



# UNIVERSIDAD VILLA RICA

---

---

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA  
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO**

ARRENDAMIENTO DE MATRIZ

(MADRE SUBROGADA)

**TESIS**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

**LICENCIADA EN DERECHO**

PRESENTA:

MERARI JAMLEC MANDUJANO  
HOLDZHIMER

Director de Tesis:  
Lic. Miguel Ángel Gordillo Gordillo

Revisor de Tesis:  
Lic. José Salvatori Bronca

BOCA DEL RÍO, VER.

2010



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.

El presente trabajo de Tesis está dedicado a las personas que hicieron posible con su esfuerzo, apoyo y dedicación, la culminación de mis estudios de la Licenciatura en Derecho y asimismo la obtención del Título.

Gracias: Sonia, Juan, Sandra, Anita, Jennifer, Jonathan y Jackeline por haber compartido conmigo todos los momentos difíciles y gratificantes. Por enseñarme los valores, brindarme una buena educación, y por haber tenido fe en mí y sobre todo Gracias a Dios por acompañarme a lo largo de este camino.

A todos Ustedes, Mil Gracias.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
--------------------------	----------

### CAPITULO I

#### METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

<b>1.1. Planteamiento del problema.....</b>	<b>4</b>
<b>1.2. Justificación del problema.....</b>	<b>5</b>
<b>1.3. Delimitación de objetivos.....</b>	<b>5</b>
<b>1.3.1. Objetivo General.....</b>	<b>5</b>
<b>1.3.2. Objetivos Especificos.....</b>	<b>5</b>
<b>1.4. Formulación de la hipótesis.....</b>	<b>6</b>
<b>1.4.1. Enunciación de la hipótesis.....</b>	<b>6</b>
<b>1.5. Determinación de variables.....</b>	<b>6</b>
<b>1.5.1. Variable independiente.....</b>	<b>6</b>
<b>1.5.2. Variable dependiente.....</b>	<b>6</b>
<b>1.6. Tipo de estudio.....</b>	<b>6</b>
<b>1.6.1. Investigación documental.....</b>	<b>7</b>
<b>1.6.1.1. Bibliotecas Públicas.....</b>	<b>7</b>
<b>1.6.1.2. Bibliotecas Privadas.....</b>	<b>7</b>
<b>1.6.1.3. Bibliotecas Particulares.....</b>	<b>7</b>
<b>1.6.2. Técnicas de investigación empleadas.....</b>	<b>8</b>
<b>1.6.2.1. Fichas bibliográficas.....</b>	<b>8</b>

1.6.2.2. Fichas de trabajo.....	8
---------------------------------	---

## **CAPITULO II**

### **CONCEPTOS Y ELEMENTOS DEL CONTRATO**

2.1. Contrato.....	9
2.1.1. Antecedentes.....	11
2.1.2. Concepto del Contrato.....	14
2.1.3. Elementos del Contrato .....	14
2.2. Contrato en general del Código Civil del Estado de Veracruz.....	16
2. 3. Contrato Innominado o Atípico.....	19
2.3.1. Concepto.....	22
2.3.2. Elementos.....	22
2.3.3. Libertad Contractual.....	23
2.4. Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada.....	24
2.4.1. Origen.....	26
2.4.2. Antecedentes.....	32
2.5. Definición de Subrogación.....	40
2.5.1. Definiciones de Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada.....	42
2.5.2. Formas de Maternidad Subrogada.....	49
2.6. Madres de alquiler.....	51
2.7. Causas que dan origen a la Maternidad Subrogada.....	51
2.8. Tipología de Maternidad Subrogada.....	54

## **CAPITULO III**

### **RELACIÓN DE LA CIENCIA CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO**

3.1. Relación entre bioética y derecho.....	58
---	----

3.1.1. Bioética.....	58
3.1.2. Relación del Arrendamiento de Matriz con diversas ramas del derecho.....	67
3.1.2.1. Derecho Civil.....	68
3.1.2.2. Derecho Penal.....	71
3.1.2.3. Derecho Laboral.....	72
3.2. La Bioética relacionada con la gestión humana.....	73
3.3. Complicaciones de la subrogación.....	74
3.4. Técnicas de reproducción asistida.....	76
3.5. Países que permiten la Maternidad Subrogada.....	81
3.6. Riesgos durante la gestación.....	82

## **CAPÍTULO IV**

### **ARRENDAMIENTO DE MATRIZ O MATERNIDAD SUBROGADA**

4.1. El contrato de Arrendamiento de matriz o Maternidad Subrogada.....	85
4.2. Conceptos generales en torno a las nuevas técnicas de reproducción humana .....	87
4.3. El alquiler de útero como realidad social. ....	97
4.4. Evolución en la sociedad.....	98
4.5. Marco jurídico en torno a las nuevas Técnicas de reproducción humana....	100
4.6. Posibilidad de regular el Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada como contrato innominado o atípico en el Código Civil de Veracruz.....	103
4.7. Derechos y Obligaciones para las partes.....	105
4.7.1. Para la Madre Subrogada.....	105
4.7.2. Para la Pareja con quien se realiza el contrato.....	106
4.8. Creación de una Institución para Madres Subrogadas.....	107
4.8.1. Realización de pruebas físicas, psicológicas para las Madres subrogadas y la pareja con quien realiza el contrato.....	108
4.8.2. Realización de historial clínico para las Madres Subrogadas.....	109

<b>4.9. Realización del Contrato de Arrendamiento De matriz o Madre Subrogada...</b>	<b>110</b>
<b>4.10. Entrega objeto del Contrato.....</b>	<b>111</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>112</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>115</b>
<b>LEGISGRAFÍA.....</b>	<b>118</b>
<b>ICONOGRAFÍA.....</b>	<b>119</b>

## INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo consiste en abordar la repercusión integral que las prácticas conocidas como Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada conllevan en nuestra sociedad y por lo tanto trae consigo consecuencias jurídicas.

Dentro del desarrollo científico, encontramos el área de la salud reproductiva del ser humano, tenemos que desde la década de los setenta se hizo pública una serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad y esterilidad a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida.

Dentro de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, encontramos al Arrendamiento de Matriz, también conocido como Maternidad Subrogada, que tiene la peculiaridad de agrupar para su realización a varias técnicas de reproducción asistida a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate, de esta manera podemos encontrar el uso de la inseminación artificial, la fecundación *in vitro*, la implantación de embrión en el útero, e incluso la manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o para simplemente seleccionar el sexo del nuevo ser.



Precisamente es esta técnica reproductiva denominada Maternidad Subrogada, la cual constituye el objeto de estudio de este presente trabajo, en virtud de considerarla muy interesante, no sólo por el hecho de implicar el uso de varias técnicas reproductivas a la vez, sino porque para su realización, en ella no sólo interviene la ciencia sino que tiene que ver con el acto de la voluntad de una mujer que se prestará a la gestación de un embrión, que en ningún momento debe considerar como un hijo, el cual debe entregar a la pareja solicitante después del nacimiento de ese bebé, de esta manera y al estar supeditado este acto a la voluntad de las personas que intervienen en él, pero en particular a la voluntad de la madre sustituta, la aplicación de esta técnica tiene una fuerte vinculación con el Derecho al tener consecuencias jurídicas.

La tarea del científico consistirá, desde esta perspectiva, no solo en desarrollar descubrimientos que enaltezcan la calidad de vida sino, como contrapartida necesaria, en velar porque los mismos no se conviertan en herramientas de vulneración y manejo de lo más sagrado: la vida como objeto inseparable de la persona humana y, por ello, desarrollada en plena libertad, sin otras influencias que hayan predeterminado su origen y destino. Mientras que la tarea del jurista consistirá en las repercusiones que trae en la Ciencia del Derecho, las personas que intervienen en él, los elementos, su naturaleza, etc.

Se reafirma en una defensa a ultranza del embrión, en el que no se podrá experimentar; únicamente son lícitas las intervenciones que se hagan en beneficio directo de su salud e integridad. Finaliza con un llamamiento para que las leyes no aprueben técnicas que van contra la dignidad humana, expuesta desde este punto de vista.

El hecho es que en varios países están implantadas de manera jurídica y médica las técnicas de reproducción asistida con legislaciones detalladas y con una infraestructura de clínicas, médicos y laboratorios con la más alta tecnología.

La reproducción médicamente asistida es algo permitido legalmente y muy demandado. No sucede lo mismo con la Maternidad Subrogada o Arrendamiento de Matriz, la cual va siendo cada día más solicitada y más ofrecida, aunque sigue siendo ilegal en varios países.

Las motivaciones por las cuales una pareja decida contratar los servicios de otra mujer para que lleve adelante la gestación de un niño, pueden esgrimirse, en la mayoría de los casos, en la imposibilidad física de la mujer que contrata para llevar a término el embarazo o soportar el parto.

Las parejas que recurren a esta técnica, experimentan sus deseos de ser Madre o Padre que por diversas razones físicas, no pueden lograrlo.

Por otro lado, se encuentran quienes están dispuestas a ofrecer su útero para esta tarea, algunas lo harán por un factor netamente económico, otras, en cambio, sólo albergarán un fin altruista, similar al de una donación de órganos o intentarán atenuar la culpa acaecida como consecuencia de la práctica de un aborto.

Es ya utilizada la subrogación de úteros, es decir el contrato por el cual una mujer acepta prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término, permitiendo en esta forma tener descendencia a personas que en otra forma no sería posible.

Debido a que es un tema que tiene diversos aspectos, y en nuestro Estado este tema no está regulado, a continuación detallaré la información que en cada tema de la presente investigación abordaré.

## **CAPITULO I**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.1. Planteamiento del Problema**

El presente tema de Investigación se enfoca al tema de Arrendamiento de Matriz (Madre Subrogada), el cual a grandes rasgos, es un acuerdo por medio del cual una mujer carga una criatura en su vientre hasta el momento del parto, con el fin de que otra mujer sea la madre del mismo ante la sociedad. Por esta razón se pretende una regulación en el Código Civil del Estado de Veracruz como un contrato Innominado o Atípico llamado de Maternidad Subrogada, también conocido como Arrendamiento de Matriz, en el cual se establecerán el concepto, elementos de existencia, elementos de validez, elementos de formalidad, derechos y obligaciones de las partes, y terminación del contrato.

Asimismo, se abordará la relación que tiene la ciencia con el Derecho y la importancia que tiene en la actualidad, su evolución y desarrollo.

## **1.2. Justificación del problema**

En la actualidad existen muchas parejas que por diversas causas no pueden procrear y recurren a diversos métodos de reproducción humana o asistida, entre estos se encuentra el Arrendamiento de Matriz también conocido como Madre Subrogada, que ya es una realidad en nuestra sociedad y las sociedades de diversos países.

Esto surge a partir de la constante evolución científica a la que la sociedad se enfrenta día a día, donde la ciencia corrige y ayuda en los procesos naturales trayendo consigo consecuencias jurídicas, las cuales deben ser reguladas por el Derecho.

## **1.3. Delimitación de objetivos**

### **1.3.1. Objetivo General**

Se pretende una regulación del Arrendamiento de Matriz (Madre Subrogada) como un contrato innominado en el Código Civil de nuestro Estado y el impacto que tiene en nuestra sociedad.

### **1.3.2. Objetivos específicos**

La creación de una Institución para mujeres que presten su vientre para el Arrendamiento de Matriz, conocer la importancia que tiene en la actualidad el tema presente de Tesis, conocer los antecedentes y evolución que dieron lugar al Arrendamiento de Matriz, sus consecuencias jurídicas tanto para la mujer que presta su vientre, como para la pareja que solicita el Arrendamiento de Matriz realizando un estudio previo de sus condiciones Psicológicas, Económicas, para ambas partes.

## **1.4. Formulación de la hipótesis**

### **1.4.1. Enunciación de la Hipótesis**

La evolución de la ciencia respecto a las Técnicas de Reproducción Humana asistida en la actualidad, en específico la Maternidad Subrogada conocida también como Arrendamiento de Matriz, las consecuencias que surgen al realizar estas técnicas y la relación de la Medicina con la ciencia del Derecho.

## **1.5. Determinación de Variables**

### **1.5.1. Variable independiente**

El arrendamiento de Matriz.

### **1.5.2. Variable dependiente**

Su regulación en el Código Civil del Estado de Veracruz.

## **1.6. Tipo de estudio**

El tema de investigación es Documental, el cual está apoyado por libros de diversos autores en materia de Derecho, Medicina, Bioética.

## **1.6.1. Investigación documental**

### **1.6.1.1. Bibliotecas Públicas**

Universidad Veracruzana USBI

Domicilio ubicado en S.S Juan Pablo II, Esquina Boulevard Adolfo Ruiz Cortines, Boca del Río, Veracruz.

Universidad Veracruzana USBI Xalapa.

Domicilio ubicado en Avenida de las Culturas Veracruzanos No. 1, Circuito Gonzalo Aguirre Beltrán, Zona Universitaria, Xalapa, Veracruz.

Casa de la Cultura Jurídica Ministro Humberto Román Palacios.

Domicilio ubicado en Emparan No. 305 entre Madero y 5 de Mayo, Veracruz, Veracruz.

### **1.6.1.2. Bibliotecas Privadas**

Universidad Autónoma de Veracruz Villa Rica.

Domicilio ubicado en Avenida Urano, Esquina Progreso, Boca del Río, Veracruz.

### **1.6.1.3. Bibliotecas Particulares**

Merari Jamlec Mandujano Holdzhimer.

Domicilio ubicado en Teodoro Dehesa No.9, Esquina Sugasti Colonia Adolfo López Mateos, Veracruz, Veracruz.

## **1.6.2. Técnicas de investigación empleadas**

### **1.6.2.1. Fichas bibliográficas**

En la ficha bibliográfica podemos ordenar un conjunto de datos que nos permita la identificación de algunas publicaciones ó parte de ellas.

Al realizar una ficha bibliográfica se debe de asegurar que todos los datos que tenemos en ella, nos permita identificar con precisión una obra, se deben de considerar los elementos siguientes: Autor (de la obra), Título, Número de edición, Lugar de la publicación, Editor, Año de publicación, Número de paginas.

### **1.6.2.2. Fichas de trabajo**

Las Fichas de Trabajo son cédulas donde se registran los datos o información que encontramos al consultar las fuentes de información (lectura de libros, revistas, periódicos, consulta a personas, documentos de trabajo, inéditos, etc.). Son resultado del trabajo de consultar las fuentes.

## **CAPITULO II**

### **CONCEPTOS Y ELEMENTOS DEL CONTRATO**

#### **2.1. Contrato**

Para el desarrollo en la sociedad, el hombre requiere del intercambio de bienes y servicios, tal intercambio provoca que el ser humano se enriquezca y perfeccione, se realiza, entre otros medios a través de los contratos.

La reglamentación de los contratos nace de la necesidad de buscar, por un lado la autonomía de la voluntad y por el otro, la equidad.

Bajo esta concepción, quienes intervienen en un contrato han gozado siempre de la facultad de autorregularse y estipular en él diversas modalidades o cláusulas, o simplemente se adaptan a los contratos tipo reglamentados por la ley, los que contempla un ideal dentro de la contratación.



Existen diversas denominaciones de los hechos que producen efectos en el mundo jurídico. En la doctrina francesa, que es en la que se funda nuestro Código, los hechos jurídicos, lato sensu, se dividen en hechos jurídicos stricto sensu y actos jurídicos.

Al decir de Julien Bonnecase<sup>1</sup> el acto jurídico “es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario, un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho”.

Un contrato, en términos generales, es definido como un acuerdo privado, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser exigidas. Es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para las partes. Por ello se señala que habrá contrato cuando varias partes se ponen de acuerdo sobre una manifestación de voluntad destinada a regular sus derechos.

Doctrinariamente, ha sido definido como un negocio jurídico bilateral o multilateral, porque intervienen dos o más personas (a diferencia de los actos jurídicos unilaterales en que interviene una sola persona), y que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones (a diferencia de otros actos jurídicos que están destinados a modificar o extinguir derechos y obligaciones, como las convenciones). También se denomina contrato el documento que recoge las condiciones de dicho acto jurídico.

En el Derecho romano clásico, a su vez, el contrato se refiere a la concreta situación de estar ligadas las partes por un vínculo jurídico que crea derechos y

---

<sup>1</sup> M. Cájica, José, Elementos de Derecho Civil, Tijuana (BC) México, Cárdenas, 1985, pp. 178, 181, 185-188.

obligaciones. No se refiere al acto jurídico mediante el cual las partes contraen dichos derechos, sino a lo contratado (contractus, lo contraído), la relación jurídica que ha quedado indisolublemente constituida mediante la convención generadora.

Las partes en un contrato son personas físicas o jurídicas. En un contrato hay dos polos o extremos de la relación jurídica obligacional, cada polo puede estar constituido por más de una persona revistiendo la calidad de parte.

El contrato, en general, tiene una connotación patrimonial, y forma parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. La función del contrato es originar efectos jurídicos.

### **2.1.1. Antecedentes**

La concepción etimológica del vocablo contrato proviene del latín contractus que significa pacto. Esta acepción gramatical aparece en el derecho romano en el siglo I de la Era Cristiana: sin embargo, su connotación jurídica se determina por primera vez en la recopilación de Justiniano, publicada en el año 529 bajo el nombre de Codex Justinianus, cuando al referirse al negotium contractum le dio el contenido jurídico que se conoce hasta nuestros días.

En el Derecho romano el contrato aparece como una forma de acuerdo (conventio). La convención es el consentimiento de dos a más personas que se avienen sobre una cosa que deben dar o prestar.

La convención se divide en pacto (pactum) y contrato (contractus), siendo el pacto aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que los tiene. En este contexto se entiende por nombre la palabra que produce la acción (el pacto se refiere solo a relaciones que solo engendran una excepción). La causa es alguna cosa presente de la cual se deriva la obligación. El pacto fue

paulatinamente asimilándose al contrato al considerar acciones para exigir su cumplimiento.

El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles. Estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica.

Los contratos se dividen en verdaderos y cuasicontratos. Eran verdaderos los que se basaban en el consentimiento expreso de las partes y los cuasicontratos los basados en el consentimiento presunto. Son aquellos que se basan en el consentimiento presunto de las partes.

A su vez los contratos verdaderos se dividían en nominados e innominados. Eran nominados los que tenían nombre específico y particular confirmado por el derecho e innominados los que aún teniendo causa no tenían nombre. Los contratos innominados eran cuatro: Doy para que des, Doy para que hagas, Hago para que des y Hago para que hagas. Lo característico de los contratos innominados es que en ellos no intervenía el dinero contado.

En el derecho romano existían contratos unilaterales y bilaterales. Los contratos unilaterales obligaban solo a una de las partes y los bilaterales obligaban a ambas partes.

Los contratos requerían de un elemento material-formalista ya porque se formaran *verbis*, *litteris* o *re*. Este ritual formalista se constituyó casi en una verdadera solemnidad. Con el tiempo, el formalismo nacido del derecho romano fue experimentando una evolución gradual hacia el consensualismo, aunque esta tendencia fue retardada por el derecho germánico en virtud de su formalismo radical. El formalismo germánico influyó notablemente al derecho francés antiguo, el cual lo conservó casi hasta finales de la Edad Media.

A continuación se describe brevemente los elementos material-formalista del derecho romano, según sea el caso:

- **Verbis.** Cuando se perfeccionan por las palabras. Son la “dictio dotis”, el “iusiurandum liberti” y la “stipulatio”. Estos contratos se perfeccionan por medio de las palabras, bajo ciertos requisitos.
- **Litteris.** Cuando se realizan por menciones escritas. El contrato “litteris” se perfecciona por medio de menciones escritas llamadas “nomina transcriptitia”, y que literalmente significa nombres que son transcritos, nombres de los deudores que aparecen en el “codex” o libro de caja del acreedor, con las cantidades que por ellos le son debidas.
- **Re.** Cuando son perfectos por la entrega de la cosa. Los contratos “re”, mutuo o préstamo de consumo, comodato o préstamo de uso, depósito o prenda, se perfecciona por la entrega de la cosa (“Re”), pues se consideró con razón que nadie estaba obligado a devolver si previamente no había recibido.
- **Consensu.** Cuando para su perfeccionamiento basta el consentimiento de las partes. Los contratos consensuales, compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato, son perfectos por el sólo consentimiento de las partes; son el polo opuesto de los contratos formales y solemnes del antiguo derecho civil.

El antiguo derecho francés tuvo como característica principal la conjugación de las formas romanas con las germánicas. Finalmente, el consensualismo retomó su evolución en el derecho francés moderno bajo un sistema racional y lógico que facilitó la simplicidad contractual. Esta tendencia se apoyó fundamentalmente en

los principios del derecho canónico que cuestionó desde un principio el formalismo romano y germánico y que sostenía que el valor supremo de la palabra dada por el ser humano debería estar por encima de las normas del derecho común.

Como reacción al formalismo contractual, el consensualismo se fundó en una tendencia simplista que facilitó la formación de los contratos considerando suficiente la voluntad de las partes para dar origen al contrato.

### **2.1.2 Concepto del Contrato**

El convenio en sentido general es el acuerdo de dos o más voluntades y que se manifiesta en forma exterior para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Dentro de la definición del convenio en sentido general se encuentran implícitas las concepciones jurídicas del contrato y del convenio en sentido especial. El contrato es el acuerdo entre dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones. El convenio en sentido especial es el acuerdo que modifica o extingue derechos y obligaciones.

### **2.1.3. Elementos del Contrato**

El contrato se integra con elementos de existencia y validez. Los primeros también denominados de esencia o estructurales, son indispensables, para que haya contrato. Estos son el consentimiento y objeto que pueda ser materia de él.

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades que se manifiesta en forma exterior para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. El consentimiento puede manifestarse en forma expresa o tácita y el objeto que pueda ser materia del contrato.

Los elementos de validez para que pueda existir son:

a) Capacidad de las partes.

Puede ser de goce y de ejercicio. La de goce es la actitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. Hay capacidad de ejercicio cuando la persona puede ejercer por sí mismo sus derechos y obligaciones.

b) Ausencia de vicios en el consentimiento.

El consentimiento debe darse en forma libre y veraz, de tal manera que las partes estén de acuerdo tanto en la persona como el objeto y en las formalidades del contrato.

Por lo mismo el consentimiento no debe estar viciado por error, dolo, mala fe, violencia o lesión.

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

El dolo es un tipo de conducta que se configura cuando una persona emplea cualquier sugestión o artificio para inducir a error o mantener en él a cualquiera de los contratantes.

La mala fe se entiende como la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. Esto es cuando una persona no se le saca de su error y permite que continúe en él.

La violencia se da cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

La lesión se configura cuando existen dos elementos: el psicológico y el objetivo. El elemento psicológico es un vicio del consentimiento que evita contratar en igualdad de circunstancias en virtud de que una de las partes está en el supuesto de suma ignorancia, notaria inexperiencia o extrema miseria. El objetivo es la desproporción económica que exista entre lo que se da y lo que se recibe.

c) Que el objeto, motivo o fin sean lícitos.

Se considera ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

d) Que la voluntad de las partes se haya exteriorizado con las formalidades establecidas por la ley.

El conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo se debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico.

## **2.2. Contrato en general del Código Civil del Estado de Veracruz**

Nuestro Código Civil señala en sus Artículos lo siguiente:

Artículo 1727.- Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento;

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

Artículo 1729.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo

expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Artículo 1736.- El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Artículo 1757.- Son objeto de los contratos:

- I.- La cosa que el obligado debe dar;
- II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Artículo 1762.- No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él.

Artículo 1763.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 1765.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

Artículo 1767.- Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.



Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó.

Artículo 1769.- El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

Artículo 1772.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

Artículo 1773.- Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios.

Artículo 1784.- Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Artículo 1785.- Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar.

Artículo 1871.- La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto.

Artículo 1995.- Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido.

### **2. 3. Contrato Innominado o Atípico**

La ley -el Código Civil y demás ordenamientos legales- no reglamentan el contenido de todos los contratos posibles, sólo lo hacen con los contratos más frecuentes e importantes, tales como la promesa, la compraventa, el arrendamiento, la donación y demás contratos. A los contratos que menciona y cuyo contenido disciplina el legislador, se les llama contratos nominados o típicos, y a los que no reglamenta, aunque a algunos de ellos simplemente los mencione, se les llama contratos innominados o atípicos.

Todos los contratos, pueden dividirse en dos grandes grupos:

Los contratos Nominados o Típicos, cuyo contenido ha sido disciplinado o estructurado expresamente por el legislador, sea en el Código Civil o en otras leyes.

Los contratos Innominados o Atípicos, cuyo contenido no ha sido disciplinado expresamente por el legislador, aunque algunos de ellos tengan su nombre en la doctrina, y algunos otros sean simplemente mencionados por su nombre por el legislador.

En una y otra especie de contratos, se reconoce por el legislador la libertad contractual. Así, en los contratos nominados o típicos, la ley estructura su contenido, pero por regla general, los preceptos del legislador en esta materia son normas supletorias o dispositivas que a virtud de la libertad contractual pueden suprimirse, sustituirse o modificarse por voluntad de las partes, ya que sólo por excepción, son normas imperativas, no susceptibles de derogarse por pacto en

contrario, como ocurre con las normas que establecen los requisitos esenciales de cada contrato, y con aquellas normas que protegen primordialmente un interés público a propósito de cada contrato.

Asimismo, en los contratos innominados o atípicos no existen normas legales que disciplinen su contenido, el cual puede llenarse o modelarse libremente por voluntad de las partes, en ejercicio también de la libertad contractual.

También encontramos las figuras afines, hay contratos sólo en apariencia innominados o atípicos, pero que en realidad no dejan de ser nominados o atípicos, pero que en realidad no dejan de ser nominados o típicos. Así ocurre con un contrato que conserva la estructura fundamental y las prestaciones esenciales de un determinado contrato nominado o típico, pero al que sólo se ha agregado una prestación extraña y subordinada a la principal y dentro de la cual queda absorbida.

Además, el contrato innominado o atípico no es simplemente el contrato que carece de nombre propio, dado que hay contratos que no dejan de ser innominados o atípicos por el solo hecho de ser mencionados por el legislador o por tener ya en doctrina un nombre propio.

Los contratos innominados o atípicos pueden dividirse en dos grandes grupos:

- Contratos innominados en sentido estricto o contratos innominados puros, que comprenden tanto los contratos que tienen un contenido completamente extraño a los tipos legales, como los contratos que tienen un contenido sólo parcialmente extraño a los tipos legales, y

- Contratos mixtos o complejos, en los que todos los elementos de su contenido, son de tipo legales, pero en combinaciones diversas.

Hay también otra clasificación doctrinal de los contratos atípicos en dos especies: los innominados propiamente dichos, que son las clasificaciones existentes; y los innominados impropiedades dichos, que son una especie modificada de un tipo ya existente, del cual se diferencian por faltarles un elemento esencial, lo que hace que no alcancen finalidad propia, sino otro fin diferente.

En el contrato innominado mixto o complejo, hay un solo contrato y no una pluralidad de contratos. Estos contratos mixtos o complejos pueden ser:

- a) Contratos gemelos o combinados, cuando la prestación de una parte corresponde a uno o a varios contratos típicos, y la contraprestación de la otra corresponde a otro contrato típico único.
- b) Contrato mixto en sentido estricto, en el que a un determinado contrato típico, se agregan elementos u obligaciones de otro contrato típico.
- c) Contratos de doble tipo o híbridos, cuando el total del contrato encaja en dos tipos diferentes.

En suma, en el contrato mixto, hay combinaciones diversas de elementos o prestaciones solamente de contratos típicos, pues si en la combinación intervienen elementos o prestaciones de contratos atípicos, ya no hay contrato mixto, sino contrato innominado en sentido estricto.

### **2.3.1. Concepto**

Es aquel para el que la ley no tiene previsto un nombre específico, debido a que sus características no se encuentran reguladas por ella. No tiene un nombre especial dado o confirmado por el derecho.

Puede ser un híbrido<sup>2</sup> entre varios contratos o incluso uno completamente nuevo. Para completar las lagunas o situaciones no previstas por las partes en el contrato, es necesario acudir a la regulación de contratos similares o análogos.

Es importante mencionar que los contratos innominados no son los que no están previstos por el Código Civil, porque todos los contratos lo están; simplemente son los que no están nombrados en sus artículos aunque, por supuesto, al ser contrato, el Código los regula.

### **2.3.2. Elementos**

Sobre los elementos personales de los contratos atípicos o innominados, cabe advertir sólo que los contratantes requieren la capacidad general para contratar.

Asimismo, en cuanto a los elementos formales, puede afirmarse que son contratos consensuales o informales, pues no requieren ninguna formalidad especial, dado que el legislador no contempla en concreto estas figuras contractuales. Rige, en esta materia la libertad contractual también en cuanto a la forma, y no solo en cuanto al fondo.

---

<sup>2</sup> Que procede de dos o más elementos de distinta naturaleza

Por lo que se refiere a los elementos reales de los contratos atípicos, la multiplicidad de las posibles combinaciones de los contratos atípicos, hace imposible o inútil la formulación de observaciones generales.

### **2.3.3. Libertad Contractual**

Es la facultad que tienen los particulares para pactar entre sí sus relaciones jurídicas dentro de un marco legal. La precisión de los límites en que se encuadra esta libertad contractual está fundada en diversos principios de técnica jurídica a diferencia de la teoría de la autonomía de la voluntad que está circunscrita a un carácter puramente filosófico. La autonomía de la voluntad entra en decadencia cuando surgen las doctrinas sociales del siglo pasado. Por ese mismo efecto y por las nuevas concepciones de la filosofía política, la libertad contractual se va reduciendo por el notorio intervencionismo estatal al incluir en las reglas generales del contrato una serie de principios jurídicos, políticos y morales. Entre éstos se pueden señalar los requisitos de existencia y de validez, las leyes prohibitivas, el interés público, las buenas costumbres, buena fe y equidad.

El Código Civil en vigor fue influido por esta tendencia intervencionista al abandonar el principio que sustentaba de que el contrato era la ley suprema de las partes. Con base en esta nueva tendencia que enmarca los límites de la libertad contractual, los contratantes están impedidos para pactar obligación alguna que vaya en contra de esos principios. En cuanto a la serie de fundamentos políticos, económicos, valorativos y jurídicos sólo deberán interpretarse por el poder judicial, por corresponder éstos a conceptos axiológicos constitutivos del acervo cultural del individuo o de la colectividad.

En este orden de ideas, los límites de la libertad contractual sólo se justifican por el imperativo de la armonía social y el orden jurídico que garantiza a

su vez la moralidad pública, la relación armónica de los gobernados entre sí y la viabilidad de su relación económica.

#### **2.4. Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada**

Es el proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer.

La maternidad subrogada puede darse por diferentes combinaciones, por ejemplo de la esposa o mujer que contrata a otra, puede ser la madre biológica si aporta el óvulo y puede también que no aporte con material genético alguno para la gestación y en este último caso no existiría filiación biológica.

Por el otro lado, el de la mujer sustituta, ésta es una persona fértil, que celebra un contrato a fin de que sea inseminada artificialmente con el semen de un varón casado o conviviente de otra mujer, a fin de llevar adelante el embarazo, el que culmina con el parto, y la madre sustituta o subrogada renuncia a la tenencia del menor a favor del padre biológico.

Al respecto Enrique Varsi Rospigliosi<sup>3</sup> 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 gestora.

---

<sup>3</sup> Varsi Rospigliosi, Enrique, Derecho Genético, Cuarta Edición, Lima, Ed. Grijley, 2001, pp. 114-123, 155, 178, 234-236.

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 íntegra. Se produce un caso de pregeneración humana: 1) espermatozoides del marido, y 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; 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.

La contratación de madres de alquiler para realizar una gestación vicaria no es legal, pero las únicas razones para su prohibición son de orden práctico y no ético.

Con el término general de Arrendamiento de Matriz o Madre Subrogada se comprenden diversas modalidades o grados de intervención de una mujer en el proceso procreativo de otra.

Una de ellas se conoce como locación o alquiler de útero, mediante la cual una mujer conviene en gestar un embrión formado, total o parcialmente, por los gametos de la pareja comitente, comprometiéndose a la entrega del nacido



después de su nacimiento. En este caso, la participación de la mujer se limita a la gestación de un concebido con el que no guarda ningún vínculo genético, verificándose la escisión de la maternidad genética y uterina.

La segunda modalidad, es la maternidad subrogada propiamente dicha, en la cual la mujer no sólo lleva adelante la gestación sino que además aporta sus óvulos para ser inseminada con el esperma del varón de la pareja comitente. En este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen -la maternidad por cuenta de terceros- es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es.

#### **2.4.1. Origen**

La historia de la maternidad subrogada, probablemente, se inició en tiempos remotos antes de nuestra era. Una leyenda dice que una Divinidad trasladó a un bebé, el futuro Gran Héroe, del útero de una villana al de la reina. Así lo narra un fresco en un templo hindú.

El término "Maternidad Subrogada", fue acuñado en 1981 por Noel Keane<sup>4</sup>, que fue el primero en reclutar "mujeres criadoras" para atender la solicitud de parejas infértiles.

Es un proceso atípico, no sólo por llevarse a cabo en un recinto ajeno, sino también por estar alimentado el nuevo ser con sangre distinta a la de su genitora. El examen genético del hijo gestado subrogadamente muestra, de manera incontrovertible, que sus padres biológicos fueron los que aportaron los gametos.

---

<sup>4</sup> Keane, Noel, Abogado de la ciudad de Dearborn, del Estado de Michigan, USA.

A partir de entonces, han surgido diversas denominaciones, como son las siguientes:

- Alquiler de vientre,
- Alquiler de útero,
- Arriendo de útero,
- Arrendamiento de vientre,
- Donación temporaria de útero,
- Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro,
- Gestación de sustitución,
- Gestación subrogada,
- Madre portadora,
- Maternidad sustituta,
- Maternidad de sustitución,
- Maternidad suplente,
- Maternidad de alquiler,
- Maternidad de encargo,
- Madres de alquiler,
- Madres portadoras,
- Madre Subrogada,
- Vientre de alquiler,
- Surrogated motherhood (su denominación en inglés).

Sin embargo, las que más han predominado de todas es la de Arrendamiento de Matriz o Madre Subrogada.

En la historia moderna ese tipo de asistencia a cónyuges estériles existe ya más de 15 años. El primer éxito fidedigno en este terreno remonta a 1989, cuando nació el primer niño gestado por una Madre de alquiler. En Gran Bretaña a duras

penas se logró convencer al Comité de Ética de que la mujer necesitaba ayuda específica de una pariente suya, a cuyo útero fueron transferidos embriones genéticamente ajenos procedentes de su hermana y cuñado.

Por esto entre las mujeres que consintieron en gestar un niño ajeno hay muchas parientes o amigas íntimas. No obstante, no hay pocas "voluntarias" extrañas que lo hacen, en parte, por ganar dinero, en parte, por el deseo noble de ayudar a parejas infértiles.

En efecto, cuando no hay lazo genético es apenas un préstamo del medio ambiente y el hijo así nacido pertenece a los que aportan los genes, es decir, a los padres naturales.

La gestación substituta con aporte de gametos isoconyugales puede estar motivada por razones médicas y sociales. Entre las primeras se cuentan la ausencia de matriz de la mujer interesada o el padecimiento de una enfermedad que no haga recomendable su asociación con el embarazo (por ejemplo, una cardiopatía o una neuropatía).

A veces, la gestación subrogada es la única posibilidad de tener su propio hijo para las mujeres que han sufrido intervenciones operatorias previas. Así, la ausencia del útero puede deberse a que fue extirpado a causa de un mioma, hemorragia del parto, etc.

Con frecuencia tienen que pensar de una madre sustituta las mujeres con el útero deformado o afectadas por enfermedades graves que pueden impedir el desenlace favorable del embarazo.

La subrogación brinda a algunas parejas que luchan contra la infertilidad una oportunidad de ser aún padres de su hijo biológico. La madre sustituta

acuerda llevar y luego dar a luz a un niño para una pareja sin hijos. Una vez que el niño nace, la madre sustituta renuncia a todo derecho de maternidad.

Debido a circunstancias como los adelantos tecnológicos, algunas figuras jurídicas sufren cambios, como es el caso de la maternidad.

Con el avance de la ciencia, la maternidad ha adquirido una nueva especie: la maternidad subrogada, en la cual participan dos mujeres que presumen ser madres de un bebé. Esta causa es por lo que resulta importante determinar qué es la maternidad, a fin de definir si las dos mujeres que se encuentran involucradas en la maternidad subrogada son las madres del bebé, o lo es sólo una de ellas.

La maternidad es una palabra que proviene de materno y significa: Estado o cualidad de madre. Con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende "la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos etc..."

De esta manera, una madre no sólo es aquella mujer que da a luz al bebé sino también la que lo educa, cuida y alimenta. Por lo tanto, se puede decir que en la maternidad subrogada existen dos madres para el bebé. Una que es la que lo da a luz y otra que ve por él toda la vida.

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

A) Etimológico.

La palabra madre procede del latín "mater/matris", la cual a su vez deriva del griego "matér/matrós", cuyo significado es madre. En principio, la idea de maternidad no se asociaba a esta palabra, pues el título de mater fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta.

Con posterioridad, en Roma se denominó con el término materfamilias a la esposa del paterfamilias, no con el objeto de conferirle el mismo status dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél, porque bien sabido es que la religión no colocaba a la mujer en un rango especial, pues aunque se le permitía participar en los actos religiosos, no se le consideraba la señora del hogar donde carecía de autoridad y libertad, requiriendo en todos los actos de la vida religiosa un jefe y en los actos de la vida civil un tutor.

La religión de la mujer no provenía de su nacimiento, sino de su matrimonio, aprendía de su marido la oración que recitaba, no representaba a los antepasados al no descender de ellos, y ni siquiera se convertía en antepasado de su familia, ya que depositada en la tumba no recibía un culto especial. Por ello, tanto en la vida como en la muerte, sólo figuraría como un miembro de su esposo. La ley de Manú ya lo decía, "La mujer, durante su infancia, depende de su padre; durante su juventud, de su marido; muerto el marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los parientes próximos; de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su guisa"

Las leyes griegas y romanas determinaban lo mismo, al señalar:

"Soltera, está sometida a su padre; muerto el padre, a sus hermanos y a sus agnados; casada, está bajo la tutela del marido; muerto éste, ya no vuelve a su primitiva familia, pues renunció a ella por siempre mediante el sagrado

matrimonio; la viuda sigue sumisa a la tutela de los agnados de su marido, es decir, de sus propios hijos, si los tiene o a falta de hijos, de los parientes más próximos. Tiene su marido tal autoridad sobre ella, que antes de morir puede designarle un tutor y aun escogerle un segundo marido."

Así, el poder del hombre sobre la mujer se derivaba de las creencias religiosas que colocaban al varón en superior condición a ésta, ya fuera dentro de su familia de origen o mediante el matrimonio.

#### B) Gramatical

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

#### C) Biológico

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

Este carácter dogmático de la maternidad no sólo se sustenta en su certeza, sino en la intensa relación espiritual, emotiva y biológica entre la madre y el descendiente, derivada del embarazo y la lactancia. La naturaleza humana establece una estrecha relación entre ambos, porque la afectividad y cuidado maternos son esenciales en la formación de la personalidad de los menores, sobre todo durante sus primeros años de vida. La relación de paternidad se establece necesariamente sobre un previo lazo de maternidad, particularmente en la actualidad que por los adelantos de las ciencias biológicas, el desarrollo de los

métodos de control de la natalidad y la libertad sexual, el descendiente es producto de una decisión libre y voluntaria de la madre, provocando con ello que el vínculo paterno no sea predominantemente biológico, sino también social y cultural.

#### D) Jurídico

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

### **2.4.2. Antecedentes**

Es importante considerar hablar en este apartado del porcentaje aproximado de la población mexicana que presenta alguna deficiencia de las ya mencionadas en su capacidad reproductiva, cifra que de acuerdo a los datos que maneja el especialista mexicano Efraín Pérez Peña<sup>5</sup> corresponde al 15% de la población en México, la cual nos dice que tiende a aumentar por las tensiones propias del mundo moderno en el que nos desenvolvemos.

La práctica reproductiva denominada maternidad subrogada o alquiler de útero tiene sus antecedentes históricos derivados de las técnicas reproductivas en general, sin embargo, se podría pensar que la utilización de este procedimiento es reciente y novedoso, pero encontramos referencia a ella aún en algunos pasajes bíblicos en los que nos menciona cómo algunas mujeres estériles buscaron ser madres a través del método que hoy se denomina Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada, recurriendo para esto a terceras mujeres.

---

<sup>5</sup> Pérez Peña, Efraín, Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral, Segunda Edición, México, Salvat, 1995, 1-11, 647, 661, pp.

La maternidad por cuenta ajena en la actualidad, en nuestro país y en cualquier parte del mundo, se toma como alternativa a seguir por lo general cuando la esposa o concubina no puede embarazarse por problemas en su útero, como lo serían malformaciones congénitas, extirpaciones del mismo, o bien el llamado útero infantil, cuadros clínicos que significan para una mujer la esterilidad, lo cual representa la imposibilidad total de gestar en su vientre a un nuevo ser. Debido a lo anterior, decide realizar un convenio por escrito con una tercera mujer para que a cambio de una contraprestación económica acepte gestar a un niño para entregárselo con posterioridad a su nacimiento.

La maternidad por cuenta ajena tiene como objeto central que la madre sustituta permita ser inseminada artificialmente o bien que se le implante un embrión humano para su gestación hasta el momento del parto; en este sentido, el objeto lo constituiría el cuerpo de la madre sustituta en general, y en particular el útero de esta mujer.

Tratándose de la reproducción humana, los términos infertilidad y esterilidad, muchas veces son utilizados por la mayoría de nosotros como sinónimos, porque al final de cuentas implican que una pareja no logra conseguir la propia reproducción, pero que en un lenguaje médico exacto, denotan cosas totalmente distintas, razón por la cual, a continuación daremos los conceptos de cada uno de estos términos de manera particular.

Por pareja estéril se entiende a un hombre y una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no puede darse bajo ninguna circunstancia.



El especialista mexicano Efraín Pérez Peña<sup>6</sup> abunda un poco más en torno al concepto de esterilidad, enunciándola como la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva.

Aun más, este especialista nos indica que la esterilidad puede darse de dos formas: primaria, cuando nunca se ha logrado el embarazo, bajo ninguna circunstancia y por ningún tratamiento, y secundaria, cuando ha habido embarazos previos, pero que en la actualidad ya no, situación que pudo haberse ocasionado por circunstancias iatrogénicas, como lo son intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas, retardo en el diagnóstico, etcétera.<sup>7</sup>

Por pareja infértil entenderemos a aquélla que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta a diferencia de la esterilidad es susceptible de corrección.<sup>8</sup>

Por su parte, Arturo Arrighi nos dice que la infertilidad es la imposibilidad de llevar a término el producto concebido, y afirma que este concepto es mucho más difícil de definir, toda vez que para la esterilidad basta decir que existe una imposibilidad para concebir, mientras que la infertilidad no tiene parámetros plenamente determinados, sin embargo, existe el supuesto de que puede ser corregido y origina una expectativa mayor de reproducción en las parejas.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Pérez Peña, Efraín, *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral*, 2a. ed., México, Salvat, 1995, pp. 647.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 1-2.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>9</sup> Arrighi, Arturo y Cogorno, Miguel, *op. cit.*, nota 1, p. 352

Es importante abordar las causas generadoras de estos tipos de problemas reproductivos, pues llama la atención la puntualización de los médicos respecto a que el contexto social y cultural de nuestra época contribuye al incremento de la tasa de problemas reproductivos; de tal manera, dentro de dichas causas, podemos encontrar las siguientes:

El posponer la maternidad para edades más avanzadas disminuye la fertilidad en una pareja, y hace que al momento de querer reproducirse se enfrenten con diversidad de impedimentos.

El empleo indiscriminado de técnicas anticonceptivas, que en muchas ocasiones obedece a una automedicación, sin considerar que muchos de estos métodos alteran el organismo, principalmente el de las mujeres y provocan diversas afecciones que disminuyen su capacidad reproductiva; aunado a esto, la mayor incidencia de enfermedades venéreas, que si no ocasionan la muerte, sí generan disminuciones para la concepción o producen la infertilidad.

El estrés origina una alteración fisiológica y hormonal en los seres humanos, debido a la segregación de importantes cantidades de sustancias tóxicas derivadas de la adrenalina, sustancia que liberamos en situaciones de gran tensión emocional. Este estrés en muchas ocasiones genera drogadicción y alcoholismo, que son factores que disminuye la capacidad reproductiva en los seres humanos, pues el consumo de estas sustancias aumenta la posibilidad de que un producto presente algunas malformaciones congénitas.

La automedicación es una causa más de problemas reproductivos, lo que genera en muchas ocasiones que se afecte la función neuroendocrina; los fenómenos ovulatorios, la espermatogénesis y en diversas ocasiones el funcionamiento sexual se alteran al usar tranquilizantes, estimulantes o analgésicos, así como estimulantes menores, como lo serían la cafeína y la

nicotina, que si bien no provocan un daño a corto plazo, sí generan severas afecciones a largo plazo.

La realización de dietas severas y de ejercicios extenuantes son otro factor más que altera la capacidad reproductiva en humanos, al alterar la función neuroendocrina del cuerpo al generarse diversas sustancias químicas con el ejercicio exagerado y al presentarse cuadros de desnutrición grave con diversidad de dietas. Lo que parece paradójico, en virtud de que se ha incrementado el índice de obesidad, que desde el punto de vista médico es un factor más que altera la función reproductiva.

El contacto con diversas sustancias tóxicas que el desarrollo industrial de nuestra época trae consigo, como lo son los pesticidas, plomo, solventes, gases, pinturas y radiación, esta última que incluso proviene de los aparatos eléctricos de los cuales se hace uso de manera cotidiana como, por ejemplo, el televisor, la computadora, teléfonos celulares y hornos de microondas.

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

Las causas que se han enunciado pueden generar esterilidad o infertilidad que pueden haber surgido por malformaciones genéticas; al tomar en cuenta estas causas, nos podemos dar cuenta de que los problemas de infertilidad o esterilidad no se encuentran tan lejos de nosotros, pues el contexto sociocultural de nuestro tiempo presenta la posibilidad de un aumento en el porcentaje de la población que padece alguna consecuencia de este tipo.

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

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

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

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

Cada una de estas técnicas que en la actualidad son usadas para ayudar a parejas estériles o infértiles a concebir un hijo implican invasión mayor en la mente y en el cuerpo de los individuos, al grado de que esta posibilidad la perciben como una última oportunidad para lograr el anhelado embarazo.

En el presente trabajo entendemos por técnicas de reproducción asistida o reproducción no coital, al empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa el contacto sexual, para que la fertilización ocurra.<sup>10</sup>

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad, cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces, y aunque no está indicada para todos los problemas de esterilidad, permite embarazos en casos considerados como perdidos, y sus indicaciones y aceptación son cada vez mayores, por lo que se le utiliza con mayor frecuencia.<sup>11</sup>

Entrar a la conceptualización de cada una de estas técnicas implicaría un trabajo de mayor envergadura, pues sólo una de estas técnicas es en la cual se centrará el presente trabajo de investigación, por lo cual mencionaré de manera enunciativa de todas las técnicas, y puntualizaré solamente aquéllas que tengan una relación directa con la maternidad sustituta.

- Inseminación artificial
- Hiperestimulación ovárica controlada (HOC)
- Perfusión espermática a oviductos (FSP)
- Fertilización in vitro (FIV)
- Transferencia intratubaria de embriones o cigotos (ZIFT)

Las cuales desarrollaré adelante en el Capítulo III de este trabajo de investigación con el tema de Técnicas de Reproducción Asistida.

Por su parte, las llamadas portadoras sustitutas no son propiamente una técnica de reproducción asistida en sí, sino que son la combinación de varias de

---

<sup>10</sup> Pérez Peña, Efraín, op. cit., nota 2, pp. 628-630.

<sup>11</sup> Gómez Sánchez, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 181-186.

ellas para que pueda lograrse el fin perseguido; sin embargo, se le considera como una técnica más y es conocida con una diversidad de nombres. Se le puede identificar como madres sustitutas, madres de alquiler, gestación contratada, gestación por cuenta ajena, alquiler de útero, alquiler de vientre, entre otros.

Médicamente esta técnica se ha desarrollado para mujeres estériles sin útero y con ovarios, de tal manera que se han creado programas en donde mujeres que reúnen ciertos requisitos de edad y características psicológicas y médicas, entre otras, establecen un contrato en el que se comprometen a llevar en su útero el producto de la concepción de ovocitos y espermatozoides de una pareja estéril, para regresarlo a la pareja inmediatamente después del parto vaginal o cesárea.<sup>12</sup>

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

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

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

---

<sup>12</sup> Pérez Peña, Efraín, op. cit., nota 2, p. 661.

semen proveniente del marido de la contratante, también es frecuente que se utilice la fecundación in vitro, en donde el óvulo como el espermatozoide pertenecen a la pareja contratante y el embrión es luego implantado a la gestadora, mediando generalmente para esta práctica un pago cierto y determinado que los contratantes hacen a la madre gestadora.<sup>13</sup>

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.

## **2.5. Definición de Subrogación**

Subrogar es "sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra". Quiere entonces decir que "maternidad subrogada" es la substitución del estado o la calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer gestante.

En este tema será importante iniciar desde su denominación, por la discusión de cual es el vocablo correcto para identificarla, sí subrogada, delegada, incubadora o sustituta, porque de acuerdo con el significado gramatical de dichos términos:

- "Subrogar" es "Subsistir o poner una persona o cosa en lugar de otra";
- "Delegar" es "Dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces o conferirle su representación";

---

<sup>13</sup> Gómez Sánchez, Yolanda, op. cit., nota 11, pp. 136-140.

- "Incubar" es "Ponerse el ave sobre los huevos para sacar pollos";
- "Sustituir o "Substituir" es "Poner a una persona o cosa en lugar de otra".<sup>14</sup>

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

Para López Faugier la acepción más correcta para denominar esta técnica de reproducción asistida, es la de madre gestante, porque "Gestar" significa: "Llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto."

El término "subrogación" en cualquier caso, evoca la idea de una sustitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra.

Así, Subrogar significa precisamente 'sustituir' o cambiar una cosa o persona por otra.

De esta manera, hablar de maternidad subrogada es hacer alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer por otra.

Esto resulta muy importante, debido a que suele creerse que la subrogación a que alude la maternidad subrogada es la que menciona la ley y no es así.

La ley señala que la subrogación es una forma de transmisión de las obligaciones, que consiste en sustituir a un acreedor por otro, y esto no puede

---

<sup>14</sup> López Faugier, Irene, La Prueba Científica, p. 285



adjudicarse a la maternidad subrogada, toda vez que esta figura no tiene como fin que la mujer que contrata sea sustituida por otra contratante. En consecuencia, la idea que se debe aplicar a la subrogación es la de sustitución o cambio de una persona por otra, pero sin atribuirle lo que indica la ley.

Para Delgado Calva:

“Subrogación es la sustitución o cambio de una cosa o de una persona por otra”.<sup>15</sup>

Se busca integrar elementos como la palabra sustituir, sinónimo de subrogación, debido a que algunos autores manejan la maternidad subrogada como maternidad sustituta, lo que no quiere decir que se hable de algo distinto. El concepto que también señala que la subrogación no sólo implica la sustitución o cambio de una cosa; es además la sustitución o cambio de una persona.

### **2.5.1. Definiciones de Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada**

Existen múltiples definiciones respecto al presente tema que varían de acuerdo a las circunstancias, de acuerdo al punto de vista subjetivo y objetivo, para tener un conocimiento amplio del tema cito algunas:

Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer.

Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca. (Reino Unido).<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Delgado Calva, Ana Soledad, La Maternidad Subrogada: un Derecho ..., Op. Cit., pp. 23-25

<sup>16</sup> Hurtado Oliver, Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 54.

Acuerdo por medio del cual una mujer carga una criatura en su vientre hasta el momento del parto, con el fin de que otra mujer sea la madre del mismo ante la sociedad.

Situación jurídica por la cual una mujer dota del material genético para la fecundación, y otra por intermedio de su vientre gesta y pare al nuevo ser. Con la intención de entregarlo.

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

La maternidad subrogada es definida como aquel acuerdo por medio del cual una mujer carga una criatura en su vientre hasta el momento del parto, con el fin de que otra mujer sea la madre del mismo ante la sociedad. En el presente existen dos tipos de maternidad subrogada. Los mismos han sido definidos como: la subrogación tradicional (donor surrogac) y la subrogación gestacional (gestational surrogac).

Existen variados conceptos doctrinales sobre el tema:

Uno de ellos dice que la maternidad subrogada es "la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento."<sup>17</sup>

Respecto a este concepto, una mujer geste un niño por otra, a fin de entregárselo al finalizar el embarazo, sin embargo no se especifica qué tipo de

---

<sup>17</sup> Hurtado Oliver. Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanacia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 54.... Citado en: Idem, p. 44.

mujer va a ser la subrogante ni quién va a ser la subrogada. Es decir, si la subrogante o subrogada son casadas, concubinas o solteras, pues de ser así, cualquier mujer puede convenir con otra para que gaste y conciba un hijo, sin importar si una u otra vive en matrimonio, concubinato, es soltera, incluso podría ser lesbiana. Por eso es importante que se determine claramente qué tipo de mujer es la que puede solicitar la maternidad subrogada y quién puede fungir como madre subrogada.<sup>18</sup>

Algo parecido dice el concepto de Pedro Silva Ruiz y Jaime Vidal. Estos dos autores dicen que la maternidad subrogada “es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa.”<sup>19</sup>

En este concepto se habla de una mujer que se presta a gestar y dar a luz un bebé con el semen de un hombre casado. Respecto al óvulo de la esposa no dice nada. De alguna manera, el hecho de que se hable de una pareja unida en matrimonio es ya un avance, sin embargo, no se menciona si la mujer subrogada es casada, concubina o soltera, lo cual si es una importante omisión, debido a que es necesario saber qué tipo de persona será la que de a luz al niño, pues si esta mujer resulta casada o concubina entonces tiene un esposo o una persona que es como un esposo, entonces por esta simple relación será legalmente el padre del bebé y por eso tendrá derecho a reclamarlo como suyo. Si no existe un concepto que aclare esta situación y si tampoco en la ley se dice nada al respecto no se podrá determinar quiénes son padres del bebé, sobre todo en lo que concierne al aspecto jurídico.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Jurisprudencia Argentina. 1989. IV, pág. 806 Citado en: DELGADO CALVA, Ana Soledad. “La Maternidad Subrogada: un Derecho ...”, Op. Cit., pag 45.

<sup>20</sup> Jurisprudencia Argentina. 1989. IV, pág. 806 Citado en: DELGADO CALVA, Ana Soledad. “La Maternidad Subrogada: un Derecho ...”, Op. Cit., pag 45.

Otro concepto es el siguiente: La maternidad subrogada es el "contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada."<sup>21</sup>

El concepto que a continuación contiene elementos casi idénticos al anterior, excepto por que en este ya se menciona el contrato de subrogación, el cual denomina contrato de gestación, para lo cual establece ciertas palabras como alquiler o pareja contratante, lo cual ya habla de una relación contractual. Dice lo siguiente: "La maternidad subrogada... implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante."<sup>22</sup>

Un concepto de Zannoni, que agrega algo interesante, habla del embrión de una pareja que se implanta en el útero de otra mujer, lo cual señala que no es sólo el óvulo de la mujer que solicita el bebé, o únicamente el semen de su esposo, sino ambos, lo cual da origen a un embrión, el cual es colocado en el cuerpo de la mujer subrogada. El concepto dice: "La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja".<sup>23</sup>

Es importante que exista un concepto que contenga los suficientes elementos para que se describa qué es la maternidad subrogada, quienes pueden participar de ella y cuál será el instrumento por medio del cual se obliguen las

---

<sup>21</sup> Keane, N. Y D. Breo, *The surrogate mother*, Everest House Publishers, New York, 1981, pp. 35, 77, 123-127.

<sup>22</sup> Torre Vargas, De la, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1993, pp. 39, 47, 49, 54, 67.

<sup>23</sup> *Jurisprudencia Argentina*, Op. Cit., pág. 805. citado en *Idem*, pag 46 y 47.

partes, pues lo que se pone en juego no es una cosa sino la vida y futuro de un bebé y de los involucrados, al cual el Estado protege mediante sus cuerpos jurídicos.

De forma habitual la madre gestante acepta realizar la operación a cambio de una determinada suma de dinero, y por medio de un contrato en el que se estipulan distintas cláusulas en previsión de ciertas eventualidades que se puedan producir. En los Estados Unidos, donde se producen la mayoría de estos acuerdos, la práctica es facilitada por un tercero (el broker) que pone en contacto a las partes y gestiona el contrato. El broker selecciona a las madres subrogadas, supervisa su fecundación, el cuidado médico durante el embarazo y el nacimiento, al tiempo que elabora el contrato especificando los derechos y las obligaciones de las partes. En compensación por sus servicios las parejas le pagan una tarifa sustancial, además del pago a la madre subrogada y de los gastos en que ésta incurra.

Existen varios motivos por los que se suele acudir a esta práctica. Por parte de la gestante generalmente por motivos económicos. Por parte de la pareja contratante los motivos pueden ser que la mujer sea incapaz de concebir o de gestar por causas físicas o psicológicas, o que no desee hacerlo: para no transmitir una enfermedad, etcétera.<sup>24</sup>

Se puede distinguir entre dos tipos de maternidad subrogada:

Parcial: la madre gesta un embrión genéticamente relacionado con ella,

Completa: la madre gesta un embrión que no fue fecundado a partir de un óvulo suyo.

El tratadista Zannoni, dice:

---

<sup>24</sup> Lema Añón, Carlos, Reproducción, poder y derecho, Ensayo filosófico-jurídico..., p. 140.

“... 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.”<sup>25</sup>

La maternidad subrogada, para Mendoza García, es total cuando la madre sustituta solo presta su útero para la gestación, es decir cuando el óvulo y el espermatozoide pertenece a la pareja contratante, y maternidad subrogada parcial, cuando la madre subrogada aparte de aportar su óvulo, también presta el útero para la gestación del niño. En estos casos se es más estricto, en el primer caso es madre de gestación y en el segundo madre gestante y biológica.<sup>26</sup>

Por regla general, ha existido hasta ahora una buena voluntad entre quienes se prestaron a su realización, por entregar el hijo gestado. Sin embargo, en todo el mundo no deja de ser una especie de gentlemen's agreement el acuerdo entre la pareja que quiere el hijo y la gestante, portadora (sólo lleva a cabo el embarazo) o sustituta (también aporta su óvulo).

Delgado Calva propone el siguiente concepto de maternidad subrogada. El concepto es el siguiente: "Es el acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), a una mujer denominada subrogada, quien será soltera, y lo permitirá por única vez, previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, a fin de que se le implante el óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubina de esta, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta

---

<sup>25</sup> Mendoza García, Isidro, Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2001, p. 80.

<sup>26</sup> Ibidem p. 81.

cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante".<sup>27</sup>

Del anterior concepto se desprenden los siguientes elementos:<sup>28</sup>

- Acto jurídico,
- Un médico con experiencia en la materia,
- Técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro), Mujer denominada subrogada, quien será soltera,
- Mujer denominada subrogante, quien será casada o concubina,
- Esposo o concubino de la subrogante,
- Óvulo de la subrogante y el semen del esposo o concubino de esta,
- Convenio,
- Mayores de edad,
- Cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios,
- La subrogada hará entrega del bebé a la subrogante, y
- Única vez.

Se dice que es un acto jurídico, porque es un hecho en el que interviene la voluntad humana, es decir, la mujer subrogante conviene con la mujer subrogada en tener un hijo que le entregará cuando nazca.

Se habla de un médico con experiencia en la materia, en virtud de que no cualquier médico puede realizar este tipo de técnicas, sino sólo aquel que conozca cómo aplicar estas técnicas, que haya tenido la experiencia suficiente para no cometer errores o daños en la mujer que se va a inseminar, que pueden ser irreversibles, como podría ser el dejarla estéril o infértil.

---

<sup>27</sup> Delgado Calva, Ana Soledad, La Maternidad Subrogada: un Derecho ..., Op. Cit., p. 47.

<sup>28</sup> Delgado Calva, Ana Soledad, La Maternidad Subrogada: un Derecho ..., Op. Cit., p. 48 y 49.

Otro de los elementos del concepto que se propone, se refiere a las técnicas de reproducción asistida, específicamente la inseminación artificial y fecundación in vitro, maternidad subrogada.<sup>29</sup>

### **2.5.2. Formas de Maternidad Subrogada**

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 transplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante.

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

---

<sup>29</sup> Delgado Calva, Ana Soledad, La Maternidad Subrogada: un Derecho ..., Op. Cit., p. 48



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.

Madre Portadora (Subrogación Gestacional).- Esta se da cuando la mujer genera óvulos pero le es imposible gestar, por lo que recurre a otra mujer para que se haga cargo de dicha labor; Varsi decía que este era un caso solamente de préstamo de útero; a esta forma también se le conoce como subrogación gestacional (gestational surrogacy), el hecho de transferir un embrión previamente fertilizado en el vientre de la madre subrogada, hacen que la misma no tenga la calidad de madre genética del niño por nacer.<sup>30</sup>

Madre Sustituta (Subrogación Tradicional).- Esta se da cuando la mujer sufre de infertilidad absoluta, es decir; que no solamente está imposibilitada de gestar, sino que también está imposibilitada

De acuerdo con la participación genética de la mujer subrogada, existen otras clases de subrogación:

- Total, cuando la mujer contratada es inseminada aportando sus propios óvulos,
- Parcial cuando solamente es gestadora del embrión fecundado in vitro que le ha sido transplantado.
- Comercial y la mujer contratada reciba una compensación económica

---

<sup>30</sup> Varsi Rospigliosi, Enrique, Derecho Genético, Cuarta Edición, Lima, Ed. Grijley, 2001, p. 264

- Altruista, la mujer contratada no reciba una compensación económica por la gestación.

## **2.6. Madres de alquiler**

Moro Almaraz<sup>31</sup> considera que el término conocido como alquiler de útero, se ha convertido en uno de los eventos cuya denominación recuerda conceptos patrimoniales que no son muy acordes con la trascendencia social, moral y sobre todo personal de su significación. Por eso, cualquiera de las expresiones: madre sustituta, portadora o subrogada son más respetuosas, opina. Con ellos se alude a la mujer que se presta a tener un hijo para otra, desarrollándose en su útero el embarazo y, en muchas ocasiones, habiendo donado también el óvulo.

## **2.7. Causas que dan origen a la Maternidad Subrogada**

La maternidad subrogada surgió a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, la cual por su mecánica ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos. Si bien es cierto que tiene por objeto permitir que las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, también es cierto que crea serias controversias. De las más importantes han sido los conflictos sociales, éticos, psicológicos, religiosos y jurídicos, que diferentes casos han mostrado, tanto en el ámbito internacional como nacional.<sup>32</sup>

Posteriormente, surgieron otras causas para que se produjera la maternidad subrogada.

1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;

---

<sup>31</sup> Torre Vargas, De la, Marcicruz, Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988, pp. 101-103.

<sup>32</sup> Delgado Calva, Ana Soledad, La Maternidad Subrogada: un Derecho ..., p. 55.

2. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;

3. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que gaste para que de a luz un bebé;

4. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;

5. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el esperma de su marido mediante una fecundación in vitro; o

6. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

En los tres primeros casos, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad; en el cuarto caso a una cuestión de estética física, de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad, desisten de embarazarse, simplemente por conservar en buen estado su aspecto y forma física, por ello contratan a una mujer que gaste y de a luz a un bebé que finalmente les será entregado. En el quinto, se alude a la fecundación post mortem; y en el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales. De dichas causas que dan origen a la maternidad subrogada, la más rechazada es precisamente la que buscan parejas homosexuales.

De las causas que se dan con mayor frecuencia son las relacionadas a la esterilidad y la infertilidad y en ocasiones por personas que desean conservar su forma física. Las otras formas son menos recurridas, sin embargo, existen casos, que aunque sean pocos no son por ello menos importantes; recordemos que de por medio se encuentra la vida y bienestar de un menor, por lo que se deben tener bien definidas las causas en que se puede permitir que surja la maternidad subrogada.<sup>33</sup>

Las que son más aceptadas para que se produzca la maternidad subrogada son las relativas a la esterilidad e infertilidad de la pareja, no así las que se refieren a mujeres que buscan cuidar su aspecto físico, las que aluden a la reproducción post mortem, pues la doctrina señala que de antemano, el niño sería huérfano de madre desde antes de nacer; aunque por otra parte dicen que no se puede prohibir si existe consentimiento expreso en testamento de uno o ambos cónyuges para que esta práctica fuera posible en caso de morir alguno de ellos. Tampoco es aceptada la maternidad subrogada a causa de personas solteras que buscan un bebé, pues se dice que este debe contar con unos padres que lo críen, que lo quieran y una persona soltera carece de un esposo o esposa, concubina o concubino que forme con niño una familia.<sup>34</sup>

De hecho, diversas clínicas y hospitales dedicados a aplicar las técnicas de reproducción asistida no permiten que personas solteras las soliciten, sino sólo aquellas unidas en matrimonio o en concubinato, dejando afuera a quienes son solteros.

---

<sup>33</sup> Delgado Calva, Ana Soledad, La Maternidad Subrogada: un Derecho ..., Op. Cit., pag 55

<sup>34</sup> Torre Vargas, De la, Maricruz, Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988, p. 167-170.

## 2.8. Tipología de Maternidad Subrogada

La subrogación de maternidad es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento.<sup>35</sup>

Existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento. De todas estas formas, la más común es la subrogación mediante inseminación artificial, cuando la madre gestora es al mismo tiempo la madre genética, inseminada con semen proveniente del marido de la contratante, y también es frecuente utilizar la Fecundación In Vitro (FIV) donde tanto el óvulo como el espermatozoide pertenecen a la pareja contratante y el embrión es luego implantado a la gestora. En la práctica de la subrogación de la maternidad está generalmente de por medio una paga que los contratantes hacen a la madre genética.

La fecundación in vitro ya no es utilizada para varios tipos de indicaciones:

- Infertilidades inexplicadas (desde 1980),
- Endometriosis (desde 1983),
- Infertilidad inmunológica (desde 1984),
- Infertilidad masculina (desde 1984),
- Factor cervical hostil (desde 1985), etc.<sup>36</sup>

Existe una fuerte tendencia a incrementar la utilización de la fecundación in vitro en esterilidades inexplicadas o idiopáticas (a veces asociadas a las multifactoriales), y sobre todo en caso de infertilidad masculina, hasta el punto de que ya en menos de la mitad de los casos (y con tendencia a disminuir) se realiza por infertilidad femenina.

---

<sup>35</sup> Hurtado Oliver, Xavier, El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1999, p.54.

<sup>36</sup> Lema Añón, Carlos, Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico, p. 140

Al hablar de inseminación artificial nos encontrábamos con la presencia de la mujer inseminada y del hombre del que procedía el semen, que podía ser la pareja de la mujer o un tercero.

En el caso de la fecundación in vitro son posibles más casos.

Por un lado se mantiene la distinción según la procedencia del semen, igual que en la inseminación artificial. Pero en la fecundación in vitro la mujer a la que se le extrae los óvulos y la mujer a la que se le implanta el embrión pueden no coincidir.

Así pues, tenemos:

- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con gametos suyos y de su pareja. Éste es el supuesto simple y quizá el más extendido. Un ejemplo típico podría ser la incapacidad para que se produzca la fecundación debido a algún tipo de patología tubárica.
- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero. Por ejemplo, los espermatozoides de un tercero por alguno de los motivos que se citaron para la inseminación artificial, pero a lo que se añadiese la inviabilidad de la inseminación por causa de patología tubárica.
- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o de los embriones fecundados con espermatozoides de su pareja y con óvulos de otra mujer. Un ejemplo podría ser algún tipo de infertilidad ovárica femenina.

- Transferencia a la mujer miembro de la pareja del embrión o los embriones fecundados con óvulos de una tercera y espermatozoides de un tercero. Un ejemplo sería el de la infertilidad de ambos miembros de la pareja. El primer embarazo en estas circunstancias, con donación de embrión, se produjo en 1983.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con gametos procedentes de la pareja. Este y los casos que restan son equivalentes a los ya comentados, con la salvedad de que la gestación la realiza una mujer ajena a la pareja. Se trata de supuestos englobados dentro de lo que se conoce como maternidad de sustitución. La gestación por parte de una tercera se puede deber a una incapacidad de gestar por parte de la mujer miembro de la pareja, o bien por otros motivos, incluso de conveniencia.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o de los embriones fecundados con óvulos suyos y espermatozoides de un tercero.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con semen de la pareja y con óvulos de otra mujer.
- Transferencia a una mujer ajena a la pareja del embrión o los embriones fecundados con gametos de personas ajenas a la pareja y a ella misma.<sup>37</sup>

Junto a esto es conveniente señalar una posibilidad más, en la que se produce transferencia de embrión, aunque no fecundación in vitro. Se trata del lavado embrionario, que consiste en la retirada de un embrión del seno de una mujer para transferírsele a otra.

---

<sup>37</sup> Lema Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico ...", Op. Cit., pp. 48, 49.

El caso típico consiste en una inseminación artificial a una mujer para la posterior transferencia del feto a la esposa del hombre que proporcionó el semen: se trata de una especie de maternidad de sustitución limitada al momento de la concepción. Se realiza algunos días después de la ovulación, y consiste en inyectar en el útero un líquido para después reaspirarlo con la intención de aspirar también el hipotético embrión. Después se buscarían embriones en el líquido para transferidos a otra mujer. Esta técnica presenta el problema técnico de la necesidad de sincronización de las ovulaciones de ambas mujeres, lo que se consigue por medio de hormonas. Pero fundamentalmente su problema es que no siempre es inocua para la mujer a la que se le realiza el lavado: puede que algún embrión no sea retirado y tenga que continuar con el embarazo, o incluso que al desplazar al embrión se produzca un embarazo extrauterino. Por todo ello se trata de una técnica muy poco utilizada, aunque no está totalmente abandonada.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Ibidem, pp. 49.50



## **CAPITULO III**

### **RELACION DE LA CIENCIA CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO**

#### **3.1. Relación entre bioética y derecho**

Antes de abordar este tema, daré una noción de lo que trata la Bioética para relacionarla con la ciencia del Derecho y así tener una mejor perspectiva del objeto de la presente tesis.

Asimismo la bioética se encarga de las Técnicas de Reproducción Asistida, ya que es una de las cuestiones de la cual se encarga la Bioética, tema que a continuación desarrollo.

##### **3.1.1. Bioética**

La Bioética es la rama de la ética que aspira a proveer los principios orientadores de la conducta humana en el campo biomédico. Etimológicamente

proviene del griego bios y ethos: "ética de la vida", la ética aplicada a la vida humana y no humana.<sup>39</sup>

En un sentido más amplio, sin embargo, la Bioética no se limita al ámbito médico, sino que incluye todos los problemas morales que tienen que ver con la vida en general, extendiendo de esta manera su campo a cuestiones relacionadas con el medio ambiente y al trato debido a los animales.

Aun y cuando el término es de muy reciente acuñación, ya que este fue propuesto en 1971 por un oncólogo, el Dr. Van Renselaer Potter, diversos autores han señalado acertadamente que la ética y la moral social siempre han estado presentes en la labor profesional de quienes se han dedicado a la medicina, y que esta profesión ha sido una actividad humanística por antonomasia.

En este sentido, desde tiempos inmemoriales la medicina ha contado con normas y directrices, tanto externas como autoimpuestas, que han marcado a la praxis médica en sus obligaciones, tal es el caso del más difundido código ético en medicina, el Juramento Hipocrático, que en siglo V antes de la era cristiana establecía las conductas éticas y morales del médico y daba un carácter sagrado a estas obligaciones.

Muchos códigos y normas de actuación profesional en la antigüedad han tenido similares disposiciones, tales como el código de Hammurabi o el de Maimónides, las disposiciones en el Antiguo Testamento y muchos más.

La evolución de la práctica médica y sus normas deontológicas tuvieron un avance y evolución similares, al ir incorporando al quehacer profesional, las leyes y reglamentos éticos que el Estado y la sociedad iban imponiendo al médico.

---

<sup>39</sup>García Colorado, Gabriel, Legislar en bioética, legislando para el futuro, Primera Edición, 2003, pp. 33, 267-274.

En el siglo XX sin embargo, aparecen una serie de situaciones que provocan una crisis en la razón social y un cambio de paradigmas en la medicina, el más impactante de todos fue la investigación clínica y farmacológica que los médicos e investigadores de la Alemania Nazi afectaron con los prisioneros de los campos de exterminio en Europa, así como la práctica de una política eugenésica en Alemania, las cuales en su conjunto costaron millones de vidas, y en donde no se respetó al hombre ni en sus mas elementales derechos.

El descubrimiento de las atrocidades de los científicos al servicios de tercer Reich, provocaron que la Iglesia Católica, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, hiciera una condena moral a quien pretendiera apropiarse de los resultados (y utilizarlos), de los descubrimientos médicos realizados en la violación a los derechos humanos, de prisioneros de guerra y enemigos de los alemanes, los cuales se hicieron en contra de la persona y su dignidad, esta condena, fue lo que según algunos autores, da origen a la moderna ética medica, posteriormente designada como bioética, disciplina que se fundamente en la crisis misma de la medicina, en cuanto a la definición nueva a su objeto, método y fin, con lo cual se necesitó redefinir los problemas médicos, de atención a la salud y de investigación.<sup>40</sup>

La crisis de la razón en medicina, no se da tan solo como resultado de los excesos nazis, ya que en muchas partes del mundo empiezan a aparecer escándalos y atrocidades que empujan a los Estados y a la sociedad a replantear la moral social de la profesión medica y la investigación científica aplicada a la salud, tales fueron los casos de las políticas eugenésicas en contra de las minorías en la ex Unión Soviética, la inoculación de células cancerosas en pacientes terminales en los Estados Unidos, con el conocido escándalo Willowbrook. Las políticas eugenésicas, la investigación en humanos en prisioneros y enfermos mentales y muchos casos más.

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 40.

Asimismo la aparición de nuevas técnicas y tratamientos, en situaciones que el hombre ni siquiera había imaginado, en nuevos arcos culturales, filosóficos, sociales y económicos, enfrenta a usuarios y prestadores de los servicios de Salud, a una nueva forma de quehacer profesional que requiere de principios éticos en el nuevo contexto social.

Nace en este nuevo contexto mundial la bioética, disciplina que se ocupa de las normas éticas en las ciencias biológicas, específicamente en la medicina y que recurre para la interpretación de la realidad de la filosofía, la ciencia jurídica y la medicina.

La bioética propone una metodología filosófica, plural y democrática, para encontrar la verdad sobre las disciplinas biológicas en su actuar sobre la salud del hombre, contemplando cuatro categorías esenciales en la atención de la salud; justicia, autonomía, beneficencia y no maleficencia.

El conocimiento científico y tecnológico se ha configurado como la matriz de la sociedad del tercer milenio, éste es fuente de riqueza personal y social, así como generador de mejoramiento y confort, aunque también por éstos surjan, las consideraciones éticas, de creencias y de ideología.

La bioética es una disciplina relativamente nueva y el origen del término corresponde al oncólogo norteamericano Van Rensselaer quien utilizó el término por primera vez en 1970 en un artículo publicado en la revista de la Universidad de Winconsin "Perspectives in Biology and Medicine" y cuyo título ostentaba por primera vez dicho término: "Bioética: la ciencia de la supervivencia". Posteriormente, el año 1971, Potter publica un libro con el título de "Bioética: Puente hacia el futuro" ("Bioethics: Bridge to the future") en el cual se recogen varios de sus artículos.

La bioética abarca las cuestiones éticas acerca de la vida que surgen en las relaciones entre biología, medicina, política, derecho, filosofía, sociología, antropología, teología... Existe un desacuerdo acerca del dominio apropiado para la aplicación de la ética en temas biológicos. Algunos bioéticos tienden a reducir el ámbito de la ética a la moralidad en tratamientos médicos o en la innovación tecnológica. Otros, sin embargo, opinan que la ética debe incluir la moralidad de todas las acciones que puedan ayudar o dañar organismos capaces de sentir miedo y dolor.

El criterio ético fundamental que regula esta disciplina es el respeto al ser humano, a sus derechos inalienables, a su bien verdadero e integral: la dignidad de la persona.

Por la íntima relación que existe entre la bioética y la antropología, la visión que de ésta se tenga condiciona y fundamenta la solución ética de cada intervención técnica sobre el ser humano.

La bioética es con frecuencia material de discusión política, resultando en crudos enfrentamientos entre aquellos que defienden el progreso tecnológico en forma incondicionada y aquellos que consideran que la tecnología no es un fin en sí, sino que debe estar al servicio de las personas.

Las primeras declaraciones de bioética surgen con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando el mundo se escandaliza con el descubrimiento de los experimentos médicos llevados a cabo por los facultativos del régimen hitleriano sobre los prisioneros en los campos de concentración. Esta situación, a la que se suma el dilema planteado por el invento de la fístula para diálisis renal de Scribner (Seattle, 1960), las prácticas del Hospital Judío de Enfermedades Crónicas (Brooklyn, 1963) o la Escuela de Willowbrook (Nueva York, 1963), van configurando un panorama donde se hace necesaria la regulación, o al menos, la

declaración de principios a favor de las víctimas de estos experimentos. Ello determina la publicación de diversas declaraciones y documentos bioéticos a nivel mundial.<sup>41</sup>

En 1979, los bioeticistas Beauchamp, T.L y Childress, J.F, definieron como cuatro los principios de la Bioética: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia. En un primer momento definieron que estos principios son prima facie, esto es, que vinculan siempre que no colisionen entre ellos, en cuyo caso habrá que dar prioridad a uno u otro dependiendo del caso. Sin embargo en 2003, Beauchamp considera que los principios deben ser especificados para aplicarlos a los análisis de los casos concretos, o sea, deben ser discutidos y determinados por el caso concreto a nivel casuístico.

Los cuatro principios definidos por Beauchamp y Childress son:

- Principio de autonomía:

Principio de respeto a las personas que impone la obligación de asegurar las condiciones necesarias para que actúen de forma autónoma. La autonomía implica responsabilidad y es un derecho irrenunciable, incluso para una persona enferma. Una persona autónoma tiene capacidad para obrar, facultad de enjuiciar razonablemente el alcance y el significado de sus actuaciones y responder por sus consecuencias.

El principio de autonomía tiene un carácter imperativo y debe respetarse como norma, excepto cuando se dan situaciones en que las personas puedan ser no autónomas o presenten una autonomía disminuida (menores de edad, personas en estado vegetativo o con daño cerebral, etc.) siendo necesario en tal caso justificar por qué no existe autonomía o por qué ésta se encuentra disminuida. En el ámbito médico, el consentimiento informado es la máxima

---

<sup>41</sup> Ibidem, p. 42

expresión de este principio de autonomía, constituyendo un derecho del paciente y un deber del médico, pues las preferencias y los valores del enfermo son primordiales desde el punto de vista ético y supone que el objetivo del médico es respetar esta autonomía porque se trata de la salud del paciente.

- Principio de beneficencia:

Obligación de actuar en beneficio de otros, promoviendo sus legítimos intereses y suprimiendo perjuicios. En medicina, promueve el mejor interés del paciente pero sin tener en cuenta la opinión de éste. Supone que el médico posee una formación y conocimientos de los que el paciente carece, por lo que aquél sabe (y por tanto, decide) lo más conveniente para éste. Es decir "todo para el paciente pero sin contar con él".

Un primer obstáculo al analizar este principio es que desestima la opinión del paciente, primer involucrado y afectado por la situación, prescindiendo de su opinión debido a su falta de conocimientos médicos. Sin embargo, las preferencias individuales de médicos y de pacientes pueden discrepar respecto a qué es perjuicio y qué es beneficio. Por ello es difícil defender la primacía de este principio, pues si se toman decisiones médicas desde éste, se dejan de lado otros principios válidos como la autonomía o la justicia.

- Principio de no maleficencia:

Abstenerse intencionadamente de realizar acciones que puedan causar daño o perjudicar a otros. Es un imperativo ético válido para todos, no sólo en el ámbito biomédico sino en todos los sectores de la vida humana. En medicina, sin embargo, este principio debe encontrar una interpretación adecuada pues a veces las actuaciones médicas dañan para obtener un bien. Entonces, de lo que se trata es de no perjudicar innecesariamente a otros. El análisis de este principio va de la mano con el de beneficencia, para que prevalezca el beneficio sobre el perjuicio.

Las implicaciones médicas del principio de no maleficencia son varias: tener una formación teórica y práctica rigurosa y actualizada permanentemente para dedicarse al ejercicio profesional, investigar sobre tratamientos, procedimientos o terapias nuevas, para mejorar los ya existentes en vistas a que sean menos dolorosos y lesivos para los pacientes; avanzar en el tratamiento del dolor; evitar la medicina defensiva y con ello, la multiplicación de procedimientos y/o tratamientos innecesarios.

- Principio de justicia:

Tratar a cada uno como corresponda con la finalidad de disminuir las situaciones de desigualdad (biológica, social, cultural, económica, etc.) En nuestra sociedad, aunque en el ámbito sanitario la igualdad entre todos los hombres es sólo una aspiración, se pretende que todos sean menos desiguales, por lo que se impone la obligación de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales para disminuir las situaciones de desigualdad.

El principio de justicia lo podemos desdoblar en dos: un principio formal (tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales) y un principio material (determinar las características relevantes para la distribución de los recursos sanitarios: necesidades personales, mérito, capacidad económica, esfuerzo personal, etc.).

Las políticas públicas se diseñan de acuerdo a ciertos principios materiales de justicia. En España por ejemplo, la asistencia sanitaria es teóricamente universal y gratuita, por tanto basada en el principio de la necesidad. En cambio, en Estados Unidos la mayoría de la asistencia sanitaria de la población está basada en los seguros individuales contratados con compañías privadas de asistencia médica.



Para excluir cualquier tipo de arbitrariedad es necesario determinar qué igualdades o desigualdades se van a tener en cuenta para determinar el tratamiento que se va a dar a cada uno. El enfermo espera que el médico haga todo lo posible en beneficio de su salud. Pero también debe saber que las actuaciones médicas están limitadas por una situación impuesta al médico, como intereses legítimos de terceros.

La relación médico-paciente se basa fundamentalmente en los principios de beneficencia y de autonomía, pero cuando estos principios entran en conflicto, a menudo por la escasez de recursos, es el principio de justicia el que entra en juego para mediar entre ellos. En cambio, la política sanitaria se basa en el principio de justicia, y será tanto más justa en cuanto que consiga una mayor igualdad de oportunidades para compensar las desigualdades.<sup>42</sup>

Las principales regulaciones y documentos de la Bioética son las siguientes:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Código de Nuremberg (1947).
- Declaración de Helsinki (1964).
- Declaración de Tokio (1975).
- Informe Belmont (1979).
- Declaración de Manila (1980).
- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o "Convención de Asturias de Bioética"), Consejo de Europa (1997).
- Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos, UNESCO (1997).

---

<sup>42</sup> Ibidem, p. 45

- Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, UNESCO (2003).

### **3.1.2. Relación del Arrendamiento de Matriz con diversas ramas del derecho**

Es importante señalar las responsabilidades ya sea civil, penal, laboral (según sea el caso) en que pueden incurrir los distintos sujetos que intervienen en la realización del Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada, pues no solo intervendrán en la realización de este contrato la pareja que solicita los servicios de una madre subrogada y la mujer que dará su vientre para este fin. También el Médico Especialista que realizará la técnica de reproducción asistida y el Ginecólogo que asiste en todo el embarazo hasta el día del parto, el Psicólogo que evaluará el estado mental de la mujer que dará su vientre para este fin, y la pareja que solicitará los servicios, y las personas que intervengan en la Institución de Madre Subrogada que tendrá el registro de aquellas mujeres que son aptas para ser Madres Subrogadas.

La relación con otras ramas del derecho es en cuanto a la responsabilidad, las cuales voy a señalar, en específico la responsabilidad civil, por estar relacionado al principal tema de investigación de la presente tesis.

La responsabilidad es uno de los conceptos jurídicos fundamentales. La responsabilidad proviene del vocablo “respondere” que significa prometer, pagar.

Tenemos que en el orden jurídico hay diversas formas de responsabilidad, las cuales se distinguen según su naturaleza y los efectos normativos que cada una de ellas trae consigo: penal, civil y administrativa.

Hay dos formas de aplicar la responsabilidad: por culpa, la cual da lugar a la responsabilidad subjetiva, o bien cuando no es determinante la culpa, ya que es suficiente con que un hecho ilícito se realice, la cual da lugar a la responsabilidad objetiva o extracontractual.

Entonces, el punto de partida de responsabilidad es el incumplimiento de las obligaciones o bien la comisión de ilícitos, los cuales en materia civil están contemplados en el código de la materia; sin embargo hay ocasiones en que el acreedor no está conforme con obtener el pago pecuniario de la obligación incumplida o bien lo que le corresponde a una indemnización por daños y perjuicios.

A continuación desarrollo de forma breve en el siguiente tema.

### **3.1.2.1. Derecho Civil**

Tiene relación con esta rama del Derecho ya que de ella se desprende el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones personales o patrimoniales entre personas privadas, tanto físicas como jurídicas, de carácter privado, empresarial y público, o incluso entre las últimas, siempre que actúen desprovistas de imperium. Se le puede definir también, en términos generales, como el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan las relaciones más generales y cotidianas de la vida de las personas, considerando a las personas en cuanto a tal, como sujeto de derecho, o como aquél que rige al hombre como tal, sin consideración de sus actividades peculiares; que regula sus relaciones con sus semejantes y con el Estado, cuando este actúa en su carácter de simple persona jurídica y en tanto esas relaciones tengan por objeto satisfacer necesidades de carácter genéricamente humanas.<sup>43</sup> Aplicándose a la pareja que solicita los servicios de una madre subrogada y ésta.

---

<sup>43</sup> Legaspi Velasco, Juan Antonio, Derecho Civil, pp. 115-123, 145, 267.

Del mismo modo, en ocasiones se denomina Derecho civil al conjunto de normas incluidas dentro de un Código civil.

Para efectos de este tema voy a tomar como principal objeto de estudio la relación contractual de las partes que intervienen en el acto jurídico, es importante señalar la responsabilidad civil y las consecuencias de los derechos y obligaciones que deriven de ella.

El Derecho civil habitualmente comprende entre otras cosas el Derecho de las obligaciones y los contratos, que regula los hechos, actos y negocios jurídicos, y sus consecuencias y efectos vinculantes y Normas de responsabilidad civil.

Entiéndase por responsabilidad civil, la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros, por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo creado.

La responsabilidad civil contrae la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un riesgo creado.

Responsabilidad civil contractual es aquella que deriva del incumplimiento de un contrato y que puede generar daños al acreedor de la obligación y por tanto la reparación del daño es materia de responsabilidad civil.

El monto de los daños puede originarse:

- a) Contractualmente, cuando se establecen por acuerdo mutuo de las partes.
- b) Legalmente, casos en que la ley establece los montos resarcitorios.
- c) Judicialmente, la fija el juez a través de las pruebas que justifiquen los daños.

Medios de reparación del daño:

- a) mediante reparación del daño,
- b) mediante substitución del bien afectado,
- c) mediante indemnización que corresponda al daño causado.

La compensación por indemnización debe considerar que no sea un lucro o ventaja para el perjudicado, la víctima, ya que en caso contrario se trataría de un enriquecimiento injusto.

En el caso concreto de la responsabilidad del médico, es la necesidad que tiene éste de reparar los daños o perjuicios personales (tanto en su salud, como económicamente), que llegaran a producirse durante el diagnóstico o tratamiento médico en agravio del paciente, derivadas de un hecho ilícito o de la creación de un riesgo.

El hecho ilícito es la conducta antijurídica, culpable y dañosa. Para efectos de responsabilidad médica, diremos que el hecho ilícito es cuando el médico contraviene algunos de los elementos de existencia o de validez del acto jurídico clínico, produciéndose por su culpa o negligencia, algún daño económico, moral o sobre la integridad física del paciente.

El riesgo creado, es la conducta lícita pero que por utilizar algún objeto peligroso, sin culpa alguna de su causante, logra crear un siniestro que produce de igual forma daño. Para efectos de responsabilidad médica, el riesgo creado es cuando por la utilización de algún instrumento técnico o de la ingeniería biomédica, o por algún suceso derivado de las condiciones patológicas o del estado físico del paciente, o de otras circunstancias personales o profesionales relevantes; se produce de igual forma, daño sobre el paciente, ya sea este económico, moral o sobre su integridad física.

Las formas que existen de indemnizar son de dos tipos, ya sea efectuar una reparación naturalmente o hacerlo por otra equivalente. La primera tiende a borrar los efectos dañosos, restableciendo las cosas a la situación que tenía antes de él. Coloca de nuevo a la víctima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que le fueron lesionados.

Al no ser posible la reparación del daño en naturaleza, se indemniza proporcionando a la víctima un equivalente de los derechos o intereses afectados; el dinero (se le pagan los daños y perjuicios, previa estimación legal de su valor).<sup>44</sup>

### **3.1.2.2. Derecho Penal**

Tiene relación con esta rama del Derecho ya que de ella se desprende el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado, que definen las conductas delictivas y las penas o medidas de seguridad que hay que aplicar a sus infractores. Aplicándose al Médico especialista en Técnicas de Reproducción Asistida, Ginecólogo y demás personas que intervengan en la rama de la salud.

La responsabilidad penal es la consecuencia jurídica de la violación de la ley, realizada por quien siendo imputable o inimputable, lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien material o la integridad física de las personas.

La responsabilidad penal es, en Derecho, la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el Derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen a la persona cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito o haber sido cómplice de éste.

---

<sup>44</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. Derecho de las Obligaciones. Editorial Harla, p. 263.

En el caso concreto de la responsabilidad del medico se está ante la posible comisión de un delito, poniendo en juego no sólo la libertad profesional de la salud, sino también la posibilidad de seguir ejerciendo libremente la profesión.

Al sujeto imputable autor del daño y que se halle jurídicamente culpable por su conducta delictiva se le impondrá alguna pena o medida de seguridad; en el primer caso, privación de la libertad por determinado tiempo y, en el segundo suspensión temporal o definitiva del ejercicio profesional de acuerdo a lo que determine el juez.

La responsabilidad penal es culposa, es decir, se causa sin existir la intención de hacerlo y puede ser por cuatro tipos o elementos presentes, que a grandes rasgos se entiende como:

- a) Impericia.- falta de técnica para el desarrollo de algo.
- b) Negligencia.- omisión de cuidado, falta de actualización. es un acto u omisión por parte de un proveedor de asistencia médica que se desvía de los estándares aceptados en la comunidad médica y que causa alguna lesión al paciente. En pocas palabras, la negligencia médica son los daños físicos por cuidados médicos negligentes.
- c) Imprudencia.- acción temeraria que se realiza a pesar de haberse previsto el resultado adverso que ocasiona el daño.
- d) Inobservancia de reglamentos.

### **3.1.2.3. Derecho Laboral**

Tiene relación con esta rama del Derecho ya que de ella se desprende una relación de trabajo, un contrato laboral. La sanción dependerá de las cláusulas que se hayan determinado en el contrato y de las leyes de materia laboral aplicables; la sanción puede ir desde un llamado de atención hasta la

desvinculación laboral. Para todos aquellos prestadores de servicios profesionales que intervengan en la realización del Contrato de Arrendamiento.

Es una rama del Derecho cuyos principios y normas jurídicas tienen por objeto la tutela del trabajo humano, productivo, libre y por cuenta ajena.

De esta manera, el concepto de trabajo al que presta atención el Derecho laboral es la actividad realizada por un humano que produce una modificación del mundo exterior, a través de la cual aquél se provee de los medios materiales o bienes económicos que precisa para su subsistencia (productividad), y cuyos frutos son atribuidos libre y directamente a un tercero.

El fenómeno social del trabajo genera unas relaciones asimétricas entre las partes contratantes, en las que existe una parte fuerte (el empleador) y una parte débil (el empleado). Por ello, el Derecho laboral tiene una función tuitiva con respecto al trabajador, tendiendo sus normas a restringir la libertad de empresa para proteger a la parte débil frente a la fuerte, y persiguiendo así fines de estructuración social tutelada.

### **3.2 La Bioética relacionada con la gestión humana**

Esta puede implicar :

- a) La fecundación *in vitro* (inseminación artificial)
- b) La madre subrogada (arrendamiento de matriz)
- c) La clonación humana.

Todos estos nuevos problemas han suscitado apasionadas discusiones en América Latina como en el mundo entero. En América Latina existe un componente social y político adicional que es la gran tradición católica de los



pueblos y que de alguna manera se refleja en el pensamiento de la sociedad en relación con tan delicados temas. Metodológicamente estos tópicos presentan además la dificultad de su ubicación. Ubicar la materia para elegir el método y los principios de su regulación no es fácil. En materia de bioética, las fronteras entre el derecho civil, los derechos fundamentales del hombre, la ética médica, y la política coyuntural así como la sociología políticoreligiosa, no están marcadas, o bien, adolecen de una fluidez extrema. Para definir las tendencias futuras de nuestros Códigos, el jurista comparatista tendrá una gran tarea permanente. A esta labor comparatista, deberá sumarse la toma en cuenta del pensamiento de la sociedad y los principios de la tradición que la rigen, así como una doctrina cada vez más global de los derechos fundamentales del hombre.

Por otra parte, la materia se presta a esta desintegración de la codificación de la que tan brillantemente han hablado los profesores Carlos Ramos, Javier Barrientos y Carlos Pizarro.

### **3.3. Complicaciones de la subrogación**

En este campo, como en muchos otros, ciencia y técnica pueden y deben corregir y ayudar a los procesos naturales, pero no sustituirlos con artificios que anulen los efectos que sólo la naturaleza puede garantizar. Todo la naturaleza tiene hoy necesidad de defensas contra las contaminaciones y las deformaciones masivas que el abuso de la técnica ha ido provocando. El hombre es parte integrante de este mundo; y su vida, comenzando desde el nacimiento es la cosa más valiosa que hay que defender contra cualquier manipulación que disminuya su dignidad.

En derecho, la voz vientre, toma el significado de “madre”. Se dice que el parto sigue al vientre para significar que el hijo sigue la condición de la madre. De ahí la expresión “vientre libre” referida a la abolición de la esclavitud respecto de

los hijos nacidos de madres esclavas: criatura humana que no ha salido del claustro materno, a la cual la ficción legal le atribuye personalidad para adquirir derechos.

La prueba del parto ofrece importancia cuando se vincula a la ocultación o simulación de la maternidad. También para conocer las condiciones de viabilidad del feto y determinar si ha nacido con vida y cuánto tiempo ha vivido. Hay que tomar en cuenta los riesgos que conlleva al realizar este tipos de métodos de reproducción asistida.

Los principales problemas asociados a la fecundación in vitro pueden estar derivados de la estimulación ovárica o del embarazo. También se presentan consideraciones bioéticas.

- Riesgos derivados de la estimulación:

- Síndrome de hiperestimulación ovárica. La probabilidad de que ocurra una respuesta exagerada (hiperestimulación) con riesgo para una paciente es inferior al 1%.

- Embarazos múltiples: En ciclos donde se transfieren dos embriones la probabilidad de tener un embarazo gemelar es del 6%. En ciclos donde se transfieren tres embriones la probabilidad de tener un embarazo gemelar es del 12% y de tener un embarazo triple es del 3%.

- Riesgos derivados del embarazo:

- Aborto natural: se calcula que se produce entre el 20-22% de los casos. La mayoría de los abortos espontáneos ocurren en las primeras semanas de embarazo.

- Embarazo ectópico: entre 2 y 5 mujeres de cada 100 sometidas a fecundación in vitro pueden tener un embarazo ectópico, en los embarazos concebidos de forma natural la probabilidad es de 1%- 1.5%.

### 3.4. Técnicas de reproducción asistida

Consiste en auxiliar, transformar o sustituir procesos destinados a ocurrir espontáneamente en el aparato genital femenino por medio de una manipulación ginecológica. No genera modificación alguna en el patrimonio genético del embrión humano.

El recurso a la procreación artificial tiene la función de otorgar una de las materias primas más importantes para la ingeniería genética, es decir, los gametos, y especialmente, cuando se realiza la técnica de fecundación in vitro, los embriones sobrantes.

A continuación, diferentes técnicas de reproducción asistida.

- Inseminación Artificial

La Inseminación Artificial (IA), es una técnica de reproducción asistida que consiste en el depósito en el interior del tracto reproductor femenino de los espermatozoides, para acortar la distancia que deben recorrer éstos hasta llegar al ovocito.

Introducción médica del semen o espermatozoides en la vagina de la mujer. Esta vía recibe el nombre de inseminación artificial. Normalmente, con esta técnica, de cada 100 ciclos de inseminación 13 resultan en gestación, y de cada 100 parejas que completan 4 ciclos, 60 consiguen gestación. De todos los embarazos conseguidos, un 15-20% son gemelares y otro 15% se malogran. En el caso de infertilidad masculina que no pueda resolverse, se puede utilizar espermatozoides de donante. La inseminación artificial consta de tres fases:

- Estimulación hormonal del ovario, para aumentar el número de ovocitos maduros.

- Preparación del semen, seleccionando y concentrando los espermatozoides móviles.
- Inseminación de la mujer, que se realiza en una consulta.
- Fecundación In-Vitro (FIV)

La fecundación in-vitro (FIV) es uno de los tratamientos de más amplia aplicación dentro de las técnicas de reproducción asistida y constituye, junto al ICSI, una de las técnicas de uso rutinario en el tratamiento de la infertilidad.

Desde que se produjo el primer nacimiento mediante FIV, en Inglaterra, en 1978, cientos de miles de niños y niñas han nacido gracias a esta técnica, habiendo sido ampliamente demostrada la seguridad de su uso.

La fecundación in-vitro o FIV, consiste sencillamente en juntar óvulos y espermatozoides en un medio de cultivo para que fecunden, cuando de forma natural no pueden hacerlo por una disfunción en el varón o en la mujer.

Extracción del ovocito femenino para fecundarlo fuera del organismo de la mujer con espermatozoides obtenidos previamente del hombre. Tras la fecundación, el embrión es implantado en el cuerpo de la mujer. Esta vía recibe el nombre de *fecundación in vitro* (FIV, o IVF por sus siglas en inglés). La FIV consta de seis fases:

- Estimulación del ovario con hormonas.
- Extracción de ovocitos; en el caso de infertilidad femenina, se puede recurrir a la donación de ovocitos.
- Inseminación de los mismos, que puede producirse:
  - De forma clásica, poniendo juntos los ovocitos y los espermatozoides previamente seleccionados y tratados.

- Mediante inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) en el caso de que los gametos masculinos presenten problemas de movilidad.

- o Cultivo in vitro hasta embrión en diferentes estadios de desarrollo; habitualmente los embriones permanecen en cultivo un total de tres días. En algunas ocasiones, es conveniente prolongar el cultivo de los embriones en el laboratorio hasta el estadio llamado de blastocisto (6 días).

- o Transferencia embrionaria; se puede realizar bien en el útero o en las trompas y tiene lugar por vía transcervical, sin anestesia. Las tasas de embarazo con FIV e ICSI están alrededor del 50%, siendo superiores al 60% en el caso de donación de ovocitos.

- o Congelación y descongelación de embriones en su caso; una vez que se ha transferido el número de embriones adecuado para cada caso, los embriones viables sobrantes se someten a un proceso de congelación, lo que permite conservarlos durante un tiempo. De esta forma, estos embriones están disponibles en el momento en que sean requeridos por la pareja. Las tasas de éxito con transferencia de embriones congelados son similares al resto de los tratamientos, superando el 40%, sin aumento del riesgo de aborto o malformaciones.<sup>45</sup>

- Cultivo de embriones.

El cultivo de los embriones se lleva a cabo en el laboratorio de FIV, donde se controlan y optimizan los parámetros necesarios (temperatura, pH, humedad, esterilidad) para conseguir el desarrollo normal de los mismos.

---

<sup>45</sup>López Brito, Francisco Salvador, Reproducción asistida, aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos, Primeras Edición, 2003, pp. 26, 35-40, 117-124, 166.

El objetivo, a lo largo de todo el proceso, es supervisar, evaluar y seleccionar aquellos embriones que por sus características morfológicas ofrezcan una mayor garantía de implantación en el útero materno.

Para ello los embriones son cultivados en diferentes medios secuenciales que aportan de forma continua los nutrientes necesarios en cada estadio del desarrollo embrionario.

El Derecho en su calidad de ciencia reguladora de conductas y de relaciones humanas, cuyo fin mediato es alcanzar la paz social, no es una ciencia estática y perenne, sino por el contrario, es variable y amoldable a la realidad social, política, tecnológica y científica del hombre; en efecto, el derecho no es una ciencia aislada, por lo mismo, es necesario que el mismo recurra al auxilio de las demás ciencias a fin de lograr de la forma más eficiente posible el cumplimiento de sus intrínsecos objetivos, como la paz social, ya mencionada, la convivencia armoniosa y la protección de la persona.

La reproducción asistida o fecundación artificial es la técnica de tratamiento de la esterilidad o infertilidad que conlleva una manipulación de los gametos.

En la actualidad la reproducción asistida (*in útero o in vitro*) es una práctica muy común, aunque dependiendo de los centros, los resultados pueden variar.

Uno de los grandes logros de la ciencia ha sido el progreso en los conocimientos sobre reproducción humana, sobre todo en lo que se refiere a la posibilidad de lograr aliviar los problemas de esterilidad e infertilidad. No cabe duda de que el logro de que se pueda dar la fecundación en un medio diferente al cuerpo humano con gametos de una pareja o donados por terceros, la transferencia de embriones a la mujer en donde se encubará el producto, la

congelación de embriones y las posibilidades de experimentar sobre los mismos, han sacudido los cimientos morales del mundo entero.

El desarrollo científico y tecnológico ha permitido al hombre transformar su entorno y condiciones de vida; esto se constata desde las tempranas exploraciones de nuevos horizontes y geografía, hasta el descubrimiento de los arcanos de la naturaleza y misterios del universo.

En la actualidad se combaten y previenen efectivamente las enfermedades infecciosas, degenerativas, metabólicas; y en fechas recientes se han obtenido logros satisfactorios en la modificación de la transmisión genética. Todo esto ha dado como resultado que se incrementen tanto los niveles como la esperanza de vida.

Lizardo Taboada las definía como “métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad de las personas”.<sup>46</sup>

Patrick Steptoe y Robert Edwards en 1978, realizaron el primer embarazo con técnicas de fecundación in Vitro y transferencia de embriones al útero, lo cual abrió las posibilidades para solucionar los problemas de infertilidad de muchas parejas que hasta ese entonces se veían imposibilitadas para tener un hijo.<sup>47</sup>

Por otra parte, los estudios de fecundidad y reproducción humana han logrado espectaculares avances y descubrimientos en las últimas tres décadas, esta rama de la ciencia desde su nacimiento, ha crecido en forma exponencial con los conocimientos generados. La biología de la reproducción, permite que el hombre, no tan sólo sea la única especie que en forma consciente tiene control de su propia reproducción, sino que puede intervenir directa y efectivamente en el

---

<sup>46</sup> Taboada Cordova, Lizardo, *Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil*, Grijley, Lima, 2006, pp. 256-271.

<sup>47</sup> *Ibidem*. Pag. 133.

proceso reproductivo, incluso se han logrado crear recursos para influir en la propia herencia genética, modificándola, y posibilitando generar alternativas a la esterilidad e infertilidad de algunas parejas, estos recursos, son generalmente conocidos como, técnicas de reproducción asistida.

### **3.5. Países que permiten la Maternidad Subrogada**

Europa:

La mayoría de países de Europa no permiten los procesos de subrogación uterina a excepción del Reino Unido, pero que lo hace con restricciones como ser Británico o residir en el país.

Estados Unidos:

Si bien no todos los estados lo permiten, en los que si es legal como California, todo el proceso esta muy bien regulado. Desde los contratos entre las partes, el asesoramiento, seguimiento del embarazo, respaldo a las madres subrogadas, obtención de certificados.

México:

Tabasco en su artículo 92 del Código Civil establece:

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

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético



y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo.

Resto del mundo:

Últimamente han aparecido noticias que hablan de países como India, China, República Checa donde permiten los procesos de maternidad subrogada; desconozco si las leyes de los respectivos países respaldan estas prácticas o si los protocolos que se siguen dan garantías suficientes para que se respeten los derechos de todas las partes, madre subrogada, padres biológicos y los bebés.

### **3.6. Riesgos durante la gestación**

Puede haber complicaciones durante el embarazo debido a diferentes factores ya sea internos o externos.

Algunas mujeres pueden llegar a experimentar ciertas complicaciones durante sus embarazos. Algunas complicaciones en el embarazo, tales como la diabetes gestacional y la anemia pueden ser prevenidas y evitadas si se toman las precauciones debidas.

Las hemorragias durante el embarazo son una complicación que se manifiesta en las primeras etapas del embarazo, y pueden llegar a convertirse en una señal indicadora de la presencia de problemas. Aún así, no es para nada anormal que una mujer afirme que ha tenido su período mientras estaba embarazada. A pesar de que pueda parecer que está menstruando, generalmente

existen otras causas que dan lugar a las hemorragias o sangrados. No obstante, la presencia de sangrado o de hemorragias durante los nueve meses del embarazo podrían significar el desarrollo de una placenta previa o de un desprendimiento prematuro de la placenta.

Las enfermedades de la tiroides; sin importar si fueron diagnosticadas antes de que quedara embarazada o durante el embarazo, podrían incrementar las probabilidades de que una mujer experimentara complicaciones durante el embarazo. Siendo éste un tipo de enfermedad o problema de la tiroides; si padeciera de bocio, el hecho de someterse a un tratamiento para curar esta enfermedad se vería afectado por su embarazo. Si padeciera asma o lupus, sería necesario controlar exhaustivamente sus síntomas durante el embarazo, a fin de asegurar la seguridad y el bienestar del futuro bebé.

La hipertensión es una complicación verdaderamente grave durante el embarazo sobre la cual tendría que conocer más, ya que la misma podría provocar preeclampsia, siendo ésta una condición aún más grave. Además, debería asegurarse de saber si corre peligro de desarrollar alguna de estas complicaciones durante el embarazo (si padece alguna enfermedad renal, sus probabilidades serían aún mayores). A pesar de que es algo muy raro, algunas mujeres desarrollan cáncer de cuello uterino mientras están embarazadas. Una precursora de este tipo de cáncer es la displasia cervical.

El síndrome de Hughes es un trastorno realmente muy grave que puede provocar que la mujer embarazada experimente abortos espontáneos y otras complicaciones relacionadas con su embarazo.

Aumento de trisomías cromosómicas es una alteración en el número de los cromosomas con consecuencias muy variadas en el futuro bebé. Una de las más frecuentes es el síndrome de Down (que es la trisomía del cromosoma 21). El 95

por ciento de los casos de síndrome de Down están relacionados con la edad de la madre.

Crecimiento fetal retardado y placenta previa. Es más frecuente en las mujeres mayores por lo que es preciso realizar más ecografías y más pronto. Este control ayudará a estar preparados en el momento del parto y a actuar con rapidez ante cualquier problema.

Complicaciones durante el parto. Muchos ginecólogos opinan que una mujer mayor físicamente bien preparada no tiene por qué tener problemas en la dilatación o en el expulsivo. De todas formas, es recomendable que la mujer se prepare desde el inicio del embarazo manteniendo un buen estado general y una preparación física adecuada para resistir sin complicaciones el esfuerzo que realizará en el parto.

Más problemas durante la gestación. Cuanto más mayor sea la embarazada, más probabilidades hay de que parezcan enfermedades asociadas como diabetes gestacional, hipertensión asociada al embarazo u obesidad. Por otro lado, también se da un aumento considerable del número de cesáreas, entre otras razones porque no se corren riesgos: posiblemente ya no habrá muchas posibilidades de más embarazos.

## **CAPÍTULO IV ARRENDAMIENTO DE MATRIZ O MATERNIDAD SUBROGADA**

### **4.1. El contrato de Arrendamiento de matriz o Maternidad Subrogada**

Tipos que reviste el alquiler de vientre:

Al respecto en este tipo de relaciones jurídicas intervienen dos partes principales: por un lado, la pareja contratante; por el otro, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación;

1. La pareja comitente 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; (Fecundación homóloga).

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

3. El material genético es aportado por individuos (parcial o totalmente) ajenos a las partes intervinientes en la relación sustantiva. (Fecundación heteróloga).

Podemos señalar al respecto que en el primer supuesto hablamos de una Maternidad Subrogada propiamente dicha, puesto que se presenta los elementos de que el niño es totalmente ajeno genéticamente a la gestante siendo la pareja contratante con quienes se establece lazos de correspondencia genética. Así en relación al segundo tipo; se presenta una situación que varía la relación sustancialmente, ya que la madre portadora es también quien aporta el óvulo, ello significa que el nuevo ser posee 23 cromosomas que guardan identidad con el genotipo de la signataria, en resumen la gestante es la madre legítima del menor, quien por efecto del contrato suscrito se compromete a entregar al neonato a su correspondiente padre, hecho que sugiere ceder la custodia del hijo al esposo de la pareja contratante, ya sea que ésta renuncia a la tenencia y a ejercer la patria potestad del recién nacido, posibilitando al padre ejercer la patria potestad, en este supuesto no se liquida la relación entre la madre y el menor, ya que la ley le reconoce derechos de régimen de visita, y la obligación de prestar los alimentos a favor del hijo alimentista. Es diferente el caso en que la madre genética y gestante por fuerza del acuerdo se compromete a dar en adopción al menor a la pareja contratante, extinguiendo de esta manera el vínculo materno-filial, y otorgándole la calidad de padres adoptivos a la pareja comitente. Por otra parte en referencia al tercer caso debemos decir, que es un típico proceso de inseminación artificial, en donde el material genético le es ajeno (parcial o totalmente) a las partes en la relación jurídica sustantiva del alquiler de vientre, del cual se desprende puede revestir una serie de situaciones:

En el caso que le sea parcialmente ajeno, ya que puede ser producto del óvulo o espermatozoide de un familiar de la pareja pactante, en dicho caso se entiende que el material genético, dado por donación (óvulo, espermatozoide), se

hace por libre voluntad y en tal sentido no existe cuestión controvertida al respecto de la titularidad de la información genética, ya que el donar un gameto, renuncian a todo derecho sobre él y las consecuencias de su uso. Al mencionar que es relativamente ajena a las partes signarías en la relación, da pie que se pueda suscitar que este vínculo proviene de la ofertante del vientre, dado que el marido de la gestante podría haber donado sus gametos, en cuyo supuesto la única forma de efectuarla entre la pareja comitente sería a través de una figura de la adopción.

En el supuesto de que el material genético le sea absolutamente ajeno, se aplicaría el axioma “Mater semper certa est”, reputándosele a la gestante como la madre legal, en dicho caso por fuerza del acuerdo “pactan sunt servanda” se ve compelida a entregar al menor mediante la vía de la adopción, pudiendo asumir una posición de contravenir lo acordado y asumir los deberes de madre, sin que la pareja u otro pueda alegar vínculo biológico alguno con el recién nacido.

#### **4.2. Conceptos generales en torno a las nuevas técnicas de reproducción humana**

Tratándose de la reproducción humana, los términos infertilidad y esterilidad, muchas veces son utilizados por la mayoría de nosotros como sinónimos, porque al final de cuentas implican que una pareja no logra conseguir la propia reproducción, pero que en un lenguaje médico exacto, denotan cosas totalmente distintas, razón por la cual, a continuación detallaré los conceptos de cada uno de estos términos de manera particular.

Por pareja estéril se entiende a un hombre y una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presenta una incapacidad

para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no puede darse bajo ninguna circunstancia.<sup>48</sup>

El especialista mexicano Efraín Pérez Peña abunda un poco más en torno al concepto de esterilidad, enunciándola como la incapacidad de una pareja para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva.<sup>49</sup>

Aun más, este especialista nos indica que la esterilidad puede darse de dos formas: primaria, cuando nunca se ha logrado el embarazo, bajo ninguna circunstancia y por ningún tratamiento, y secundaria, cuando ha habido embarazos previos, pero que en la actualidad ya no, situación que pudo haberse ocasionado por circunstancias iatrogénicas, como lo son intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas, retardo en el diagnóstico, etcétera.<sup>50</sup>

Por pareja infértil entenderemos a aquella que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta a diferencia de la esterilidad es susceptible de corrección.<sup>51</sup>

Por su parte, Arturo Arrighi nos dice que la infertilidad es la imposibilidad de llevar a término el producto concebido, y afirma que este concepto es mucho más difícil de definir, toda vez que para la esterilidad basta decir que existe una

---

<sup>48</sup> Arrigí, Arturo y Cogorno, Infertilidad, en Tozzini, Roberto Ítalo et al., Esterilidad e infertilidad humanas, 2ª. Ed., Buenos Aires, Médica Panamericana, 1992, p. 352.

<sup>49</sup> Pérez Peña, Efraín, Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral, 2a. ed., México, Salvat, 1995, pp. 1-11.

<sup>50</sup> Ibidem, pp. 1-2.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 2.

imposibilidad para concebir, mientras que la infertilidad no tiene parámetros plenamente determinados, sin embargo, existe el supuesto de que puede ser corregido y origina una expectativa mayor de reproducción en las parejas.<sup>52</sup>

Se ha llegado al punto conveniente de tratar las causas generadoras de estos tipos de problemas reproductivos, pues llama la atención la puntualización de los médicos respecto a que el contexto social y cultural de nuestra época contribuye al incremento de la tasa de problemas reproductivos; de tal manera, dentro de dichas causas, podemos encontrar las siguientes:

El posponer la maternidad para edades más avanzadas disminuye la fertilidad en una pareja, y hace que al momento de querer reproducirse se enfrenten con diversidad de impedimentos.<sup>53</sup>

El empleo indiscriminado de técnicas anticonceptivas, que en muchas ocasiones obedece a una automedicación, sin considerar que muchos de estos métodos alteran el organismo, principalmente el de las mujeres y provocan diversas afecciones que disminuyen su capacidad reproductiva; aunado a esto, la mayor incidencia de enfermedades venéreas, que si no ocasionan la muerte, sí generan disminuciones para la concepción o producen la infertilidad.

El estrés origina una alteración fisiológica y hormonal en los seres humanos, debido a la segregación de importantes cantidades de sustancias tóxicas derivadas de la adrenalina, sustancia que liberamos en situaciones de gran tensión emocional. Este estrés en muchas ocasiones genera drogadicción y alcoholismo, que son factores que disminuye la capacidad reproductiva en los seres humanos, pues el consumo de estas sustancias aumenta la posibilidad de que un producto presente algunas malformaciones congénitas.

---

<sup>52</sup> Arrighi, Arturo y Cogorno, Miguel, Infertilidad, en Tozzini, Roberto Ítalo et al, Esterilidad e infertilidad humanas, Segunda Edición, Buenos Aires, Médica Panamericana, p. 353.

<sup>53</sup> Pérez Peña, Efraín, Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral, Segunda Edición, México, Salvat, 1995, p. 4.



La automedicación es una causa más de problemas reproductivos, lo que genera en muchas ocasiones que se afecte la función neuroendocrina; los fenómenos ovulatorios, la espermatogénesis y en diversas ocasiones el funcionamiento sexual se alteran al usar tranquilizantes, estimulantes o analgésicos, así como estimulantes menores, como lo serían la cafeína y la nicotina, que si bien no provocan un daño a corto plazo, sí generan severas afecciones a largo plazo.

La realización de dietas severas y de ejercicios extenuantes son otro factor más que altera la capacidad reproductiva en humanos, al alterar la función neuroendocrina del cuerpo al generarse diversas sustancias químicas con el ejercicio exagerado y al presentarse cuadros de desnutrición grave con diversidad de dietas. Lo que parece paradójico, en virtud de que se ha incrementado el índice de obesidad, que desde el punto de vista médico es un factor más que altera la función reproductiva.

El contacto con diversas sustancias tóxicas que el desarrollo industrial de nuestra época trae consigo, como lo son los pesticidas, plomo, solventes, gases, pinturas y radiación, esta última que incluso proviene de los aparatos eléctricos de los cuales se hace uso de manera cotidiana como, por ejemplo, el televisor, la computadora, teléfonos celulares y hornos de microondas.

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

Las causas que se han enunciado pueden generar esterilidad o infertilidad que pueden haber surgido por malformaciones genéticas; al tomar en cuenta estas causas, nos podemos dar cuenta de que los problemas de infertilidad o esterilidad no se encuentran tan lejos de nosotros, pues el contexto sociocultural de nuestro tiempo presenta la posibilidad de un aumento en el porcentaje de la población que padece alguna consecuencia de este tipo.

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

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

Los recursos económicos de la mayoría de las parejas en nuestro país no son suficientes para superar este tipo de problemas, lo cual pone en riesgo sus metas y objetivos de vida, aflorando múltiples sentimientos inconscientes que hacen que este problema sea difícil de tratar debido a que la mente humana es un verdadero enigma, lo que genera cambios o alteraciones en el mundo exterior.<sup>54</sup>

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

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 6.

Estudiar al ser humano en su totalidad, en las situaciones concretas y en sus vínculos interpersonales presentes y pasados, en definitiva indagar el mundo interno del sujeto que de alguna manera está condicionando respuestas en su interacción con el mundo externo. A partir de la conducta manifiesta explorar y llegar a comprender lo latente, las fantasías inconscientes que subyacen.<sup>55</sup>

El especialista mexicano Efraín Pérez Peña nos muestra de manera más sistemática las reacciones psicológicas que surgen ante la esterilidad o la infertilidad en una pareja que la presenta. Estas reacciones se presentan en un orden progresivo de sorpresa, negación, aislamiento, enojo y agresión, culpa y auto devaluación, regateo, depresión, sufrimiento, duelo y aceptación o resolución, por lo cual a grosso modo hablaremos a continuación de cada una de estas reacciones.<sup>56</sup>

Se presenta la sorpresa, pues las personas generalmente no están preparadas para una imposibilidad reproductiva. Después de la sorpresa, se da paso a la negación, lo cual es un mecanismo de defensa inicial que permite a la pareja adaptarse a esta realidad, que resulta intolerable.

El aislamiento se genera por todas las presiones sociales que surgen ante el conocimiento del problema por el submundo familiar que gira en torno a la pareja que tiene alguna disminución en su capacidad reproductiva. En este orden de acontecimientos, una vez que se han experimentado las anteriores reacciones, se presenta el enojo y la agresión contra sí mismo, la sociedad, amigos, familiares y médicos en una manifestación fehaciente de pérdida de control sobre las emociones, pensamientos y cuerpo, así como de las posibilidades de elegir: reacción irracional y desproporcionada que refleja angustia, depresión, frustración y desesperación.

---

<sup>55</sup> López Dabat, Helena, Aspectos psicológicos de la esterilidad, en Tozzini, Roberto Ítalo, p. 381.

<sup>56</sup> Pérez Peña, Efraín, Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral, Segunda Edición, México, Salvat, 1995, pp. 628-630.

Los sentimientos de culpa en la pareja aparecen como una forma de explicar o justificar lo que está sucediendo, entonces se remontan a sucesos pasados, se habla de errores, pecados o malas acciones.

Cuando una pareja de este tipo decide acudir a un médico en busca de alternativas de solución, suele ocurrir el fenómeno del regateo, al tratar de obtener más de lo que el médico está planteando como alternativa de solución, incluso se plantea que si se acepta someterse a tal o cual tratamiento, lo será bajo la garantía de resultados satisfactorios, cosa a la que cualquier médico con una adecuada ética profesional, de ninguna manera puede comprometerse.

Ante esfuerzos infructuosos y la presión sociocultural del entorno, los implicados suelen experimentar depresión, que puede centrarse en el individuo y/o en la pareja, lo que genera de nueva cuenta el aislamiento o hábitos peligrosos como el alcoholismo o la fármaco dependencia.

Puede considerarse una pareja exitosa, aquella que logra reconocer la pérdida, sentir aflicción y pena por la misma, vivir un proceso de duelo y recuperarse del mismo, mediante la aceptación o planteamiento de alternativas de solución congruentes.

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

Lo que se pretende lograr a través de este apartado, es concientizar al lector de las repercusiones que estos padecimientos tienen en la sociedad y en el mundo interno de los individuos que los presentan y que indudablemente, sin pretensiones exageradas, puede provocar cambios en el mundo externo, cuando

éstos se dejan guiar por los sentimientos de ira y agresión que experimentan en diversos grados.

Aquí podemos decir que hoy las técnicas de reproducción asistida se plantean como solución al problema de infertilidad y esterilidad en la pareja. Cuando los métodos, diagnósticos y técnicas terapéuticas tradicionales no encuentran una causa que explique la esterilidad o infertilidad, o después de tratarla no se obtiene un embarazo, hay posibilidades adicionales con técnicas no coitales de reproducción, también llamadas técnicas de reproducción asistida.

Cada una de estas técnicas que en la actualidad son usadas para ayudar a parejas estériles o infértiles a concebir un hijo implican invasión mayor en la mente y en el cuerpo de los individuos, al grado de que esta posibilidad la perciben como una última oportunidad para lograr el anhelado embarazo.

En el presente trabajo entendemos por técnicas de reproducción asistida o reproducción no coital, al empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa el contacto sexual, para que la fertilización ocurra. Puede dividirse en básica o avanzada y tiene importantes y diferentes implicaciones éticas, religiosas, psicológicas, legales y económicas, según sean los procedimientos que se utilicen.<sup>57</sup>

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad, cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces, y aunque no está indicada para todos los problemas de esterilidad, permite embarazos en casos considerados como perdidos, y sus indicaciones y aceptación son cada vez mayores, por lo que se le utiliza con mayor frecuencia.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 644.

<sup>58</sup> Gómez Sánchez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 181-186.

Entrar a la conceptualización de cada una de estas técnicas implicaría un trabajo de mayor envergadura, pues sólo una de estas técnicas es en la cual se centrará el objeto de estudio, por lo cual mencionaré de manera enunciativa de todas las técnicas, y puntualizaremos solamente aquéllas que tengan una relación directa con la maternidad sustituta.

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

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

Ahora bien, para la realización de esta técnica existen varias combinaciones de personas que podrían contribuir a la concepción y al nacimiento, donde es frecuente que la gestadora sea al mismo tiempo madre genética inseminada con semen proveniente del marido de la contratante, también es frecuente que se utilice la fecundación in vitro, en donde el óvulo como el espermatozoide pertenecen a la pareja contratante y el embrión es luego implantado a la gestadora, mediando generalmente para esta práctica un pago cierto y determinado que los contratantes hacen a la madre gestadora. De lo anterior podemos inferir que la maternidad de sustitución admite las siguientes modalidades:<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Gómez Sánchez, Yolanda, *op. cit.*, nota 11, pp. 136-140.

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 transplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante.

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

4) Subrogación altruista. Se da cuando una mujer acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera 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.

#### **4.3. El alquiler de útero como realidad social**

La práctica reproductiva denominada arrendamiento de matriz o maternidad subrogada tiene sus antecedentes históricos derivados de las técnicas de reproducción en general, sin embargo, se podría pensar que la utilización de este procedimiento es reciente y novedoso, pero encontramos referencia a ella en algunos pasajes bíblico en los que nos menciona como algunas mujeres estériles buscaron ser madres a través del método que hoy se denomina maternidad subrogada, recurriendo para esto a terceras mujeres.

La maternidad por cuenta ajena en la actualidad, en nuestro país y en cualquier parte del mundo, se toma como alternativa a seguir por lo general cuando la esposa o concubina no puede embarazarse por problemas en su útero, como lo serían malformaciones congénitas, extirpaciones del mismo, o bien el llamado útero infantil, cuadros clínicos que significan para una mujer la esterilidad, lo cual representa la imposibilidad total de gestar en su vientre un nuevo ser. Debido a lo anterior, decide realizar un contrato por escrito con una tercera mujer para que a cambio de una contraprestación económica acepte gestar a un niño para entregárselo con posterioridad a su nacimiento.

La ausencia legislativa en torno a esta práctica reproductiva trae como consecuencia que se practique sin una regulación, sin intervención de la Ciencia del Derecho, al respecto se piensa que el ser humano tiene sobre su propio cuerpo la libre disposición, considerándolo como un todo a través del cual se



relaciona, camina, habla, observa, siente, etcétera, pero que nadie puede aparecer como dueño de sus propios miembros que necesita para ser lo que es.

La maternidad por cuenta ajena tiene por objeto central que la madre sustituta permita ser inseminada artificialmente o bien que se le implante un embrión humano para su gestación hasta el momento del parto; en este sentido, el objeto lo constituiría el cuerpo de la madre sustituta en general, y en particular el útero de esta mujer.

#### **4.4. Evolución en la sociedad**

A comienzos del presente siglo, el avance científico y tecnológico se ha extendido a todas las áreas del quehacer humano, facilitando su realización, incluso en circunstancias que en épocas anteriores pudieran considerarse materializables únicamente en la imaginación de un escritor de ciencia ficción, la etapa en la que nos ha tocado vivir, ha generado un rompimiento de esquemas socioculturales, se han superado las barreras de tiempo y espacio, propiciando la globalización de todas las regiones del mundo, lo que significa también que el ser humano se encuentra en una etapa de globalización de conductas y de valores.

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

Dentro del desarrollo científico, encontramos el área de la salud reproductiva del ser humano, misma que no es la excepción en cuanto al trastorno de los valores a nivel mundial, tenemos que desde la década de los setenta se hizo pública una serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los

problemas de infertilidad y esterilidad, a través de una serie de prácticas médicas denominadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

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

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

Precisamente es esta técnica reproductiva denominada "Maternidad Subrogada", la cual constituye el objeto de estudio de este análisis, en virtud de considerarla muy interesante, no sólo por el hecho de implicar el uso de varias técnicas reproductivas a la vez, sino porque para su realización, en ella no sólo interviene la ciencia sino que tiene que ver con el acto de la voluntad de una mujer que se prestará a la gestación de un embrión, que en ningún momento debe considerar como un hijo, el cual debe entregar a la pareja solicitante después del nacimiento de ese bebé, de esta manera y al estar supeditado este acto a la voluntad de las personas que intervienen en él, pero en particular a la voluntad de la madre sustituta, la aplicación de esta técnica tiene un desenlace incierto.

#### **4.5. Marco jurídico en torno a las nuevas técnicas de reproducción humana**

Resulta pertinente referirnos en primer lugar a lo que nuestra carta magna menciona respecto al objeto de estudio, de este trabajo, partiendo del análisis del artículo 4º constitucional, párrafo segundo, el cual consagra un derecho a la salud y una libertad de procreación. El derecho consagrado a favor del ciudadano, en este segundo párrafo, significa la oportunidad de organizar y desarrollar una familia, lo que implica que el Estado tiene la obligación de no interferir en ello y más aún de brindar la protección debida para el caso de que se quiera obstaculizar la actualización de este derecho.

La lectura de este artículo nos hace reflexionar en torno a las implicaciones que se dan dentro de la protección del derecho a la organización y desarrollo de una familia, por ejemplo, si dentro de este caso se encontraría el permitir el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales finalmente se han creado para propiciar la organización y desarrollo de una familia, para aquéllas personas que presentan una incapacidad o una imposibilidad para hacerlo.

En caso de que el uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, y en particular de la maternidad subrogada, por parte de las personas estériles o infértiles, no se permitieran dentro de este esquema de protección a la organización y desarrollo de la familia, se contravendría lo dispuesto por el artículo 1o. constitucional, el cual establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga ésta Constitución.<sup>60</sup>

El artículo cuarto constitucional garantiza, además, un derecho a la protección de la salud, originando con esto la obligación del Estado a propiciar la existencia de instituciones de salud que presten el servicio de atención médica a la población que sufre una enfermedad o bien que quiere prevenir un padecimiento o

---

<sup>60</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1o.

alteración en la salud. Si se toma en cuenta el punto de vista médico, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, encontramos que se considera a la esterilidad o infertilidad humana como una enfermedad de nuestro tiempo, la cual debe ser seriamente contemplada en las políticas de salud de los Estados modernos, cabría entonces reflexionar sobre la responsabilidad que tendría el Estado mexicano de posibilitar en sus diferentes instituciones de salud el manejo y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, como forma de garantizar que el ciudadano infértil o estéril pueda tener acceso a la reproducción biológica.<sup>61</sup>

De lo anterior, observamos que el ordenamiento constitucional en cita, deja la puerta abierta a la interpretación en torno al uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, que se inclinará a favor o en contra de ellas, según sea el punto de vista que las trate, hecho que propiciará sin duda arduos debates al respecto, de lo cual se hace necesaria una especificación mayor en cuanto al alcance y límite del derecho a la organización y desarrollo de una familia, así como el de la libre elección y espaciamiento de los hijos, debiéndose asimismo determinar si la infertilidad o esterilidad entran dentro de la política de salud del Estado, porque de ser así, habría que garantizar por parte del Estado el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Existen otros ordenamientos jurídicos que hacen referencia expresa a diversas técnicas de reproducción humana asistida, como La Ley General de Salud, que es la ley que se deriva del artículo cuarto constitucional, resultando bastante interesante lo dispuesto en los artículos 1o., 3o. y 27o. de esta ley, los cuales nos hablan de la obligación del Estado de la prestación de los servicios de salud, nos habla de la planificación familiar y de la coordinación de la investigación para la salud de los seres humanos, lo cual nos lleva a preguntarnos si las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran dentro de este esquema

---

<sup>61</sup> Hurtado Olivier, Xavier, *Derecho a la vida ¿y a la muerte?*, 2a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 169.

de apoyo para la planificación familiar, y de investigación para la salud, pues éstas se refieren a lograr la reproducción humana de manera consciente, por parte de los progenitores, elementos que en esencia implican una planificación familiar, concepto que es recurrente en el artículo 27, fracción quinta, de esta ley, así como en los artículos 67, párrafos primero y segundo, y 68 de la misma.<sup>62</sup>

Otro concepto interesante de esta ley, es lo que dispone en torno a la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos, disposición que se amplía en el título quinto de esta ley en sus artículos 96 al 100, los cuales nos hablan expresamente de la investigación sobre la ingeniería genética, de la lectura de estos artículos se puede inferir que en realidad las técnicas de reproducción humana asistida, no son del todo ajenas en nuestro sistema jurídico mexicano, sólo que se les contempla de manera muy genérica.<sup>63</sup>

En el capítulo decimocuarto de esta ley, encontramos disposiciones que en un momento dado pueden ser usadas como parámetros de referencia para delimitar y conformar un proyecto legislativo sobre el uso y manejo de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, y en particular de la maternidad subrogada, toda vez que nos habla en torno a los procedimientos de donación de diversos órganos y su control sanitario.

Este reglamento se da a la tarea de puntualizar en sus nueve títulos, diferentes procedimientos médicos que implican la investigación para la salud, siendo materia de nuestro estudio en particular, el título segundo en su capítulo cuarto, el cual se refiere a la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óvulos y fetos y de la fertilización asistida, de la cual encontramos

---

<sup>62</sup> Ley General de Salud, arts. 1, 3, 27, 67 y 68.

<sup>63</sup> Ley General de Salud, arts. 96-100

referencia expresa en el capítulo cuarto, del título segundo de este reglamento, que abarca los numerales 40 a 56.<sup>64</sup>

Es pertinente resaltar lo dispuesto por el artículo 92 del Código Civil de Tabasco, ya que por primera vez en nuestro país, en sus párrafos tercero, cuarto y quinto, se observa una referencia expresa a la maternidad sustituta y a la maternidad subrogada, en relación a las actas de nacimiento y en donde se diferencia incluso entre un término y otro; en dicho numeral encontramos en el párrafo final una disposición concreta respecto a la paternidad del hijo de la mujer casada, por lo cual resulta interesante como esta disposición contraviene totalmente la presunción tradicional que se ha manejado en nuestro sistema jurídico: que el hijo de la mujer casada, hijo de su marido es, así este numeral dispone como excepción a esta presunción, el hijo de la mujer casada, que sea madre gestante sustituta.<sup>65</sup>

#### **4.6. Posibilidad de regular el arrendamiento de matriz o Maternidad Subrogada como contrato innominado o atípico en el Código Civil de Veracruz**

Es una realidad este tipo de prácticas a la cual nos enfrentamos como sociedad día a día, cambios que se dan por el avance de la tecnología donde nuestro entorno evoluciona progresivamente. Vivimos en una sociedad dinámica, en el cual el Derecho va de la mano poniendo orden en la sociedad.

Estas prácticas las llevan a cabo parejas que no pueden concebir por diversas razones esperando algún día ser padres, algunos lo logran empleando la Maternidad Subrogada para alcanzar la paternidad gracias a las Técnicas de Reproducción Asistida que hoy en día es común que se recurra a esta práctica que tienen diversos métodos. Tal es el caso del Estado de Tabasco que el artículo 92 del Código Civil establece:

---

<sup>64</sup> Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, arts. 40-56

<sup>65</sup> Código Civil de Tabasco.

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

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

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.<sup>66</sup>

Podemos encontrar en Internet a mujeres que ofrecen su vientre a parejas que no pueden tener hijos por diversas razones, así como parejas que solicitan una mujer que les ofrezca su vientre, estas prácticas se realizan sin ninguna regulación y cada vez se hace mas frecuente, al no haber regulación jurídica se cometen actos que no están apegados a Derecho, aprovechando estas circunstancia para dejar en desventaja a una de las partes.

Es por eso que se necesita que se regule esta práctica conocida como Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada, empleando métodos mediante reproducción asistida como alternativa para parejas que no pueden engendrar, en

---

<sup>66</sup> Código Civil del Estado de Tabasco, artículo 92.

el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer.

El presente trabajo de investigación busca que sea regulado como un contrato Innominado o Atípico en el Código Civil del Estado de Veracruz dependiendo de la técnica de reproducción asistida que se haya realizado, ya que la ley no tiene previsto un nombre específico, debido a que sus características no se encuentran reguladas por ella, no tiene un nombre especial dado o confirmado por el derecho, y dado que va aumentando el número de parejas que solicitan estos servicios, existiendo un acuerdo de voluntades por ambas partes, siendo necesario que se estipule un contrato para proteger los intereses de ambas partes, protegidos por el Derecho se busca evitar la clandestinidad y el abuso al que se pueda llegar al no haber una regulación. Asimismo se establecerá las partes que intervienen, las técnicas de reproducción asistida que se empleará, las circunstancias en que se podrá dar, elementos de validez, existencia, etc., para que se lleve a cabo como un contrato.

#### **4.7. Derechos y Obligaciones para las partes**

##### **4.7.1. Para la Madre Subrogada**

Obligaciones:

- La mujer declara conocer que el embrión que le será implantado en su útero, es concebido por alguna técnica de reproducción asistida del óvulo y del esperma de la pareja solicitante.
- Que manifieste que se realizó las pruebas físicas y psicológicas para constatar que goza de buena salud mental y física actualizado, así mismo probará a la pareja solicitante con la firma donde apruebe o niega el psicólogo y médico.



- Que manifieste que está actualizado su historial clínico.
- Que acredite que sea mayor de 20 años y menor de 35 años.
- Que sea de nacionalidad mexicana.
- Que esté dada de alta en la institución especializada para tener un control y registro de las mujeres que prestarán este servicio.
  - Tener todos los cuidados necesarios una vez que esté embarazada.
    - No salir del país.
    - Acudir a revisiones con el ginecólogo para hacer constar el progreso del embarazo.
    - Entregar al bebé a la pareja con quien realizó el contrato.
    - Firmar el contrato.

Derechos:

- A que la pareja pague todos los gastos del parto.
- A que la pareja pague medicamentos si así lo necesitare.
- A que la pareja pague las visitas con el ginecólogo.
- El pago por la prestación de su servicio por la cantidad pactada.

Así como todo lo que se establezca en el contrato.

**4.7.2. Para la Pareja con quien se realiza el contrato**

Obligaciones:

- La pareja declara conocer que se extraerá óvulo o esperma a la mujer con quien están realizando el contrato.
- Que manifiesten que se realizó las pruebas físicas y psicológicas para constatar que gozan de buena salud mental y física

actualizado, así mismo probará a la mujer con quien realizan el contrato con la firma donde apruebe o niega el psicólogo y médico.

- Que manifieste que está actualizado su historial clínico y que tienen problemas para concebir.
- Pagar todos los gastos que implique realizar la técnica de reproducción asistida.
- Pagar todos los gastos que ocasione el parto.
- Que tienen ingreso para mantener el bebé.
- Firmar el contrato.

Derechos:

- Asistir a los ultrasonidos.
- El pago por la prestación de su servicio por la cantidad pactada.
- Informes del progreso del embarazo.
- Escoger a la mujer con quien realizan el contrato.

Así como todo lo que se establezca en el contrato.

#### **4.8. Creación de una Institución para Madres Subrogadas**

La Institución de Madre Subrogada se creará con el objetivo de registrar las mujeres mayores de 20 años y menores de 35 años que es la edad idónea, para concebir, las cuales ofrecen su vientre a parejas que no pueden concebir. Se llevará un control del establecimiento donde se llevarán a cabo las técnicas de reproducción asistida con todo el material y herramienta necesarios para llevarla a cabo, así como un registro del especialista en realizar la misma, llevar registro del ginecólogo, enfermeras y demás sujetos que intervengan hasta el día del parto. Asimismo contará con un consultorio psicológico.

Será una Institución integrada por profesionales, que ofrecen servicios de cirugía reproductiva y reproducción asistida de manera personalizada, de alta calidad y económicamente accesibles, brindando un servicio integral y que cuente con la infraestructura necesaria para la realización de tratamientos de alta complejidad dando como resultado excelentes tasas de efectividad.

Esta institución tendrá una base de datos que contendrá el historial clínico, pruebas psicológicas, físicas de la mujer que ofrece su vientre, con foto para mayor identificación y número de registro, actualizando los datos con frecuencia.

La institución servirá como intermediaria entre la mujer que ofrece su vientre y la pareja que no puede concebir para proporcionarles toda la información necesaria para llevar a cabo este método.

Se regulará por lo establecido en la Ley General de Salud y demás aplicaciones y reglamentos que se relacionen.

#### **4.8.1. Realización de pruebas físicas, psicológicas para las madres subrogadas y la pareja con quien realiza el contrato**

Las pruebas psicológicas que se realizarán por un profesional, son herramientas indispensables en cualquier proceso de evaluación psicológica y para ello se requiere conocer los ejes que fundamentan la creación de la prueba desde la disciplina de la psicometría, la teoría que la sustentan, sus alcances y límites y la manera como los resultados se integran al proceso mismo de evaluación clínica.

Medida de algunos aspectos del comportamiento humano por medio de pruebas objetivas (test) que exigen contenidos cuidadosamente seleccionados y métodos de actuación e interpretación rigurosos. Los contenidos de estas pruebas pueden hacer referencia a cualquier aspecto del funcionamiento psíquico,

incluyendo los rasgos de personalidad, las actitudes, la inteligencia y otros aspectos de índole emocional.

En general, el test es aplicado por un psicólogo clínico, industrial o educativo, de acuerdo a principios éticos y profesionales. La interpretación se basa en la comparación de las respuestas del individuo con los niveles previamente establecidos mediante las respuestas habituales. Su utilidad dependerá de su capacidad para predecir el comportamiento (validez externa, predictiva). Al ofrecer información sobre la conducta de una persona y sus respuestas o resultados ante determinadas situaciones, son una gran ayuda a la hora de tomar decisiones.

Con esto se tomará a consideración las mujeres capacitadas para gestar su vientre, teniendo conciencia de todas las implicaciones que conlleva esta práctica.

Se realizan para completar el diagnóstico y planificar el tratamiento, ya que proporcionan información sobre el funcionamiento y estructura de la personalidad del paciente y la conveniencia de aplicar algún tipo de psicoterapia; los tests también se pueden centrar en alguna cuestión específica, como la presencia o ausencia de trastornos orgánicos cerebrales. Por regla general, se aplica una serie de tests que son interpretados en conjunto para describir los estados intelectuales y emocionales del paciente. Es obvio que las decisiones sobre el tratamiento no dependen en exclusiva de los resultados, sino del juicio del equipo clínico del que forma parte el psicólogo.

#### **4.8.2. Realización de historial clínico para las Madres Subrogadas**

Para ingresar en la base de datos de la Institución para Madres Subrogadas deberán de realizarse los estudios psicológicos, físicos, realización de historial, no

tener dependencia al alcohol, drogas, medicamentos, trastornos alimenticios o mentales.

Un historial donde se registre si ya ha estado embarazada, Han tenido algún embarazo, si toma medicamento, padecimientos en los genitales, antecedentes de enfermedades, si se ha sometido a algún tratamiento de reproducción asistida, entre otras cosas.

Se recomiendan varias pruebas de laboratorio para todas las mujeres en su cuidado prenatal temprano. Algunas de estas pruebas se hacen para diagnosticar ciertos problemas durante su embarazo. Estas se llaman pruebas de diagnóstico. Pueden ofrecerse pruebas de diagnóstico basado en su historia médica, antecedentes familiares o resultados de pruebas anteriores. A veces el origen étnico puede crear una necesidad de realizar pruebas para detectar problemas que ocurren más a menudo en su grupo étnico.

Existen otras pruebas que no diagnostican problemas éstas se hacen para ver si la mujer o su producto están en el riesgo de sufrir ciertos problemas o defectos del nacimiento. Éstas son llamadas pruebas de Tamiz.

#### **4.9. Realización del Contrato de Arrendamiento De matriz o Madre Subrogada**

Una vez informados la pareja que solicita el servicio por los datos proporcionados por la Institución de Madres Subrogadas, seleccionada la mujer que llevará en su vientre el futuro descendiente de la pareja, se realizará una cita para ambas partes donde establecerán si aceptan realizar el contrato, aceptado el contrato y comprometiéndose con su firma bajo las condiciones que marque la ley y las que las partes hayan establecido.

Realizado esto asistirán a la institución para que se lleve a cabo la técnica de reproducción asistida comprometiéndose ambas partes según sea el caso con la Institución.

La pareja estará informada sobre el avance del embarazo, asistiendo a ultrasonidos.

#### **4.10. Entrega objeto del Contrato**

Una vez transcurrido los 9 meses de gestación y finalizado el parto, la pareja conocerá su futuro descendiente, la mujer le entregará el bebé a estos, trayendo como consecuencia la terminación del contrato, ya que el objeto de este contrato es la posibilidad de ser padres a parejas que no pueden concebir debido a diversos factores.

## **CONCLUSIONES**

PRIMERA.- Hoy en día, el tema de Arrendamiento de Matriz, también conocido como Maternidad Subrogada, es una realidad en nuestra sociedad, aunque no está contemplada en nuestra legislación es una práctica que se lleva a cabo mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida y que va incrementando el número de parejas que la utilizan como un medio alternativo para concebir lograr su sueño de ser Padres. Esto como consecuencia de diversos factores que les impiden tener descendencia, tal es el caso de la infertilidad y esterilidad, problemas causados por alguna enfermedad que en el caso de la mujer la imposibilitan para concebir.

SEGUNDA.- Debido a la ausencia de regulación jurídica que regule la Maternidad Subrogada, nos encontramos ante un sistema arcaico que desconoce como atender y solucionar los problemas actuales. La sociedad es dinámica, la ciencia evoluciona día a día, y por lo tanto el Derecho también.

Al realizar este tipo de prácticas sin ninguna regulación jurídica se deja al desamparo los sujetos que intervienen, en el caso de la Maternidad Subrogada

son la pareja contratante con problemas para concebir, la mujer que dispone de su matriz para llevar a cabo la gestación. Por esta razón propongo que se regule en materia Civil, como un contrato Innominado o Atípico al Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada mediante el uso de Técnicas de Reproducción Asistida donde interviene la ciencia y la voluntad de una mujer que se prestará a la gestación de un embrión, el cual deberá entregar a la pareja solicitante después del nacimiento. También que se regule la intervención de los profesionales en Salud para salvaguardar la salud integral y la vida de la mujer y el embrión a lo largo de todo el embarazo. En dicho contrato se establecerán los elementos esenciales de existencia y validez, los sujetos que intervienen, el objeto de contrato, la contraprestación.

TERCERA.- El contrato innominado demuestra que la vía jurídica no se fosiliza en formas o moldes inmutables, sino que aun bajo el aspecto técnico, está en constante movimiento y evolución. Así lo confirma la aparición de nuevos contratos, unos ya disciplinados ahora expresamente por el legislador como nuevos contratos típicos, pero que se desprendieron de las formas tradicionales, el nacimiento de estos nuevos contratos se da por las nuevas necesidades sociales y económicas a las que nos enfrentamos día a día.

CUARTA.- Propongo la creación de una Institución que llevará a cabo el registro de las mujeres que disponen de su matriz para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida, cubriendo con ciertos requisitos indispensables para ser registrada. Esta institución será la intermediaria entre la pareja solicitante, la mujer que dispone de su matriz, proporcionando información para ambas partes, así como un control del establecimiento donde se lleven a cabo las Técnicas de Reproducción Asistida.



QUINTA.- Existen diversos conceptos respecto a este tema, y también se le conoce con diversas denominaciones al Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada, todas con el mismo fin, por consecuencia entendemos:

Maternidad Subrogada.-

Es el contrato por medio del cual se lleva a cabo un acto jurídico mediante el cual un médico con experiencia en la materia, aplicará alguna de las técnicas de reproducción asistida, a una mujer denominada subrogada, la cual estará registrada en la Institución de Maternidad Subrogada, quien será soltera, y lo permitirá previo convenio que haga con otra mujer denominada subrogante, ambas mujeres y hombres mayores de edad, a cambio de que la subrogada reciba de la subrogante cierta cantidad de dinero más los gastos médicos necesarios, de modo que al finalizar el embarazo, la subrogada haga entrega del bebé a la subrogante".

Algunos elementos se tomaron de los conceptos vistos, otros, de los comentarios vertidos sobre las omisiones encontradas a los mismos

SEXTA- Las consideraciones precedentes evidencian la necesidad de que exista una legislación coherente y eficaz al respecto, que regule de manera integral todos los aspectos que el Arrendamiento de Matriz o Maternidad Subrogada encierra en sí y que no se quede en el ámbito de una mera declaración general, realizada de manera superficial, expresándose en un enunciado normativo que no concuerde con la realidad fáctica de la sociedad en que se aplica.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARRIGHI, Arturo y COGORNO, Miguel, Infertilidad, en Tozzini, Roberto Ítalo et al., Esterilidad e infertilidad humanas, Segunda Edición., Buenos Aires, Médica Panamericana, 1992.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Derecho de las Obligaciones, Editorial Harla.
- C. OVERALL, Human reproduction: principles, practices, policies, Oxford University Press, Toronto, 1993.
- DELGADO CALVA, Ana Soledad, La Maternidad Subrogada: un Derecho un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano, México, 2004.
- GARCIA COLORADO, Gabriel. Legislar en bioética, legislando para el futuro. Primera Edición, 2003.

- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- HURTADO OLIVER, Xavier. El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutancia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 1999.
- KEANE, N. Y D. BREO, The surroqate mother, Everest House PUblishers, New York, 1981.
- L. TABOADA, La maternidad tecnológica, ensayo filosófico-jurídico ....
- LEGASPI VELASCO, Juan Antonio, Derecho Civil.
- LEMA AÑÓN, Carlos, Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico ..., 1999.
- LÓPEZ BRITO, Francisco Salvador, Reproducción asistida, aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos, Primeras Edición, 2003.
- LÓPEZ DABAT, Helena, Aspectos psicológicos de la esterilidad, en Tozzini, Roberto Ítalo.
- LÓPEZ FAUGIER, Irene, La prueba científica.
- M. CÁJICA, José, Elementos de Derecho Civil, Tijuana (BC) México: Cárdenas, 1985.

- MENDOZA GARCÍA, Isidro, Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres, España, octubre de 1987, Problemática jurídica de la Maternidad Subrogada, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001.
  
  - PÉREZ PEÑA, Efraín, Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral, Segunda Edición, México, Salvat, 1995.
  
  - TABOADA CORDOVA, Lizardo, Negocio Jurídico, Contrato y Responsabilidad Civil, Grijley, Lima 2006.
  
  - TORRE VARGAS, de la, Maricruz, Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, Colección, Librería Bosch, Barcelona, España, 1988.
- La fecundación in vitro y la filiación, Editorial Juridica de Chile, Chile, 1993.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Derecho Genético, Cuarta Edición, Lima, Ed. Grijley, 2001.

**LEGISGRAFÍA**

- Código Civil del Estado de Tabasco, Artículo 92.
- Código Civil del Estado de Veracruz, Artículos 1727, 1729, 1736, 1757, 1762, 1763, 1765, 1767, 1769, 1772, 1773, 1784, 1785, 1871, 1995.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículos 1 y 4.
- Jurisprudencia Argentina. 1989. IV, pág. 806 Citado en: DELGADO CALVA, Ana Soledad. La Maternidad Subrogada: un Derecho..., 45-47, 85 pp.
- Ley General de Salud, Artículos 1, 3, 27, 67, 68, 96-100.
- Reglamento de la Ley General de Salud, Artículos 40-56.

**ICONOGRAFÍA**

- <http://espanol.geocities.com/ginecobstetricia2000/tecnicas.html>
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr17.pdf>
- [http://www.portalmedico.org.br/include/biblioteca\\_virtual/des\\_etic/16.ht](http://www.portalmedico.org.br/include/biblioteca_virtual/des_etic/16.ht)
- <http://www.reproduccion.com.mx/>
- <http://www.surrogacy.ru/surrogacy-esp.php>