajo. Cárdenas. México. 1979.
- 11.KROTOSCHIN, Ernesto. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. Vol.1. ed. Cuarta. Ed. Depalma. Argentina. 1981.
- 12.LEMA AÑON, Carlos. Reproducción, Poder y Derecho. Ed.Trotta. España. 1999.
- 13.MARTINEZ-PEREDA Rodríguez,J.M. et.al. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español. Dykinson. Madrid. 1994.
- 14.OLVERA QUINTERO, Jorge. Derecho Mexicano del Trabajo. Porrúa. México. 2001.
- 15.SANCHEZ ALVARADO, Alfredo. Instituciones de Derecho Mexicano del Trabajo. Oficina de Asesores del Trabajo, México. 1967.
- 16.SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito. “la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho”. Astrea. Argentina.1996.
- 17.TRUEBA URBINA, Alberto. Nuevo derecho del Trabajo. Porrúa. México. 1975.



18. VIDAL MARTINEZ, Jaime. Las Nuevas formas de Reproducción Humana. Universitat de Valencia: Civitas. España. 1998.
19. VILA-CORO, María dolores. Introducción a la Biojurídica. "Monografía". Universidad complutense, Madrid. 1995.

### **Legislación.**

20. Ley Federal del Trabajo. Ediciones Fiscales ISEF. México. 2008
21. Agenda de Salud. Ediciones Fiscales ISEF. 2008.
22. Código Civil Tabasco con sus reformas. Tercera edición. Cajica. México. 2008

### **Hemerografía.**

23. BARRERA, Gerardo. " ¡Un milagro de vida!" Tv notas. No.571. semana.41. México. 2007. páginas centrales.
24. COLL DE PESTAÑA, Ivette. "Análisis crítico sobre los efectos del desafío genético en el bienestar de los niños". Del colegio de Abogados de Puerto Rico. Vol.63. No.3. Puerto Rico. Julio/Septiembre, 2002.
25. LAPLACETTE, Dora Rocío. "Contrato de Locación de Ventre". Prudentia Iuris. No.4. Argentina. Noviembre, 1995,
26. MARIN VELEZ, Gustavo Adolfo. "El Arrendamiento de vientre en Colombia". Opinión Jurídica. No.3. Colombia. Enero/Junio, 2003.
27. RUIZ SILVA, Pedro. "Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta". Anuario. Vol.21. Puerto Rico. 1998.

### **Diccionarios.**

28. RAMÍREZ GRONDA, Juan D. Diccionario Jurídico. Decima Primera ed. Ed. Claridad. Argentina. 1994.
29. SILVA SILVA, Hernán. Diccionario de Términos Médico-Legales. Jurídica de Chile. Chile. 1989.

### **Otras Fuentes.**

30. [www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres/229/](http://www.am-abogados.com/blog/la-maternidad-subrogada-alquiler-de-vientres/229/) Por: Patricia Alzate Monroy, Abogada y Doctora en Derecho
31. [www.buildingfamiliesinc.com/Surrogacy/s\\_IntendedParents.asp?pg=SurrogateMoms&language=Spanish](http://www.buildingfamiliesinc.com/Surrogacy/s_IntendedParents.asp?pg=SurrogateMoms&language=Spanish)
32. [www.concibe.com.mx/servicios/bancodeovulos.htm](http://www.concibe.com.mx/servicios/bancodeovulos.htm)
33. [www.congreso.es/public\\_oficiales/L2/CONG/DS/CO/CO\\_376.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/DS/CO/CO_376.PDF)

34. [www.gracielamedina.com](http://www.gracielamedina.com).
35. [www.infertilidad-informacion.fertilitydr.com/surrogacy.html](http://www.infertilidad-informacion.fertilitydr.com/surrogacy.html)
36. [www.ivi.es/pacientes/semn.htm](http://www.ivi.es/pacientes/semn.htm)
37. [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derpriv/cont/11/dtr).
38. <http://mundo52.com/sentirse-bien/2008/08/21/400/%C2%BFque-es-la-maternidad-subrogada/>
39. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/l14-2006.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html)
40. <http://84.88.149.173/normacivil/estatal/persona/PF/L3-07.htm>
41. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/l14-2007.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2007.html)