

879309



**UNIVERSIDAD LABALLISTA
BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO**



21
24

Con Estudios Incorporados a la Universidad
Nacional Autónoma de México.
Clave: 879309.

**ASPECTOS JURIDICOS Y ETICOS DE LA
FECUNDACION IN VITRO, EN EL CASO
ESPECIFICO DE ALQUILER DE MATRIZ
Y SUS CONSECUENCIAS DE FILIACION
Y SUCESORIAS**

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

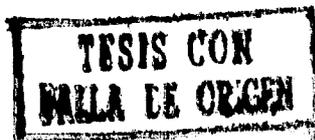
LAURA BEATRIZ GUIZA CABRERA

ASESOR:

LIC. ARTURO HERNANDEZ ZAMORA

Celaya, Gto.

Diciembre de 1996.



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

A Dios.

*A mis papás:
Javier y Betty.*

*A mis hermanos:
Javier y Toño.*

*A mi Abuelita Lucy
y a mi Abuelito Nacho.*

A Mamaita y a Lupe mi tía.

*Con especial cariño y agradecimiento a mi asesor:
Lic. Arturo Hernández Zamora.*

*Al **Lic. Héctor Manuel Maldonado Hernández.***

*A quienes desinteresadamente,
me brindaron su apoyo y aportaron
material para la realización de mi Tesis:
Lic. Bernardo Pérez Fernández Del Castillo.
Dr. Iván Lagunes.
Lic. Roberto Navarro González.*

*A quienes me han brindado la oportunidad
de poner en práctica los conocimientos adquiridos:
Lic. Jaime De Anda Cabrera.
Lic. Juan Carlos González Díaz.
Lic. Salvador Sánchez Martínez.*

INDICE

INTRODUCCION	Pág. IX
---------------------------	------------

CAPITULO PRIMERO

LA FECUNDACION ARTIFICIAL EN SERES HUMANOS

1.1.- Consideraciones Generales	1
1.2.- La Manipulación Genética Como Remedio Contra la Infertilidad	4
1.3.- La Biotecnología En La Fecundación	6
1.4.- Generalidades Sobre Las Opciones Jurídicas	8

CAPITULO SEGUNDO

FERTILIZACION O PROCREACION ASISTIDA

- CONCEPTOS, CLASES Y ANTECEDENTES -

2.1.- Conceptos	10
2.2.- Inseminación Artificial	12
2.3.- Fecundación In Vitro	15
2.4.- Clonación	17

CAPITULO TERCERO

LA FECUNDACION EXTRACORPOREA

3.1.- Generalidades	19
3.2.- Concepto Y Clasificación De La Fecundación In Vitro	20
3.3.- Casos En Que Procede La Fecundación In Vitro	23
3.4.- Técnicas De Fecundación En El Laboratorio	24
3.5.- Transferencia Del Cigoto	26

CAPITULO CUARTO

MATERNIDAD SUBROGADA

- ASPECTOS JURIDICOS Y CONTRACTUALES -

4.1.- Consideraciones Generales	28
4.2.- Concepto Y Especies	30
4.3.- Criterios Diferenciales Sobre La Validez De Los Contratos De Subrogación	34
4.4.- La Inexistencia Y La Nulidad En Nuestro Derecho	37
4.5.- El Objeto De Los Contratos	42
4.6.- La Acción De Ejecución Forzada	46
4.7.- Reparación Del Daño En Caso De Incumplimiento	47
4.8.- Relación Entre La Acción Contractual Y La Basada En El Vínculo Genético	48

CAPITULO QUINTO

FILIACION

5.1.- Principio De La Verdad Biológica	49
5.2.- Concepto De Filiación	52
5.3.- Clases Y Consecuencias Jurídicas	53
5.4.- Filiación Matrimonial	54
5.4.1.- Pruebas De Filiación Matrimonial	54
5.4.1.1.- Actas Del Registro Civil	54
5.4.1.2.- Posesión De Estado De Hijo Y De Cónyuge	55
5.4.2.- Límites Temporales De La Presunción De Paternidad	57
5.4.3.- Plazos Para El Ejercicio De La Acción De Desconocimiento De La Paternidad	58
5.4.4.- Reglas Para La Aplicación De Desconocimiento De La Paternidad	59
5.5.- Filiación Extramatrimonial	60
5.5.1.- Formas De Establecer La Filiación Extramatrimonial	61
5.5.1.1.- Reconocimiento Voluntario	61
5.5.1.2.- Reconocimiento Forzoso O Judicial	63
5.6.- Filiación Civil O Adoptiva	67
5.7.- Pruebas Biológicas	68
5.8.- Hacia Una Nueva Fuente De Filiación	72

CAPITULO SEXTO

LA FILIACION EN RELACION CON LA MATERNIDAD SUBROGADA

6.1.- La Cuestión De La Maternidad En Los Contratos De Subrogación	75
6.2.- El Parto Como Base De La Presunción De Maternidad	77
6.3.- Carácter De La Presunción Derivada Del Parto	79
6.4.- Acciones de Impugnación En Investigación De La Maternidad	81
6.5.- Maternidad Consensual	83
6.6.- La Vinculación Genética Como Fuente De La Maternidad	84

CAPITULO SEPTIMO

LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL DERECHO HEREDITARIO

8.1.- Generalidades	85
8.2.- Consecuencias Que Produce En El Derecho Hereditario La Falta de Reglamentación Sobre Los Nuevos Sistemas Para Determinar La Filiación	87

CAPITULO OCTAVO

OTROS ASPECTOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

8.1.- Algunos Criterios Internacionales	88
8.2.- El Delito De Subrogación Materna	90
8.3.- Evolución De Los Criterios Legislativos Estadounidenses	93
8.4.- Intermediación Y Oferta Pública	97
8.5.- Ley Española Sobre Técnicas De Reproducción Asistida	98
8.5.1.- Nuestro Interés	99
8.5.2.- Maternidad Subrogada	101

CONCLUSIONES	103
---------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	120
---------------------------	-----

INTRODUCCION

La búsqueda de satisfactores a las necesidades modernas va creciendo a la par de la ciencia, colocándonos ante la interrogante de ¿Hasta dónde puede llegar la ciencia? ¿Debe tener un límite o un freno jurídico y/o ético?

Aparentemente es un tema complicado y perteneciente al campo de la investigación médica, y así es, en cuanto a la forma médica de llevarse a cabo, pero en cuanto a sus consecuencias, básicamente todas pertenecen a nuestro campo jurídico. Ya que, ¿Será posible que la mujer que presta su matriz, firme un contrato y cobre por ello? ¿Y que una vez que el hijo ha nacido, se arrepienta y pelee la maternidad? y en el caso específico ¿Cuál es la situación del padre?, aquí surge la primera consecuencia: Es decir, ¿Hasta dónde puede exigírsele a la mujer que alquila su matriz el cumplimiento de este contrato? ¿Y quién es realmente la madre? La mujer que prestó su matriz durante nueve meses portando al producto ó la mujer que aportó su óvulo para que se realizara la fecundación in vitro. ¿Y el producto de esta fecundación a cuál de las dos mujeres sucede?

Una vez más, la ciencia nos demuestra que crece más rápido que el tintero del hombre, rebasando los límites de lo inimaginable, para entrar a lo real, a los actos; y es aquí donde el Derecho no puede quedarse atrás, cruzarse de brazos ante situaciones cuyas consecuencias jurídicas son tan obvias.

Ante los avances de la medicina moderna el derecho debe evolucionar y es precisamente en este momento, donde el abogado, en el caso particular, el futuro abogado, juega un papel sumamente importante, al sumergirse en el campo de la investigación para la adecuación del Derecho ante los inminentes avances médicos.

Y es éste el objetivo que se pretende con la realización del presente trabajo, consistente en demostrar, la necesidad de ampliar el concepto de maternidad en el Código Civil, y sus formas de comprobación. Frente a los acontecimientos presentes, también se hace sumamente necesario establecer el alquiler de matriz como un contrato perfectamente reglamentado, ya que reúne los requisitos necesarios que lo colocan como tal, es decir, como un contrato, pero, dada la naturaleza delicada de su objeto, es necesario especificar muy claramente las condiciones, obligaciones y demás en las cuales se realizará; y muy importante resulta recalcar, que siendo un contrato, en toda la extensión de la palabra, como tal debe cumplirse, es decir, reconocer jurídicamente su validez y fuerza obligatoria. Ya que se hace necesario ver, a la mujer portadora, como una simple encubadora y nunca como la madre verdadera.

Respecto al tema, es tan importante conocerlo como reglamentarlo, ya que, a pesar de que para algunos pueden ser muy remotos los hechos planteados, no descartemos la realidad que se está presentando en países del primer mundo y que, en un futuro próximo se presentarán, y se están presentando ya en nuestro país y principalmente que, desde mi punto de vista, es un tema que nos tocará vivir quizá, desde dos ángulos diferentes: como padres de familia que se encuentren en el supuesto o como abogados defensores de la causa, de aquí la importancia y el interés en el tema.

CAPITULO PRIMERO

LA FECUNDACION ARTIFICIAL EN SERES HUMANOS

1.1.- Consideraciones Generales.

Los grandes logros de la Biotecnología en las últimas décadas y el desarrollo de la Genética han hecho posible que la reproducción de seres humanos pueda lograrse en forma asexuada, es decir, sin que sea necesaria la cópula carnal.

En no pocos casos, la procreación, ni siquiera requiere ya la comunicación entre la pareja como en el caso de la fecundación artificial, esta vía de procreación es en principio un remedio a la esterilidad, pero la aplicación de estos procedimientos artificiales produce graves consecuencias en la institución jurídica de la familia; tanto en su estructura como en sus funciones.

En efecto las relaciones jurídicas familiares desde la antigüedad se han basado en la ayuda mutua entre marido y mujer y en la protección de los hijos producto de las relaciones sexuales entre sí, a quienes el ordenamiento jurídico confiere derechos e impone obligaciones recíprocas de los padres entre sí y entre éstos y su familia nuclear, sugiendo así lazos de parentesco con los ascendientes de ulteriores grados y con los parientes colaterales de ambos progenitores, hasta el cuarto grado conforme a lo establecido por el Código Civil para el Distrito Federal¹ (C.C.D.F.), que señala:

Artículo 293.- El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

Artículo 297.- La línea es recta o transversal, la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.

El parentesco consanguíneo nace entre personas que descienden de un tronco común y constituyen el grupo de personas que se conoce como la familia extensa, alrededor de estos hechos naturales y de estos conceptos fundamentales, el Derecho ha creado una sólida estructura jurídica familiar que ha desempeñado hasta hoy, en nuestra sociedad, funciones de diversa índole y de indudable importancia para el desarrollo de la persona como sujeto de derechos y obligaciones y como miembro del grupo social.

¹ Artículo 1o.- Las disposiciones de este código regirán en el Distrito Federal en asuntos del orden común, y en toda la República en asuntos del orden federal.

Así el Derecho ha organizado a la familia consanguínea entre los padres y los hijos, los cuales forman la base de la familia consanguínea extensa, es decir, que existen una secuencia entre la cópula carnal, la fecundación, la gestación, el nacimiento y el parentesco, de donde derivan deberes, facultades y derechos tendientes a la crianza y educación de los hijos, pero sobre todo de responsabilidades compartidas por ambos progenitores, lo cual explica que el matrimonio y también el concubinato se basen en la ayuda mutua de los consortes y entre éstos y sus hijos.

Una disposición normativa que presta solidez y firmeza a las relaciones entre los miembros de la familia es la que establece que se presumen hijos del marido, los que la mujer de a luz después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio y los que nazcan antes de los trescientos días siguientes contados a partir de la disolución del matrimonio o desde que de hecho quedaron separados los cónyuges (Art. 324 C.C.D.F.).

Contra esta presunción de paternidad no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido haber tenido acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al parto (Art. 325 C.C.D.F.) ni aún alegando adulterio de la madre, el marido podrá destruir esa presunción de paternidad, excepto que el nacimiento se le haya ocultado o que pruebe que no tuvo acceso carnal con su mujer durante los diez meses que han precedido al parto (Art. 326 C.C.D.F.).

El marido no podrá desconocer que es suyo el hijo que su consorte ha dado a luz por haber sido fecundada con semen de un tercero, cuando ha dado su consentimiento para que se lleve a cabo la fecundación, aunque pruebe la imposibilidad física de haber sido él quien engendró a este hijo.

De lo anterior se desprende que al producirse una desarticulación entre la paternidad y la maternidad biológica o genética y la paternidad y maternidad legal, se prescinde de la relación matrimonial o cuasi matrimonial en el caso del concubinato y de la presunción de la paternidad o maternidad consanguínea como base de la institución jurídica de la familia, lo que propicia la posibilidad de nacimiento de hijos sin padre o sin madre lo cual también lleva implícito un cambio en el origen biogenético de la familia.

La manipulación en el proceso de la reproducción humana, se refleja también en el Derecho ya que genera la consecuencia de un conflicto de maternidad entre la madre biológica y la madre que la ley le imputa a un hijo nacido de ella pero no concebido con su óvulo, surgiendo el conflicto de maternidades, ya que conforme al Principio de Derecho Mexicano de que "la maternidad se demuestra con el parto", la madre que prestó su matriz y dio a luz, es la madre ante la ley, pero de antemano sabemos que biológicamente la madre es quien aportó el óvulo

Derivado de las consecuencias de este serio problema que atañe al Derecho en la actualidad, es decir, de colocarse al mismo nivel que los adelantos científicos, surge nuestra inquietud ante la necesidad de legislar sobre la materia.

Otra consecuencia es el conflicto de paternidad, entre el padre biológico o genético y el padre que la ley le imputa a un hijo, que puede ser no necesariamente el marido de su madre, particularmente cuando éste último ha consentido en que la inseminación de su esposa se lleve a cabo por un tercero (inseminación artificial heteróloga) De allí puede surgir el conflicto de paternidades en presencia del principio "*pater est quem nuptiae demonstrant*", conforme al cual, para el Derecho, el padre sería el esposo de la madre aunque haya prestado su consentimiento para que su cónyuge sea fecundada con semen de otro varón.

Existen casos en que haya un vínculo biológico sin que exista un nexo jurídico paterno-filial, por ejemplo, cuando un hijo es procreado fuera de matrimonio y no se puede determinar quien es el padre, pero no se da en nuestro Derecho el caso contrario, ya que siempre que haya un vínculo jurídico conyugal, existirá la presunción de una relación biológica que sustente la filiación jurídica.

Pero, en el caso de la maternidad subrogada, la vinculación es totalmente diversa, ya que existe un nexo jurídico materno entre la madre portadora del embrión y, para nuestro derecho no existe nexo alguno entre la madre biológica o genética y el hijo concebido con su propio óvulo, en el caso del padre, no existe controversia, porque el nexo jurídico paterno es el mismo, que el derivado del nexo biológico; por lo que sí estamos ante la presencia de un nexo jurídico paterno-filial. Por lo tanto, la consecuencia derivada de nuestra legislación y sin que exista vínculo de ninguna especie entre la mujer que aporta su óvulo y la mujer que porta el embrión, impone la revisión del concepto de familia, ya que, como se sabe, es la relación de derecho que une a todas las personas que descienden de un tronco común y el producto de ésta fecundación, para nuestra ley, desciende de la madre portadora, por lo que deben revisarse también lo respectivo a la prueba de la maternidad, ya que no debe depender como hasta hoy, del hecho del parto por las consecuencias que esto ocasiona, derivadas de la maternidad subrogada.

Estas consideraciones generales sobre las implicaciones de la Biotecnología en el Derecho, tienen por objeto situar el tema que propongo tratar en este estudio en la perspectiva que tendrá en su desarrollo, para ponderar sus consecuencias en la realidad jurídica, de acuerdo con el estado actual de la legislación civil en México, conforme a las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal de aplicación federal para toda la República y su necesidad de reformas.

El profesor Lombardi, en relación con estas cuestiones creadas por la tecnología genética, escribe: "El problema es cuantitativamente minúsculo (la célula y el embrión) políticamente minúsculo (seres humanos sin voz, sin voto, sin fuerza contractual) económicamente minúsculo (las cantidades que del gasto público se destinan para estas investigaciones, son insignificantes). Es un problema que concierne a las parejas estériles, algunos individuos deseosos de descendencia y algunos otros seres vivientes... y sin embargo el problema es crucial, por que se encuentra íntimamente ligado a la esencia del ser humano"².

² LOMBARDI Nallauri, Luigi. "Manipolazioni Genetiche e Diritto" *Rivista di Diritto Civile*. Anno XXXI, No. 1. Enero-Febrero, 1985 p. 1

1.2.- La Manipulación Genética Como Remedio Contra La Infertilidad

La Biotecnología empezó a aplicarse bajo la forma de inseminación artificial en animales y más tarde para superar la esterilidad masculina en la especie humana, puesto que consiste en colocar artificialmente los espermatozoides en los órganos genitales femeninos para que se produzca el encuentro con el óvulo para producir artificialmente la fecundación, más tarde, se logró la implantación del óvulo en la matriz de la mujer en quien se desarrollaría la gestación.

Normalmente este recurso es empleado por matrimonios sin hijos, con semen del marido en útero de la esposa fértil o in vitro (con gametos del marido y la mujer), cuando por mala conformación orgánica de los órganos genitales femeninos o por la segregación por la mujer de anticuerpos que destruyan los espermatozoides, no puede lograrse la fecundación en el útero de la esposa, esta hipótesis no presenta mayor problema jurídico en cuanto a las relaciones familiares (filiación y parentesco) porque éstas no se alteran en manera alguna ya que la filiación biológica paterna y materna coincide con el vínculo jurídico de la filiación consanguínea, ésta técnica de fecundación, supone el consentimiento de los cónyuges.

El hijo que así ha dado a luz la mujer, se presume hijo del marido, si ha nacido después de 180 días de celebrado el matrimonio o antes de que concluya el plazo de 300 días de disuelto éste, conforme a lo establecido en los artículos 324, 325, 326 y 328 del Código Civil para el Distrito Federal.

Pero al contrario de los avances científicos, para remediar a través de las manipulaciones genéticas la infertilidad, ya no solo del varón, sino también de la mujer, el Derecho se ha ido estancando, y resulta tan difícil como peligroso seguir aplicando dispositivos legales que no están acorde con los nuevos descubrimientos científicos que nos presentan nuevas opciones de procreación.

Como es el caso de la determinación del status familiar del hijo que ha nacido por maternidad subrogada, que es difícil de establecer, porque la legislación mexicana no ha previsto tal situación; de que la pareja infértil pueda aportar el material genético y una vez realizada la fecundación artificial, el producto se implante en mujer distinta a la aportadora del óvulo.

Por la interpretación racional del sistema en que descansa la filiación materna, la madre sería la mujer que da a luz y no la biológica que aportó el óvulo, por lo que estamos en total desacuerdo debido a que la determinación de la maternidad no puede quedar al arbitrio de la mujer portadora, ni depender de su decisión de entregar al hijo o no, porque en el primer caso la pareja lo registraría como es "hijo de ambos", pero en caso de negativa a entregarlo ¿quedaría registrado a nombre del padre y de la mujer que solo prestó su matriz?, la acción de impugnación de la maternidad del hijo nacido en tales circunstancias sería totalmente

improcedente, por existir, la prueba indubitable de que la portadora dio a luz y conforme a este hecho, ella es la madre jurídica.

Por lo que debido a ésta y muchas otras consecuencias producidas por la fecundación artificial, se hace improrrogable la revisión de nuestro Derecho, con el fin de establecer criterios sobre las manipulaciones genéticas que remedian la infertilidad.

1.3.- La Biotecnología En La Fecundación.

Dentro de lo que se conoce como Biotecnología, quedan comprendidas todas aquellas manipulaciones que se llevan a cabo en el proceso fisiológico de la fecundación y de la gestación y las que se efectúan en la ingeniería cromosómica del núcleo vital, en manera de intervenir en la modificación artificial de la conjunción de gametos masculino y femenino y en general, todas aquellas intervenciones en el proceso de la fecundación y el desarrollo del embrión. Intervenciones biológicas o biomédicas prenatales que afectan necesariamente, como ya se dijo, las relaciones de parentesco y la estructura de la familia, acarreando consecuencias psicológicas y sociales que se reflejan en el ámbito jurídico en los más variados aspectos.

Será suficiente referirse sólo a algunas de aquellas consecuencias jurídicas que se proyectan en las relaciones de familia, partiendo del momento de la concepción o fecundación, pasando por el periodo de la gestación que conducen a la paternidad y maternidad, desde el punto de vista biológico y jurídico.

La **fecundación** puede llevarse a cabo en útero (**in vivo**) por medio de inseminación artificial o en probeta (**in vitro**).

La **gestación** puede ser natural o artificial, aunque hasta ahora solo ha sido posible en útero humano; se llama **genética** si se lleva a cabo en útero de la madre o **agenética** si se practica en útero de mujer distinta de la que produjo el óvulo fecundado. La implantación de la célula en el útero de la madre portadora puede practicarse después de haber llevado a cabo la fecundación in vitro; este aspecto atañe en lo jurídico, en lo referente a la filiación materna.

Por lo que toca a la paternidad, se distingue la aportación o donación de semen y se le denomina paternidad **genética** o consanguínea; la paternidad social corresponde a la filiación adoptiva plena, en aquellos países cuyas legislaciones han acogido esta forma de paternidad, en México, de acuerdo a lo establecido por los artículos 402 y 403 del C.C.D.F., sólo tiene lugar legalmente la adopción semiplena.

La inseminación artificial heteróloga, es decir la que una mujer casada realiza con semen de un donador que no es su marido, presenta mayores problemas ya que la inseminación puede llevarse a cabo, con o sin autorización del marido, pero el médico que la practique deberá exigir esta autorización por escrito del marido, antes de proceder a la inseminación.

Refiriéndonos nuevamente a la maternidad desde el punto de vista biológico, puede presentar tres aspectos:

- 1o - Es **genética** la fecundación in vitro si el embrión se implanta en útero de la aportadora.
- 2o - Es **gestacional**, cuando el óvulo ya fecundado se implanta en útero diferente de quien lo aporta (**maternidad subrogada**)
- 3o - O bien puede presentarse como **maternidad social o adoptiva**.

Dentro de esta variantes, la figura que ha suscitado mayor interés, por su frecuente aplicación en la práctica, es la **maternidad subrogada o gestacional por préstamo de útero**, en la cual el óvulo fecundado se implanta en útero de mujer distinta de la aportadora de óvulo, o bien, cuando es fecundado in vitro, y se implanta en el útero de otra mujer, quien ha convenido con la aportadora del óvulo en entregar al hijo que de a luz, como consecuencia de esa operación, a la aportadora del óvulo y al marido de ésta (en su caso) quienes lo registrarán como si hubiera nacido de ésta última, es decir, de la aportadora.

1.5.- Generalidades Sobre Las Opciones Jurídicas.

Ante estos hechos innegables, no podemos negarnos a tomar partido, aludiendo que son temas biológicos, lejos de las ciencias jurídicas, ya que efectivamente, son descubrimientos científicos pero cuyos alcances y consecuencias, repercuten de una manera sumamente importante en el ámbito jurídico, por lo que se adoptan diversas posiciones, según las diferentes opiniones; que parten desde la rotunda negativa de aceptarlas, hasta la de establecer una completa libertad de investigación y de aplicación de tales técnicas.

La Corriente Sociológica, tomando en cuenta el contorno familiar y social en que vive el individuo, no admite la desarticulación del amor y del acto sexual, es decir, no concibe el sexo sin contacto carnal, basado en el amor.

En otro sentido, la **Corriente Científica**, sin desconocer los valores personales y sociales en juego, sostiene la preponderancia fundamental del desarrollo de la ciencia y del conocimiento humano.

Una **Tercera Teoría**, considera que por ser muy distintos, deben deslindarse los siguientes dos aspectos:

1.- El campo de la investigación biomédica, es decir, en el ámbito estrictamente científico, el respeto a la libertad de investigación debe ser absoluto y ser un campo vedado para el Derecho.

2.- Las consecuencias jurídicas que resultan de la aplicación de la Biotecnología y de la tecnología genética en el proceso de creación de la vida humana; deben ser materia de regulación jurídica para proteger a la persona por nacer, que tiene el derecho personalísimo a la vida y a que se respete y reconozca su verdadera filiación.

Pero aquí, cabe la interrogante establecida por Jacques Robert ¿el derecho debe poner un límite mediante la fijación de normas estrictas y coactivas, o al contrario debe penetrar en terrenos inciertos dejándola sólo bajo el control de la conciencia de cada uno para actuar con plena libertad?³

Si se acepta la intervención de la normativa jurídica en el campo de la tecnología médica, debería enfocarse la cuestión desde el punto de vista de la oportunidad y conveniencia de la aplicación de tales técnicas, de la responsabilidad civil y penal de las personas que intervienen como sujetos activos y pasivos en la práctica de las operaciones y atender también las normas de orden moral, por lo que entonces tiene que aceptarse que el interés público, demanda que el concebido en estas circunstancias, aún no nacido, debe ser protegido por el Derecho, y aún más si reconocemos la vida como el valor supremo del ser humano

³ JAQUES, Robert. "La Révolution Biologique et Génétique face aux Exigences du Droit". *Revue de Droit Public*. No. 5. Septiembre-octubre. 1984. Paris, Francia. p.p. 1256 y ss.

Por lo que consideramos que en relación con la normativa jurídica de la Biotecnología, el legislador debe tomar en cuenta los siguientes tres factores:

- 1º.- La ley eventualmente debe responder a una utilidad social.
- 2º.- Debe inspirarse en un principio de justicia.
- 3º.- El legislador, sin prescindir de toda consideración del orden moral, debe entender que toda moral es contingente, que varía con la coyuntura y que debe ser aplicada a la luz de la evolución social.

Lo anterior se traduce en que no tiene por qué retardar la acción de la justicia, sino hacerla más cautelosa en la aprehensión de realidades tan complejas. Frente a esto, la labor del doctrinario y del legislador ante el sorprendente desarrollo de la medicina moderna en materia biogenética debe estar dirigida a preservar la subsistencia de las relaciones familiares y de la familia misma, como institución jurídica fundamental, para evitar que se vea perturbado por las manipulaciones que alteran el desarrollo natural del proceso de la fecundación, de la gestación y en última instancia de las relaciones familiares de la persona cuyo nacimiento obedece a esa intervención no natural en el proceso de su creación como ser humano, lo que no significa que prohíba las técnicas de la reproducción artificial, sino por el contrario, que las regule debidamente con el objeto de evitar consecuencias perjudiciales tanto para el hijo fecundado artificialmente como para toda la estructura familiar.

CAPITULO SEGUNDO

FERTILIZACION O PROCREACION ASISTIDA

- CONCEPTOS, CLASES Y ANTECEDENTES -

2.1.- Conceptos.

En este trabajo nos limitamos a exponer algunas de las consecuencias jurídicas que producen ciertos aspectos de la Biotecnología, como es el caso de la fecundación artificial, denominada también fertilización o procreación asistida y, específicamente, nos referiremos a la maternidad subrogada, que es una de sus clases.

Por lo que, una vez considerados los aspectos generales de mayor importancia se hace necesaria la definición de ciertos términos que son la base del entendimiento del trabajo que se expone:

La palabra **BIOTECNOLOGIA** se compone de dos palabras: la primera viene de biólogos; de *bios* = vida y *logos* = tratado, la segunda proviene del griego *tecnología*.

Por lo tanto la **BIOTECNOLOGIA**, es la rama de la Biología que se encarga de aplicar el conjunto de conocimientos técnicos al servicio de la ciencia que estudia la vida y las modalidades con que ésta se manifiesta en los organismos.

Y dentro de ella quedan comprendidas, en general, todas aquellas intervenciones en el proceso de la fecundación y el desarrollo del embrión, es decir, todas las prácticas de fertilización o procreación asistida.

El termino **BIOETICA**, viene de la palabra *bios* = vida, *etos* = moral y es el estudio de los aspectos éticos relacionados con la vida desde su inicio hasta su fin. Nace en los Estados Unidos de Norteamérica gracias a Iván Rusel Potter, quien a raíz del lanzamiento de las bombas nucleares de Hiroshima y Nagasaki en 1945, se cuestiona la relación que existe entre: el desarrollo y las posibilidades técnicas y científicas; la licitud o legalidad; y la Etica: esto es, si la investigación tiene un freno jurídico o ético⁴.

En otras palabras, la **BIOETICA** surge ante la interrogante de que si el espíritu científico puede ser indiscriminado y utilizar cualquier medio de investigación sin ningún límite, tanto en seres humanos como en animales, o al contrario, si estas investigaciones deben llevarse a cabo dentro de un marco ético-jurídico.

⁴ PEREZ FERNANDEZ, Del Castillo Bernardo. "Aspectos Jurídicos y Éticos de la Procreación o Fertilización Asistida". *Revista De Derecho Notarial*. Año XXXVI, No. 105, Marzo, 1994, p. 131.

De lo anterior se deriva que se estudien algunos aspectos jurídicos de la Bioética, derivado de que "el derecho es el *minimum* ético como forma de comportamiento". Lo que significa que cuando la Etica no funciona, intervienen las normas jurídicas.

De aquí que el campo del Derecho es muy importante, toda vez que señala los límites de la actuación del hombre.

CIGOTO: Es el nuevo organismo que resulta de la fusión de dos células sexuales o gametos (células generadoras) en el momento de la fertilización.

FECUNDACION: Es sinónimo de engendrar o fertilizar. Proviene del latín "*fecundare*" que es la unión del elemento reproductor masculino al femenino para la fecundación de un nuevo individuo de la especie.

FERTILIZACION: Proceso por el cual un óvulo inicia su desarrollo como organismo independiente.

FERTILIZACION O PROCREACION ASISTIDA: Es el acto de impregnación del elemento femenino por el masculino, por medios artificiales para que con esto se de la concepción de un ser.

GENETICA: Es la ciencia que trata de explicar la forma en que las características de un ser vivo, son transmitidas a otros de generación en generación, cómo se conservan las similitudes, y cómo surgen las diferencias. La base de esta ciencia, son las leyes de la herencia biológica.

GENOTIPO: Cada célula sexual tiene sus propios caracteres, y éstos, son transmitidos al nuevo ser que se crea al unirse dos células sexuales. Cuando uno de esos caracteres al ser transmitido, domina en las características del nuevo ser, se le llama genotipo, a esa característica también se le llama factor o gene.

Desde el punto de vista jurídico es importante determinar las diferentes clases de fertilización o procreación asistida, por las obligaciones y derechos que nacen de ésta. La fertilización o procreación asistida se divide en tres clases que son: **Inseminación Artificial, Fecundación In Vitro y Clonación**.

2.2.- Inseminación Artificial.

Como algunos antecedentes históricos relevantes sobre la inseminación artificial encontramos los siguientes:

1.- Se dice que en 1462, Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla, fue inseminada artificialmente y dió a luz a "Juana de Beltraneja". De ello no existen pruebas definitivas.

2.- En 1799, el escocés John Hunter logra en una mujer, la primera inseminación artificial de que se tenga certeza.

3.- En 1868 en la revista de divulgación científica "La Abeja Médica" se mencionan diez casos de inseminación artificial con resultados favorables.

4.- En 1911 Roelhelder menciona 65 experimentos de inseminación artificial, de los cuales 31 resultaron positivos.

5.- En 1942 Seymour y Koerne, después de realizar una encuesta a 30,000 médicos de los Estados Unidos de Norteamérica, concluyeron que por medio de inseminación artificial se realizaron 9,489 embarazos con resultados positivos.

6.- En 1949 el Papa Pío XII se dirige al IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, y declara que la inseminación artificial es un método proscrito e inmoral.

7.- En 1950 se reportan: en Francia 1,000 embarazos anuales; en Inglaterra 6,000; y en los Estados Unidos de Norteamérica 20,000.

8.- En 1950 los médicos del ejército de los Estados Unidos de Norteamérica, practicaron más de 1,000 casos de teleinseminación en los soldados que se encontraban en Corea.

9.- En 1951 en Suiza se legisla sobre la materia

10.- En 1986, en los Estados Unidos de Norteamérica se somete a juicio el caso de una mujer que "alquiló" su matriz para que le implantaran un óvulo de otra, el cual fue fecundado con semen de su esposo. Al nacer el niño la mujer que "alquiló" su matriz se negó a entregarlo ofreciendo devolver al matrimonio los 5,000 dolares que le pagaron. Los tribunales determinaron que debía entregar al niño.

11.- El 21 de septiembre de 1987, apareció la siguiente noticia: "Una abuela sudafricana está a punto de dar a luz trillizas como madre reemplazante, según informes de la prensa local. Los abogados que estudian las posibles implicaciones legales del nacimiento que se espera para la próxima semana expresaron la preocupación de que los bebés puedan ser nietos y nietas ante la Ley, en vez de hijos de su madre biológica". Poco se sabe sobre la familia

blanca de Tzaneen que decidió mantenerlo todo en secreto... la abuela de 48 años identificada como Pat Anthony y su familia.

"Médicos de la exclusiva clínica Park Lane de Johannesburgo confirmaron que los 3 huevos, obtenidos de su hija de 25 años Caren Ferreira-Jorge, y fertilizados en un laboratorio con esperma de su yerno, George, fueron implantados hace más de 8 meses en el vientre de la señora Anthony".

12.- El 24 de noviembre de 1988, en el boletín oficial del estado español, se publicó la Ley 35, conocida como "LEY SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA", la cual en su artículo 1º, apartado 1º establece: "La presente Ley regula las técnicas de reproducción asistida humana: la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE), y la transferencia intratubárica de gametos (TIG) cuando estén científica y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados".

De los antecedentes citados podemos definir la **inseminación artificial** como el **método por el cual se fecunda una mujer sin la realización de la cópula carnal, a través de la implantación de espermatozoides en su organismo.**

La palabra **inseminación**, proviene del latín "*inseminatur*" supino de *inseminare*, que significa sembrar.

También se dice que proviene del mismo idioma latín de las palabras "*in*" y "*semen*" que es semilla, de lo cual se puede decir que inseminación se refiere a la siembra de una semilla en sentido figurado para la obtención de un producto.

La definición médica nos dice que es "introducción del semen en el interior del canal genital femenino, por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual" tal y como lo señala Gisbert Calabuig en su artículo Medicina Legal y Práctica Forense.

En general, todas las definiciones conocidas señalan que la inseminación artificial en seres humanos, es un método distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer.

Existen dos **tipos fundamentales** de inseminación artificial:

1.- **HOMOLOGA**: También conocida como inseminación artificial con semen del esposo (IAH), debido a que el elemento semen, proviene del marido o del varón que viva con ella establemente (concubinario)

Consiste en introducir mecánicamente dentro de la vagina de la mujer espermatozoides vivos del esposo, obtenidos por medio de la masturbación.

Aunque es más correcto hablar de inseminación artificial-cónyuge (**IAC**).

2.- **HETEROLOGA**: Se conoce también como inseminación artificial con semen del donador, por provenir el elemento de un donante distinto del marido y que es, generalmente anónimo. Llamada inseminación artificial-donante (**IAD**).

Consiste en introducir mecánicamente dentro de la vagina de la mujer, espermatozoides vivos, obtenidos por masturbación de hombre distinto a su esposo.

Algunos autores proponen, una tercera categoría denominada **CONFUSA, MIXTA o COMBINADA**, en la que se utiliza una mezcla de esperma de dos o más personas, aunque para otros, sólo es una variante de la inseminación artificial heteróloga.

También se conoce la **TELEINSEMINACION**, la cual se practicó en las guerras de Corea y Vietnam, en donde a las esposas de los soldados se les enviaban los espermias de éstos para que se los inseminaran.

2.3.- Fecundación In Vitro.

La **fecundación in vitro**, se realiza cuando a una mujer se le extraen varios óvulos (oocitos) y se fertilizan con semen (gameto) en el laboratorio, de esta manera el embrión se encuentra en un ambiente adecuado y posteriormente se implanta en el útero de la mujer.

Igualmente los embriones se pueden implantar en una mujer distinta a la que aportó el óvulo, este fenómeno se denomina "**arrendamiento o alquiler de matriz o útero**", "**maternidad subrogada**", "**madre portadora**" o "**madre sustituta**".

En 1978 se dió el primer caso en Inglaterra, el matrimonio Brown procreó una hija (Luisa) por medio de la implantación de un embrión fecundado in vitro. Y a partir de entonces se ha tratado de resolver la infertilidad femenina, esto es, cuando las trompas de Falopio se encuentran obstruidas, lugar en donde los embriones tienen que habitar unos días una vez producida la fecundación.

Como ejemplos de **maternidad subrogada** tenemos los siguientes:

1.- En los tribunales franceses se presentó el caso de una mujer que estuvo de acuerdo y recibió una cantidad elevada de dinero para que se le implantara un embrión que por deficiencias en la matriz de la señora no podía tener hijos, la arrendataria se obligó a entregar al niño inmediatamente que naciera, pero cuando dio a luz se negó a hacerlo, alegando que ella era la madre. Frente a este conflicto, los tribunales decidieron que el niño le correspondía a la mujer que lo había portado durante nueve meses, le había dado su sangre, le había bajado la leche y había sufrido el parto.

2.- En los Estados Unidos de Norteamérica un caso semejante se resolvió en contra de la portadora pues era soltera y no tenía recursos suficientes para alimentar y educar al niño, sin entrar al análisis de cual de las dos era la madre.

Congelamiento de Embriones y de Ovulos. Ya en Australia en 1984 se logró el congelamiento de embriones y en 1985 el de óvulos, con ello se dió un gran paso, pues anteriormente sólo se congelaban los espermias.

Ahora bien, los experimentos sobre embriones se denominan Ingeniería Genética, la cual ha provocado el escándalo de algunos juristas, moralistas y médicos, pues hay universidades que cuentan con varios miles de embriones, sobre los que experimentan e inclusive en algunas ocasiones los desechan como basura.

Sobre estos casos se ha proclamado lo antiético que resulta el experimentar de esta forma con seres humanos; sin embargo, fuera de lo dispuesto por el artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación que posteriormente se transcribe, nuestras normas jurídicas todavía no establecen nada.

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

Por su parte, dentro del Consejo de Salubridad General de la Secretaría de Salud, se creó el Comité de Bioética con objeto de resolver casos en los que no exista ley y se necesite resolver algún conflicto ético.

Como ejemplo de la congelación de embriones exponemos el caso que en 1989 se dió en el Tribunal de Justicia de Maryville, Tennessee: La señora Davis en 1988 se sometió a un tratamiento de fecundación in vitro y se produjeron 9 embriones, de los cuales se implantaron 2 y se congelaron los 7 restantes, más tarde el matrimonio Davis se divorció y la ex esposa reclamó del recinto de concentración los embriones congelados para implantárselos, situación a la que se negó el ex esposo, aduciendo que no quería que su ex esposa se embarazara de un hijo suyo. La problemática consistió en resolver si los embriones debían considerarse niños jovencísimos o bienes comunes. El profesor Jérôme Lejeune, catedrático de Genética Fundamental en la facultad de Medicina de Paris, actuó como testigo en favor de la señora Davis, asentando: "Lo que define a un ser humano es su pertenencia a nuestra especie. Así, que sea más joven o más viejo no lo cambia de especie. Ni uno jovencísimo ni uno mayor han cambiado de una especie a otra. Pertenecen al género humano..." Y a la pregunta si a un cigoto (embrión) se le debe tratar como a un ser humano adulto, respondió: "No le digo esto, por que no estoy en disposición de saberlo. Le estoy diciendo que es un ser humano, y entonces es un juez quien nos dirá si este ser humano tiene los mismos derechos que los demás. Si se establece una diferencia entre seres humanos, hay que aportar las razones de por qué se establece esa diferencia. Pero si usted me pregunta como genetista si ese ser, es un ser humano, le diría que, puesto que es un ser y es humano, es un ser humano".

El Tribunal resolvió que el valor a proteger era el concebido (embrión), mismo que tenía derecho a vivir independientemente de los conflictos entre los contendientes, por lo que el Juez Dale Young emitió sentencia confiando a la madre los embriones.

2.4.- Clonación.

Pero el investigador no se quedó ahí en la fecundación in vitro, sino que ha ido más allá, en algo que era una simple profecía en el año de 1902 cuando el biólogo austriaco G. Haberlandt dijo que algún día se lograría la reproducción clónica. Método que descubrió y experimentó en animales el biólogo británico Gurdon y alguna vez fuera divulgado por Aldus Huxley como ciencia ficción en su famosa novela "Un Mundo Feliz", aunque también dicho método se conoció por medio de una película denominada "Los niños de Brasil".

La **REPRODUCCION CLONICA** es una forma de manipulación genética que consiste en una alteración química celular, por medio de la cual se sustituye parte de los cromosomas de una persona por la célula de otra, logrando con ello un ser exactamente igual al que aportó la célula.

La raíz de esta palabra proviene del griego *klon*, cuyas diversas acepciones significan "ramita", "estaca", "esqueje" o "multitud". Se considera que un clónico es un grupo de células u organismos idénticos, o un sólo miembro de dicho grupo o multitud, propagados a partir de la misma célula corporal⁵.

Clon es un término botánico que significa "fragmento seccionado"; la palabra "colonia" es una de las relacionadas con él.

Biológicamente, la reproducción clonal significa reproducción vegetativa o asexual. No toda reproducción de formas vegetativas es, por supuesto asexual o producto de fragmentos seccionados o dispersión a partir de un único origen; pero hay clones naturales en el reino vegetal que parecen tener ventajas en ciertas condiciones ambientales exuberantes. Son ejemplos de reproducción biológica clonal o asexual el desarrollo de un gusano íntegro a partir de cada uno de los fragmentos cuando se parte en dos una lombriz, y el desarrollo de gemelos idénticos por segmentación de un único genotipo en el hombre⁶.

El **procedimiento para clonificar** es de lo más difícil y complicado, ya que se necesita tener un célula sexual fecundada. Obtenida esa célula sexual, se procede a extraerle el núcleo: se forma simultáneamente otra célula no sexual, a la cual se le extrae también el núcleo y este núcleo de la célula no sexual, se coloca en el sitio del núcleo de la célula sexual.

Una vez que ha sido clonificada la célula sexual fecundada, se implanta en un útero, para que ahí continúe su desarrollo, como si se tratara de una fecundación in vitro.

⁵ RORVIK, David D. "A Su Imagen". -El niño clónico- El prodigioso caso de reproducción no sexual. Barcelona. Librería Editorial, Argos, S.A. Junio, 1978. p. 54.

⁶ NYHAM, William L. Dr. y EDELSON, Edward. El Factor Hereditario. Los genes, los cromosomas, la familia y usted. México, D.F. Editores Asociados, S.A. 1978 p. 24.

Este procedimiento al llegar al final del desarrollo de la célula clonificada da lugar al nacimiento de un ser idéntico a aquél del cual se tomó el núcleo de la célula no sexual.

No es muy antigua la fecha a que se remonta este procedimiento en seres del reino animal, porque en el vegetal se pierde en la historia de la humanidad, sino por el contrario, los primeros experimentos se tienen a pocas décadas atrás:

1.- En 1902, el biólogo austriaco G. Haberlandt pronostica que un día no remoto se lograría la reproducción clónica.

2.- En 1952, los doctores Robert Briggs y Thomas J. King, del Instituto para la Investigación del cáncer de Filadelfia, logran reemplazar los núcleos recién fecundados de rana de leopardo, *Rana pipiens*, por núcleos de células de BLASTULA (tejido embrionario temprano al final de la fase de segmentación del desarrollo) de un único individuo de esa especie, y obtienen así un clon de embriones libres natantes (renacuajos) portadores de la misma dotación genética que el donante de las células somáticas⁷.

3.- En 1956, se produjeron clones embrionales por los mismos doctores, empleando tejido embrionario posterior a la base de blástula⁸.

4.- En 1961, J. B. Gurdon, zoólogo de Oxford, obtiene un grupo de ranas clonificadas, a partir de una célula de rana con uñas, sudafricana, *Xenopus laevis*. Todas las ranas clonificadas presentaron idénticas características genéticas, que el animal del cual se tomó la primera célula⁹.

5.- En 1978, David M. Rorvik, sostiene que él, fue organizador de un equipo de científicos que lograron obtener un niño clónico, de un magnate americano, utilizando para ello el útero de una mujer polinesia.

La edición original contiene una nota aclaratoria del editor, en la cual dice que este relato es sorprendente, y que el propio Rorvik asegura que es verídico, pero el editor agrega: "No lo sabemos. Sencillamente creemos que ha escrito un libro que interesará y estimulará las polémicas sobre temas de gran importancia para nuestro futuro inmediato"¹⁰.

Si experimentos como los que ahí se muestran llegaran a desarrollarse en seres humanos, podría presentarse el caso de dar vida a individuos idénticos a otros en serie y por pedido. Al respecto conviene destacar que, durante la segunda guerra mundial y bajo las órdenes de Adolfo Hitler se llevaron a cabo este tipo de pruebas y manipulaciones con objeto de crear una raza de superhombres

⁷ RAMSEY Guadarrama, Paul. El Hombre Fabricado. Madrid, España. Ediciones Guadarrama. 1973. p. 83.

⁸ Idem. p. 84.

⁹ Idem. p. 84.

¹⁰ RORVIK, David M. Ob. cit. p. 7.

CAPITULO TERCERO

LA FECUNDACION EXTRACORPOREA

3.1.- Generalidades.

La fecundación in vitro puede tener lugar empleando espermatozoides del marido o de un donador y de un óvulo extraído de donadora o de la esposa.

Respecto del empleo de gametos del marido y de la extracción de un óvulo de su mujer para producir artificialmente la fecundación extracorpórea (excluyendo en esta manera la procreación por la vía sexual, para insertar después el embrión por medios quirúrgicos en el vientre de la esposa, o de otra mujer en calidad de madre subrogada), debe decirse que es tan delicada, que sólo debe ser permitida por la ley, en casos comprobados de imposibilidad de la mujer para concebir, por causa de mala conformación de su aparato genital o por otras razones de origen orgánico.

En todo caso deberá exigirse que la fecundación in vitro, sólo podrá ser practicada por médicos gineco-obstetras o ginecólogos autorizados para esa clase de operaciones y sólo en clínicas debidamente instaladas y autorizadas para esos efectos.

La experiencia nos revela que es necesario, adecuar nuestra legislación vigente, para que dentro de ella queden severamente reglamentadas las técnicas de reproducción asistida, antes de que las consecuencias de la falta de reglamentación provoquen conflictos cuyas soluciones estén fuera de la ley, ya que, una vez más, la ciencia ha rebasado los límites del Derecho.

3.2.- Concepto Y Clasificación De La Fecundación In Vitro.

La fecundación in vitro consiste básicamente en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice *intra corpore*, es decir, en la parte superior de las trompas de Falopio, que es donde normalmente ocurre.

La fecundación in vitro (FIV) es lógicamente más compleja y más costosa que la inseminación artificial, ya que requiere de una tecnología más sofisticada y la presencia de un equipo biomédico de gran especialización, por lo que constituye una de las proezas más sublimes de la ciencia.

La fecundación in vitro tiende primeramente a producir la formación del embrión y consecuentemente la concepción, inicio del periodo de la gestación que se producirá por implantación del embrión en la matriz de quien a la postre dará a luz al ser así concebido.

En este sentido no debe perderse de vista que el embrión es el ser concebido, un ser humano en proceso de formación que ya ha adquirido vida aunque incipiente, por el hecho de la concepción y ello introduce en el tratamiento jurídico y moral del problema, un elemento de trascendental importancia, que hasta antes de que se produjera la concepción no aparecería.

Por esta razón han sido motivo de grave preocupación para los científicos, los moralistas y los juristas, las consecuencias de la fertilización in vitro que deben de ser consideradas cuidadosamente, como lo han sido en los Estados Unidos de Norteamérica, por la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, la cual después de un estudio llegó a la conclusión que no debe implantarse en el seno materno un embrión de más de 14 días después de la fertilización y que esta operación sólo puede llevarse a cabo con gametos obtenidos entre un varón y una mujer unidos legalmente en matrimonio.

Esta técnica de reproducción asistida admite la siguiente clasificación:

- 1.- **HOMOLOGA**: Cuando los dos elementos óvulo y espermia provienen ambos, de los cónyuges (**FIV-cónyuge**).
- 2.- **HETEROLOGA**: Cuando el semen proviene de un donador, distinto al marido, y que generalmente es anónimo (**FIV-donante**).

Una vez producida la fecundación in vitro, se lleva a cabo la implantación del embrión en la matriz de la mujer en cuyo vientre se producirá la gestación y posteriormente el parto.

El procedimiento, desde el punto de vista jurídico plantea la disyunción entre la paternidad biológica y la filiación del hijo, ya que ambos tipos de fecundación in vitro, homóloga y heteróloga, admiten una **segunda clasificación, desde el punto de vista de la implantación**:

HOMOLOGA.-

1º.- Cuando se trata de una **FECUNDACION IN VITRO HOMOLOGA** y la implantación del producto fecundado artificialmente se realiza en el útero de la propia madre que aportó el óvulo.

Aquí no existe controversia alguna en relación a la filiación, pues estamos ante la presencia de una **FECUNDACION HOMOLOGA IN VITRO Y DE UNA IMPLANTACION HOMOLOGA también**.

2º.- Cuando se trate de una **FECUNDACION IN VITRO HOMOLOGA** y la implantación del producto se realiza en útero de mujer distinta a la aportadora del óvulo, es decir se implanta en mujer que solamente portará el producto ya fecundado, pero no aportó el óvulo para su concepción.

- Cabe mencionar y es el caso hacerlo, que **este tipo de fertilización es el motivo que da origen a la realización de este trabajo y que será materia de la presente exposición.** -

Este fenómeno recibe diferentes denominaciones como son: **"MATERNIDAD SUBROGADA", "MADRE PORTADORA", "MADRE SUSTITUTA", "ARRENDAMIENTO O ALQUILER DE MATRIZ O UTERO", "SERVICIO DE INCUBACION"**.

Pero independientemente de su denominación es importante aclarar que cuando la pareja que decide utilizar los servicios de otra mujer para que "incube" el producto fecundado, es la misma que ha producido el embrión que va a ser implantado en la matriz de la madre sustituta, estamos ante un supuesto de **FECUNDACION IN VITRO HOMOLOGA**, pero hablamos de una **IMPLANTACIÓN HETEROLOGA**, debido a que el producto fecundado, posteriormente será transferido al útero de una mujer distinta a la aportadora del óvulo.

Y es aquí donde surge realmente el problema que nos ocupa, el de establecer quien es la verdadera madre, ya que junto a la dueña del óvulo fecundado y que es la madre biológica y genética, está la mujer que ha gestado y dado a luz el hijo, que vendría a ser según nuestra legislación la madre legal, derivado del principio de que la maternidad se comprueba con el parto

HETEROLOGA.-

1º.- Cuando el espermia proviene de un donador anónimo y el producto fecundado se implanta en la aportadora del óvulo, se habla de una **FECUNDACION IN VITRO HETEROLOGA, pero de una IMPLANTACION HOMOLOGA.**

2º.- Cuando el espermia proviene del marido y otra mujer distinta a su esposa aporta el óvulo y presta su vientre.

En este segundo caso, la madre de alquiler no lo es sólo de su vientre sino también del óvulo de tal forma que se habrá producido una **FECUNDACION IN VITRO HETEROLOGA**, ya que el varón de la pareja solicitante es quien aporta el semen y la mujer que aporta el óvulo no es su esposa.

Pero se habla de una **IMPLANTACION HOMOLOGA**, debido a que la misma se realiza en la propia mujer aportadora del óvulo, y quien, en este caso, es la única y verdadera madre.

Este segundo caso suele considerarse como "la verdadera maternidad subrogada", pero en realidad, a nuestro juicio no puede hablarse de madre de alquiler debido a que definitivamente no se trata de un alquiler de óvulos, pues éstos, como se establecerá capítulos más adelante están fuera del comercio y no pueden ser restituidos una vez vencido el término del contrato.

Por lo que aquí, no procede la figura de maternidad subrogada, sino que da lugar a una nueva figura jurídica, a la cual podríamos denominar "**ADOPCION PRENATAL**", que es cuando una pareja conviene con una mujer, para que ésta no sólo preste su vientre, sino también su óvulo, y como biológica, genética y jurídicamente, esta mujer a quien se le solicita el servicio es la madre; a la esposa del varón que aporta el espermia, sólo le queda optar por la figura de la adopción prenatal o pre-fecundación.

3.3.- Casos En Que Procede La Fecundación In Vitro.

Tomando el concepto de esterilidad humana como género, debemos distinguir entre esterilidad en sentido estricto e infertilidad.

Esterilidad: Incapacidad para crear gametos.

Infertilidad: Incapacidad para concebir, es decir, para retener el embrión en la matriz.

Desde el punto de vista puramente terapéutico podemos afirmar que si el problema de la mujer consiste en la obstrucción irreparable de las trompas de Falopio, pero su ovulación y su capacidad de gestar no están comprometidas, entonces, la solución clínica sería la fecundación homóloga in vitro de uno o varios de sus óvulos y la transferencia posterior de los mismos al útero de la mujer.

Si el defecto consiste en disfunciones graves de la ovulación, no susceptibles de corrección alguna, entonces la recomendación médica sería la de obtener la donación de un óvulo ajeno o de un embrión residual de otra pareja que se haya sometido a la fecundación in vitro, en el caso de que el marido sea también estéril, siempre que no haya contraindicaciones para el embarazo y el parto.

Cuando la cuestión radique exclusivamente en la infertilidad, es decir, en la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobrellevar la gestación, entonces podría recurrirse al arrendamiento de útero, a fin de sustituir esa función, aportando la pareja infértil el material genético.

Y, en los casos extremos, cuando la esterilidad de la mujer sea absoluta (esterilidad sumada a la infertilidad), la aportación de óvulo y vientre por parte de otra mujer, usando espermatozoides del marido de la mujer estéril para inseminar a la mujer alquilada, podría ser una solución al problema. (Adopción prenatal)

En todos estos casos, a excepción de éste último, en el que se acude a la inseminación heteróloga, resulta necesario recurrir a la fecundación extracorpórea del óvulo.

La gran mayoría de las fecundaciones in vitro se realizan cuando la mujer es estéril, como consecuencia de la obstrucción de sus trompas, pero la fecundación in vitro puede solucionar también algunos caso de esterilidad masculina, por ejemplo cuando el varón es oligospermico.

3.4.- Técnicas De Fecundación En El Laboratorio.

La tecnología de la fecundación in vitro se desarrolla fundamentalmente en tres pasos:

- 1) La obtención del óvulo u óvulos extrayéndolos de la cavidad abdominal, propiamente hablando, se trata de ovocitos próximos a su maduración.
- 2) La fecundación in vitro propiamente dicha, es decir, la puesta en contacto del óvulo con los espermatozoides y el logro de la fecundación, incluyendo las primeras divisiones celulares.
- 3) La transferencia del embrión (TE) de pocas horas, al interior del útero, para que allí se realice el proceso de anidación o implantación y continúe el desarrollo embrionario.

Después de preparar los espermatozoides, el óvulo se extrae del folículo una vez que la maduración ha terminado, es decir, justo antes de la ovulación. pero es importante prever el momento de su captación.

La extracción del óvulo se realiza en el transcurso de una cilioscopia bajo anestesia general: una larga aguja es guiada por un aparato óptico introducido en la cavidad abdominal, que permite el examen del ovario; el contenido folicular es aspirado por la aguja. El examen inmediato del producto de la aspiración, realizado con lupa binocular, permite reconocer fácilmente el óvulo.

Con el fin de acabar con los inconvenientes de recoger el óvulo en el curso del ciclo natural, lo que sólo permite obtener un sólo ovocito maduro, se recurre a tratamientos de estimulación hormonal en los ovarios, en la actualidad es un tratamiento hormonal al principio del ciclo, que permite obtener simultáneamente varios ovocitos.

El cultivo del huevo al igual que el de los gametos masculinos, no es un problema simple, ya que normalmente el huevo está bañado por complejos líquidos biológicos de la trompa o del útero, por lo que los medios de cultivo sintéticos deben imitar lo más posible dichas secreciones, como condición necesaria para el éxito de la fecundación y supervivencia del huevo en un medio externo.

Es importante, además, respetar ciertas condiciones estrictas como son que todo el material de cultivo, evidentemente estéril, debe estar compuesto por materiales (plástico o vidrio) tratado de antemano para evitar la difusión de sustancias tóxicas en el medio, las variaciones bruscas de la temperatura o del pH, así como las luces internas deben evitarse, el cultivo se desarrolla en la obscuridad, como ocurre en el vientre materno, con sistemas confiables de regulación térmica y gaseosa.

Después de un tiempo razonable, varias horas por lo menos para asegurar la penetración del óvulo por un espermatozoide, el huevo supuestamente fecundado se traslada a un nuevo tubo de cultivo.

Esta operación sirve para eliminar los espermatozoides excedentes, que van muriendo progresivamente y cuya degradación alteraría la composición del medio y además, para eliminar, por sucesivos pipeteados, la mayor parte del cúmulus, con el fin de observar más fácilmente la segmentación del huevo fecundado. La primera segmentación (estado bicelular o blastómero) ocurre entre las 25 y 35 horas después de la fecundación in vitro. El huevo posee 4 blastómeros transcurridas unas 48 horas y 8 antes de que transcurran las 72.

Es ahora cuando debe realizarse la reimplantación, cuando el huevo tiene de 4 a 8 células, es decir, 2 o 3 días después de su extracción, ya que se considera que en este momento el útero está dispuesto para aceptar el huevo y que éste ha alcanzado un desarrollo suficiente. La progesterona liberada por el ovario después de la ovulación, influye en el desarrollo de la mucosa uterina, preparándola para la recepción del cigoto.

3.5.- Transferencia Del Cigoto.

Técnicamente, el procedimiento ordinario de implantación en el útero, es el siguiente: el huevo, transportado por un fino catéter no traumático, se introduce en el útero, por el cuello, siendo depositado sobre la mucosa uterina con una mínima cantidad de líquido de cultivo, en este momento la relajación de la paciente es muy importante para facilitar el paso del catéter por el cuello y evitar contracciones uterinas que expulsarían el huevo hacia la vagina, se ha observado que el embarazo tiene más probabilidades de alcanzarse si la paciente está relajada en el momento de la reimplantación del huevo, de ahí que esta intervención relativamente trivial, se realice en un ambiente musical y cerca de la habitación del hospital que ella ocupará durante varios días para vigilar el inicio eventual del embarazo.

Hecha la transferencia, las divisiones posteriores del óvulo fecundado transcurren en el útero, hasta alcanzar, hacia el quinto día, el estadio de blastocisto, la implantación en la mucosa uterina tiene lugar en este estadio, y en la especie humana se produce, al parecer, hacia el séptimo día después de la fecundación.

La implantación marca el fin de la vida libre y el inicio real del embarazo; esta etapa es conocida en todos los animales, como un paso fisiológico difícil y selectivo, pero si sólo el 7% de las pacientes tratadas consiguen el hijo que ningún otro método puede ofrecerles, el hecho adquiere entonces trascendencia médica y social.

Lo que resulta cierto es que la probabilidad de conseguir un embarazo cuando se transfiere un solo embrión es del 11% y cuando el transfer es de 4 embriones a la vez va aumentando progresivamente hasta llegar a un 38%.

Precisamente, la estimulación hormonal de los ovarios para lograr la maduración de varios folículos a la vez, permite la recolección de 4 o 5 ovocitos que, al ser transferidos al útero materno después de su fecundación in vitro, hacen que aumenten las posibilidades de embarazo, pero también, junto a la eventualidad del parto múltiple aparecen una multitud de fenómenos cuya estimación ética y jurídica ha convulsionado todos los valores conocidos.

Ante las dificultades actuales para la congelación de ovocitos, lo que no ocurre con los espermatozoides, se ha procedido a crionizar los cigotos sobrantes después de realizada la transferencia, a fin de crear una reserva y no tener que repetir el procedimiento para obtener nuevos óvulos, en caso de que la implantación fracase.

Pero los cigotos también pueden ser donados o vendidos a otra mujer estéril, colocados en el vientre de una madre portadora, en los casos de infertilidad ya mencionados, aprovechados en la experimentación científica, o en fin, abandonados, en cuyo caso se producirá la muerte del compuesto celular, cuya transferencia esta fuera de discusión, lo que ocurrirá siempre, cuando el proyecto de la fecundación presente deformidades o deficiencias graves.

En 1983 según una nota periodística "científicos de la Universidad Californiana de Harbor -UCLA- en los Estados Unidos, anunciaron que por primera vez en la historia ha sido posible transplantar embriones humanos de una mujer a otra. La técnica consiste en depositar el esperma del futuro padre, en el útero de la mujer que se ofrece para donar su óvulo y retirar éste días después, ya fecundado, con ayuda de una solución salina. Luego se le traslada al útero de la receptora. Este método, que ya ha sido bautizado como adopción prenatal, tiene la ventaja de que no requiere intervención quirúrgica, como en los casos de fertilización en el tubo de ensayo. Los expertos en embriología opinan que, si la técnica prospera, permitirá tener hijos a miles de matrimonios en los que la mujer es estéril"¹¹.

Se trata pues de una inseminación artificial heteróloga seguida, después de constatada la fecundación, de un lavado uterino con transferencia del cigoto al útero de la mujer que pretende continuar el embarazo y reconocer como propio al niño.

Más recientemente se comenzó a aplicar un nuevo método denominado ZIFT, traducido como Transferencia Intratubárica de Cigotos, que consiste en una combinación de la FIV y del GIFT, ya que se realiza practicando la fecundación in vitro, pero los embriones obtenidos se transfieren directamente a las trompas de Falopio, no al útero, utilizando el mismo mecanismo del GIFT. Se aplica a casos de infertilidad masculina por falta de cantidad o de movilidad de los espermatozoides, o para tratar factores inmulógicos.

Cualquiera que sea el método lo único artificial es el medio donde se realiza la fecundación, aunque seguramente, el sentimiento de realización y trascendencia de quienes han alcanzado la paternidad a través del auxilio de la ciencia es absolutamente auténtico.

¹¹ Ver Periódico "Clarín", Buenos Aires, Argentina. 23 de julio de 1983.

CAPITULO CUARTO

MATERNIDAD SUBROGADA

- ASPECTOS CONTRACTUALES -

4.1.- Consideraciones Generales.

Mediante esta operación, cuando la mujer es infértil, el marido y ésta aportan el material genético, para que sea implantado en otra mujer que acepta llevar al hijo en su seno durante el embarazo y entregarlo a la pareja a su nacimiento, como se ve, se trata de un caso de maternidad sustituta, en el que la mujer a la que le ha sido implantado el embrión, conviene en llevar en su vientre al ser así concebido durante todo el periodo de la gestación y darlo a luz al concluir ésta.

La mujer portadora es una madre sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer infértil.

Para que pueda tener lugar este fenómeno, se requiere la celebración de un convenio entre la mujer infértil y la madre sustituta, conforme al cual, esta última consiente en soportar el embarazo, los riesgos del parto y una vez dado a luz, entregar al infante.

Dicho convenio incluye una cláusula en la cual, la mujer que ha prestado su útero reconoce no ser la madre y acepta, antes de la concepción del hijo, en entregarlo a la pareja que solicitó sus servicios, y que son los padres genéticos y biológicos.

Es sabido que en algunos países los préstamos de útero constituyen un negocio organizado y lucrativo pero fraudulento o inaceptable para otros, que se basan en que es flagrantemente violatorio de un principio de orden público, conforme al cual la paternidad y la maternidad no pueden ser objeto de contrato, de renuncia o de convenio y por lo tanto son inexistentes y carecen de total eficacia jurídica los pactos que se celebren aun entre los cónyuges y la madre sustituta para entregar a su cliente un producto biológico terminado.

Pero es necesario aclarar, que el objeto del contrato no es la maternidad, sino la prestación del servicio de "incubación", por llamarlo de alguna manera, y en dicha cláusula no estamos disponiendo de la filiación sino siguiendo su propia naturaleza que deriva del vínculo biológico y genético.

El artículo 227 del Código Penal para el Distrito Federal señala que incurre en delito contra el estado civil de las personas quien atribuye un niño a mujer que no es su madre o usurpe el estado civil de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no

le corresponden, pero si sabemos que la mujer aportadora es la madre biológica y genética, ¿podemos basarnos en el simple hecho del parto para atribuirle la maternidad a la portadora? En realidad, la aportadora ¿estará usurpando el lugar de la mujer que sólo presta la matriz? Si el artículo 448 del Código Civil, nos señala que los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad y de la maternidad no son renunciables, entonces, basándose en un principio por demás obsoleto y fuera de realidad, como es que la maternidad se presume del simple hecho del parto, ¿podrá la mujer aportadora renunciar a sus derechos y obligaciones de madre?

Por estas y otras razones, tal fenómeno ha planteado en la práctica graves problemas para el infante concebido in vitro y gestado en el vientre de una mujer que biológicamente no es su madre y que al llegar el momento del nacimiento se niega a entregar al hijo que ha dado a luz, surgiendo las siguientes interrogantes ¿Puede ser forzada al cumplimiento de este contrato? ¿En realidad existe tal contrato? ¿Cual sería la situación legal del embrión? ¿Puede la madre portadora del feto, durante el embarazo disponer de él a su arbitrio? ¿Quién está autorizado para cuidar y vigilar la conducta y la vida privada de la madre portadora durante el embarazo? Estas y otras muchas cuestiones de semejante gravedad, suscita la Biotecnología, cuestiones no ajenas para el Derecho pero sí ajenas de legislación.

En lo que respecta al embrión, la respuesta la encontramos en el artículo 22 del Código Civil, que nos dice "... desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en el presente código". Por lo tanto, la portadora del feto durante el embarazo no puede disponer de él a su arbitrio, ya que, independientemente de la presencia de estos hechos no previstos expresamente pero implícitamente reales, debe prevalecer la protección que al nasciturus le otorga este Código.

Por otra parte, la Ley General de Salud¹², otorga a la Secretaría de Salud facultades para intervenir en lo relativo a la planificación familiar, que "comprende el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana", por lo que conforme a este precepto, la Secretaría de Salud en ejercicio de esta autorización, sólo puede intervenir en las cuestiones relativas a la investigación en esas materias, quedando la laguna de si también se refiere a la aplicación de las técnicas relativas a la reproducción artificial de seres humanos, ya que de permitirse, el contrato no tiene porque ser ilícito, puesto que está autorizado por la ley.

De lo anterior, se aprecia que el Estado, a través de sus órganos competentes debe legislar sobre estas materias, con el fin de otorgar eficacia jurídica a convenios o contratos que tengan por objeto el préstamo de útero y declarar procedente la maternidad subrogada.

¹² México. Ley General De Salud. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984. Modificada por última vez el 14 de junio de 1991. México, D.F. Editorial Porrúa, 1995.

4.2.- Concepto Y Especies.

A pesar que la infertilidad femenina es una desgracia antigua, en nuestro siglo, se refrenda en forma preocupante.

Infertilidad Femenina: Es la patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal. Consiste en la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos, una vez que han sido logrados¹³.

Las causas son múltiples y complejas. Pueden deberse tanto a la etiología materno-ovular, como al gameto masculino en sí, sin excluir los factores psicógenos.

Las causas **orgánicas** pueden ser:

1.- ENDOCRINAS: Como los defectos en el sistema neurohormonal, la diabetes, el hipertiroidismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales.

2.- PROCESOS TOXICOINFECCIOSOS: Como el alcoholismo y la drogadicción, la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopatía.

3.- UTERINAS: Como malformaciones, tumores, incompetencia istmico-cervical, hipoplasia uterina, endometritis y sinequias.

4.- INMUNOLOGICAS: Dado que los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye un homoiimplante, es indudable que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido.

Los **factores psicógenos** por su parte, influyen notablemente en el fenómeno de la infertilidad. El hecho de que una mujer posea la capacidad biológica para concebir un hijo, no significa necesariamente que lo desee, o que esté psíquicamente preparada para recibirlo.

Se calcula que en los Estados Unidos de Norteamérica, se producen alrededor de 200,000 abortos espontáneos por año, que no tienen una causa específica comprobada, lo que lleva a algunos a concluir que desear conscientemente un hijo no implica desearlo también inconscientemente¹⁴.

Sin embargo, cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos surge, como una solución llena de implicaciones morales y jurídicas, la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar, y en las desgracias extremas cuando la infertilidad se une a la esterilidad, cabe también recurrir a la donación del óvulo y a la prestación del vientre, para concebir y gestar a través de otra, como una nueva distorsión de la función genética resultado de la necesidad.

¹³ SOTO Lamadrid, Miguel Angel. *Biogenética, Etilación y Delito*. Buenos Aires, Argentina. Editorial ASTREA 1990. p. 315.

¹⁴ VIDELA -Savransky- Sas. *Esterilidad En La Pareja*. [s. datos]. p.p. 82-90.

Zannoni señala, "se alude a la maternidad subrogada (del inglés surrogate motherhood) o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja.

Del mismo modo, agrega, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo que, una vez nacido, entregará -gratuitamente o por precio- al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa. En puridad, la maternidad subrogada o maternidad sustituida se da en el primer caso, ya que en el segundo la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues es ella quien aporta el óvulo que es fecundado con el esperma ajeno.

En cambio, **la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación**"¹⁵.

La confusión terminológica referida al mismo concepto, resulta tan visible como los efectos que esta técnica de procreación ha producido en la moral y en el Derecho.

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

Con lo cual no estamos de acuerdo, pues ésta mujer que es inseminada artificialmente, aporta el óvulo, lo gesta y posteriormente da a luz, no un hijo por cuenta ajena, sino por el contrario, se trata de un hijo propio, al ser ella la madre tanto biológica, genética como jurídicamente. Por lo que no cabe la posibilidad de la subrogación y no existe un conflicto de maternidades, además que el mismo tratadista se contradice al señalar, que la esposa del donador "pueda adoptarlo", confundiendo dos figuras muy diversas como son la subrogación y la adopción, siendo esta última la que claramente se aprecia en el caso que él expone. Aunque estamos conscientes que este tipo de adopción está comunmente vinculado con la defraudación registral del estado civil.

Y posteriormente el conocido civilista nos da la razón al explicar que "la técnica de la fecundación in vitro ha abierto posibilidades otrora impensables. La función de gestar un hijo para una pareja infecunda, puede hoy llevarse a cabo, no sólo utilizando los gametos del varón, sino también los de su esposa, quien asumirá posteriormente las funciones de madre. Esto porque está imposibilitada para retener el cigoto, o tal vez por el simple deseo de eludir los inconvenientes o el peligro que para ella pudiera suponer el embarazo. El hecho es que se procede entonces a una fecundación in vitro, empleando los

¹⁵ Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres, España, octubre de 1987.

¹⁶ VIDAL. Martínez. Jaime. *Las Nuevas Formas De Reproducción Humana* Madrid, España. [s. editorial]. 1988. pp. 180-181.

gametos de la pareja que pretende el hijo, a fin de que el embrión humano sea luego gestado, previa implantación, por la madre sustituta o portadora"¹⁷.

Por lo que de este comentario, se deriva que dicho autor, acepta ya la figura de la maternidad subrogada, como la conocemos y tratamos en el presente trabajo.

Recordando que los orígenes de esta institución se localizan en los Estados Unidos de Norteamérica, en el año de 1975, cuando apareció un anuncio en un periódico de California solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente y mediante remuneración, en favor de una pareja estéril, época en la que todavía no se lograba la fecundación in vitro, admitiremos que, cronológicamente, el término fue primeramente aplicado al servicio de gestación con óvulo propio, es decir a la inseminación artificial, pero no por esto se acepta que se hable de maternidad subrogada, cuando en realidad no la existe.

En la actualidad, el contrato de subrogación materna no tiene un contenido claro y unívoco. La misma Iglesia Católica en su "Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación", incluye bajo el rubro de madre sustitutiva a ambas hipótesis, es decir:

A) La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestación.

- Este es el caso que en particular nos ocupa y que desde nuestro punto de vista recibe el nombre de maternidad subrogada. -

B) La mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante inseminación con esperma de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar el hijo, después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación.

Cabe aclarar, como ya lo mencionamos en el Capítulo Tercero de esta Tesis, que en este inciso B), no se trata de una especie dentro del género de maternidad subrogada, sino simplemente es una variante de la figura jurídica de la adopción, por tratarse de una adopción prenatal o pre-fecundación.

Pero entonces, ¿por qué la confusión? ¿por qué la mayoría de los tratadistas nos señalan dos clases de maternidad subrogada? La confusión deriva del concepto de subrogación.

¹⁷ VIDAL, op. cit. p. 180.

La palabra **SUBROGACION**, viene del latín *subrogatio-onis*. Acción y efecto de subrogar o subrogarse. Subrogar, viene del latín *subrogare*. Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Para que se de la subrogación es necesario que un tercero se ponga en el lugar de otro, que no puede cumplir con cierta obligación. Pero tratándose de subrogación materna no debemos olvidar la filiación biológica y genética, pues de no existir, cabe la adopción.

Por lo que en el inciso A), sí hay una verdadera subrogación materna, al ponerse la mujer gestante en el lugar de la aportadora del óvulo, que es quien debiera, pero no puede gestarlo.

Y en el inciso B), da lugar la confusión debido a que la mujer que aporta óvulo y vientre se cree, que se está poniendo en el lugar de la esposa del donador, olvidándose, de que la aportadora es la madre en todos los sentidos, biológica, genética y jurídicamente, por lo que al contar ella con estas características, no se está poniendo en lugar de nadie y no podemos hablar de subrogación. Olvidándose también que aquí se da la figura de la adopción.

Al ser la subrogación sinónimo de sustitución, se habla también de madre sustituta.

Y cuando media un contrato entre la madre aportadora y la portadora, podemos decir que existe un contrato de alquiler o arrendamiento de matriz o contrato de servicios de incubación simplemente.

4.3.- Criterios Diferenciales Sobre La Validez De Los Contratos De Subrogación.

Cualquiera que sea la denominación que se le asigne, salta a la vista que los criterios acerca del contrato de subrogación materna, hacen referencia a dos casos distintos que merecen análisis y críticas separadas, por los señalamientos expuestos en el punto anterior.

Esto es lo que hace **Moreno Luque**¹⁸ al denominar:

- **Contrato de Maternidad:** A la prestación de óvulo y vientre.

En esta hipótesis, la madre de alquiler lo es no sólo de su vientre, sino también del óvulo, de forma que se habrá producido una inseminación artificial heteróloga siendo el varón de la pareja solicitante quien aporta el semen, mientras que la verdadera madre sería en este caso, la mujer alquilada.

- **Y simple Contrato de Incubación:** Cuando se aporta exclusivamente el vientre para recibir uno o varios cigotos producidos con material genético ajeno.

Aclara este autor que "cuando la pareja que decide utilizar los servicios de incubación, es la misma que ha producido el embrión que va a ser implantado en la matriz de la madre sustituta, estamos ante un supuesto de fecundación homóloga in vitro y su posterior transferencia al útero de una mujer distinta de la madre genética. Surge entonces el problema de decir cuál es la verdadera madre, ya que junto a la dueña del óvulo fecundado, que sería la madre biológica, está la mujer que ha gestado y dado a luz al hijo, que vendría a ser la madre legal.

A nuestro juicio debería distinguirse entre la gestación por cuenta de otra según haya o no aportación de óvulo, de forma que en el primer supuesto habrá que considerar siempre nulo cualquier convenio, pues estaríamos ante un contrato cuyo objeto está fuera del comercio de los hombres, siendo su consecuencia la imposibilidad de vinculación y cumplimiento forzoso del mismo, por darse la figura de la adopción la cual es revocable. Por el contrario, si se trata de un contrato de alquiler de útero, haya o no precio, existiendo además un fundamento altruista, el convenio donde se fijan las condiciones del servicio debería ser válido y, por ello, de necesario cumplimiento.

Preocupado por este mismo tema, un **grupo de trabajo del Comité de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas**, auspiciado por el Consejo de Europa, se reunió en Estrasburgo, en febrero de 1987 y sostuvo que, si bien no debía utilizarse este método, corroborando la falta de validez de los acuerdos respectivos, no obstante, en forma excepcional, la fecundación en una madre de sustitución podría utilizarse: A) Si la madre subrogada no tiene ninguna ventaja material de la operación y B) Si la madre de sustitución puede optar por quedarse con la guarda del niño al nacer.

¹⁸ MORENO Luque, Casariego C. "Reflexiones En Torno A La Gestación Por Cuenta Ajena", en el II Congreso Mundial Vasco, "La filiación a finales del siglo XX", p.p. 436-437.

No todos sin embargo, son de la misma opinión, lo que resulta perfectamente comprensible y respetable. **Lledó Yagüe**, por ejemplo, critica incluso el contrato de gestación en útero ajeno, a pesar de que el óvulo pertenece a la pareja arrendataria del servicio, y siguiendo a Zarraluqui, sostiene que "se trate de un alquiler de útero o de un arrendamiento de obra, cuyo resultado es el hombre deben ser prohibidos absolutamente para evitar que la persona o sus componetes sean objeto de estas relaciones jurídicas".

Lo que verdaderamente sorprende es el proyecto preliminar del **Consejo de Europa**, que contiene previsiones sobre:

- "Inseminación Artificial en una Madre Subrogada", sugiriendo alternativas para este caso, en el que la madre conviene en entregar a su propio hijo, una prohibiendo y otra admitiendo que esto ocurra, siempre y cuando:

- A) Se realice sobre una base exclusivamente benevola.
- B) La madre subrogada tuviese la opción de quedarse con el niño.
- C) cualquier acuerdo sobre renuncia fuese nulo.

- Y por separado sobre "Fecundación In Vitro con Transferencia del Cigoto de una Mujer Subrogada", respecto de la fecundación in vitro para implantar el producto en el útero de quien admite subrogarse a la madre genética, sólo por lo que toca a la gestación, el proyecto, sin alternativa alguna, propone que esta práctica no debe permitirse.

Lo cual resulta contradictorio, siendo que un simple cotejo de ambas hipótesis hace que esta última parezca menos grave y por lo tanto merecedora de un tratamiento más favorable, particularmente cuando se trata de una prestación personal de carácter gratuito.

Por su parte **Zannoni** sostiene que la prohibición de maternidades sustitutas en cualquiera de sus formas, parece afirmarse cada vez más, haciendo referencia al Proyecto de ley presentado a la Asamblea Nacional de Francia, en mayo de 1984; al proyecto italiano de 1985 propuesto a la Cámara de Diputados y al Informe de la Comisión Especial nombrada por el Congreso de los Diputados en España, dado a conocer en marzo de 1986, todos ellos condenando esta práctica. De este último transcribe argumentos de una gran significación, como la "distorsión deshumanizadora" que no respeta la unidad de valor en la maternidad y el peligro de autorizar una "nueva forma de manipulación del cuerpo femenino", a la que se añade la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo, se trata, dice el Informe, de una práctica inadmisible en una sociedad democrática y justa.

Apoyando la crítica está **Llambías** quien advierte que estas prácticas pueden conducir a una sociedad indeseable, a poco que el egoísmo latente en todo ser humano aflore en la mujer que, por contar con medios económicos decida eximirse de las cargas de la maternidad.

No es extraño, por lo tanto, que Zannoni proponga que, en una futura legislación sobre la materia, no debería admitirse este tipo de prácticas, sea la inseminación de una mujer que se obliga a entregar al hijo, como la implantación de un embrión fertilizado

in vitro, en una madre portadora, y ello tanto sea que los acuerdos al respecto sean a título oneroso o lo fueran a título gratuito. Y para el caso en que judicialmente pretendieran alegarse derechos derivados de este tipo de acuerdos, la ley debería establecer que ninguna pretensión será atendida, por ser ellos nulos de nulidad absoluta".

La conclusión de Zannoni, concuerda plenamente con lo dispuesto en el párrafo 58 del informe presentado por la Comisión Warnock del Reino Unido, en 1984, recomendando "que todos los acuerdos que tengan como objeto la subrogación serán contratos ilegales y, por lo tanto, estarán desprovistos de acción para ser efectivo su cumplimiento".

Mas lejos aún va **Carmen García Mendieta**, pues no sólo confunde la inexistencia del objeto con la ilicitud del mismo, sino que, aplicando disposiciones relativas a las cosas, cuando el tema consiste en la prestación de servicios, llega a la extrema conclusión de que "el contrato celebrado entre la pareja estéril y la madre subrogada, es inexistente para el derecho mexicano".

Argumenta ella que el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, requiere como condición de existencia un objeto que pueda ser materia del contrato, lo que es absolutamente cierto, pero después salta al artículo 1825 del mismo ordenamiento, donde se establece que la cosa objeto del contrato debe: 1) Existir en la naturaleza, 2) Ser determinada o determinable y 3) Estar en el comercio. Concluyendo que la gestación de un ser humano no es algo que pueda estar en el comercio de los hombres, según expresión jurídica desde la antigüedad, por lo que un contrato de esta especie sería inexistente¹⁹.

Dejando de lado el argumento literario de que la maternidad subrogada es algo que está fuera del comercio, por que así lo afirma una antigua expresión, desviémonos un poco para ubicar nuestro tema en el Derecho Civil Mexicano, ya que este tipo de confusiones no resultan extrañas, sobre todo cuando proceden del análisis de cuestiones novedosas, en las que muchas veces, el sentimiento dirige a la razón.

¹⁹ GARCIA Mendieta, Carmen. Fertilización Extracorpórea. Aspectos legales. México, D.F. Revista "Ciencia Y Desarrollo". Año XI, No. 65 noviembre-diciembre, 1985. p. 39

4.4.- La Inexistencia Y La Nulidad En Nuestro Derecho.

El tema de la exigibilidad del contrato de maternidad subrogada, nos lleva a ubicar el grado de validez de los mismos.

Esta íntima relación surge expresamente del Código Civil cuando en su artículo 1796 nos dice: **"Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos 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"**.

Entonces, al haber consentimiento entre la mujer aportadora del óvulo y la mujer que gestará, el contrato se perfecciona, por tratarse de un contrato al que la ley no le impone ninguna forma, por ser innominado, al no estar regulado por ésta, pero que independientemente de esto, las partes pueden celebrar, en atención al artículo 1858, que establece: **"Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueran omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento"**.

Al perfeccionarse las partes se obligan: la "aportadora" a la entrega de cierta cantidad, en su caso, a cubrir con los gastos del embarazo, alimentación, etcétera; y la "portadora" a la gestación, a los cuidados que ésta requiere y a la entrega del niño al nacer. Obligándose también, a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Por lo tanto, la consecuencia del contrato es el nacimiento de un hijo cuya madre no es quien lo dio a luz, sino la mujer que aportó el óvulo para concebirlo.

Pero no podemos afirmar lo contrario, es decir, que la consecuencia sea el nacimiento de un hijo cuya madre es quien dio a luz, independientemente de que no haya aportado el material genético, porque de ser así, la aportadora no hubiera celebrado el contrato y no habría subrogación.

Desgraciadamente, a pesar de que sea de buena fe, su consecuencia no es conforme a la ley, porque ésta no la prevee, pero tampoco es en contra, puesto que no la prohíbe y es aquí donde surge la necesidad de reformar el capítulo de filiación, para aceptar la subrogación materna como una nueva fuente de filiación, para que de acuerdo a ella, la madre sea la biológica y genética y no la que da a luz, y estos contratos puedan perfeccionarse plenamente y ser válidos.

Cuando decimos que un acto es válido, estamos afirmando su idoneidad para producir todos los efectos jurídicos que, de acuerdo con su naturaleza, es susceptible de crear.

No ocurre lo mismo si afirmamos que un acto es inválido por que el concepto de invalidez presenta varios grados de gravedad, atendiendo a su origen, a los que la ley aplica también un diverso tratamiento

Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado:

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II.- Por vicios del consentimiento;

III.- Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;

IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Así por ejemplo hay casos en los que la causa de invalidez ataca al acto en forma tan profunda, que no permite siquiera que este nazca y estamos ante la inexistencia.

Requisitos Esenciales o de Existencia:

Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento.

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

Artículo 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

De este artículo se derivan las **consecuencias de la inexistencia** que son:

- El acto no produce sus efectos.
- El acto no es válido, ni por prescripción, ni por confirmación.
- La puede invocar cualquier interesado.

En tanto que otras causas no dañan tan radicalmente al negocio jurídico, ya que permiten su nacimiento pero no su correcta conformación.

Podríamos decir que ha nacido, pero defectuoso, porque el motivo o fin del acto es ilícito, porque la voluntad del autor no se ha expresado en forma libre y consciente, ya sea por su incapacidad o por vicios del consentimiento, o porque éste no se expresó con determinadas formalidades. (Nulidad)

La **NULIDAD** se da cuando el acto jurídico carece de alguno de los requisitos de validez.

Requisitos De Validez:

I.- Licitud: Lo que está ajustado a derecho, lo que es conforme a la ley, lo que no es contrario a la ley, ni a las buenas costumbres.

Artículo 2225 - La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

II.- Ausencia de Vicios del Consentimiento: Esto es que el consentimiento debe ser manifestado libre y espontáneamente.

Artículo 1812 - El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

1.- El **ERROR**, es un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad, una creencia contraria a la realidad.

2.- El **DOLO**, es toda sugestión o artificio que utiliza un sujeto para inducir al error o mantenerlo en él a otra persona (Artículo 1815).

3.- La **VIOLENCIA**, implica el uso de la fuerza física o amenazas que impliquen poner en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud o los bienes de una persona para obligarla a ejecutar un acto jurídico, la violencia puede ser física o moral (Artículo 1819).

4.- La **LESION**, implica la existencia de una desproporción inequitativa entre las prestaciones recíprocas de las partes, susceptible de causar a una de ellas un daño o perjuicio, en atención al cual, y a su origen, ésta quede legalmente autorizada para reclamar la rescisión.

III.- La CAPACIDAD, es la aptitud que tiene una persona para adquirir un derecho, o para ejercerlo o para disfrutarlo, o para cumplir sus obligaciones, o para celebrar un acto jurídico, etcétera.

IV.- La FORMALIDAD, se refiere a requisitos en cuanto a la forma, que se exigen para la validez del acto jurídico.

Hay dos **clases de Nulidad**: Absoluta y Relativa.

I.- Nulidad Absoluta: Se presenta cuando el acto es contrario a la ley.

Se puede producir por: 1) Ilícitud en el objeto.

2) Ilícitud en el fin.

3) Ilícitud en la condición.

Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

De este artículo se derivan las **consecuencias de la nulidad absoluta** que son:

- Los efectos del acto se producen provisionalmente y duran únicamente mientras el juez pronuncia la sentencia de nulidad, ya que es requisito que ésta se declare.

- El acto no es válido, ni por prescripción, ni por confirmación.

- Cualquier interesado puede invocarla.

II.- Nulidad Relativa: También se conoce como anulabilidad, se presenta cuando hay una imperfección en el acto pero que puede subsanarse.

Se puede producir por: 1) Existencia de algún vicio del consentimiento.
2) Por falta de capacidad
3) Por falta de formalidad.

Artículo 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

Artículo 2228 - La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

Las consecuencias de la nulidad relativa son:

- Los efectos del acto se producen provisionalmente.
- Puede confirmarse.
- Solo el interesado puede invocarla.
- Se necesita sentencia que la declare.

Conforme a lo anterior, Galindo Garfias nos explica que no todos estos requisitos vician al acto de igual manera. Si sus autores pretenden alcanzar un fin reprobable para la colectividad o la moral o si el objeto de la obligación es en sí inmoral o ataca las normas de orden público, la violación resultante será de mayor gravedad que la falta de formalidades o que los vicios del consentimiento (error dolo y violencia) que sólo atañen al interés privado de la partes.

Por estas razones, concluye este civilista, si bien, en ambos casos el acto será inválido, por regla general la nulidad que proviene de la ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, da lugar, por su gravedad, a una invalidez más severa que se denomina nulidad absoluta, en tanto que la ausencia de los otros requisitos produce la nulidad relativa del acto.

Algunos códigos, como el nuestro, siguen la **TESIS CLASICA DE LA DOCTRINA FRANCESA**, distinguiendo entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa

Como ya quedó expresado, la inexistencia jurídica del acto se produce cuando falta alguno de sus elementos esenciales, es decir, la voluntad y el objeto, no produce ningún efecto legal, puede hacerse valer por cualquier interesado y no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción.

II.- Nulidad Relativa: También se conoce como anulabilidad, se presenta cuando hay una imperfección en el acto pero que puede subsanarse.

Se puede producir por: 1) Existencia de algún vicio del consentimiento.

2) Por falta de capacidad.

3) Por falta de formalidad.

Artículo 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

Artículo 2228.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

Las consecuencias de la nulidad relativa son:

- Los efectos del acto se producen provisionalmente.

- Puede confirmarse.

- Solo el interesado puede invocarla.

- Se necesita sentencia que la declare.

Conforme a lo anterior, Galindo Garfias nos explica que no todos estos requisitos vician al acto de igual manera. Si sus autores pretenden alcanzar un fin reprobable para la colectividad o la moral o si el objeto de la obligación es en sí inmoral o ataca las normas de orden público, la violación resultante será de mayor gravedad que la falta de formalidades o que los vicios del consentimiento (error dolo y violencia) que sólo atañen al interés privado de la partes.

Por estas razones, concluye este civilista, si bien, en ambos casos el acto será inválido, por regla general la nulidad que proviene de la ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, da lugar, por su gravedad, a una invalidez más severa que se denomina nulidad absoluta, en tanto que la ausencia de los otros requisitos produce la nulidad relativa del acto.

Algunos códigos, como el nuestro, siguen la **TESIS CLASICA DE LA DOCTRINA FRANCESA**, distinguiendo entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

Como ya quedó expresado, la inexistencia jurídica del acto se produce cuando falta alguno de sus elementos esenciales, es decir, la voluntad y el objeto, no produce ningún efecto legal, puede hacerse valer por cualquier interesado y no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción.

La nulidad en cambio, supone la imperfección del acto porque carece de alguno de los requisitos no esenciales que la ley exige, los cuales conocemos como requisitos de validez. Esta forma de invalidez debe ser declarada judicialmente, pues el acto nulo (absoluta o relativamente) produce sus efectos como si fuera enteramente regular, mientras su eficacia no sea decretada por el juez. Cuando esto último ocurra, la mayoría de sus efectos serán destruidos retroactivamente o desde que cause ejecutoria la sentencia.

Siguiendo esta teoría, distingue Bonnetcase, entre nulidad absoluta o de interés general, diciendo que puede ser invocada por cualquier interesado y que no desaparece por confirmación o prescripción. Mientras que, por el contrario, la nulidad relativa sólo puede ser reclamada por ciertas personas y si puede desaparecer por confirmación o extinguirse por prescripción.

Para la doctrina clásica, la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto, produce siempre su nulidad absoluta.

Para Bonnetcase, en cambio la ilicitud puede producir la nulidad absoluta o relativa, según que pueda ser invocada por cualquier interesado, sea inconfirmable e imprescriptible. Si falta uno de estos requisitos, la nulidad será relativa.

4.5.- El Objeto De Los Contratos.

Es verdad que el objeto es uno de los elementos esenciales de todo contrato, y que su ausencia produce la inexistencia del mismo, pero esto no significa que toda anomalía del objeto debe llevarnos, por fuerza, a la misma conclusión, dice Ramón Sánchez Medal²⁰, pues si el objeto existe pero es contrario a la moral o las buenas costumbres, estaremos en presencia de un acto ilícito y por lo tanto, absolutamente nulo, más no inexistente.

Siguiendo este autor diremos que: El **Objeto Directo** de todo contrato es la **creación, transmisión, modificación o extinción de derechos u obligaciones** (tanto reales como personales).

Pero por una elipsis que viene del Código Napoleónico, nuestro Código menciona como objeto del contrato lo que, es en realidad, el objeto indirecto o mediato del mismo; es decir, que el **Objeto Indirecto es la cosa que el obligado debe dar, o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.**

Conforme a lo establecido por el artículo **1824** del Código Civil: **Son objeto de los contratos:**

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

I.- Cuando se trata de la cosa que el obligado debe dar: Como en los contratos reales; que son los que recaen sobre una cosa y que pueden adoptar muchas variantes como enajenación, donación, usufructo, entre otras; siempre será necesario de conformidad con lo establecido por el artículo **Artículo 1825**, que:

La cosa objeto del contrato debe:

- 1º Existir en la naturaleza;**
- 2º Ser determinada o determinable en cuanto a su especie;**
- 3º Estar en el comercio.**

II.- Cuando el objeto del contrato consiste en el hecho que el obligado debe hacer o no hacer: Entonces, el objeto del contrato, puede ser positivo (hacer) o negativo (no hacer), pero debe ser siempre posible y lícito, de acuerdo a lo señalado por el **Artículo 1827**, que dispone: **El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, deber ser: I.- Posible;**
II.- Lícito.

²⁰ SANCHEZ, Medal, Ramón. De Los Contratos Civiles, Quinta Edición, México, D.F. Editorial Porrúa. 1980. p.p. 20-21 y 26.

Tomando en cuenta estas nociones elementales, podemos calificar a la subrogación materna como un servicio, colocándolo entre los contratos que tienen como objeto la prestación de un hecho positivo y no entre los que transmiten el uso o el dominio de una cosa, porque el denominado alquiler de útero no es un arrendamiento de cosa porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano, o parte de él, no es jurídicamente cosa, razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato, y, en virtud de esto, evitaremos decir que el servicio o el hecho no está en el comercio, pues esta clasificación solo se aplica a las cosas. Diremos más bien que el servicio "no es posible" o "no es lícito".

Artículo 1828.- Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

Artículo 1829.- No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él.

La maternidad subrogada también llamada alquiler de úteros es posible como lo atestiguan los centenares de niños nacidos a través de este método, pero muchos se preguntan ¿es también lícito?

Artículo 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Artículo 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Por lo tanto, la acción u omisión son consideradas ilícitas, cuando sean contrarias a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, caso en el cual la sanción será la nulidad del contrato.

Conforme a lo anterior, nosotros deducimos que, el que la maternidad subrogada, no esté contemplada en la ley, no significa que sea contraria a ella, ya que si bien no la reglamenta, tampoco la prohíbe y de acuerdo con el **Principio de Legalidad** que reza: "**La Autoridad puede hacer todo lo que la ley le permite y los particulares pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba**", el simple hecho de no estar expresamente permitido por la ley, no quiere decir que sea contraria a ella puesto que pertenece al orden de lo que es jurídicamente libre, porque lícito es lo que no está prohibido por la ley²¹. Por lo tanto el contrato de maternidad subrogada no adolece de nulidad en base a su objeto

²¹ ATWOOD, Roberto Lic. *Diccionario Jurídico*, México, D.F. Librería Bazán, 1978, p. 157.

Más bien se trata de un contrato de prestación de una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación de incidencias, etcétera y que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un innominado y atípico contrato de prestación de servicios.

En este caso, nos hayamos ante actos jurídicos, hoy atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al Derecho de Familia.

4.6.- La Acción De Ejecución Forzada.

Si se pidiera judicialmente el cumplimiento del contrato de maternidad subrogada, a través de la ejecución forzada, sea por vía oficiosa o como excepción de parte, según la legislación de que se trate, corremos el riesgo de encontrarnos con una autoridad judicial que, por no ahondar en el tema, rechaze dicha solicitud argumentando la inexistencia del objeto del contrato por ser ilícito.

Pero esta genérica respuesta merece ser correctamente matizada, porque el incumplimiento crea situaciones diversas según el momento en que se produzca: Una vez formalizado el contrato de maternidad subrogada, e independientemente de su licitud, la mujer alquilada podría negarse a someterse a la transferencia del embrión, a continuar el embarazo una vez lograda la implantación, o a entregar a la criatura después del nacimiento.

En la primera hipótesis, coincidimos con los tratadistas, que dicen que aunque la maternidad subrogada fuese reglamentada por la ley en el futuro y la moral pública la admitiera, no sería posible exigir a la mujer arrepentida el cumplimiento del contrato, porque se trata de actos personalísimos sobre los que no cabe ninguna coacción legal, aunque sí el pago de daños y perjuicios si el incumplimiento careciera de justificación, pero esto, solamente cuando todavía no se haya realizado la fecundación. Porque si ésta ya se realizó y la mujer alquilada se niega a que se le implante el embrión, la situación varía, en virtud de que ya no se trata simplemente del cumplimiento del contrato, sino, principalmente, de la protección que la ley otorga al embrión considerado ya como persona física, a partir de la concepción (nasciturus), por lo que aquí sí puede exigirse a la mujer alquilada el cumplimiento forzado del contrato.

Claro que si alguna vez el servicio de subrogación materna llegara a generalizarse, al grado tal, de volverse impersonal e indiferente la identidad de la mujer que lo preste, con tal de que llene ciertos requisitos objetivos de funcionalidad orgánica, y existan varias mujeres "disponibles" para prestarlo; entonces podría aplicarse el artículo 2027 que señala: **"Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible. ..."**

En la segunda hipótesis, si la mujer se niega a continuar el embarazo, el caso supera los límites contractuales, pues en nuestro país no existe la posibilidad jurídica de abortar impunemente. Pero si esta decisión se lleva a la práctica en una legislación que permita la interrupción del embarazo en forma amplia, el incumplimiento sólo tendrá efectos en las cláusulas económicas del contrato o en la posibilidad de exigir alguna indemnización. Pero si el aborto está prohibido, como en nuestro país, la continuidad del embarazo se convierte en una obligación de carácter público y no de tipo contractual, derivada de la norma penal que prohíbe el aborto y la mujer alquilada no puede justificarse en una cláusula contractual que admita el aborto, para tratar de evadir su responsabilidad penal derivada del aborto.

En la tercera hipótesis, si el embarazo culmina con el nacimiento de la criatura, la solución entonces se complica aún más, pues a pesar, que una cosa es exigir el cumplimiento del contrato, es decir, la entrega del niño, y otra la de entablar una acción de filiación, ambas acciones van interrelacionadas porque la acción de filiación tiene como objetivo demostrar que la madre no es la mujer que dio a luz, sino la que aportó el óvulo, y en base a esto exigir la entrega del niño, pues de lo contrario y según nuestra ley, la mujer alquilada será la madre y no podrá exigírsele la entrega del niño, al ser la maternidad irrenunciable.

Entonces el problema surge cuando lo que se reclama no es el cumplimiento del contrato, sino el emplazamiento de una relación materno-filial apoyada en las modernas pruebas sobre histocompatibilidad, pretendiendo desconocer la presunción que surge en favor de la mujer que subrogó el vientre, por el simple hecho del parto.

4.7.- Reparación Del Daño En Caso De Incumplimiento.

Cuando la mujer alquilada se niega a cumplir el contrato, antes de realizada la fecundación, como ya se mencionó, no puede exigírsele su cumplimiento, pero sí el pago de daños y perjuicios.

Y lo mismo sucedería en el caso de toparnos con un Juzgador que declare que el contrato de subrogación materna es nulo e inexigible, porque atenta contra la moral y las buenas costumbres, si bien, no se puede pedir su cumplimiento, sí puede exigirse, el pago de daños y perjuicios.

Ya que el desacato injustificado, en los dos casos mencionados, produce una amplia responsabilidad pecuniaria, que incluye no sólo lo entregado a cuenta del servicio (cantidad pecuniaria), sino también lo pagado por causa del mismo, es decir, los gastos médicos y hospitalarios en general, derivados de las pruebas necesarias para determinar si la mujer alquilada es apta para la implantación, al igual que el lucro cesante de uno o ambos miembros de la pareja estéril, en caso de haberse sometido a tratamientos psicológicos y/o físicos de preparación o a las prácticas necesarias de fecundación in vitro, así como la reparación del daño afectivo, graduado en función del momento en que se haya realizado el incumplimiento y la mayor o menor aportación física y espiritual de la pareja contratante, pues no es lo mismo que la mujer alquilada se niegue a continuar antes de haberse realizado pruebas o tratamientos, con el objeto de estar en las condiciones requeridas para lograr la fecundación in vitro, que después de realizados éstos.

Puestas en el mismo nivel, con el fin de evitar que una parte se enriquezca a costa de la otra, la solución más simple es la de obligar a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto, así no se buscará la protección de los contratantes de mala fe, evitando el enriquecimiento ilícito y el incumplimiento intencionado.

Por supuesto y reiterando que sólo en caso de que no se haya realizado la fecundación, pues de lo contrario no podemos dar marcha atrás y solo cabe el cumplimiento del contrato, pues las vías contractuales estarán totalmente cerradas, surgiendo entonces el problema derivado de la filiación consanguínea.

4.8.- Relación Entre La Acción Contractual Y La Basada En El Vínculo Genético.

La relación surge, cuando lo que se reclama no es sólo el cumplimiento del contrato, sino el emplazamiento de una relación materno-filial apoyada en las modernas pruebas sobre histocompatibilidad, pretendiendo desconocer la presunción que surge en favor de la mujer que subrogó el vientre, por el hecho incuestionado del parto.

Ya que si la madre genética ejerce la acción de cumplimiento forzoso del contrato y la de desconocimiento o impugnación de la maternidad de quien sólo aportó su útero para la gestación, difícilmente el juez podría negar esta pretensión, argumentando que el contrato es inexigible a causa de su objeto inmoral, porque el cumplimiento, consistente en la entrega del niño, deriva de la relación materno-filial y el niño deberá ser entregado a la madre biológica o genética y así exigir el cumplimiento del contrato a la mujer alquilada.

Si la madre biológica exige el cumplimiento del contrato, recurriendo a la acción de filiación, sólo en el extremo de la confusión podría el juzgador negar la pretensión original (que es la entrega del hijo), con base en la invalidez del contrato.

Desgraciadamente, por lo que toca a nuestra legislación, su apertura hacia el nexo biológico, apoyándose en la prueba de histocompatibilidad, no constituye una posición que deliberadamente favorezca a la madre biológica aportadora, sobre la madre portadora.

Por lo que utilizaremos las palabras de Lledó Yagüe²², quien refiriéndose al contrato de gestación decía: "Pienso que la madre es realmente la que presta el óvulo y, por tanto, ella es la madre genética o biológica, porque la concepción se produce por la fecundación del óvulo y espermatozoide de la pareja, luego el hijo es consanguíneo de ambos, porque toda su herencia genética la lleva de sus padres ..."

²² LLEDÓ YAGÜE. El Alquiler De Úteros Y El Problema De Las Madres Sustitutas O Por Encargo, en el II Congreso Mundial Vasco, "La filiación a finales del siglo XX", p. 127.

CAPITULO QUINTO

FILIACION.

5.1.- Principio De La Verdad Biológica.

La esencia original de la filiación es el vínculo biológico, a través de él nos identificamos con nuestros descendientes porque, sin negar la importancia de la socialización y las bondades de la adopción, la capacidad de crear vida y las coincidencias genéticas que caracterizan al parentesco natural, tienen esa indudable trascendencia que une a la familia y que origina en los científicos el afán de búsqueda de un remedio contra la esterilidad humana.

Por ello el legislador, al fijar las presunciones que conducen al vínculo paterno-filial o al reglamentar su investigación e impugnación, debe hacer constante referencia a fenómenos que suponen una identificación cromosómica entre padres e hijos, es decir, a circunstancias que identifican entre sí a las personas que aportaron su material genético para la concepción y al producto resultante, una vez separado del seno materno y es por esta razón también que debería definir la investigación de la paternidad (refiriéndonos tanto a paternidad como maternidad) como el procedimiento apropiado para identificar y concretar la individualidad del padre, de la madre o de ambos, con relación a la persona de determinado hijo. Identificación que no puede ser otra que la biológica y genética, pues las meras presunciones han quedado atrás, al abrirse paso formas de fecundación artificial que originan conflictos de paternidad y ante la aportación de nuevas pruebas, por medio de las cuales se determina la verdadera filiación, que es la biológica y genética. Dejando abierta la posibilidad de que la persona que se considere con derecho, y lo pruebe, de inscribir como suyo el hijo reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a este fin.

No resulta difícil suponer o "presumir" quien es el verdadero progenitor para la ley, lo difícil había sido, demostrar positivamente la vinculación biológica. Sin embargo, a través de la incompatibilidad sanguínea se logró, primero, la prueba negativa de la paternidad, y ahora, recientemente por aplicación de un nuevo sistema denominado **Complejo Mayor de Histocompatibilidad (HLA -Human Lymphocyte Antigen-)**, es ya posible afirmar de manera casi absoluta, con una certidumbre superior al 99%, que una persona determinada es el padre o madre biológico de un cierto niño.

Esta apertura probatoria hacia el nexo biológico, sin necesidad de recurrir a presunciones, o haciendo que todas ellas admitan prueba en contrario, es una aportación invaluable de la ciencia al Derecho, razón por la que, el legislador debe disponer con toda modernidad que en los juicios de investigación o de impugnación de la paternidad,

sean admisibles las pruebas de los grupos sanguíneos, marcadores genéticos o cualquier otro método de exclusión o confirmación de la paternidad, que pueda desarrollarse en el futuro.

Lo que no significa un cambio en el criterio legislativo respecto de la fuente genética de la filiación, sino solo que ésta sea demostrada con pruebas fehacientes que no admitan nada en contrario, perfeccionado así el sistema de transporte, pero no el punto de partida, ni el destino, que siguen siendo los mismos.

Si analizamos nuestra legislación, que no ha reformado sus normas para adecuarlas a los avances científicos veremos que, excluida la adopción, cuya base voluntarística resulta indiscutible, nuestro Código ha buscado, a través de diversas presunciones el origen genético de la filiación.

La maternidad, se determina presuntivamente mediante el parto y una vez establecida, se recurre a la época de la concepción para suponer la paternidad del marido y es precisamente que atendiendo a este dato, nuestro Código Civil en su artículo 324 asuma que:

Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad de contrato, de muerte del marido o de divorcio.

Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Estas presunciones nos conducen al vínculo jurídico, ya que, por lo que toca a la maternidad, hasta hace muy poco tiempo resultaba impensable que la mujer que daba a luz no fuese quien había aportado el material genético, pues la posibilidad de extraer y transferir óvulos de una mujer al vientre de otra, o de fecundarlos in vitro y colocarlos después en útero, ajeno data recientemente, pero éstas son sólo presunciones, basadas en la idea de que no se podía probar directamente el nexa biológico, lo que científicamente es obsoleto y así debería serlo jurídicamente.

Razón por la cual, estas limitaciones presuncionales, basadas supuestamente en el bienestar de los hijos, en el honor y en la estabilidad de la familia o en el origen de la filiación, han sido ásperamente cuestionadas por el nuevo Derecho de Familia, no sólo porque son intrínsecamente injustas, sino porque el vínculo formal no siempre satisface a las partes.

Debido a esto, en los últimos años y a partir de la posibilidad de demostrar fehacientemente la vinculación genética, la idea de que cada persona debe ostentar la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos en matrimonio, ha empezado a imponerse en las legislaciones modernas, que sostienen que cada sujeto debe figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien responda al vínculo biológico y genético, disponiendo de los medios que el Derecho pone a su alcance y que son las acciones de

filiación y las pruebas biológicas que sirven para rectificar la situación en que vive, en caso de no estar conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo consanguíneo alguno, o para comenzar a estarlo, si tal unión no consta legalmente.

En el terreno de la maternidad subrogada la insustituible aportación genética del óvulo es totalmente ignorada por nuestro Derecho ya que se deja a la madre aportadora en el anonimato, confiriendo la maternidad a la portadora, quien a pesar de ser la madre legal no es la madre biológica ni genética.

El Principio de la verdad biológica debe influir en una nueva reforma al Capítulo de Filiación para que cualquier persona pueda develar el misterio de su origen, de la misma manera que influyó cuando gracias a él desapareció la categoría de los llamados hijos ilegítimos.

En consecuencia, es necesario reflexionar sobre el contraste entre la verdad biológica y la forma en que debe regularse la fecundación artificial, decidiendo si la voluntad de los particulares puede fundar relaciones paterno-filiales que no quieren diferenciarse jurídicamente, de las basadas en la procedencia genética, debido a que nuestra legislación, al carecer de preceptos que la regulen, hace prevalecer la posesión de estado sobre el vínculo genético.

Hace falta que nuestros legisladores se empapen de cierto realismo jurídico; porque la formulación del derecho no debe constituir un discurso desconectado de la realidad, sino que deben considerarse los hechos, los avances científicos y valorarse según su significación social, a la luz de un criterio establecido y a su vez, reglamentarlos.

5.2.- Concepto De Filiación.

Concepto En Sentido Amplio:

La **Filiación** crea el parentesco consanguíneo en línea recta, en primer grado, de aquí que por paternidad y filiación jurídica entendamos **la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos o deberes**²³.

Concepto En Sentido Estricto:

Desde el punto de vista jurídico la diferencia entre los conceptos de filiación y paternidad estriba en el punto de vista del observador:

Paternidad: Cuando es visto desde el lado de los padres, la maternidad queda involucrada en este concepto.

Filiación: Cuando se enfoca desde el ángulo del hijo.

Así el concepto amplio de filiación toma los nombres específicos de paternidad, maternidad o filiación en sentido estricto, en razón de la persona a quien se refiera en un determinado momento esta relación²⁴.

Así, se llama **maternidad** a la relación de la madre con respecto a sus hijos; **paternidad** a la relación del padre con sus hijos y **estrictamente filiación** cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija con respecto a su madre o a su padre.

La **maternidad** era un hecho indubitable derivado de los datos comprobables del embarazo y del parto, ya se diera dentro o fuera de matrimonio y excepcionalmente surgía su incertidumbre, cuando el parto tuviera lugar sin testigos y el recién nacido fuera abandonado por su madre, pero, como lo hemos venido sosteniendo, este concepto ha quedado atrás derivado de las técnicas de fecundación artificial.

La **paternidad** para nuestro Derecho, es siempre una presunción jurídica *juris tantum*, es decir, admite prueba en contrario y surge con certeza relativa dentro del matrimonio. *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre. Por lo que la paternidad habida fuera de matrimonio es incierta por principio y sólo puede establecerse por reconocimiento voluntario por parte del padre o por sentencia que así lo declare en un juicio de investigación de la paternidad.

²³ BAQUEIRO Rojas, Edgard y BUENROSTRO Bález, Rosalva. Derecho De Familia Y Sucesiones. México, D.F. Editorial Harla. 1990. p. 179.

²⁴ MONTERO Duhal, Sara. Derecho De Familia. México, D.F. Editorial Porrúa. 1992. p. 266.

5.3.- Clases Y Consecuencias.

La filiación surge de tres maneras: **por matrimonio, fuera de matrimonio o por adopción**, cada una de se establece o constituye de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo, las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos, no hay discriminación en nuestro Derecho para los hijos, ni diferentes calidades entre ellos, lo único diferente es la forma de establecer el lazo de la filiación.

Ya que en México, a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, ya no existen diferencias a este respecto; los derechos de los hijos en relación con sus progenitores y las familias de los mismos son iguales, independientemente de que los padres se encuentren casados o no, derivado de que la importancia que reviste la distinción entre hijos de matrimonio o fuera de él, radica sólo en la forma de probar la relación de paternidad.

La filiación es una forma de parentesco, el más cercano en grado, por ser en línea recta ascendente o descendente en primer grado y es el único parentesco en primer grado que reconoce el Derecho.

Sus **consecuencias jurídicas** genéricas son las de todo parentesco como: derecho-deber de alimentos, sucesión legítima, tutela legítima, y determinadas prohibiciones, así como la configuración de ciertos delitos, atenuantes y agravantes en materia penal.

El parentesco de filiación tiene ciertas consecuencias particulares como son el derecho al nombre, la patria potestad y ciertos particulares delitos como el infanticidio y el parricidio.

5.4.- Filiación Matrimonial.

Llamada **filiación matrimonial o legítima**, se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley.

La filiación en su doble aspecto: paternidad-filiación, es un derecho surgido directamente del matrimonio, tanto para el hombre casado como para el hijo.

El artículo 345 del Código Civil lo reafirma al señalar que: **"No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio"**.

5.4.1.- Pruebas De La Filiación Matrimonial.

La prueba de la filiación legítima o matrimonial se establece normalmente con las actas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, unida a la identidad del presunto hijo con aquél a que el acta se refiere. En nuestro medio, cualquiera puede hacerse de una copia de actas de nacimiento y del matrimonio de los padres, sin que por ello el poseedor sea el hijo al que el acta se refiere. La identidad se puede probar por cualquier medio, ya sea a través de testigos o documentos.

La **prueba** de la filiación es sumamente importante para la vida civil de una persona, pues determina dos cuestiones fundamentales que son: la identificación del sujeto a través del nombre que lo individualiza y la relación de parentesco con sus progenitores y con otros sujetos, con las consecuencias jurídicas que la filiación y el parentesco consanguíneo de otros grados, trae consigo. De allí la necesidad y la importancia de la institución del Registro Civil mediante la cual se hace constar la personalidad jurídica y el estado civil de las personas físicas.

La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueban con las actas que expide el registro civil, a falta de actas la filiación de una persona se puede probar mediante la posesión de estado de hijo y de cónyuge.

5.4.1.1.- Actas del Registro Civil.

Artículo 340.- La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

Artículo. 341.- A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para deteminar su adnisión.

Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase.

La exigencia de la doble prueba de acta de matrimonio de los padres y de nacimiento del hijo no es contemplada por otras legislaciones del mismo origen que la nuestra, pues se considera que el acta de nacimiento contiene los elementos necesarios para la justificación. La mayoría de los Códigos Civiles de los estados de la Federación Mexicana exigen solamente el acta de nacimiento como prueba de filiación matrimonial.

5.4.1.2.- Posesión de estado de hijo y de cónyuge.

A falta de acta de nacimiento, si fuere defectuosa o incompleta, la prueba de la filiación se establece por la **posesión de estado de hijo de matrimonio**. Por **posesión de estado de hijo**, debemos entender: la situación de una persona respecto a sus reales o supuestos progenitores que lo consideran o tratan como hijo.

Son 4 los elementos que configuran la posesión de estado de hijo:

- 1) Nombre: (*Nomen*) Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, en ausencia de éste.
Este elemento se establece por el hecho de que el presunto hijo tenga el o los mismos apellidos de sus supuestos progenitores.
- 2) Trato: (*Tractus*) Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia educación y establecimiento.
- 3) Fama: Que el hijo haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad, es decir, se establece por el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad en general hacen de la relación filial.
- 4) Diferencia de edad: Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio (16 años) más la edad del hijo desde su concepción, o sea, 17 años de diferencia entre padre e hijo.

La posesión de estado de hijo, es un hecho que requiere de ser probado, lo cual puede hacerse por cualquiera de los medios de prueba, sólo que la prueba testimonial no es admisible si no va acompañada de prueba escrita que la complementa, a efecto de evitar los riesgos de una falsa testimonial, salvo que las circunstancias generen indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que a juicio del juez se consideren bastante graves. (Artículo 341 C.C.D.F.)

Cuando falte el acta de matrimonio de los padres y éstos estuvieren muertos, ausentes o enfermos y no se supiere dónde contrajeron matrimonio, pero se pueda demostrar que han vivido constantemente como esposos, puede esta posesión de estado de casados suplir al acta del Registro Civil, no basta la sola posesión del estado de casados, pues ésta se da también en el concubinato.

La **posesión de estado de casados** es empleada como prueba, para efectos de substituir la prueba documental, cuando no exista el acta de matrimonio y sea imposible saber dónde se casaron los padres.

Los hijos sólo podrán invocar "la posesión del estado de casados" en dichas circunstancias, a efecto de comprobar su filiación legítima, pero para ello deberán probar también la posesión de estado de hijos.

La posesión del estado de casados no debe estar contradicha por el acta de nacimiento.

Acción De Reclamación Del Estado De Hijo De Matrimonio.

En nuestro Derecho, un supuesto hijo de matrimonio puede reclamar su estado de hijo aunque carezca de acta de nacimiento y de posesión de estado de hijo, y su acción es imprescriptible para él y sus descendientes, de allí que si el hijo no reclama podrán hacerlo los nietos o bisnietos, quienes pueden establecer su genealogía sin límite de grado o de tiempo.

Para demandar su herencia, esto es, para ejercer la acción de petición de herencia, la ley sólo les otorga diez años, pero para los demás efectos, como la obligación alimentaria, uso del nombre, impedimentos matrimoniales, no hay tiempo de prescripción.

Los otros herederos del hijo que no sean descendientes pueden reclamar el estado de éste para los efectos económicos implícitos, sólo si el hijo murió antes de cumplir los 22 años o cayó en demencia antes de esa edad y no recobró la capacidad antes de morir. Estos herederos pueden continuar la acción que el hijo hubiere iniciado si ésta no hubiere caducado por falta de actividad procesal por más de un año.

El mismo derecho tienen los acreedores del hijo muerto insolvente. La acción de los herederos no descendientes y de los acreedores prescribe a los cuatro años de muerto el hijo. Sobre la filiación no puede haber transacción ni juicio arbitral.

Ahora bien, cuando el acta de nacimiento contradice la posesión de estado de hijo de matrimonio, y se sostiene que ella no corresponde a la realidad que se refleja en la posesión de dicho estado, deberá obtenerse la nulidad o corrección de la misma.

En el caso del hijo tenido fuera de matrimonio, cuyo estado consta en un acta y es conocido y tratado como hijo de matrimonio, porque el progenitor que lo tuvo antes de casarse lo llevó a vivir al hogar conyugal y el otro cónyuge lo **acepta** y trata como hijo propio, se estará al acta y no al estado aparente del hijo de matrimonio.

Cosa distinta es cuando los progenitores se casan después de registrado el hijo tenido antes de matrimonio, ya que sería un caso de legitimación. Aquí el estado de hijo de matrimonio, que mostraría que los padres que reconocieron son los mismos que **contra**ieron nupcias posteriormente, aun cuando en el acta de matrimonio no se mencione a los hijos.

5.4.2.- Límites Temporales De La Presunción De Paternidad.

En esta filiación, los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que su padre es el marido de su madre. Esta presunción se conoce por su nombre latino de *pater is est quem nuptiae demonstrat*, que se resumen en que el padre es el que indica el matrimonio, o sea, el marido de la madre en el momento del nacimiento.

Esta presunción se fundamenta en dos supuestos:

1°.- La fidelidad de la esposa, consistente en no tener relaciones sexuales con otros hombres; sólo con su marido.

2°.- La aptitud del esposo para engendrar.

De aquí que en la filiación legítima se suponga que el hijo nacido de una pareja unida en matrimonio y cuya concepción tuvo lugar mientras existió el estado matrimonial, como resultado de las relaciones sexuales entre los cónyuges, sea el hijo de ambos.

Son hijos de matrimonio los concebidos durante éste; no basta que el hijo haya nacido durante el matrimonio para que se tenga por hijo del marido. Al respecto, la ley toma en cuenta el tiempo mínimo y máximo de la gestación, y establece que son hijos del esposo los nacidos después de 180 días de celebrado el matrimonio, y los nacidos antes de 300 de que el mismo se haya disuelto.

Por lo que se refiere a los hijos de la esposa nacidos antes de los 180 días dea celebrado el matrimonio, el marido puede desconocer que sean suyos. A éstos no los protege la presunción de legalidad *pater is est*, pero no podrá desconocerlos si se probare por escrito que él ya sabía del embarazo de su esposa al celebrar el matrimonio, o si se presentó al registro del hijo y lo reconoció como suyo; tampoco si el hijo nació muerto o murió antes de 24 horas.

En cuanto a la falta de los presupuestos de la presunción *pater is est*, debemos señalar:

- Que cuando el marido no está en posibilidad de haber sido el padre del hijo que dio a luz su esposa, se le concede una acción de contradicción de la paternidad, pero para ello se requiere que demuestre la imposibilidad de que sea su hijo, por no haber podido tener acceso carnal con su mujer durante los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento, atendiendo a los plazos mínimo y máximo de la gestación. La prueba de imposibilidad física debe consistir en la demostración de que no pudo haber acceso carnal entre él y su esposa, por separación, ausencia, prisión o enfermedad grave.

- Que cuando el embarazo y el nacimiento de un hijo se han ocultado al esposo, a éste se le concede también la acción de contradicción de la paternidad, alegando el adulterio de la madre, pues tales actos hacen suponer culpa en la mujer.

5.4.3.- Plazos Para El Ejercicio De La Acción De Desconocimiento De La Paternidad.

El esposo puede contradecir la paternidad de los hijos de su esposa a través de la acción de contradicción de la paternidad, la cual sólo podrá ejercer dentro de determinado tiempo:

1º.- Cuando al supuesto padre se le ocultó el nacimiento del hijo, tiene 60 días contados a partir del día en el que descubrió el nacimiento ocultado.

2º.- De 60 días, a partir del día en que regresó y se enteró del nacimiento, por haber estado ausente.

En los caso en los que el marido se encuentre incapacitado por demencia o imbecilidad, la acción podrá ser ejercida por su tutor, y si éste no lo hiciera podrán ejercerla los herederos, en el caso de que el incapacitado muriera.

Si el marido recobra la capacidad, el plazo para el ejercicio de tal acción empezará a correr desde el momento en que declare que la incapacidad ha cesado, y será de 60 días.

El desconocimiento de la paternidad implica la negación de que el hijo que la esposa ha dado a luz sea de su marido, de aquí que en el caso de nulidad de matrimonio o de divorcio la presunción de paternidad cese después de los 300 días de que los cónyuges fueron legalmente separados. El marido puede contradecir la paternidad del hijo nacido, aún cuando no hayan transcurrido 300 días de la sentencia que pone fin al matrimonio, pero la esposa o el hijo pueden sostener la paternidad, quedando la carga de la prueba de las relaciones sexuales entre los esposos, después de la separación, a cargo de la esposa o bien del hijo.

5.4.4.- Reglas Para La Aplicación De La Presunción De Paternidad En El Caso De Matrimonios Sucesivos.

En los casos de segundas nupcias o matrimonios sucesivos puede haber confusión de paternidad entre el primer marido y el segundo (*confusio sanguinis*).

Esta circunstancia puede darse en los casos de: viudez; nulidad de matrimonio y divorcio, cuando no se respete el plazo de 300 días que se fija a la mujer para contraer nuevo matrimonio después de disuelto el primero y, como en estos casos los plazos de la presunción *pater is est* se superponen, la ley fija las siguientes reglas en beneficio del hijo:

1.- Si el hijo nace antes de los 180 días del segundo matrimonio y antes de 300 días de disuelto el primero, el padre es el primer marido.

2.- Si el hijo nace después de 180 días del segundo matrimonio, el padre es el segundo marido, aunque no hayan transcurrido los 300 días de la disolución del primero. Ambas presunciones admiten prueba en contrario.

3.- Si el hijo nace después de 300 días de disuelto el primer matrimonio, pero antes de los 180 días de celebrado el segundo, será hijo nacido fuera de matrimonio. En este caso deben observarse las excepciones a la facultad de desconocimiento de la paternidad por el segundo marido: conocimiento del embarazo al celebrarse el matrimonio o comparecencia al Registro Civil para registro del nacimiento del hijo.

La ley otorga al esposo la facultad de desconocimiento de la paternidad y a sus herederos en los casos de incapacidad o muerte. No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido; mientras éste viva, sólo a él compete tal facultad durante el término legal de 60 días. Nadie más puede intentarlo si, siendo capaz, él no lo hace.

5.5.- Filiación Extramatrimonial.

Es también llamada **filiación extramatrimonial ilegítima o natural**, es la derivada de la unión no matrimonial.

Se da tanto en los casos en que hay imposibilidad de matrimonio entre los padres, como en aquellos en los que media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de alguno de ellos, relación de parentesco o profesión religiosa. Así, por filiación extramatrimonial debemos entender **el vínculo que se establece entre padres e hijos cuando los primeros no están unidos en matrimonio**²⁵.

Los que dan origen a la filiación extramatrimonial son los hijos de la mujer soltera provenientes de una relación fuera de matrimonio.

Atendiendo a la situación de los progenitores, tradicionalmente se han reconocido diversos tipos de filiación extramatrimonial:

1.- Se llamaba **filiación natural** a aquella derivada de una unión en la que no existía impedimento para que los progenitores pudieran contraer matrimonio.

2.- Se denominaba **filiación espúria** aquella en la que los progenitores estaban imposibilitados para casarse. A su vez, esta filiación se dividía en adulterina, incestuosa y sacrilega, según que alguno de los progenitores estuviera casado, ambos fueran parientes, o que dentro de los sistemas de reconocimiento del estado eclesiástico se estableciera la incapacidad de contraer matrimonio por celibato forzoso. Los efectos de esta filiación eran menores que los de la filiación matrimonial, tanto en materia de sucesión hereditaria como de relaciones familiares, ya que sólo establecía el vínculo entre el hijo y su progenitor, no así con los familiares de éste.

En la actualidad, las diferencias entre los hijos han sido suprimidas y nuestras leyes los equiparan en todos sus derechos y deberes.

Para establecer la filiación extramatrimonial deben distinguirse dos aspectos: a) La maternidad y b) La paternidad. Al respecto el **artículo 360** del Código Civil para el Distrito Federal determina: **La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto al padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.**

Ahora bien, la diferencia entre los hijos nacidos fuera de matrimonio y los hijos de matrimonio se origina en la forma de establecer la prueba de la relación filial: La filiación matrimonial es siempre doble, de ambos padres.

²⁵ BAQUEIRO. op. cit. p.191.

En la filiación extramatrimonial puede ser unilateral, establecida a uno de los progenitores; es decir, puede no estar constituida respecto al otro.

Para hacer constar en el acta de nacimiento el nombre de los padres es necesario que éstos lo pidan, ya sea estando presentes, ya por apoderados; si se llegare a asentar el nombre del que no lo autorice expresamente deberá testarse de manera que no pueda leerse. Está prohibido al Juez del Registro Civil hacer inquisición respecto a la paternidad, y en todo caso se asentará el nacimiento como hijo de madre, de padre o de ambos desconocidos, sin que el que reconozca pueda revelar con qué persona lo tuvo ni exponer ninguna circunstancia que sirva para identificarla.

5.5.1.- Formas De Establecer La Filiación Extramatrimonial.

La filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio, tal como lo señala la ley, sólo puede establecerse de dos formas:

1.- Por reconocimiento voluntario en Acta de Nacimiento, Acta Especial, Acta Notarial, Testamento, Confesión Judicial.

2.- Por reconocimiento forzoso, o filiación que se establece por sentencia judicial en la que se imputa la paternidad, derivada de una sentencia en acción de reclamación de estado, interpuesta por el hijo o su representante legal.

5.5.1.1.- Reconocimiento Voluntario.

Puede ser efectuado conjunta o separadamente por los padres y debe hacerse necesariamente en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 369 del Código Civil, que establece:

El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modo siguientes:

- I.- En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;**
- II.- Por acta especial ante el mismo Juez;**
- III.- Por Escritura Pública;**
- IV.- Por Testamento;**
- V.- Por confesión judicial directa y expresa.**

En todo caso debe levantarse Acta del Registro Civil y, además, anotar el hecho del reconocimiento al margen del Acta de Nacimiento.

Reconocimiento Hecho Por Los Casados:

Los casados pueden reconocer al hijo que hubieren tenido antes de casarse. El varón, al hijo tenido de mujer distinta de su esposa durante el matrimonio, pero no podrá llevarlo a vivir al hogar conyugal sin autorización del otro cónyuge.

Nadie puede reconocer como hijo suyo al de una mujer casada, salvo que el marido lo haya desconocido y se haya declarado así en sentencia firme.

Reconocimiento Hecho Por Un Menor:

El menor puede reconocer a su hijo, pero requiere de autorización de los que ejercen la patria potestad, del tutor o de la autoridad judicial, si los anteriores lo niegan.

Para reconocer, es necesario tener la edad requerida para contraer matrimonio, más la edad del hijo.

La Revocación Y La Nulidad Del Reconocimiento Voluntario:

El reconocimiento no es revocable y, si fue hecho en testamento, el reconocimiento subsiste aunque aquél se revoque; sin embargo, como todo acto jurídico, es susceptible de anulación por error, dolo o violencia.

En estos casos, el vicio de la voluntad debe derivarse de hechos trascendentales que directamente afecten la voluntad, de tal manera que la anulación no equivalga a un arrepentimiento.

Nuestro Código Civil parece reservar la acción de nulidad por engaño error sólo al menor de edad, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de su mayoría de edad, pues nada dice respecto a los mayores²⁶.

Creemos que como todo acto jurídico, las reglas generales de la nulidad le son aplicables, y en este caso sólo se dispone de 60 días para demandar la nulidad desde que se conoce el error, o seis meses desde que cesa la violencia.

Puede reconocerse al hijo no nacido y al muerto si dejó descendencia, y también puede reconocerse al hijo mayor de edad, pero con su conformidad.

Para el reconocimiento hecho por el menor, se requiere del consentimiento de su tutor.

La Acción De Contradicción Del Reconocimiento Voluntario:

El reconocimiento efectuado por un hombre puede ser contradicho por la mujer que cuida o haya cuidado al niño como hijo propio y, aunque no la haya reconocido de forma legal, le ha dado su nombre, lo ha alimentado y educado; es decir, que tenga el estado de hijo suyo. El término para intentar la contradicción es de 60 días desde que tuvo conocimiento del reconocimiento, y tiene por efecto que la cuestión de la paternidad se resuelva en juicio. No importa el medio por el que se haya tenido lugar el reconocimiento, aunque sea por testamento y el padre haya fallecido cuando se conozca el reconocimiento.

También el hijo puede contradecir el reconocimiento que de él se hizo cuando era menor, y su acción dura dos años después de adquirir la mayoría de edad, si supo del reconocimiento con anterioridad; en caso contrario, a partir de ese conocimiento.

El progenitor que ha reconocido puede reclamar y contradecir el reconocimiento efectuado por un tercero; la controversia debe resolverse en juicio entre los dos supuestos progenitores. Este caso puede darse no sólo respecto del padre, sino también respecto de la madre cuando una mujer distinta registra como hijo suyo a un niño ajeno. En opinión del

²⁶ Artículo 363.- El reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayoría de edad.

maestro Rojina Villegas, aquí se podría tipificar, además el delito consignado en el artículo 277 fracción I del Código Penal, que señala: "Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en: Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre".

Creemos que la hipótesis del precepto citado no es aplicable sino cuando un tercero registre al niño atribuyéndole una madre distinta a la verdadera, pero sin comparecencia de ella, cosa difícil en el caso de mujer soltera, pues no se puede asentar en el acta de nacimiento el nombre del progenitor sin su conformidad.

El acto jurídico de reconocimiento voluntario es personalísimo e irrevocable y, como hemos visto, también es solemne, pues fuera de las formas limitativamente enunciadas no puede realizarse. El reconocimiento efectuado de forma distinta puede constituir principios de prueba para una acción de investigación de maternidad o paternidad, como en cartas, partida parroquial, declaración ante testigos.

5.5.1.2.- Reconocimiento Forzoso O Judicial.

Cuando el reconocimiento no se obtiene espontánea y voluntariamente, queda al hijo la acción del **reconocimiento forzoso**, a fin de establecer su filiación como hijo nacido fuera de matrimonio a través de un juicio de investigación de la paternidad o maternidad.

Investigación De La Paternidad Y Maternidad:

En este caso, de reconocimiento forzoso, es necesario reconocer la filiación respecto de la madre y, a través de ella, investigar quién fue el padre, ya que si se ignora quién es la madre, menos podrá saberse quién es el padre.

Para establecer la **relación filial con la madre** basta con probar que una determinada mujer no casada ha dado a luz, y la identidad del producto de ese alumbramiento con el sujeto de cuya filiación se trate, en ambos supuestos existe la más amplia libertad de investigación y de prueba.

Por su propia naturaleza la maternidad es un hecho cierto del cual se puede obtener prueba plena. De allí que el Código Civil dispone la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo y tiene también la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento (Artículo 60 C.C.D.F.).

Si al presentar al niño al Registro Civil no se proporciona el nombre de la madre -y nadie puede darlo sin su autorización, ni siquiera el padre que reconozca-, el niño se asentará como hijo de madre desconocida, es decir, que existirá la investigación de la maternidad cuando la madre haya abandonado al hijo recién nacido, o cuando se haya registrado falsamente como hijo de otra mujer. En estos casos tanto el hijo como sus descendientes tendrán derecho de investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios de prueba ordinarios, incluso los testigos sin principio de prueba escrita, pero la

indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada (Artículo 385 C.C.D.F.)

Para probar la maternidad, deberán determinarse dos hechos: **el parto y la identidad del nacido con el reclamante**. La única limitación a este derecho, aparece cuando se pretende atribuir la maternidad a una mujer casada, aunque se alegue que el nacimiento ocurrió con anterioridad al matrimonio.

Pero si la maternidad se deduce de una sentencia civil o penal (Artículo 386 C.C.D.F.), -adulterio o exposición de infante-, el hijo puede demandar la investigación de la maternidad para establecer su filiación, a pesar de que a la fecha de la demanda la madre haya contraído matrimonio.

Aunque en el acta de nacimiento se señalara el nombre de la madre, sin su comparecencia ésta no probaría la maternidad; ya que la madre señalada en el acta podría impugnarla de falsa.

Una sentencia de carácter civil de donde se deduzca la maternidad, será la obtenida a favor del marido que pidió desconocimiento de la paternidad, más en este caso, la maternidad no necesita ser declarada. Una sentencia de carácter penal será la que se obtenga por acusación de adulterio, o la surgida en caso de raptó y violación. Pero aún en estos casos es difícil de suponer la ignorancia de la maternidad con respecto a determinada mujer.

Cuando una persona nace fuera de matrimonio, ante la omisión del progenitor de reconocerlo voluntariamente, la ley otorga al hijo el derecho de pedir la imputación de paternidad al sujeto que se suponga sea el padre del mismo.

Este derecho del hijo, manifestado mediante el ejercicio de una acción lo llama la ley **investigación de la paternidad**, pero ésta sólo puede intentarse cuando ya ha quedado establecida la maternidad y, a diferencia de ésta, la investigación sólo se autoriza en determinados casos.

Toda vez que la mujer soltera no tiene deber de fidelidad para con nadie, y que en ejercicio de su libertad puede tener relaciones sexuales con quien lo desee y aun simultáneamente con varios hombres, establecer la filiación paterna de su hijo es difícil y casi imposible, si no se dan determinadas circunstancias que hagan coincidir la época de la concepción con las relaciones íntimas con determinado hombre, quien posiblemente sea el autor del embarazo. Esto, se deduce de lo establecido en nuestro Código Civil, que no acepta aún como medio de prueba los nuevos descubrimientos científicos biológicos y genéticos.

La paternidad sólo se establece por el dicho de la madre y, desde el punto de vista jurídico, a través de presunciones. Sin embargo, y partiendo del supuesto de que sólo la madre puede saber quién es el padre de su hijo, antes de la Revolución Francesa de 1789 se admitía la libre investigación de la paternidad, sólo para el pago de alimentos, pues los hijos ilegítimos no podían heredar. Esto dio origen a que las solteras escogieran como padre de sus hijos al más conveniente económicamente, circunstancia que llegó a convertirse en una "plaga de la

sociedad", según recuerda Planiol²⁷. Como reacción, la Convención Revolucionaria prohibió totalmente la investigación de la paternidad, y los tribunales sólo la permitían en casos de raptó, cuando coincidía con la época de la concepción.

Esta situación pasó al Código Civil, y hasta 1912, debido a las críticas sociales y a la labor de la jurisprudencia, se establecieron cinco causas por las que se permitía la investigación de la filiación paterna.

Los posibles sistemas legislativos respecto al problema van desde la prohibición absoluta de investigar a la libertad absoluta, y el intermedio, que permite investigar en casos determinados. Este último criterio es el que ha admitido nuestro Código Civil vigente, ampliando el número de casos en que es posible la acción de investigación de la paternidad.

Los casos en que se permite la acción de investigación de la paternidad son los expresamente establecidos en la ley, y al igual que en la investigación de la maternidad, dicha acción sólo se permite en vida de los padres. Durante la minoría de edad del hijo, es la madre o el tutor del menor quien debe intentar la acción. En caso de que el padre o la madre fallecieran durante la minoría de edad del hijo sin que se hubiera intentado la acción, el hijo gozará de un plazo de cuatro años después de cumplidos los dieciocho para iniciar la demanda en contra del representante de la sucesión, o de los herederos de su presunto padre.

Así el artículo 382 de nuestro Código Civil establece:

La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida:

I.- En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

II.- Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;

III.- Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;

IV.- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

De esta última fracción deducimos que la expresión de investigación de la paternidad no es del todo acertada, pues investigar significa indagar, registrar, hacer diligencias para hacer una cosa y en el caso de la investigación de la paternidad, el hijo que intenta la acción debe tener a su favor determinadas circunstancias como prueba de que cierta persona es su padre. Aunque ciertamente, puede darse el caso del hijo que ignore su origen y que tenga que hacer realmente una investigación previa al respecto pero, al ejercitar su acción debe de tener ya consigo los indicios suficientes sobre quien es su padre para poder intentar su demanda.

Por otra parte, el juez de la causa tampoco ordenará que se realice una investigación, sino que se atenderá a las pruebas presentadas por las partes para decidir la cuestión.

²⁷ PLANIOL, citado por Baqueiro. op. cit. p. 198.

Doctrinalmente se ha definido a la investigación de la paternidad como la averiguación judicial que tiene por objeto establecer la filiación de una persona nacida de matrimonio y no reconocida por su progenitor.

Pero como ya lo acentamos; la investigación de la paternidad no es realmente una averiguación judicial, sino **el derecho que tiene el hijo o la madre, de ejercitar una acción para que, si las pruebas que se presenten son suficientes al juicio del juez, se impute la paternidad a un determinado sujeto.**

La limitante para que los hijos puedan ejercitar estas acciones, la cita el artículo **388** de nuestro ordenamiento Civil que establece:

Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.

Efectos Del Reconocimiento:

La filiación del hijo extramatrimonial, reconocido de forma voluntaria o a consecuencia del juicio de investigación de paternidad, otorga los mismos derechos del hijo nacido fuera de matrimonio, tanto respecto de los padres como de la familia de éstos.

En consecuencia tendrá derecho a:

- a) Usar los apellidos del que lo reconozca.
- b) Ser alimentado.
- c) La porción sucesoria que como a cualquier pariente consanguíneo le correspondería en la sucesión intestada o legítima.

5.6.- Filiación Civil O Adoptiva.

Es la **Filiación por adopción**, llamada **filiación civil o adoptiva**, se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre y al adoptado en hijo.

La fuerza del vínculo genético cede, por disposición de ley, ante la necesidad de integrar niños abandonados, huérfanos o carenciados a una familia que les brinde la nutrición física y afectiva que necesiten, así como la dirección normativa indispensable para integrar su personalidad dentro del marco de convivencia social.

La adopción es, la única excepción jurídica, en la mayoría de las legislaciones, al principio de que la vinculación paterno-filial surge necesariamente del factor genético. Y aún en este caso, el legislador impone condiciones que de alguna manera, pretenden asimilar el vínculo adoptivo al derivado de la descendencia biológica, como la diferencia de edad entre adoptado y adoptante, la vinculación parental con la familia más amplia y la disposición que ordena omitir cualquier referencia al origen genético, en las actas de nacimiento formuladas a raíz de la adopción.

5.7.- Pruebas Biológicas.

Hasta ahora, el matrimonio, el concubinato, la posesión de estado de hijo, la violación, el rapto o el estupro, ocurridos en la época probable de la concepción, han sido elementos de convicción de los que deriva un beneficio procesal, esencialmente probatorio: la presunción de filiación en favor del nacido a raíz de estas circunstancias y a cargo de las personas involucradas.

Insistimos, sin embargo que la naturaleza de estas presunciones permite normalmente la prueba en contrario, es decir, presumen la paternidad liberando de la carga probatoria a la madre o al hijo siempre que demuestren el hecho base de la presunción, pero autorizan al afectado por esta "verdad provisional de la ley", a que justifique que, a pesar de la presunción él no es el padre.

A diferencia de los sistemas cerrados de impugnación²⁸, en los que la defensa se centra en la imposibilidad de haber realizado el acto sexual, los sistemas abiertos contradicen estas presunciones o desplazan el vínculo formalmente constituido, a través de varios tipos de pruebas, particularmente las biológicas. Las cuales, obviamente, tienen un mayor poder de convicción, ya que demuestran que la relación jurídica no existe, lo que era casi imposible pocos años atrás, es decir que a pesar de que exista un vínculo legal, éste puede impugnarse basándose en pruebas biológicas, que demuestren que no existe un vínculo genético y por lo tanto no debe existir vínculo legal, salvo tratándose de adopción.

Con referencia a la presunción de filiación matrimonial, establecida en favor de los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o separación de hecho de los esposos, Biscaro y García de Ghigino aclaran que "cabe tener presente que esa presunción es *iuris tantum*, y que el marido podrá desvirtuarla por todos los medios de prueba (Art. 258) y, sin que quepa lugar a dudas, la acción resultaría ampliamente exitosa si nos atenemos a las pruebas biológicas que autoriza nuestra legislación (Art. 253, Ley 23.264) por que, obviamente, el hijo no es biológicamente suyo".

Pero también, y con el mismo argumento, las autoras citadas sostienen que "el marido ausente que remitió su semen, o el que padece de impotencia *coeundi* posterior al matrimonio, no podrá desconocer su paternidad, demostrando que existió imposibilidad física o material de mantener relaciones sexuales con su esposa en el periodo legal de la concepción. Bastará aportar, por parte de la mujer, la prueba de la inseminación artificial con semen de su marido, para desvirtuar las probanzas ofrecidas por éste. Fácil resulta entonces concluir, dicen, que las pruebas biológicas prevalecerían frente a la presuncional".

²⁸ Al referirse a las reglas para impugnar la paternidad matrimonial, se dice que no es una diferencia relativa a los medios de prueba que el marido pueda aducir, sino de los extremos a probar. En base a ello se delinean fundamentalmente los dos sistemas, el abierto, que permite al marido probar la existencia del nexo biológico sin limitarlo a ciertos supuestos predeterminados y el cerrado, que fija ciertos criterios presupuestos de la acción, que si resultan acreditados, permiten al Juez considerar probado el vínculo biológico y a falta de los cuales no puede intentarse la prueba de este fenómeno. En este sistema se alineó nuestro Código Civil, siguiendo al Código de Napoleón.

Estas conclusiones válidas en los sistemas abiertos que se apoyan en las pruebas científicas para determinar la filiación, no son aplicables a nuestro Código, pues no ha receptado todavía las pruebas biológicas.

- De aquí deriva la importancia de explicar **en qué consisten y cómo operan** estos instrumentos científicos:

Las primeras pruebas biológicas relativas a la filiación, se iniciaron con la identificación de los caracteres antropomórficos del padre y el hijo supuesto, y de los síntomas patológico-hereditarios que pudieran apoyar o debilitar la presunción o la acción de emplazamiento.

La prueba negativa de los grupos sanguíneos por su parte descansa en el descubrimiento de ciertos antígenos contenidos en los hematíes de la sangre, los que permanecen inalterados durante la vida del sujeto y que siguen las leyes de la herencia, por lo que si encuentra en el hijo, deberá hallarse también en uno y otro de los padres. "Los principales sistemas sanguíneos evidencian la cantidad de tipos de sangre que es posible encontrar, si sólo tomamos los factores del sistema ABO, M y N, y Rh, obtendríamos 48 categorías hematológicas distintas; computándose todos los factores conocidos, se consiguen varios millones de combinaciones posibles. Sin embargo, muchos de esos antígenos no pueden ser reconocidos debido al escasez de sueros testigos. No obstante - dicen estas autoras- utilizando solo los sueros más accesibles es posible detectar 55.296 combinaciones sanguíneas".

Los diversos sistemas sanguíneos funcionan en forma independiente, por ejemplo una persona que pertenece al grupo B en el sistema ABO, puede tener cualquier factor en el sistema M y N y ser, a la vez, Rh positivo o negativo; esto permite concluir que cuanto mayor sea el número de factores que se utilicen en una prueba hematológica, más elevada será la probabilidad de descartar a quien no es el padre.

Se estima que si se emplea el sistema ABO, es posible la exclusión de un 16% de los casos; combinándolo con el sistema M y N tal posibilidad aumenta al 36% y si se adiciona el estudio del sistema *Rhesus* se eleva al 84%; es decir, que si tomamos 100 hombres al azar, se pueden descartar 84 cuando no existe nexo biológico. Se calcula que actualmente la probabilidad de exclusión alcanza el 97.9% si se emplean los sistemas reconocidos, sosteniendo algunos autores, que tal porcentaje llegue incluso al 99.9% de los casos. La independencia de los sistemas sanguíneos significa pues, que es suficiente encontrar incompatibilidad en una sola propiedad pese a que en las otras se manifieste concordancia, para que pueda desecharse la existencia del vínculo filial.

De esto se deriva que debe ser admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otras de validez científica en los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad, como ya está regulado en algunos Códigos Civiles.

También sería admisible la prueba de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante en el caso del artículo 382 del Código Civil en su fracción I, cuando fueren varios los autores del delito y la paternidad de uno de los demandados sería declarada sólo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se negara a someterse a la prueba, sería declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás y la obligación alimentaria sería solidaria, respecto de quienes se hayan negado a someterse a la prueba.

En los juicios de impugnación de la paternidad del marido se busca la exclusión del vínculo, probando la incompatibilidad sanguínea con el hijo de la madre. Sin embargo la prueba positiva de la paternidad también reviste interés en esta clase de procesos, ya que puede servir a la madre o al hijo para fijar la paternidad del marido, en el caso de no haber sido descartado, o ser utilizada también por el actor, para poner en evidencia la paternidad de otro hombre individualizado.

Fue por esto que surgió, como una aportación de la ciencia al Derecho de Familia, el sistema HLA (Human Lymphocyte Antigen pie traducción) de histocompatibilidad que, según Zannoni Y Bossert (piesoto65), "deriva de las investigaciones de Dauset, quien descubrió en las células leucocíticas de la senagre, ciertas proteínas antigénicas codificadas en el sexto par cromosómico y situadas en la membrana citoplasmática de todas las células nucleadas en el organismo. Estas proteínas se transmiten siguiendo las leyes de la herencia de Mendel.

El estudio del sistema resultó sumamente eficaz para establecer la posibilidad de trasplantes de tejidos y de órganos entre seres humanos, pues la incompatibilidad inmunológica era detectable en razón de los antígenos nucleados en las células del donante y receptor. Pero más tarde ha venido a servir para determinar positivamente la paternidad y la maternidad en razón de que tales proteínas antigénicas de histocompatibilidad se heredan de padres a hijos a través de los genes que han codificado los antígenos. Ya que por herencia toda persona tiene los antígenos que recibe de su padre y de su madre, codificados por los genes situados en el sexto par cromosómico, pues cada persona presenta un par de antígenos de cada codificación, uno genéticamente paterno y otro genéticamente materno, formando el complejo mayor de histocompatibilidad.

Los antígenos del sistema se muestran claramente ya en el feto y después del nacimiento se mantienen constantes y estables durante toda la vida de la persona. La gran posibilidad de combinaciones hace posible la determinación positiva de paternidad y maternidad con una certeza, en ocasiones absoluta, pero en general superior al 97%.

A pesar de lo anterior, nos damos cuenta que la legislación latinoamericana arroja un saldo negativo por lo que toca a los criterios para ampliar el ejercicio de las acciones de filiación, y también en relación con el carácter científico de las pruebas que pueden ofrecerse en juicio.

Por lo que es conveniente una profunda revisión del Derecho de Familia en general y de la filiación en particular, toda vez que, después del derecho a la vida, el ser humano debe tener desde el nacimiento, siempre que sea posible, los padres que genéticamente les corresponden, coincidiendo el vínculo legal con el genético y especialmente ante los medios artificiales de procreación o fecundación, entre los cuales se encuentra la maternidad subrogada, ya que, aceptando como medios de pruebas las biológicas, será mas fácil determinar quién es la verdadera madre, para poder establecerlo jurídicamente, pero conforme a las leyes de la biología y de la herencia.

5.8.- Hacia Una Nueva Fuente De Filiación.

En Europa han surgido autores que, ignorando la tendencia genetista de su propia legislación, intentan, como hizo Díaz de Guijarro en la Argentina, ponderar el valor jurídico de la voluntad en la filiación, surgiendo a partir de este dato, una nueva interpretación del derecho vigente que sirve para resolver los problemas surgidos de esa nueva realidad: la fecundación asistida, resolviendo las controversias, basándose en la voluntad de los padre o los que pretenden serlo, dejando a un lado las pruebas biológicas y resumiendo, se otorgará el carácter de padres a quien lo concienta y reconozca legalmente. Lo cual desde nuestro punto de vista es incorrecto y fuera de la realidad, pues para ello existe la figura de la adopción, pues de lo contrario se estaría falseando la información ante el Registro Civil y en el caso específico de la maternidad subrogada, nada nos resuelve ante la controversia de decidir quién es la madre, si las dos mujeres tiene la voluntad de serlo legalmente.

Así, Rivero Hernández²⁹, hablando para España, sostiene que "los principales problemas para determinar la filiación tenían su origen en el secreto de las relaciones sexuales causantes del nacimiento, o en la necesidad de determinar cuál, si éstas se realizaron con diferentes varones, fue la que produjo la gestación: ello justificó el juego de presunciones, restricciones probatorias y otros formulismos jurídicos que han informado buena parte del derecho de filiación. Al surgir las pruebas biológicas y poder determinar con precisión creciente cuál es el elemento causal del embarazo, hubo de cambiar la normativa sobre filiación, orientándola hacia el nexo biológico. Sin embargo hoy existe una nueva realidad; es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna, y sin que las personas que desean asumir la paternidad hayan aportado el material genético. Esta no es la filiación que conocíamos, no obstante, el acto de decidir que el niño naciera y el deseo de asumir la responsabilidad afectiva y material de la filiación, puede ser más noble que muchos nacimientos productos de un proceso natural, particularmente los no deseados o los resultantes de un atropello criminal".

Por lo que esta nueva realidad, distinta de la filiación derivada de la relación sexual entre dos personas, **requiere conceptos nuevos, categorías jurídicas y terminología apropiados a la nueva situación.**

Por eso las acciones de investigación o impugnación de la paternidad, por lo que toca a las nuevas técnicas, deben partir de un elemento distinto, que es el verdaderamente relevante en este tipo de filiación: el **elemento biológico** que en la maternidad subrogada no puede ser sustituido y que es causa eficiente, última e infungible, ya que no puede desconocerse que la mujer aportadora es la madre biológica, por lo tanto real y debe ser la jurídica, porque de no ser así se trataría de un caso de discordancia entre el vínculo biológico y el jurídico que la ley reconoce, privilegiando el rol materno a la mujer portadora.

²⁹ RIVERO Hernández, Francisco. *La Investigación De La Mera Relación Biológica En La Filiación Derivada De Fecundación Artificial. En el II Congreso Mundial Vasco.* p.p. 141-143 y 146-148.

En el caso de aportación de vientre y de óvulo se da una situación similar a la adopción, donde la voluntad de los interesados es admitida, pero antes de la concepción y es convincente establecer un sistema de adopción prenatal, con todas las características de la adopción plena.

Por lo que nosotros proponemos una nueva legislación a fin de incluir esta adopción prenatal y especialmente, que es el caso que nos ocupa, la maternidad subrogada con el fin de que en la filiación se acepte como prueba plena la biológica. Ya que por aplicación irrestricta del nexo genético la aportadora del óvulo será considerada como madre del producto de la fecundación, independientemente de la mujer que lo gestó, a pesar de la voluntad de ésta última de asumir el embarazo y el parto.

Lógicamente algunas de estas conclusiones resultarán inadmisibles, a la luz de nuestra legislación vigente, pero la solución se encuentra en proponer las reformas necesarias para dar cabida a esta nueva fuente de la filiación.

Si recorremos el Continente Americano descubriremos que son muchas las legislaciones que no regulan los efectos de la reproducción asistida propiciando que la doctrina recorra todos los caminos, incluso los que conducen a las aberraciones y que los juzgadores al no tener fundamentos legales que la respalden, se ajusten a las leyes existentes, que en muchos casos son obsoletas en esta materia.

Muchos justifican el atraso legislativo en el hecho de que el legislador desconoce las posibilidades de la inseminación y fecundación artificial, o en que conociendo su existencia consideró que estas técnicas carecían de trascendencia estadística y social, por lo que no valía la pena impulsar el proceso legislativo para regularlas, además de que resulta difícil, por no decir políticamente peligroso, tomar posición respecto de fenómenos tan controvertidos.

En México, la Ley General de Salud dice, escuetamente, en la última parte del artículo 466, que "la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge", y si bien no especifica el tipo de inseminación, ni admite expresamente que la autorización del marido constituya una nueva fuente de la paternidad, sugiere, al menos, que el legislador ha tomado conciencia del tema.

Pues bien aunque parezca paradójico, entre quienes consideran que la actual legislación no resuelve los conflictos derivados de las nuevas técnicas de fecundación, por lo que debe legislarse sobre el tema, están autores que apoyan y también quienes pretenden prohibir legalmente estas técnicas, sin embargo nosotros consideramos que la fecundación artificial es una manifestación nueva presentada por la ciencia y que debe captar el derecho para evitar el mal uso y la proliferación de nuevas formas de conducta antisocial, no previstas en un sistema jurídico que, a pesar de haber sido excelente en su época no pudo prever la tremenda evolución científica y tecnológica de estos últimos años.

Consideramos justificada la ansiedad por tener un hijo pero la fecundación artificial encierra tales peligros de orden psicológico, moral y hasta emocional, que solamente en casos especialmente previstos en la reglamentación y controlados puede hacer viable su implantación.

Como, de lo anterior se desprende, no existe en la actualidad norma alguna que regule la fecundación in vitro y mucho menos en el caso de la maternidad subrogada por lo que es necesario regularla, porque aunque en nuestro país las consecuencias no han llegado todavía a los tribunales, es necesario asimilar su presencia y ponderar la posición de la madre biológica para que sea ésta la madre jurídica también.

CAPITULO SEXTO

LA FILIACION EN RELACION CON LA MATERNIDAD SUBROGADA

6.1.- La Cuestión De La Maternidad En Los Contratos De Subrogación.

Como anteriormente quedó establecido la filiación sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.

La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción, agregando que la filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.

Por lo que toca a la filiación natural la norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación, para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores por una parte y el hijo por la otra.

Del hecho biogenético se desprende un complejo de deberes, obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación; el padre y la madre en un extremo y el hijo en el otro.

Como la filiación es la expresión, en el ámbito jurídico, del hecho biológico de la procreación, a toda persona corresponde una cierta filiación, aún cuando no sea siempre posible conocer ésta, porque se carezca de pruebas o porque las mismas sean insuficientes.

Precisamente refiriéndose a las dificultades para probar la filiación derivada de la naturaleza, decía Borda³⁰ hace tiempo, que "en la prueba del nexo biológico hay que seguir dos hipótesis, por cierto muy diversas: la maternidad y la paternidad.

Si se trata de la primera basta con la prueba de los siguientes hechos:

1) el parto de la madre; y 2) la identidad del nacido. Comprobados fehacientemente estos dos extremos, -decía convencido el maestro- la certeza de la filiación es absoluta.

Tratándose de la paternidad, la prueba inequívoca del nexo biológico es imposible. Todas serán conjeturas, probabilidades y, entre otros elementos de juicio, no hay por qué desdeñar a esa prueba viviente, 'de carne y hueso', como decía Vélez, que es la posesión de estado".

³⁰ BORDA, Guillermo A. Traado De Derecho Civil, Buenos Aires, Argentina. 5a. Edición. Editorial Perrot. 1973. T. II, p.p. 93 y 95.

Claro que en la época en que se dieron estas afirmaciones, la carne, los huesos y, particularmente la sangre, no habían entregado todavía al sistema probatorio de nuestros códigos civiles la posibilidad de demostrar mediante el método de la histocompatibilidad, quiénes eran en realidad las personas que habían dado en herencia al hijo las proteínas antigénicas de la membrana citoplasmática, codificadas en el sexto par cromosómico, es decir, los padres biológicos, con un grado de confiabilidad entre el 96 y el 99.9% como hoy ocurre.

Esta aportación científica al tema jurídico de la filiación aún no ha sido recogida y dotada de efectos probatorios por nuestra ley, la cual debería establecer que "la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario por el nexo biológico" y que "en las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte", solucionando así en gran parte la debatida cuestión de determinar quién es la madre en los contratos de maternidad subrogada, dejando inexistente la dualidad de madres, al quedar biológicamente establecida la verdadera maternidad y por lo tanto jurídicamente.

6.2.- El Parto Como Base De La Presunción De Maternidad.

Nuestro Código Civil quedó anclado, en lo que toca a la determinación de la maternidad, por el principio tradicional de que la madre es quien da a luz al hijo, porque hasta hace muy poco tiempo era impensable el desdoblamiento del proceso unitario de la fecundación, gestación y parto.

Hoy, la fecundación puede producirse en forma extracorpórea y el cigoto formado con el material genético de una pareja, puede ser transferido al útero de otra mujer, para que ésta última sea quien se encargue de gestar el producto hasta su nacimiento, desmoronándose así la total certidumbre que, en otras épocas, provocaba el hecho del parto.

No es extraño pues, atendiendo a la antigüedad de nuestro Código Civil y al hecho de que la maternidad subrogada no se encontraba prevista, ni siquiera dentro los métodos de reproducción asistida, encontrar disposiciones legislativas que afirmen en forma contundente que, "la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. ..." (Artículo 360 C.C.D.F.).

Independientemente de que el parto sirve para demostrar, *prima facie*, el vínculo materno-filial, no sólo en la relación extramatrimonial, sino también en la de carácter legítimo, la cuestión que verdaderamente importa es fijar los efectos probatorios de este fenómeno, en la determinación jurídica de la maternidad.

Aducen Bossert y Zannoni³¹ que "la filiación que tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado, la paternidad o la maternidad queda, jurídicamente, determinada. Filiación es, entonces, -como la definen Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida- la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta. La maternidad se acredita por el parto de la mujer y, por esto, como también se lee en Paulo, *mater semper certa est*. Esto debería llevarnos a concluir que el parto constituye el hecho que, probado, atribuye *ipso iure* la maternidad, por aquello de que el parto sigue al vientre".

También Chávez Asencio sostiene el antiguo concepto de que la maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y por consiguiente, perfectamente conocido. Los elementos para la filiación en relación a la maternidad, son el parto y la identidad, como lo establece el artículo 360 de nuestro Código Civil, ya citado. "Por lo tanto en relación a la madre el parto es un hecho que permite conocer la filiación dentro o fuera del matrimonio. El alumbramiento se puede constatar por prueba directa".

³¹ BOSSERT y ZANNONI. *Regimen Legal De Filiación Y Patria Potestad*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1981. p.p. 24-25.

Sin embargo, sabemos que este tipo de parentesco resulta de la comunidad de sangre, que es un lazo natural, pero sobre todo, que lo que da origen al parentesco es el hecho material de la procreación, que a veces es independiente de la voluntad, pero que ahora a merced de los avances de la genética, ya no se identifica necesariamente con el parto.

El mismo Chávez Asencio reconoce, adoptando una posición contradictoria, tanto con sus propios comentarios ya señalados, como con nuestra postura, que "en la actualidad, debido a la posibilidad del empleo de un óvulo de mujer extraña, implantado en la consorte, una vez fecundado con semen de su marido, se presentan serias dudas sobre la necesidad de adicionar normas legales para tener también como madre, a la que se le implanta el óvulo extraño pues, en nuestro Derecho, la filiación se da por la concepción y no por el nacimiento", es contradictorio a nuestro trabajo, en el sentido de que, como se ha venido sosteniendo a través del mismo, la mujer que aporta el óvulo es la madre biológica y debiera serlo jurídicamente también, pero coincidimos en la necesidad de reformar y adicionar nuestra legislación.

Este fenómeno, mejor denominado fecundación, que no era visible a los ojos humanos antes de que se lograra su realización in vitro, estaba indisolublemente unido, en una relación causal inobjetable, con el hecho también biológico del parto, porque la posibilidad de transferir embriones fecundados al útero de otra mujer era, hace apenas una generación, una fantasía, por lo que se entiende que nuestra Legislación Civil haya venido presumiendo que la mujer que da a luz, es quien aporta el material genético. Es decir, que el parto hace presumir fundadamente el vínculo materno-filial, basado en la naturaleza o en la sangre.

6.3.- Carácter De La Presunción Derivada Del Parto.

La presunción es una operación lógica mediante la cual, partiendo de un hecho conocido, se llega a la aceptación como existente e otro desconocido o incierto. La presunción sentada por vía legal o por el raciocinio judicial, es el resultado de la aplicación de las máximas que el legislador o el Juez deducen de su propia experiencia.

En el lenguaje corriente, presunción no significa simplemente opinión acerca de un hecho, sino opinión no dotada de aquel grado de seguridad que proviene de la percepción o de la representación del hecho; en este aspecto, existe una antítesis entre presunción y certeza.³²

Nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 379 define la **presunción** como la "consecuencia que la ley o el Juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido", llama a la primera **legal** y a la segunda **humana**.

El artículo 380, dice que "hay **presunción legal** cuando la ley la establece expresamente y cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley", y que hay presunción humana, "cuando de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquél".

Para que las **presunciones** puedan hacer **prueba plena**, de acuerdo con las disposiciones de nuestra ley procesal, se necesita:

- 1.- La existencia de un hecho plenamente probado.**
- 2.- Que la consecuencia directa, inmediata, de la existencia de ese hecho demuestre en forma evidente la existencia del hecho que se trata de investigar.**
- 3.- Que la presunción sea grave, digna de ser aceptada por personas de buen criterio, bajo un punto de vista objetivo y no puramente subjetivo.**
- 4.- Precisa, o sea que el hecho probado en que se funda sea parte, antecedente o consecuencia del que se quiere probar.**
- 5.- Que cuando existan varias presunciones no deben modificarse ni destruirse unas con otras y deben tener tal enlace entre sí y con el hecho probado que no puedan dejar de considerarse como antecedentes de éste.³³**

³² Camelutti. *Lezioni Di Diritto Processuale Civile*. Volumen II. p. 455; citado por CASTILLO Larrañaga y PINA de. *Derecho Procesal Civil*. 6a. Edición. Editorial Porrúa. México. 1963. p. 286.

³³ *Anales De Jurisprudencia*. Tomo XXXVI p. 250; citado por CASTILLO y PINA de. supra (32) p. 287.

Se ha dicho que el Derecho no aspira a la investigación de fenómenos biológicos, ni debe pretender la demostración plena de la realidad en cada caso concreto, sino que se funda en los fenómenos de regularidad social que le permitan superar las dificultades de la prueba presuncional y establecer las consecuencias apropiadas a dicha regularidad. Este principio justifica la presencia de dos tipos de **presunciones legales**, la conocida como *juris tantum*, que permite probar en contrario; y la denominada *juris et de jure*, que no admite contradicción alguna. La apreciación de las **presunciones humanas**, se deja por la ley al libre arbitrio del Juez.

El que tiene a su favor una presunción legal, según lo dispuesto por el **artículo 381**, sólo está obligado a probar el hecho en que se funda su presunción.

No se admite prueba contra la presunción legal, cuando la ley lo prohíbe expresamente y cuando el efecto de la presunción es anular un acto o negar su acción, salvo el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar (**Artículo 382**). Contra las demás presunciones legales y contra las humanas es admisible la prueba (**Artículo 383**).

Aunque si bien, no es misión del legislador dejar librada la seguridad de las relaciones jurídicas a circunstancias cambiantes, propicias a la disputa inconducente y al planteo de hipótesis totalmente improbables, sí es su misión no perder de vista el origen o fundamento que nutre las presunciones que establece. Debiendo combinar, así la seguridad, estableciendo tales, y la realidad, permitiendo confrontarlas en aquellos supuestos en que el fundamento de la presunción parezca desvirtuado; como ocurre en la maternidad derivada del parto, cuando, en realidad se trata de maternidad subrogada.

Pues bien, la determinación legal de la maternidad, a través del hecho del parto ¿constituye una presunción que admite prueba en contrario, o tiene, en cambio, el efecto de una verdad legal incontrovertible?

La respuesta dependerá de la legislación, sin embargo, el carácter de la presunción no siempre resultará de una disposición expresa y aislada, sino del análisis global de la institución, atendiendo a los principios generales que la animan y, si se quiere, de la interpretación progresiva o teleológica de sus normas.

6.4.- Acciones De Impugnación E Investigación De La Maternidad.

En este tema, los criterios legislativos son tan variados como las posiciones doctrinales. Nuestro Código Civil no contempla la acción de impugnación de la maternidad, pero esto no significa que la mujer no tenga derecho a impugnar la maternidad que se le imputa, ya que el hecho de que no se hubiese mencionado ni reglamentado no se puede interpretar en el sentido de que el legislador hubiere pretendido despojar a la mujer de ese derecho, porque si el hombre y la mujer son iguales ante la ley, el **artículo 24** de este ordenamiento que establece: **"El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley"**, debe aplicarse a ambos por igual, es decir que también la mujer puede ejercer las acciones del estado civil que tiene por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio o ausencia, o atacar el contenido de las constancias del Registro Civil, para que se anulen o rectifiquen.

Además, en el Código Penal aparecen como delitos algunos actos que afectan el estado civil de las personas, que hacen clara referencia a la filiación derivada de la mujer, como serían el atribuir un niño recién nacido a la mujer que no sea realmente su madre; el presentar a un hijo propio afirmando que los padres son otras personas, o el sustituir a un niño por otro.

Desgraciadamente nuestro Código limita el ejercicio de la acción de investigación de la maternidad, exclusivamente a dos supuestos: a la suposición de parto y a la sustitución del verdadero hijo, siendo éstas, las únicas hipótesis que pueden contradecir una maternidad que deriva, indiscutiblemente, del parto y de la identidad del nacido, olvidando que, "la filiación se da por la concepción y no por el nacimiento", por lo que hubiera resultado más congruente y avanzado, admitir que dicha impugnación procede en cualquier caso en que la madre putativa no fuese la verdadera progenitora.

Debemos reconocer, sin embargo, que mientras la investigación del vínculo paterno-filial ha sido obstaculizada, a fin de preservar una relación ya existente, aunque sea de carácter putativo, el derecho a reclamar la filiación, en cambio, ha recibido un mayor apoyo, pues, fuera de los casos en que se pretende imputar la maternidad a una mujer casada o establecer un vínculo incestuoso, la investigación de la maternidad se admite.

De nuestro Código resulta que contra, quien da a luz un niño que biológicamente no le corresponde, no puede investigarse la relación materno-filial, porque esta hipótesis no coincide con ninguna de las autorizadas por la ley, ya que el parto ocurrió efectivamente y el hijo es la misma persona expulsada del útero en esa oportunidad. Claro que, no sólo es la madre biológica quien pudiera investigar la realidad del vínculo, sino también el padre, o el hijo en su oportunidad.

Razón por la cual, la esencia biológica deberá comenzar a imponerse sobre los vínculos putativos derivados de prohibiciones, limitaciones y presunciones inatacables, y ya comienza a escucharse el criterio de que los hijos tienen el derecho a conocer su verdadero origen, aunque esto implique poner al descubierto algunas de las miserias propias de los hombres, como la ilegitimidad, el adulterio de la madre, la relación incestuosa o impuesta y hasta la esterilidad o infertilidad de uno de los padres, para hacer referencia a nuestro tema.

Sin embargo, esto no significa que el principio de la realidad biológica se esté imponiendo sobre la seguridad jurídica que nace de ciertas presunciones o prohibiciones procesales, pero después de tantos siglos de obscuridad, unos cuantos rayos de luz van sirviendo para legislar sobre la materia.

6.5.- Maternidad Consensual.

No hay nada más absurdo que imponer formalmente el vínculo parental al marido probadamente estéril, sólo porque no puede demostrar que durante la época de la concepción, le fue imposible tener contacto sexual con su esposa, madre de ese hijo visiblemente adulterino, pero tampoco es justo que quien aportó el óvulo, ya fecundado, o no, para que fuera colocado en el útero de otra mujer que admitió realizar la gestación sin ninguna pretensión sobre la criatura, no pudiera después reclamar su maternidad genética, a pesar de su manifiesta vocación parental, en virtud de que no fue ella quien dio a luz al hijo, cuya filiación será atribuida formalmente a una mujer que nunca tuvo interés procreacional o que, eventualmente, por una vinculación afectiva nacida con posterioridad al contrato de subrogación, a causa del contacto físico con el feto, decidió quedarse con el recién nacido, frustrando, no ya el convenio, sino las expectativas de trascendencia existencial de la pareja estéril y sus derechos sobre la criatura, basados en la aportación genética y en su disposición de asumir la paternidad.

No cabe duda que, y obviamente existe el consentimiento de la pareja aportadora del material genético para que éste se implante en la mujer portadora, ya sea solo el óvulo o el producto fecundado artificialmente, pero debemos ser categóricos en que la voluntad de la mujer portadora será solamente ésta, es decir, otorgará su consentimiento para portar el producto, gestarlo y una vez llegado el término dar a luz.

Por lo que, negamos la existencia de la maternidad consensual, ya que no puede dejarse al arbitrio de las partes esta decisión, pues la maternidad debe atribuirse a quien sea la madre biológica, y el consentimiento no se otorga para decidir quién será la madre, haciendo a un lado las leyes genéticas, sino que el acuerdo de voluntades existe para establecer las bases del contrato, es decir, para que se asiente que la mujer portadora solo eso será, y nunca pretender atribuirse una maternidad que no le corresponde biológica ni genéticamente, por lo que no deberá serlo tampoco jurídicamente, debido a que el material genético y la voluntad procreacional provienen de la pareja infértil y ésta debió recurrir al contrato de maternidad subrogada para superar su incapacidad física.

6.6.- La Vinculación Genética como Fuente de la Maternidad.

Volviendo al derecho vigente, resulta necesario que los cuerpos de leyes de nuestro país, tomen en cuenta la prueba positiva de la parentalidad a través del Human Leukocyte Antigen (HLA) y cambien visiblemente sus criterios sobre la determinación de la paternidad, lato sensu, produciendo una apertura hacia lo genético que elude el fenómeno del parto, ya que no es necesario recurrir a él para presumir el vínculo sanguíneo, toda vez que éste puede demostrarse en forma directa. Abriendo las puertas a una acción anteriormente impensable, disponiendo que la persona que se considere con derecho a inscribir como hijo suyo al reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor, podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a ese fin, aceptando como pruebas fehacientes las biológicas; dando a la filiación biológica una entidad mayor que la formal o putativa.

Admitiendo que la filiación, aunque sea conforme a los asientos del Registro Civil, pueda ser impugnada e investigada por el padre, la madre o el hijo y por todo aquel que tuviera interés actual en hacerlo.

Permitiendo, que aunque el parto ocurrió efectivamente y el hijo putativo es la misma persona extraída del vientre de la mujer que dio a luz, la maternidad pueda ser impugnada en base al vínculo genético, argumentando la falta de identificación óvulo-madre, al no ser la mujer que dio a luz, la madre propia del hijo que pasa por suyo, ya que el verdadero padre y la verdadera madre son quienes han proporcionado el espermatozoide fecundante o el óvulo fecundado, respectivamente o el producto fecundado artificialmente.

Debiendo quedar claro, que en el caso de maternidad subrogada, aunque la mujer receptora, desce asumir la maternidad del hijo, lo haya gestado y dado a luz, el vínculo genético existe con la mujer aportadora y éste debe ser la fuente de la maternidad, es decir que **el vínculo genético es la fuente de la maternidad, independientemente de quien haya dado a luz.**

Apoyando nuestra postura, está Belluscio³⁴, quien admite que "el verdadero padre y la verdadera madre son quienes han proporcionado el espermatozoide fecundante o el óvulo fecundado, respectivamente", y Díaz de Guijarro al declarar a la prensa Argentina, todavía bajo los efectos del furor jurídico que provocó el nacimiento del primer bebe de probeta, que "si el óvulo procede de una mujer y la gestación se desarrolla en otra, entonces, cabrá preguntarse quién es la madre: si aquella cuyo óvulo fue fecundado o quien -recibido el embrión en su útero- lo gestó. Mi respuesta es categórica, dijo entonces el maestro, en cuanto a la maternidad jurídica de la primera, pues de ella surgió la semilla y la voluntad procreacional"³⁵.

³⁴ BELLUSCIO, Aspectos Jurídicos De La Escudación Extracorporal, 1978 p. 929; citado por SOTO, Lamadrid, supra (13), p. 353.

³⁵ Periódico "La Nación", Buenos Aires Argentina, 27 de julio de 1978.

CAPITULO SEPTIMO

LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL DERECHO SUCESORIO

7.1.- Generalidades.

Es necesario insistir en la falta de visión de los legisladores que no se percatan cómo, las leyes se vuelven obsoletas, y no ponen el cuidado de hacer una revisión periódica de ellas.

Ojalá leyeran la exposición de motivos del Código Civil y leyeran estas líneas de ahí sacadas: "Para legislar no deben tomarse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, porque hay necesidades ficticias cuya satisfacción acarrearía gravísimos males, porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso descubrir y remediar; porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el provenir"³⁶.

El Código Civil está elaborado en una época en donde las ciencias físicas y naturales ya influían en la vida de la colectividad pero de manera incipiente. Los grandes descubrimientos químicos y físicos empezaban a transformar la vida del ser humano, pero muchos descubrimientos e inventos aún no se hacían del conocimiento público por los medios tan rápidos de difundir el conocimiento que ahora existen.

Es por eso que el legislador de 1928 no pensó en regular un método artificial que crearía serios problemas jurídicos, a pesar de que la inseminación artificial fue conocida desde 1799 aún no era del dominio público, ni las costumbres lo aceptaban, pero en unos cuantos años, habría de poner en crisis, no solo la moral sino también al Derecho y los legisladores mexicanos en lugar de "... tener los ojos fijos en el provenir..." y de recordar que: "El cambio de las condiciones sociales de la vida moderna impone la necesidad de renovar la legislación, y el Derecho Civil, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que la sociedades experimentan".

Es así, como los posteriores legisladores al de 1928, han permanecido estáticos dedicados solo a cumplir con las iniciativas de leyes que manda el Ejecutivo ignorando su verdadero papel.

³⁶ México. Código Civil Para El Distrito Federal. 62a. Edición. Editorial Porrúa. México. 1993. p. 9.

Concretamente nos referimos a la fecundación artificial en seres humanos, porque como hemos venido observando, este procedimiento produce consecuencias jurídicas no sólo en la rama de la filiación, sino también en el Derecho Sucesorio por lo que se refiere precisamente a la sucesión legítima de los descendientes, como podemos entender esta materia de la sucesión legítima se ve seriamente afectada por la práctica de la fecundación artificial, pues cuando la ley ha sentado el principio de que si una persona muere sin testar, la deben suceder en sus bienes y derechos que no se extinguen con la muerte, aquellos que llevan su propia sangre, sus descendientes, partiendo del supuesto de la liga de la sangre.

Y hoy que ya pueden fecundarse óvulos en el laboratorio y después implantarse en una matriz "alquilada o subrogada" y ahí desarrollar el embarazo, es necesario como ya se mencionó establecer la forma de comprobar la maternidad ya que esto produce también consecuencias en el Derecho Sucesorio. Ya que en el caso de que exista un testamento por parte de la madre biológica quien específicamente deja sus bienes a su descendencia, y si posteriormente se entra en la discusión de que si es ella la verdadera madre, en caso de que la solución se aplique conforme a nuestras actuales leyes, al no ser el producto fecundado su hijo legalmente, entonces a quien pasará la herencia, ¿se considerará intestada?. Este es uno de tantos problemas que ponen en crisis a la hipótesis legal de quiénes son descendientes y si tienen o no derecho a heredar.

Por lo que el Derecho debe regular los cambios de vida ya realizados, con vista en la Biología, y también de mirar hacia el futuro de esa ciencia, y prever los impactos que sufrirá la sociedad y dar bases para que se puedan regular en su momento las aún futuras conductas.

7.2.- Consecuencias Que Produce En El Derecho Hereditario La Falta De Reglamentación Sobre Los Nuevos Sistemas Para Determinar La Filiación.

El procedimiento de la fecundación artificial, específicamente el de la maternidad subrogada, como se ha venido mencionando, pone en peligro la filiación debido a que la maternidad se prueba con el solo nacimiento lo que repercute también en el Derecho Sucesorio.

Por **sucesión legítima** tienen derecho a heredar los descendientes, ascendientes y parientes colaterales dentro del cuarto grado, excluyendo a quienes vincula el parentesco de afinidad.

El parentesco de consanguinidad existe entre quienes descienden de un mismo progenitor (Artículo 293 C.C.D.F.). La progenitura biológica para trascender al ámbito del Derecho Hereditario, requiere de la existencia formal del parentesco, es decir, que, mientras la ley no reconozca como madre a la biológica, su descendencia, lograda a través de la maternidad subrogada, no tiene derecho a heredarle.

La sola vinculación genética no da lugar a derechos hereditarios, por ello para que tales derechos sean reconocidos entre la aportadora del óvulo, resulta indispensable la formalidad del parentesco que corresponda conforme a la ley. Lo equiparamos al caso de hijo natural no reconocido, que no tiene derecho a la sucesión de su progenitor, ni éste a la del hijo.

Por lo que, en la maternidad subrogada, para que la descendencia de la aportadora del óvulo, tenga derechos hereditarios por vía legítima, es decir, a la sucesión de la madre genética, requerirá de que se haya formalmente establecido el vínculo madre-hijo o del reconocimiento legal hecho por los progenitores biológicos. Del mismo modo para que a los donantes de las células germinales se les considere como titulares de derechos sucesorios por vía legítima del hijo genético, requieren de la vinculación formal del parentesco.

Conforme al Derecho vigente, en la maternidad subrogada no existirán derechos ni obligaciones derivados del parentesco genético entre la aportadora del óvulo y el nuevo ser, de aquí la necesidad de adecuar las normas jurídicas que determinan la filiación, para prevenir los alcances jurídicos de esta nueva figura, ya que no es justo negar el derecho a la herencia que tienen los hijos biológicos, nacidos a través de la maternidad subrogada, por el solo hecho de que la ley no prevé que la maternidad no basta comprobarla con el parto.

CAPITULO OCTAVO

OTROS ASPECTOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

8.1.- Algunos Criterios Internacionales.

A pesar de lo expuesto en este trabajo, no faltan quienes, como Gafo, adoptan posiciones contrarias a la solución genética: "Los informes de los distintos países, son unánimes en adoptar una actitud francamente crítica o negativa respecto a la maternidad subrogada. Además de las razones que luego expondremos, hay una doble razón que desempeña un papel importante en esa oposición generalizada. Por una parte, hay que citar las dificultades intrínsecas inherentes a este tipo de contrato. Y por la otra, la convicción jurídica de que debe darse preeminencia a la maternidad de gestación sobre la maternidad genética, algo que ya reflejaba el viejo adagio *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre), es decir, madre es la que da a luz"³⁷.

La convicción jurídica, no es compartida necesariamente por todas las legislaciones, pero si dijéramos que la mayoría de los códigos admiten el parto como referencia para asignar la maternidad, porque cuando fueron creados no se concebía la fecundación in vitro, no agregaríamos nada nuevo a lo antes dicho. Pero es el caso que, más allá de las sugerencias doctrinales o de las convicciones religiosas que se apoyan en el derecho romano, existen leyes que determinan, efectivamente, la filiación a través del parto, teniendo en cuenta las nuevas formas de fecundación asistida, quizá para convalidar la fecundación heteróloga

Sostiene Vidal Martínez, refiriéndose a la maternidad subrogada, "que esta práctica no es desconocida en la actualidad en Europa, pero que ha encontrado aquí una fuerte oposición. Así, dice, en 1984, un tribunal inglés accedió finalmente a que una mujer entregase al hijo que se había comprometido a gestar para otros por razones económicas, pero posteriormente, la ley del 16 de julio de 1985, trataba de evitar que en el futuro, intermediarios remunerados promuevan ese tipo de prácticas en el **Reino Unido**"³⁸. Esta anécdota no beneficia la posición del autor, ya que si bien la ley inglesa prohibió la intermediación comercial, no prohibió la subrogación materna retribuida

Sin embargo por lo que toca a **Holanda**, la legislación sobre nacionalidad, vigente desde el 1o de enero de 1985, dispone expresamente que la madre es

³⁷ GAFO, Javier, «Hacia Un Mundo Feliz. Problemas Éticos De Las Nuevas Técnicas De Reproducción Humana», Madrid, España, Editorial Sociedad de Educación, Atrás, 1987, p.p. 110-111

³⁸ VIDAL Martínez, op. cit. p. 185

la mujer que pare al niño, rechazando otras propuestas de diferenciación entre madre genética, fisiológica y legal. En igual sentido se ha pronunciado el Código de Familia de **Bulgaria** del 10 de mayo de 1985, que en el artículo 31 dice que "La maternidad se determina a través del nacimiento, aunque el hijo se haya concebido con material orgánico de otra mujer". También una ley de mayo de 1984, del estado de Victoria, en **Australia**, presume con relación al hijo procreado artificialmente que "madre es aquella mujer a la que se implanta el óvulo".

Pero no hay que perder la asignación de la maternidad a través del parto, ya que puede ser enfocada desde ángulos muy distintos: En las legislaciones creadas hace más de 25 años y que no han sufrido reforma hasta la fecha en materia de filiación, este dispositivo indica la presunción de que el parto prueba el vínculo genético, suponiendo que este último es refractario a la prueba directa. En algunos de los códigos modernos, en cambio, esa misma asignación puede constituir una fórmula protectora de la mujer estéril que recibe, en donación o venta, un óvulo ajeno con la pretensión de asumir la maternidad del producto. Es, pues, una forma de excluir las pretensiones de la donante. Pero también puede crearse como una fórmula de política legislativa tendiente a desanimar la práctica de la subrogación de vientres, como ocurre precisamente en **España**, en donde se atribuye a la **maternidad de gestación un rango mayor que a la vinculación genética**, "por la estrecha relación psicofísica de la mujer con el futuro niño, durante los 9 meses del embarazo".

Pero ¿qué ocurre con los derechos del padre genético, el esposo de la mujer estéril? en la disposición adicional segunda, después de prohibir la utilización de la transferencia de embriones para la gestación por sustitución, y de establecer la posibilidad de sancionar a las personas que participan en un acuerdo de gestación por sustitución, dispone finalmente que, si pese a todo hubiera descendencia, la madre legal será la gestante y los hijos serán registrados como sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la solicitud de paternidad.

Todo parece indicar que los criterios en favor de la madre, que tanto influyen en los códigos civiles y en los criterios judiciales de los países latinos, para otorgar la custodia de los hijos en los casos de divorcio, nulidad de matrimonio y separación legal, se han impuesto también en los autores del Proyecto Español, pues juzgan y condenan anticipadamente al contratante de la subrogación y al portador del semen fecundante, como si la madre portadora fuese la víctima inocente y, además, la más capacitada y merecedora de ejercer la potestad sobre un niño que, en principio, no quería, que cobro para tenerlo y que no es, genéticamente, suyo

8.2.- El Delito De Subrogación Materna

Hace años, Zannoni, refiriéndose a la fecundación extrauterina efectuada con gametos de la pareja, cuyo embrión hubiese sido implantado en el útero de otra mujer, sostenía que dicho parto tenía un contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres, por lo que esta hipótesis debía ser recibida en la legislación represiva del futuro.

Recientemente en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, de 1987, el respetado civilista propuso expresamente como delito, tanto "la inseminación de una madre portadora, como la implantación de un embrión en otra mujer que se obliga a entregar al niño luego de su nacimiento".

Por su parte, Gafo propone que se eleve a delito la implantación de embriones en mujer distinta de la que solicitó la fecundación in vitro con sus propios gametos. Comenta, además, que en el Proyecto Italiano, esta conducta se prohíbe y se penaliza con multa de veinte a cien millones de liras y suspensión del ejercicio de la profesión, por un período no inferior a cinco años.

En España, se prohíbe la gestación de sustitución en cualquier circunstancia, siendo objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación por sustitución, aún cuando no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que la realicen.

Frente a esta multitud de recomendaciones, el estado de **Victoria, en Australia**, parece ser el único, hasta la fecha, que ha legislado expresamente sobre este asunto, disponiendo la nulidad de los contratos sobre maternidad subrogada, pero, sobre todo, castigando como delito merecedor de sanción corporal y pecuniaria, el hecho de "el dar o recibir, o prometer dar o recibir pago, por ayuda a la realización de un contrato de maternidad subrogada o contratar el mismo".

A pesar de que no coincidimos con este criterio australiano, si estamos de acuerdo en que este es el primer ejemplo legislativo que constituye un puntual invaluable en el discusión internacional sobre el tema ya que **no castiga la subrogación en sí misma**, sino más bien, el **carácter lucrativo** de esta forma de reproducción, permitiéndonos concluir que la maternidad sustitutiva, por razones altruistas y sin remuneración alguna, será inmoral e ilícita en Australia, pero no delictiva

En relación a la cuestión legislativa penal, sostenemos rotundamente que no debe tipificarse como delito, ya que a ninguna mujer puede negarsele el derecho de ser madre y menos el de aplicar los avances científicos a un fin tan noble, por lo que no deber ser es ausplicable una legislación que castigue penalmente la maternidad subrogada, cuando se produzca por razones altruistas. La mujer que admita ceder temporalmente su cuerpo para este fin deberá otorgar su libre e informado consentimiento al igual que su marido, si fuese casada, por lo que el aprovechamiento de menores de edad o de incapaces mentales como incubadoras humanas, si debe ser castigado, independientemente del carácter gratuito u oneroso del servicio

Otra razón por la que, a nuestro juicio, sería inconveniente tal regulación, estribaría en el hecho de que el establecimiento de rígidas prohibiciones, como serían las penales, tuviesen, a falta de otra virtualidad, la de impedir al Juez apreciar los matices de cada situación concreta, quizá no tan enteramente negativos como algunos tratan de establecerlo.

En el continente americano no existen leyes que resuelvan el tema, aunque si una multitud de proyectos legislativos presentados en los diversos Congresos locales de los Estados Unidos y el aislado proyecto de Julio César Romano Norri para la Argentina, que propone agregar al Código Penal un artículo que reprima con pena corporal e inhabilitación para ejercer su profesión al médico o científico que realizare los siguientes experimentos o manipulaciones: cuando participare en experimentos donde una mujer, ya fuere por dinero o especie, alquilara su útero para ser fecundada mediante los sistemas de inseminación artificial, o en el caso en que dicha mujer aceptare idénticas remuneraciones para que se le implanten en su útero ovocitos fecundados in vitro con espermatozoides perteneciente a un tercero, con el cual no hay tenido relaciones sexuales, ni voluntad parental. En igual pena incurrirá la madre portadora y la pareja estéril que hubiere celebrado dicho convenio.

La sola inmoralidad del precio no nos parece una justificación bastante para exigir la intervención del Derecho Punitivo. No debemos olvidar que estamos en presencia de una fecundación homóloga y que la transferencia del cigoto a una mujer distinta de la madre biológica, surge de la necesidad de la pareja infecunda. Aquí no está en venta ni el embrión, ni el hijo por nacer, lo que no significa que ignoremos la trascendencia del servicio que se presta ni que aceptemos indiferentes el cobro, desde el punto de vista moral.

En cambio, la cesión de óvulo y vientre, motivada por el afán de lucro, no es otra cosa que el acuerdo delictivo anticipado para vender al propio hijo. Esta doble infracción a las exigencias morales, no puede justificarse ni siquiera en la necesidad económica de la madre subrogada. Tan grave ofensa a la dignidad del ser humano es la única, a nuestro juicio, merecedora de una intervención punitiva de carácter penal. Sin embargo, la pareja estéril no debe recibir el mismo tratamiento. Si no fuera merecedora de una excusa absolutoria, propondríamos al menos, una sensible atenuación de la pena, siempre que el motivo de esta transacción hubiese sido superar la infertilidad absoluta de uno de sus miembros, con el propósito de asumir responsablemente la paternidad del niño así concebido. Si la razón del contrato fuera la preservación estética o la comodidad de la madre, no podríamos esgrimir defensa alguna en su favor. Y quien alquila su útero y vende su ovulo en forma conjunta, impulsada por la miseria o la necesidad, merece también una mínima comprensión de la sociedad y una cuidadosa individualización penal por parte del juez, pero los terceros que induzcan o cooperen en la cesión de óvulo y vientre con fines de lucro o que, con este mismo fin, negocien con gametos o cigotos ajenos, no merecen consideración alguna social, ni jurídica.

Según nuestro Derecho, la madre es aquella que dá a luz al hijo, esto puede ser genéticamente cierto o no, según quien proporcione el óvulo pero ello es indiferente para la ley: madre es la que lleva al hijo en su vientre y la que dá a luz.

No existe forma jurídica alguna a no ser la adopción, para que el hijo procreado por encargo pase a ser hijo del matrimonio de la mujer estéril. El Código Penal tipifica como delito el "atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre". Y ya vimos quien es madre para la ley. Asimismo, es punible la conducta de quien presente un niño al registro civil "suponiendo que los padres son otras personas", como lo señala el artículo 277 del Código Penal Mexicano.

8.3.- Evolución De Los Criterios Legislativos Estadounidenses.

Resulta necesario analizar, las experiencias de otros países en relación con el tema, admitiendo las diferencias culturales, económicas y éticas que distinguen a los pueblos latinoamericanos de, por ejemplo, los **Estados Unidos de Norteamérica**, al que usaremos como referencia histórica-legislativa, porque en este país **nació la subrogación materna** y porque esa ahí donde esta práctica alcanza en la actualidad, niveles insospechados.

En los Estados Unidos, la opinión más generalizada postula la necesidad de aprobar una legislación especial, que resuelva las múltiples interrogantes que suscita el contrato de maternidad subrogada.

Varios proyectos de ley se han presentado, pero, que conozcamos, ninguno ha sido aprobado aún y la legislación estatal vigente sobre inseminación artificial, no resuelve las cuestiones jurídicas que la maternidad subrogada plantea.

Efectivamente en los últimos años, muchos proyectos legislativos fueron presentados ante los Congresos de los diversos estados de la Unión norteamericana, pero ninguno ha alcanzado el rango de ley. No obstante, la acelerada y extrema modificación de los criterios de este fenómeno, no es privativo de aquella específica sociedad, por lo que puede servirnos para hacer nuestras propias proyecciones con respecto al futuro de la maternidad subrogada en los países latinoamericanos y también para establecer nuestra actual posición en esa evolución.

Una advertencia sí debemos adelantar. El principal factor que motivó la modificación de los criterios legislativos sobre el tema de la subrogación en los Estados Unidos, fue el hecho de que la falta de leyes que los prohibiesen o reglamentasen, permitió que este tipo de convenios se multiplicaran, convirtiéndose rápidamente en una realidad social que influyó, fuertemente, en los valores y actitudes de la sociedad en general y de los legisladores en particular. Si el fenómeno se hubiera prohibido o limitado desde un principio, no tendría actualmente la aceptación de que goza en aquel país.

Siguiendo la obra de Kleegman y Kaufman sobre "Infertility In Women", Lori Andrews explica que estos autores llegaron a la conclusión de que las nuevas técnicas de reproducción humana, son recibidas inicialmente con una gran conmoción, y que deben pasar a través de diferentes etapas antes de ser aceptadas:

Cualquier cambio en las costumbres o en las prácticas, relacionadas con un tema emocionalmente cargado como éste, ha producido primero una respuesta de negación horrorizada por parte de la costumbre establecida y de la ley; después aparece una negativa sin horror; luego una lenta y gradual curiosidad que induce al estudio y evaluación del fenómeno y, finalmente, una pausa pero firme aceptación.

En relación al tema de la maternidad subrogada, la autora citada describe cómo muchos proyectos legislativos, los más antiguos, constituyeron una reacción horrorizada, particularmente por lo que toca a la subrogación retribuida.

- Dentro de la "etapa del horror", explica, muchas propuestas de la ley rechazaron cualquier tipo de maternidad sustituta (Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Wisconsin), mientras que otras solo se oponían específicamente a la subrogación pagada (Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregon y Pennsylvania). Algunos proyectos, como el presentado en el Distrito de Columbia y las propuestas alternativas para Florida y New York, rechazaban la subrogación retribuida, admitiendo la gratuita sólo si se la sometía a una amplia reglamentación.

El proyecto de Michigan resultó un ejemplo de actitud prohibitiva, al disponer que una persona que participe en un contrato de parentalidad subrogada, será responsable de una infracción o falta y castigada con una multa no mayor de diez mil dólares o prisión no mayor de un año. El proyecto apoya decididamente que cuando una persona distinta a la que participa en la relación principal, induce, arregla, procura o de alguna manera coopera en la formación del contrato de parentalidad subrogada, a cambio de una compensación, será culpable de un delito y castigado con una multa máxima de cincuenta mil dólares o prisión no mayor de cinco años. Este proyecto contiene, además, disposiciones punitivas especiales para quienes faciliten, induzcan o arreglen un contrato de esta naturaleza con una menor no emancipada o mentalmente retardada. Este tipo de arreglos constituyen un delito sancionable con cinco años de prisión o cincuenta mil dólares de multa, o ambas penas a juicio del juez.

- En el "periodo de la negación simple", desprovista de horror, algunos legisladores se opusieron a la maternidad subrogada, pero no consideraron conveniente imponer penas de prisión a las parejas que trataran de convertirse en padres a través de este método aunque ciertamente se pretendía desanimar a las personas para que no hicieran arreglos sobre subrogación, negando validez a estos contratos. Así, los legisladores de cuatro Estados (Connecticut, Illinois, North Carolina y Rhode Island), propusieron leyes que hacían que los contratos de subrogación fuesen inválidos e inexigibles.

Este tipo de propuestas legales, hacía que ni la pareja ni la madre portadora fuesen a la cárcel por participar en la reproducción contractual, pero si la subrogataria cambiaba de idea, el contrato no le podía ser exigido; los efectos prácticos de estos proyectos legislativos, serían similares a los que autorizan a la madre portadora a cambiar de idea antes del nacimiento, y constituirían un serio obstáculo para la proliferación de estos contratos, sin necesidad de recurrir al Derecho Penal.

- Durante la "etapa de evaluación", algunas legislaturas, en lugar de plantear normas relativas a la maternidad subrogada, propusieron o autorizaron comisiones de estudio, a fin de valorar los potenciales beneficios, pero también los riesgos, de los contratos de subrogación. Esta clase de comisiones fueron adoptadas por las legislaturas de Delaware, Indiana, Louisiana, Rhode Island y Texas, habiendo sido propuestas por lo menos en otros ocho Estados.

En la actualidad, el periodo de aceptación se manifiesta en la mayoría de los últimos proyectos legislativos sobre subrogación, pues todos incorporan la idea de que debe ser, de alguna manera admitida.

El interés legislativo se ha desplazado radicalmente, pues más que una actitud prohibicionista, tratan ahora de resolver, entre otros temas: los casos en que las madres portadoras deben ser pagadas; cuáles son las garantías necesarias para asegurar que los participantes den voluntaria e informadamente su consentimiento; en qué casos la pareja que pretende la paternidad debe ser reconocida como los padres legales; durante qué plazo, y si después del nacimiento, puede la madre portadora reclamar sus derechos sobre el hijo, y en fin, en qué casos y época vital puede el hijo nacido por este método, conocer su identidad y obtener información médica sobre su nacimiento.

Por lo que toca al tema pecuniario, la mayoría de los proyectos recientes, de alguna manera responden al criterio de la aceptación: las cuatro jurisdicciones de Columbia, Florida, New York y Wisconsin, aceptan específicamente sólo la subrogación gratuita; pero los proyectos legislativos de por lo menos doce estados, como California, Illinois, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, New Jersey, New York, Oregon, Pennsylvania y South Carolina, admiten los contratos de subrogación materna, tanto gratuitos como onerosos.

A continuación haremos una breve exposición de estos criterios, no sin antes aclarar, que éstos no distinguen entre la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre y la sola prestación de la matriz:

- Proyectos como los de **California e Illinois**, especifican que la compensación debe ser "razonable" indicando aparentemente que la Corte puede tener autoridad para disminuir la compensación, cuando la considere excesiva.

- Los proyectos de **Massachusetts, New York y Pennsylvania**, contienen el requerimiento de que el cobro debe ser "justo", lo que parece otorgar a los Tribunales el poder para incrementar el precio, si lo encuentran muy bajo, llegándose al extremo de que uno de los dos proyectos de **New Jersey** autoriza la subrogación, pero limitando el pago de la portadora a la cantidad de diez mil dólares.

En estos casos, en que la subrogación retribuida ha sido aceptada, se han producido grandes debates sobre si el pago a la subrogada equivale al precio del niño o al pago del servicio, tomando en cuenta que la mayor parte del precio convenido se entrega después del nacimiento y que, en algunos casos, la mujer no recibe el pago total si aborta.

- Lo más sorprendente, es que el proyecto de **South Carolina**, contempla expresamente esta situación, disponiendo que la aportadora no recibirá más compensación que los gastos médicos, si ella aborta durante o después del quinto mes.

- El proyecto de **Maryland**, por su parte, autoriza específicamente a que "una porción de la compensación total pueda ser retenida hasta que el niño nazca", aunque no indica si el pago está condicionado a que el niño nazca vivo.

- En cambio, una propuesta legislativa de **Michigan** condiciona el contrato de subrogación, a que no contenga una reducción del pago prometido si el niño es abortado o nace vivo pero defectuoso.

Sólo para aumentar la admiración, recordemos que estos cambios de criterio se han producido en el reducido lapso de diez años, demostrando que las coordinadas individualistas que imperan en el Derecho Anglosajón -un vigoroso "right to privacy" frente al "police power"- se ha impuesto sobre cualquier consideración ética o religiosa, al grado de que existen empresas que actúan como intermediarias, contando con asesoría médica y legal, las que se han reproducido tanto por vía natural, como por móviles económicos, en muchos países de Europa Occidental.

Sin embargo, debido de la ausencia de leyes que autoricen o prohíban la subrogación retribuida, han surgido las especulaciones doctrinales, para la posible aplicación de otras normas sobre temas semejantes, vigentes en los Estados Unidos, lo que da como resultado que cuando menos las leyes de veinticuatro estados podrían usarse para prohibir el pago a las madres subrogadas. Estas leyes castigan a quien pague a una madre biológica para que de su criatura en adopción, y han sido interpretadas por el Juzgado de Apelación de Michigan, para prohibir el pago a las madres sustitutas. En cambio, un Juzgador de Kentucky, sostuvo que el arreglo de subrogación no cae dentro de la política pública que prohíbe la venta de bebés, considerando que un padre biológico que paga a una madre sustituta no podría ser considerado comprador de su propio hijo, pero la Corte de Apelación revirtió la decisión y condenó el pago hecho a la subrogada.

La jurisprudencia, desgraciadamente, no es acorde y ni los raros precedentes judiciales han sido capaces de producir una efectiva intimidación, ya que en los Estados Unidos existen más de veinte agencias intermediarias, que ponen en contacto a parejas estériles con mujeres que se prestan a ser alquiladas. Hay también agencias de madres de alquiler, donde acuden tanto las madres que se ofrecen, como las parejas que las buscan, donde disponen de un catálogo de fotos y fichas técnicas de las posibles madres alquilables. Los honorarios sobrepasan los cincuenta mil dólares aproximadamente, que incluyen los gastos médicos y de abogados.

Esta evolución, no se produjo exclusivamente entre un reducido grupo de legisladores de amplios criterios, ya que la población estadounidense no rechaza, en realidad, este tipo de convenios. En el caso "Baby M" antes de que el Juez de Primera Instancia pronunciara sentencia para resolver el litigio entre la aportadora de óvulo y vientre, que se negó a entregar a la niña resultante a la pareja que había solicitado sus servicios, el diario "U.S. Today" publicó una encuesta en la que sus lectores se pronunciaron, por una amplia mayoría favorable para que se respetara el contrato (58% contra el 20.2% y un 21.8% de indecisos).

8.4.- Intermediación Y Oferta Pública.

Estamos convencidos de la necesidad de introducir una legislación que impida la creación u operación de agencias de reclutamiento de mujeres para embarazos subrogados, o la realización de gestiones en favor de individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre portadora. Tal legislación debería ser lo suficientemente amplia, para aceptar la maternidad subrogada, pero partiendo de la idea focal de que debe evitarse la explotación comercial de la subrogación materna y la participación interesada de terceros.

Quizá como respuesta a lo anterior, esté una ley en el Reino Unido e Irlanda del Norte (1985), que prohíbe y castiga como delito la publicidad, así como la gestión comercial encaminada a fomentar o cooperar en la formulación de acuerdos y contratos de maternidad subrogada, sin castigar a la madre portadora, a la pareja que reclama el servicio, al médico, ni la intervención gratuita de terceros en este tipo de convenios.

Esta conclusión molestaría seguramente a los abogados William Handel y Bernard A. Sherwyn, quienes dirigen en Los Angeles, California, la red norteamericana más importante de madres por sustitución.

En una entrevista que se hizo al primero de ellos, éste admitió que, "actualmente, en su programa tienen ochenta y cinco parejas que esperan un hijo y unas diez que buscan una madre portadora. Tenemos pocas madres de sustitución, aunque cada semana se presentan unas quince candidatas que han leído nuestros anuncios en 'Los Angeles Times' y en los diarios de las Universidades. Por supuesto que la dificultad para adoptar niños ayuda. No hay niños para adoptar y esto ha alentado prácticas como éstas de las madres de sustitución. Ya hace catorce años que se han puesto en práctica. En 1969, las agencias de adopción pedían a las familias californianas que adoptaran dos niños. Desde la promulgación de la ley de 1973, las madres solteras conservan sus hijos, pues reciben subvenciones del estado. Sólo quedan dos soluciones para quienes deseen tener un hijo: el mercado negro de bebés o las madres de sustitución".

Aún quienes aceptamos que la maternidad subrogada no debería entrar en la categoría de delitos, no podemos admitir que se publique sin ningún pudor la oferta respectiva.

Nos hubiera gustado asegurar, que las leyes penales de nuestro país pueden alojar la publicidad comercial de estos productos y servicios bajo el rubro "ultrajes al pudor público", pero es el caso que en la mayoría de los Códigos que contemplan esta figura, sólo hacen referencia a la publicación de escritos, dibujos o imágenes obscenos, es decir, relacionados con el erotismo o la sexualidad, como si fuese lo único capaz de ofender la sensibilidad humana.

8.5.- LEY ESPAÑOLA SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA.

Una nota periodística del 21 de octubre de 1988 describía escuetamente una ley de extraordinaria trascendencia para España y el mundo, decía: "Ayer quedó definitivamente aprobada la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, creación del diputado Marcelo Palacios, con los votos del Partido Socialista Obrero Español, Euskadiko Ezkerra, Izquierda Unida y la Agrupación Independiente Canaria. Votaron en contra el Grupo Popular, Centro Democrático y Social, Minoría Catalana, Democracia Cristiana y Partido Nacionalista Vasco. Esta ley asegura que su **finalidad fundamental** es la **actuación médica ante la esterilidad humana**, cuando otros procedimientos son ineficaces. Podrán someterse a tales técnicas todas las mujeres que gocen de un buen estado de salud, si dan su consentimiento libre y escrito, una vez que hayan recibido amplia y debida información. Las técnicas de reproducción asistida podrán realizarse con la contribución de donantes de gametos o preembriones. El donante será anónimo y de su donación nacerán como máximo seis descendientes, con relación a los cuales no tendrán derechos ni obligaciones. Esta donación nunca tendrá carácter lucrativo. El varón unido a una mujer, en matrimonio o no podrá consentir en testamento que su semen sea utilizado post mortem con efectos legales sobre el hijo, si la técnica se realiza en el plazo de seis meses desde su fallecimiento"³⁹.

³⁹ Periódico "El País". Madrid, España. 21 de octubre de 1988.

8.5.1.- Nuestro Interés.

Hemos decidido hacer la crónica de algunos dispositivos de esta normativa, porque es muy difícil sustraerse al influjo de una ley que reclama el título de pionera en el contexto europeo y que nace con la pretensión de reglamentar exhaustivamente el tema de la reproducción asistida, así como el diagnóstico, la terapia y la investigación genética básica, con parámetros internacionales homogables.

Además de la pretensión supranacional, que tiene la elaboración de esta ley, debido a que es la primera legislación exhaustiva sobre esta cuestión, ya que otras naciones no han terminado de concretar sus legislaciones, como son el Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Dinamarca, Suecia, y otras muchas que ni siquiera han hecho el intento.

Tomando en cuenta también, la tradicional influencia de la cultura y el Derecho Español en los países iberoamericanos, pues, aunque no siempre sea cierto, nuestro parentesco nos identifica con los valores protegidos por el legislador hispano y con los fines pretendidos con este cuerpo normativo.

Esta legislación es tan importante, que debe ser cuidadosamente analizada, sin la sumisión reverente de la perfección, ya que no coincidimos en todos sus criterios, pero es necesario describir algunos artículos que consideramos aceptables y rechazar totalmente el criterio acerca de la maternidad subrogada.

Es cierto que en México no sufrimos los mismos apremios legislativos en esta materia, pero si la preocupación por el futuro de esta técnicas, las que ya producen vida en nuestro territorio y el interés en aprender de los aciertos y errores ajenos para crear mejores leyes porque estamos convencidos de que lo importante, no es ser los primeros en escribir la historia, sino en vivirla en forma digna y placentera, pero regulada por el Derecho, el que no puede quedarse atrás a pesar del desinterés de nuestros legisladores.

En este apartado nos concretaremos a señalar algunos artículos de la ley en cita, con los que estamos de acuerdo y que pudieren servir de base para una futura legislación en nuestro país.

Ambito De Aplicación: El artículo 1º, apartado 1º, señala: "**La presente ley regula las técnicas de reproducción asistida humana: la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE) y la transferencia intratubárica de gametos (TIG), cuando estén científicamente y clínicamente indicadas y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados**".

Sin olvidar que la maternidad subrogada es una variante de la fecundación in vitro.

Finalidad Fundamental: El mismo artículo 1º, en su apartado 2º, dispone: "Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces".

Información Y Asesoramiento: La pareja solicitante debe aceptar libre y concientemente la aplicación de estas técnicas, siendo previa y debidamente informada sobre ellas.

Por ello, señala en su artículo 2º, apartado 2º: "Es obligada una información y asesoramiento suficiente a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen".

"La mujer que desee utilizar estas técnicas de reproducción asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivado de la edad inadecuada", agrega el apartado 6º, apartado 2.

Estas exigencias aparecen reforzadas por el artículo 20, apartado 2, A, C, ya que se considera una infracción grave "la omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por la presente ley, así como la falta de realización de historia clínica".

8.5.2.- Maternidad Subrogada.

Según dice la exposición de motivos: "En esta ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de reproducción asistida... la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos éticos entre las partes considerados insalvables, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger, o, finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del derecho de familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas".

Pues bien, la opinión legislativa sostuvo ilimitadamente el derecho de la mujer sola a fundar su propia familia, pero resultó totalmente desfavorable a la maternidad subrogada, es decir, a la posibilidad de que se negocie con la función de gestación y la asignación de la maternidad.

Es así que el artículo 10, apartado 1, declara **"Nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero"**.

Esta ilicitud no sólo afecta a los contratos en que se aporta óvulo y vientre, sino también a los que prometen el servicio de incubación o prestación de útero, tanto cuando se paga el servicio como cuando éste se presta por altruismo.

La descalificación sólo va dirigida a la validez jurídico-civil del contrato y, por tanto, a su exigibilidad, pero la ley no incluye entre las infracciones que contempla, ni la contratación de la maternidad subrogada, ni la intermediación, ni la publicidad comercial de este servicio.

El tema, pues quedó abierto a futuras reformas, porque todos sabemos que la sanción de nulidad de un acto jurídico es una medida insuficiente para prevenirlo.

Para el caso de que, no obstante la prohibición, se produjera el arrendamiento de úteros, la ley resuelve el cuestionado tema de si la maternidad deriva del parto o del nexo genético, disponiendo expresamente, en el artículo 10, apartado 2, que **"La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto"**, dejando a salvo la vinculación genética, como fuente básica de la filiación en los casos de reproducción no asistida.

Como en la aportación de óvulo y vientre, la madre genética es también quien soporta la gestación y el parto, la disposición transcrita sólo puede aplicarse al maternidad subrogada con prestación de úteros. Dejando indefensa a la mujer infértil que aportó su óvulo a fin de que, una vez fecundado con semen de su marido, fuera trasladado a un vientre mercenario o altruista, pretendiendo recuperar a su hijo después del nacimiento,

sin poder reclamar su maternidad, ni desplazar a la madre portadora, pero su marido sí podrá reconocer como propia a la criatura o emplazar judicialmente su paternidad, exigiendo la custodia del hijo o, por lo menos el derecho de visita, toda vez que el último apartado del artículo 10, deja **"a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales"**.

A pesar de la prohibición y la respectiva nulidad del contrato de subrogación, nada se opone a que éste concluya felizmente. Es cierto que las disposiciones transcritas identifican a la madre en virtud del parto, desplazando a la madre genética y la ejecución forzada del convenio, a causa de su nulidad absoluta, pero no impiden que la promesa se cumpla y que la madre portadora entregue al hijo resultante, precisamente a sus padres genéticos.

CONCLUSIONES

1.- Derivado del desarrollo de esta tesis, consideramos que en relación con la normativa jurídica de la Biotecnología, el legislador debe tomar en cuenta los siguientes tres factores:

1º.- **La ley eventualmente debe responder a una utilidad social.**

2º.- **Debe inspirarse en un principio de justicia.**

3º.- **El legislador, sin prescindir de toda consideración del orden moral, debe entender que toda moral es contingente, que varía con la coyuntura y que debe ser aplicada a la luz de la evolución social.**

Es decir, que no tiene por qué retardar la acción de la justicia, sino hacerla más cautelosa en la aprehensión de realidades tan complejas. Frente a esto, la labor del doctrinario y del legislador ante el sorprendente desarrollo de la medicina moderna en materia biogenética debe estar dirigida a preservar la subsistencia de las relaciones familiares y de la familia misma, como institución jurídica fundamental, para evitar que se vea perturbada por las manipulaciones que alteran el desarrollo natural del proceso de la fecundación, de la gestación y en última instancia de las relaciones familiares de la persona, cuyo nacimiento obedece a esa intervención no natural en el proceso de su creación como ser humano, lo que **no significa que prohíba las técnicas de la reproducción artificial**, sino por el contrario, que las **regule debidamente con el objeto de evitar consecuencias perjudiciales tanto para el hijo fecundado artificialmente como para toda la estructura familiar.**

2.- La **FERTILIZACION O PROCREACION ASISTIDA**: Es el acto de impregnación del elemento femenino por el masculino, por medios artificiales para que con esto se de la concepción de un ser.

- La **INSEMINACION ARTIFICIAL** consiste en la **introducción del semen en el interior del canal genital femenino, por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual**, es decir, es el **método por el cual se fecunda una mujer sin la realización de la cópula carnal, a través de la implantación de espermatozoides en su organismo**. Es un método distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el esperma en el interior de los órganos genitales de la mujer.

- La **FECUNDACION IN VITRO**, se realiza cuando a una mujer se le extraen varios óvulos y se fertilizan con semen en el laboratorio, de esta manera el embrión se encuentra en un ambiente adecuado y posteriormente se implanta en el útero de la mujer.

Cuando los embriones se implantan en una mujer distinta a la que aportó el óvulo, estamos ante el fenómeno denominado **maternidad subrogada, madre portadora o madre sustituta**.

- La **REPRODUCCION CLONICA**, para lograrla se necesita tener un célula sexual fecundada. Obtenida esa célula sexual, se procede a extraerle el núcleo: se forma simultáneamente otra célula no sexual, a la cual se le extrae también el núcleo y este núcleo de la célula no sexual, se coloca en el sitio del núcleo de la célula sexual. Una vez clonificada la célula sexual fecundada, se implanta en un útero, para que ahí continúe su desarrollo, como si se tratara de una fecundación in vitro. Al llegar al final del desarrollo de la célula clonificada da lugar al nacimiento de un ser idéntico a aquél del cual se tomó el núcleo de la célula no sexual.

Es una alteración química celular, por medio de la cual se sustituye parte de los cromosomas de una persona por la célula de otra, logrando con ello un ser exactamente igual al que aportó la célula (**Clon** significa "fragmento seccionado").

3.- La fecundación in vitro puede tener lugar empleando esperma del marido o de un donador y de un óvulo extraído de donadora o de la esposa.

El empleo de gametos del marido y la extracción de un óvulo de su mujer para producir artificialmente la fecundación extracorpórea (excluyendo en esta manera la procreación por la vía sexual, para insertar después el embrión por medios quirúrgicos en el vientre de la esposa, o de otra mujer en calidad de madre subrogada), es tan delicado, que **sólo debe ser permitido por la ley, en casos comprobados de imposibilidad de la mujer para concebir**, por causa de mala conformación de su aparato genital o por otras razones de origen orgánico, exigiéndose que la fecundación in vitro, sólo podrá ser practicada por médicos gineco-obstetras o ginecólogos autorizados para esa clase de operaciones y sólo en clínicas debidamente instaladas y autorizadas para esos efectos.

La experiencia nos revela que es necesario, adecuar nuestra legislación vigente, para que dentro de ella queden severamente reglamentadas las técnicas de reproducción asistida, antes de que las consecuencias de la falta de reglamentación provoquen conflictos cuyas soluciones estén fuera de la ley, ya que, una vez más, la ciencia ha rebasado los límites del Derecho.

4.- En la Maternidad Subrogada, la mujer infértil y su marido aportan el material genético, para que sea implantado en otra mujer que acepta llevar al hijo en su seno durante el embarazo y entregarlo a la pareja a su nacimiento; como se ve, se trata de un caso de maternidad sustituta, en el que la mujer a la que le ha sido implantado el embrión, conviene en llevar en su vientre al ser así concebido durante todo el periodo de la gestación y darlo a luz al concluir ésta. **La mujer portadora es una madre sustituta que ha**

prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer infértil.

Para que pueda tener lugar este fenómeno, se requiere la celebración de un convenio entre la mujer infértil y la madre sustituta, conforme al cual, esta última consiente en soportar el embarazo, los riesgos del parto y una vez dado a luz, entregar al infante. Incluyendo una cláusula en la cual, la mujer que ha prestado su útero reconoce no ser la madre y acepta, antes de la concepción del hijo, en entregarlo a la pareja que solicitó sus servicios, y que son los padres genéticos y biológicos.

Ya en algunos países los préstamos de útero constituyen un negocio organizado y lucrativo pero fraudulento o inaceptable para otros, que se basan en que es flagrantemente violatorio de un principio de orden público, conforme al cual la paternidad y la maternidad no pueden ser objeto de contrato, de renuncia o de convenio y por lo tanto son inexistentes y carecen de total eficacia jurídica los pactos que se celebren aún entre los cónyuges y la madre sustituta para entregar a su cliente un producto biológico terminado.

Por lo que resulta necesario aclarar, que el **objeto** del contrato no es la maternidad, sino la prestación del **servicio de incubación**, por llamarlo de alguna manera, y en dicha cláusula no estamos disponiendo de la filiación sino siguiendo su propia naturaleza que deriva del vínculo biológico y genético.

5.- Por razones como las anteriores, tal fenómeno ha planteado en la práctica graves problemas para el infante concebido in vitro y gestado en el vientre de una mujer que biológicamente no es su madre y que al llegar el momento del nacimiento se niega a entregar al hijo que ha dado a luz, surgiendo las siguientes interrogantes ¿Puede ser forzada al cumplimiento de este contrato? ¿En realidad existe tal contrato? ¿Cual sería la situación legal del embrión? ¿Puede la madre portadora del feto, durante el embarazo disponer de él a su arbitrio? ¿Quién está autorizado para cuidar y vigilar la conducta y la vida privada de la madre portadora durante el embarazo? Estas y otras muchas cuestiones de semejante gravedad, suscita la Biotecnología, cuestiones no ajenas para el Derecho pero sí ajenas de legislación.

En lo que respecta al embrión, la respuesta la encontramos en el artículo 22 del Código Civil, que nos dice "... desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en el presente código". Por lo tanto, la portadora del feto durante el embarazo no puede disponer de él a su arbitrio, ya que, independientemente de la presencia de estos hechos no previstos expresamente pero implícitamente reales, debe prevalecer la protección que al nasciturus le otorga este Código.

Por otra parte, la Ley General de Salud, otorga a la Secretaría de Salud facultades para intervenir en lo relativo a la planificación familiar, que "comprende el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana,

prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer infértil.

Para que pueda tener lugar este fenómeno, se requiere la celebración de un convenio entre la mujer infértil y la madre sustituta, conforme al cual, esta última consiente en soportar el embarazo, los riesgos del parto y una vez dado a luz, entregar al infante. Incluyendo una cláusula en la cual, la mujer que ha prestado su útero reconoce no ser la madre y acepta, antes de la concepción del hijo, en entregarlo a la pareja que solicitó sus servicios, y que son los padres genéticos y biológicos.

Ya en algunos países los préstamos de útero constituyen un negocio organizado y lucrativo pero fraudulento o inaceptable para otros, que se basan en que es flagrantemente violatorio de un principio de orden público, conforme al cual la paternidad y la maternidad no pueden ser objeto de contrato, de renuncia o de convenio y por lo tanto son inexistentes y carecen de total eficacia jurídica los pactos que se celebren aún entre los cónyuges y la madre sustituta para entregar a su cliente un producto biológico terminado.

Por lo que resulta necesario aclarar, que el **objeto** del contrato no es la maternidad, sino la prestación del **servicio de incubación**, por llamarlo de alguna manera, y en dicha cláusula no estamos disponiendo de la filiación sino siguiendo su propia naturaleza que deriva del vínculo biológico y genético.

5.- Por razones como las anteriores, tal fenómeno ha planteado en la práctica graves problemas para el infante concebido in vitro y gestado en el vientre de una mujer que biológicamente no es su madre y que al llegar el momento del nacimiento se niega a entregar al hijo que ha dado a luz, surgiendo las siguientes interrogantes ¿Puede ser forzada al cumplimiento de este contrato? ¿En realidad existe tal contrato? ¿Cual sería la situación legal del embrión? ¿Puede la madre portadora del feto, durante el embarazo disponer de él a su arbitrio? ¿Quién está autorizado para cuidar y vigilar la conducta y la vida privada de la madre portadora durante el embarazo? Estas y otras muchas cuestiones de semejante gravedad, suscita la Biotecnología, cuestiones no ajenas para el Derecho pero sí ajenas de legislación.

En lo que respecta al embrión, la respuesta la encontramos en el artículo 22 del Código Civil, que nos dice "... desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en el presente código". Por lo tanto, la portadora del feto durante el embarazo no puede disponer de él a su arbitrio, ya que, independientemente de la presencia de estos hechos no previstos expresamente pero implícitamente reales, debe prevalecer la protección que al nasciturus le otorga este Código.

Por otra parte, la Ley General de Salud, otorga a la Secretaría de Salud facultades para intervenir en lo relativo a la planificación familiar, que "comprende el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana,

planificación familiar y biología de la reproducción humana", por lo que conforme a este precepto, la Secretaría de Salud en ejercicio de esta autorización, sólo puede intervenir en las cuestiones relativas a la investigación en esas materias, quedando la laguna de si también se refiere a la aplicación de las técnicas relativas a la reproducción artificial de seres humanos, ya que de permitirse, el contrato no tiene porque ser ilícito, puesto que está autorizado por la ley. De esto se aprecia que el Estado, a través de sus órganos competentes debe legislar sobre estas materias, con el fin de otorgar eficacia jurídica a convenios o contratos que tengan por objeto el préstamo de útero y **declarar procedente la maternidad subrogada.**

6.- En la **Maternidad Subrogada**, hablamos de una **FECUNDACION IN VITRO HOMOLOGA**, porque los elementos óvulo y espermia provienen de los cónyuges; pero como la implantación del producto se realiza en útero de mujer distinta a la aportadora del óvulo, es decir, se implanta en mujer que solamente portará el producto ya fecundado, pero no aportó el óvulo para su concepción, hablamos de una **IMPLANTACION HETEROLOGA**.

En cambio, cuando el espermia proviene del marido y otra mujer distinta a su esposa aporta el óvulo y presta su vientre, se habrá producido una **FECUNDACION IN VITRO HETEROLOGA**, pero se habla de una **IMPLANTACION HOMOLOGA**, debido a que la misma se realiza en la propia mujer aportadora del óvulo, y quien, en este caso, es la única y verdadera madre.

Este segundo caso suele considerarse como "la verdadera maternidad subrogada", pero en realidad a nuestro juicio, no procede tal figura, sino que dá lugar a una nueva figura jurídica, a la cual denominamos "**ADOPCION PRENATAL**", que es cuando una pareja conviene con una mujer, para que ésta no sólo preste su vientre, sino también su óvulo, y como biológica, genética y jurídicamente, esta mujer a quien se le solicita el servicio es la madre; a la esposa del varón que aporta el espermia, sólo le queda optar por la figura de la adopción prenatal o pre-fecundación.

De aquí que es necesario diferenciar entre:

Contrato de Maternidad: Que es la prestación de óvulo y vientre.

Donde la madre de alquiler lo es no sólo de su vientre, sino también del óvulo, de forma que se habrá producido una fecundación artificial heteróloga siendo el varón de la pareja solicitante quien aporta el semen, mientras que la verdadera madre sería en este caso, la mujer alquilada.

Y Contrato de Incubación: Cuando se aporta exclusivamente el vientre para recibir uno o varios cigotos producidos con material genético ajeno.

Aclarando que cuando la pareja que decide utilizar los servicios de incubación, es la misma que ha producido el embrión que va a ser implantado en la matriz de la madre sustituta,

estamos ante un supuesto de fecundación homóloga in vitro y su posterior transferencia al útero de una mujer distinta de la madre genética. Surgiendo entonces el problema de determinar **cuál es la verdadera madre**, ya que junto a la dueña del óvulo fecundado, que sería la madre biológica, está la mujer que ha gestado y dado a luz al hijo, que vendría a ser la madre legal.

A nuestro juicio debería distinguirse entre la gestación por cuenta de otra según haya o no aportación de óvulo, de forma que en el primer supuesto habrá que considerar siempre nulo cualquier convenio, pues estaríamos ante un contrato cuyo objeto está fuera del comercio de los hombres, siendo su consecuencia la imposibilidad de vinculación y cumplimiento forzoso del mismo, por darse la figura de la adopción la cual es revocable. Por el contrario, si se trata de un contrato de alquiler de útero, haya o no precio, existiendo además un fundamento altruista, el convenio donde se fijan las condiciones del servicio debería ser válido y, por ello, de necesario cumplimiento.

Preocupado por este mismo tema, un **grupo de trabajo del Comité de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas**, auspiciado por el Consejo de Europa, se reunió en Estrasburgo, en febrero de 1987 y sostuvo que, si bien no debía utilizarse este primer método, corroborando la falta de validez de los acuerdos respectivos, no obstante, en forma excepcional, la fecundación en una madre de sustitución podría utilizarse: A) Si la madre subrogada no tiene ninguna ventaja material de la operación y B) Si la madre de sustitución puede optar por quedarse con la guarda del niño al nacer.

7.- Nosotros deducimos que, el que la maternidad subrogada, no esté contemplada en la ley, no significa que sea contraria a ella, ya que si bien no la reglamenta, tampoco la prohíbe y de acuerdo con el **Principio de Legalidad** que reza: "**La Autoridad puede hacer todo lo que la ley le permite y los particulares pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba**", el simple hecho de no estar expresamente permitido por la ley, no quiere decir que sea contraria a ella puesto que pertenece al orden de lo que es jurídicamente libre, porque lícito es lo que no está prohibido por la ley. Por lo tanto el contrato de maternidad subrogada **no adolece de nulidad en base a su objeto**.

Más bien se trata de un contrato de prestación de una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación de incidencias, etcétera y que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un innominado y atípico contrato de prestación de servicios, pero tipificable en el futuro y perteneciente al Derecho de Familia.

8.- Respecto a la **ejecución forzada** del Contrato de Subrogación Materna, nos encontramos ante tres hipótesis, dignas de análisis, ya que el incumplimiento crea situaciones diversas según el momento en que se produzca: Una vez formalizado el contrato de maternidad subrogada, la mujer alquilada podría negarse a: **A) Someterse a la**

transferencia del embrión; B) Continuar el embarazo una vez lograda la implantación, o C) Entregar a la criatura después del nacimiento.

A) En la primera hipótesis, coincidimos con los tratadistas, que dicen que aunque la maternidad subrogada fuese reglamentada por la ley en el futuro y la moral pública la admitiera, no sería posible exigir a la mujer arrepentida el cumplimiento del contrato, porque se trata de actos personalísimos sobre los que no cabe ninguna coacción legal, aunque sí el pago de daños y perjuicios si el incumplimiento careciera de justificación, pero esto, solamente cuando todavía no se haya realizado la fecundación.

Porque si ésta ya se realizó y la mujer alquilada se niega a que se le implante el embrión, la situación varía, en virtud de que ya no se trata simplemente del cumplimiento del contrato, sino, principalmente, de la protección que la ley otorga al embrión considerado ya como persona física, a partir de la concepción (nasciturus), por lo que aquí sí puede exigirse a la mujer alquilada el cumplimiento forzado del contrato.

Claro que si alguna vez el servicio de subrogación materna llegara a generalizarse, al grado tal, de volverse impersonal e indiferente la identidad de la mujer que lo preste, con tal de que llene ciertos requisitos objetivos de funcionalidad orgánica, y existan varias mujeres "disponibles" para prestarlo, entonces podría aplicarse el artículo 2027 que señala: **"Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible. ..."**

B) En la segunda hipótesis, si la mujer se niega a continuar el embarazo, el caso supera los límites contractuales, pues en nuestro país no existe la posibilidad jurídica de abortar impunemente. Pero si esta decisión se lleva a la práctica en un legislación que permita la interrupción del embarazo en forma amplia, el incumplimiento sólo tendrá efectos en las cláusulas económicas del contrato o en la posibilidad de exigir alguna indemnización. Pero si el aborto está prohibido, como en nuestro país, la continuidad del embarazo se convierte en una obligación de carácter público y no de tipo contractual, derivada de la norma penal que prohíbe el aborto y la mujer alquilada no puede justificarse en una cláusula contractual que admita el aborto, para tratar de evadir su responsabilidad penal derivada del aborto.

C) En la tercera hipótesis, si el embarazo culmina con el nacimiento de la criatura, la solución entonces se complica aún más, pues a pesar, que una cosa es exigir el cumplimiento del contrato, es decir, la entrega del niño, y otra la de entablar una acción de filiación, ambas acciones van interrelacionadas porque la acción de filiación tiene como objetivo demostrar que la madre no es la mujer que dio a luz, sino la que aportó el óvulo, y en base a esto exigir la entrega del niño, pues de lo contrario y según nuestra ley, la mujer alquilada será la madre y no podrá exigírsele la entrega del niño, al ser la maternidad irrenunciable. Surgiendo el verdadero problema, ya que lo que se reclama no es el cumplimiento del contrato, sino el emplazamiento de una relación materno-filial apoyada en las modernas pruebas sobre histocompatibilidad, pretendiendo desconocer la presunción que surge en favor de la mujer que subrogó el vientre, por el simple hecho del parto.

9.- El vínculo biológico es la esencia original de la filiación, ya que a través de él nos identificamos con nuestros descendientes porque, sin negar la importancia de la socialización y las bondades de la adopción, la capacidad de crear vida y las coincidencias genéticas que caracterizan al parentesco natural, tienen esa indudable trascendencia que une a la familia y que origina en los científicos el afán de búsqueda de un remedio contra la esterilidad humana.

Por ello el legislador, al fijar las presunciones que conducen al vínculo paterno-filial o al reglamentar su investigación e impugnación, debe hacer constante referencia a fenómenos que suponen una identificación cromosómica entre padres e hijos, es decir, a circunstancias que identifican entre sí a las personas que aportaron su material genético para la concepción y al producto resultante, una vez separado del seno materno y es por esta razón también que debería definir la investigación de la paternidad (refiriéndonos tanto a paternidad como maternidad) como el procedimiento apropiado para identificar y concretar la individualidad del padre, de la madre o de ambos, con relación a la persona de determinado hijo. Identificación que no puede ser otra que la biológica y genética, pues las meras presunciones han quedado atrás, al abrirse paso formas de fecundación artificial que originan conflictos de paternidad y ante la aportación de nuevas pruebas, por medio de las cuales se determina la verdadera filiación, que es la biológica y genética. Dejando abierta la posibilidad de que la persona que se considere con derecho, y lo pruebe, de inscribir como suyo el hijo reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a este fin.

No resulta difícil suponer o "presumir" quien es el verdadero progenitor para la ley, lo difícil había sido, demostrar positivamente la vinculación biológica. Sin embargo, a través de la incompatibilidad sanguínea se logró, primero, la prueba negativa de la paternidad, y ahora, recientemente por aplicación de un nuevo sistema denominado **Complejo Mayor de Histocompatibilidad (HLA -Human Lymphocyte Antigen-)**, es ya posible afirmar de manera casi absoluta, con una **certidumbre superior al 99%**, que una persona determinada es el padre o madre biológico de un cierto niño.

Esta apertura probatoria hacia el nexo biológico, sin necesidad de recurrir a presunciones, o haciendo que todas ellas admitan prueba en contrario, es una aportación invaluable de la ciencia al Derecho, razón por la que, el legislador debe disponer con toda modernidad que en los juicios de investigación o de impugnación de la paternidad, sean admisibles las pruebas de los grupos sanguíneos, marcadores genéticos o cualquier otro método de exclusión o confirmación de la paternidad, que pueda desarrollarse en el futuro.

Lo que no significa un cambio en el criterio legislativo respecto de la fuente genética de la filiación, sino solo que ésta sea demostrada con pruebas fehacientes que no admitan nada en contrario, perfeccionado así el sistema de transporte, pero no el punto de partida, ni el destino, que siguen siendo los mismos.

Si analizamos nuestra legislación, que no ha reformado sus normas para adecuarlas a los avances científicos veremos que, excluida la adopción, cuya base

voluntarística resulta indiscutible, nuestro Código ha buscado, a través de diversas presunciones el origen genético de la filiación.

10.- En los últimos años, a partir de la posibilidad de demostrar fehacientemente la vinculación genética, la idea de que **cada persona debe ostentar la filiación que realmente le corresponda por naturaleza**, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos en matrimonio, ha empezado a imponerse en las legislaciones modernas; que sostiene que cada sujeto debe figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien responda al vínculo biológico y genético, disponiendo de los medios que el Derecho pone a su alcance y que son las acciones de filiación y las pruebas biológicas que sirven para rectificar la situación en que vive, en caso de no estar conforme con ella, es decir, para dejar de estar unido con quien no tiene lazo consanguíneo alguno, o para comenzar a estarlo, si tal unión no consta legalmente.

En el terreno de la maternidad subrogada la insustituible aportación genética del óvulo es totalmente ignorada por nuestro Derecho ya que se deja a la madre aportadora en el anonimato, confiriendo la maternidad a la portadora, quien a pesar de ser la madre legal no es la madre biológica ni genética.

El Principio de la **verdad biológica** debe influir en una nueva reforma al Capítulo de Filiación para que cualquier persona pueda develar el misterio de su origen, de la misma manera que influyó cuando gracias a él desapareció la categoría de los llamados hijos ilegítimos.

En consecuencia, es necesario reflexionar sobre el contraste entre la verdad biológica y la forma en que debe regularse la fecundación artificial, decidiendo si la voluntad de los particulares puede fundar relaciones paterno-filiales que no quieren diferenciarse jurídicamente, de las basadas en la procedencia genética, debido a que nuestra legislación, al carecer de preceptos que la regulen, hace prevalecer la posesión de estado sobre el vínculo genético.

Hace falta que nuestros legisladores se empapen de cierto realismo jurídico; porque la formulación del derecho no debe constituir un discurso desconectado de la realidad, sino que deben considerarse los hechos, los avances científicos y valorarse según su significación social, a la luz de un criterio establecido y a su vez, reglamentarlos.

11.- Las acciones de investigación o impugnación de la paternidad, por lo que toca a las nuevas técnicas, deben partir de un elemento distinto, que es el verdaderamente relevante en este tipo de filiación: el **elemento biológico** que en la maternidad subrogada no puede ser sustituido y que es causa eficiente, última e infungible, ya que no puede desconocerse que la mujer aportadora es la madre biológica, por lo tanto real y debe ser la jurídica, porque de no ser así se trataría de un caso de discordancia entre el

vínculo biológico y el jurídico que la ley reconoce, privilegiando el rol materno a la mujer portadora.

En el caso de aportación de vientre y de óvulo se da una situación similar a la adopción, donde la voluntad de los interesados es admitida, pero antes de la concepción y es convincente establecer un sistema de adopción prenatal, con todas las características de la adopción plena.

Por lo que nosotros proponemos una nueva legislación a fin de incluir esta adopción prenatal y especialmente, la maternidad subrogada con el fin de que en la filiación se acepte como **prueba plena la biológica**. Ya que por aplicación irrestricta del nexo genético la aportadora del óvulo será considerada como madre del producto de la fecundación, independientemente de la mujer que lo gestó, a pesar de la voluntad de ésta última de asumir el embarazo y el parto.

Lógicamente algunas de estas conclusiones resultarán inadmisibles, a la luz de nuestra legislación vigente, pero la solución se encuentra en proponer las reformas necesarias para dar cabida a esta nueva fuente de la filiación.

Si recorremos el Continente Americano descubriremos que son muchas las legislaciones que no regulan los efectos de la reproducción asistida propiciando que la doctrina recorra todos los caminos, incluso los que conducen a las aberraciones y que los juzgadores al no tener fundamentos legales que la respalden, se ajusten a las leyes existentes, que en muchos casos son obsoletas en esta materia.

Muchos justifican el atraso legislativo en el hecho de que el legislador desconoce las posibilidades de la inseminación y fecundación artificial, o en que conociendo su existencia consideró que estas técnicas carecían de trascendencia estadística y social, por lo que no valía la pena impulsar el proceso legislativo para regularlas, además de que resulta difícil, por no decir políticamente peligroso, tomar posición respecto de fenómenos tan controvertidos.

En México, la Ley General de Salud dice, escuetamente, en la última parte del artículo 466, que "la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge", y si bien no especifica el tipo de inseminación, ni admite expresamente que la autorización del marido constituya una nueva fuente de la paternidad, sugiere, al menos, que el legislador ha tomado conciencia del tema.

Pues bien aunque parezca paradójico, entre quienes consideran que la actual legislación no resuelve los conflictos derivados de las nuevas técnicas de fecundación, por lo que debe legislarse sobre el tema, están autores que apoyan y también quienes pretenden prohibir legalmente estas técnicas, sin embargo nosotros consideramos que la fecundación artificial es una manifestación nueva presentada por la ciencia y que debe captar el derecho para evitar el mal uso y la proliferación de nuevas formas de conducta antisocial,

no previstas en un sistema jurídico que, a pesar de haber sido excelente en su época no pudo prever la tremenda evolución científica y tecnológica de estos últimos años.

Consideramos justificada la ansiedad por tener un hijo pero la fecundación artificial encierra tales peligros de orden psicológico, moral y hasta emocional, que solamente en casos especialmente previstos en la reglamentación y controlados puede hacer viable su implantación.

Como, de lo anterior se desprende, no existe en la actualidad norma alguna que regule la fecundación in vitro y mucho menos en el caso de la maternidad subrogada por lo que es necesario regularla, porque aunque en nuestro país las consecuencias no han llegado todavía a los tribunales, es necesario asimilar su presencia y ponderar la posición de la madre biológica para que sea ésta la madre jurídica también.

12.- Claro que en la época en que se crearon nuestros códigos civiles, la sangre, no había entregado todavía al sistema probatorio de ellos, la posibilidad de demostrar mediante el método de la histocompatibilidad, quiénes eran en realidad las personas que habían dado en herencia al hijo las proteínas antigénicas de la membrana citoplasmática, codificadas en el sexto par cromosómico, es decir, los padres biológicos, con un grado de confiabilidad entre el 96 y el 99.9% como hoy ocurre.

Esta aportación científica al tema jurídico de la filiación aún no ha sido recogida y dotada de efectos probatorios por nuestra ley, la cual debería establecer que **"la posesión de estado debidamente acreditada en juicio tendrá el mismo valor que el reconocimiento expreso, siempre que no fuere desvirtuado por prueba en contrario por el nexo biológico"** y que **"en las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte"**, solucionando así en gran parte la debatida cuestión de determinar quién es la madre en los contratos de maternidad subrogada, dejando inexistente la dualidad de madres, al quedar biológicamente establecida la verdadera maternidad y por lo tanto jurídicamente.

13.- Chávez Asencio sostiene que la maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y por consiguiente, perfectamente conocido, siendo los elementos para la filiación materna, el parto y la identidad. "Por lo tanto en relación a la madre el parto es un hecho que permite conocer la filiación dentro o fuera del matrimonio. El alumbramiento se puede constatar por prueba directa".

Esta afirmación es comprensible, en virtud de que la fecundación, antes de que se lograra su realización in vitro, estaba indisolublemente unida, en una relación causal inobjetable, con el hecho biológico del parto, porque la posibilidad de transferir embriones fecundados al útero de otra mujer era, hace apenas una generación, una fantasía, por lo que se entiende que nuestra Legislación Civil haya venido sosteniendo que el parto es la base de la presunción de

maternidad, pero ahora derivado de los avances de la genética, **ya no es comprensible, ni aceptable que la maternidad se identifique necesariamente con el parto.**

14.- Nuestro Código limita el ejercicio de la acción de investigación de la maternidad, exclusivamente a dos supuestos: a la suposición de parto y a la sustitución del verdadero hijo, siendo éstas, las únicas hipótesis que pueden contradecir una maternidad que deriva, indiscutiblemente, del parto y de la identidad del nacido, olvidando que, "la filiación se da por la concepción y no por el nacimiento", por lo que hubiera resultado más congruente y avanzado, admitir que dicha impugnación procede en cualquier caso en que la madre putativa no fuese la verdadera progenitora.

Debemos reconocer, sin embargo, que mientras la investigación del vínculo paterno-filial ha sido obstaculizada, a fin de preservar una relación ya existente, aunque sea de carácter putativo, el derecho a reclamar la filiación, en cambio, ha recibido un mayor apoyo, pues, fuera de los casos en que se pretende imputar la maternidad a una mujer casada o establecer un vínculo incestuoso, la investigación de la maternidad se admite.

De nuestro Código resulta que contra, quien da a luz un niño que biológicamente no le corresponde, no puede investigarse la relación materno-filial, porque esta hipótesis no coincide con ninguna de las autorizadas por la ley, ya que el parto ocurrió efectivamente y el hijo es la misma persona expulsada del útero en esa oportunidad. Claro que, no sólo es la madre biológica quien pudiera investigar la realidad del vínculo, sino también el padre, o el hijo en su oportunidad.

Razón por la cual, la esencia biológica deberá comenzar a imponerse sobre los vínculos putativos derivados de prohibiciones, limitaciones y presunciones inatacables, y ya comienza a escucharse el criterio de que **los hijos tienen el derecho a conocer su verdadero origen.**

Sin embargo, esto no significa que el principio de la realidad biológica se esté imponiendo sobre la seguridad jurídica que nace de ciertas presunciones o prohibiciones procesales, pero después de tantos siglos de obscuridad, unos cuantos rayos de luz van sirviendo para legislar sobre la materia.

15.- No hay nada más absurdo e injusto, que quien aportó el óvulo, ya fecundado, o no, para que fuera colocado en el útero de otra mujer que admitió realizar la gestación sin ninguna pretensión sobre la criatura, no pueda después reclamar su maternidad genética, a pesar de su manifiesta vocación parental, en virtud de que no fue ella quien dio a luz al hijo, cuya filiación será atribuida formalmente a una mujer que nunca tuvo interés procreacional o que, eventualmente, por una vinculación afectiva nacida con posterioridad al contrato de subrogación, a causa del contacto físico con el feto, decidió quedarse con el recién nacido, frustrando, no ya el convenio, sino las expectativas de trascendencia

existencial de la pareja estéril y sus derechos sobre la criatura, basados en la aportación genética y en su disposición de asumir la paternidad.

Ya que debemos ser categóricos en que la voluntad de la mujer portadora será solamente, la de otorgar su consentimiento para portar el producto, gestarlo y una vez llegado el término dar a luz.

Por lo que, **negamos la existencia de la maternidad consensual**, ya que no puede dejarse al arbitrio de las partes esta decisión, pues la maternidad debe atribuirse a quien sea la madre biológica, y el consentimiento no se otorga para decidir quién será la madre, haciendo a un lado las leyes genéticas, sino que el acuerdo de voluntades existe para establecer las bases del contrato, es decir, para que se asiente que la mujer portadora solo eso será, y nunca pretender atribuirse una maternidad que no le corresponde biológica ni genéticamente, por lo que no deberá serlo tampoco jurídicamente, debido a que el material genético y la voluntad procreacional provienen de la pareja infértil y ésta debió recurrir al contrato de maternidad subrogada para superar su incapacidad física.

16.- Es necesario, que los cuerpos de leyes de nuestro país, tomen en cuenta la prueba positiva de la parentalidad a través del Human Lymphocyte Antigen (HLA) y cambien visiblemente sus criterios sobre la determinación de la paternidad, lato sensu, produciendo una apertura hacia lo genético que elude el fenómeno del parto, ya que no es necesario recurrir a él para presumir el vínculo sanguíneo, toda vez que éste puede demostrarse en forma directa. Abriendo las puertas a una acción anteriormente impensable, disponiendo que la persona que se considere con derecho a inscribir como hijo suyo al reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor, podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a ese fin, aceptando como pruebas fehacientes las biológicas; dando a la filiación biológica una entidad mayor que la formal o putativa. Admitiendo que la filiación, aunque sea conforme a los asientos del Registro Civil, pueda ser impugnada e investigada por el padre, la madre o el hijo y por todo aquel que tuviera interés actual en hacerlo.

Permitiendo, que aunque el parto ocurrió efectivamente y el hijo putativo es la misma persona extraída del vientre de la mujer que dio a luz, la maternidad pueda ser impugnada en base al vínculo genético, argumentando la falta de identificación óvulo-madre, al no ser la mujer que dio a luz, la madre propia del hijo que pasa por suyo, ya que el verdadero padre y la verdadera madre son quienes han proporcionado el espermatozoide fecundante y el óvulo fecundado o el producto fecundado artificialmente.

Debiendo quedar claro, que en el caso de maternidad subrogada, aunque la mujer receptora, desee asumir la maternidad del hijo, lo haya gestado y dado a luz, el vínculo genético existe con la mujer aportadora y éste debe ser la fuente de la maternidad, es decir que **el vínculo genético es la fuente de la maternidad, independientemente de quien haya dado a luz.**

Apoyando nuestra postura, está **Belluscio**, quien admite que "el verdadero padre y la verdadera madre son quienes han proporcionado el espermatozoide fecundante o el óvulo fecundado, respectivamente", y **Díaz de Guijarro** al declarar a la prensa Argentina que, "si el óvulo procede de una mujer y la gestación se desarrolla en otra, entonces, cabrá preguntarse quién es la madre: si aquella cuyo óvulo fue fecundado o quien -recibido el embrión en su útero- lo gestó. Mi respuesta es categórica, dijo entonces el maestro, en cuanto a la maternidad jurídica de la primera, pues de ella surgió la semilla y la voluntad procreacional".

17.- El procedimiento de la fecundación artificial, específicamente el de la maternidad subrogada, como se ha venido mencionando, pone en peligro la filiación debido a que la maternidad se prueba con el solo nacimiento, lo que repercute también en el Derecho Sucesorio, ya que por sucesión legítima tienen derecho a heredar los descendientes, ascendientes y parientes colaterales dentro del cuarto grado, excluyendo a quienes vincula el parentesco de afinidad.

El parentesco de consanguinidad existe entre quienes descienden de un mismo progenitor (Artículo 293 C.C.D.F.). La progenitura biológica para trascender al ámbito del Derecho Hereditario, requiere de la existencia formal del parentesco, es decir, que, mientras la ley no reconozca como madre a la biológica, su descendencia, lograda a través de la maternidad subrogada, no tiene derecho a heredarle.

La sola vinculación genética no da lugar a derechos hereditarios, por ello para que tales derechos sean reconocidos entre la aportadora del óvulo, resulta indispensable la formalidad del parentesco que corresponda conforme a la ley. Lo equiparamos al caso de hijo natural no reconocido, que no tiene derecho a la sucesión de su progenitor, ni éste a la del hijo.

Por lo que, en la maternidad subrogada, **para que la descendencia de la aportadora del óvulo, tenga derechos hereditarios por vía legítima**, es decir, a la sucesión de la madre genética, requerirá de que se haya **formalmente establecido el vínculo madre-hijo o del reconocimiento legal hecho por los progenitores biológicos**.

Del mismo modo para que a los donantes de las células germinales se les considere como titulares de derechos sucesorios por vía legítima del hijo genético, requieren de la vinculación formal del parentesco.

Conforme al Derecho vigente, en la maternidad subrogada no existirán derechos ni obligaciones derivados del parentesco genético entre la aportadora del óvulo y el nuevo ser, de aquí la necesidad de adecuar las normas jurídicas que determinan la filiación, para prevenir los alcances jurídicos de esta nueva figura, ya que no es justo negar el derecho a la herencia que tienen los hijos biológicos, nacidos a través de la maternidad subrogada, por el solo hecho de que la ley no prevee que la maternidad no basta comprobarla con el parto.

18.- No hay que perder la asignación de la maternidad a través del parto, ya que puede ser enfocada desde ángulos muy distintos: En las legislaciones creadas hace más de 25 años y que no han sufrido reforma hasta la fecha en materia de filiación, este dispositivo indica la presunción de que el parto prueba el vínculo genético, suponiendo que este último es refractario a la prueba directa.

En algunos de los códigos modernos, en cambio, esa misma asignación puede constituir una fórmula protectora de la mujer estéril que recibe, en donación o venta, un óvulo ajeno con la pretensión de asumir la maternidad del producto. Es, pues, una forma de excluir las pretensiones de la donante. Pero también puede crearse como una fórmula de política legislativa tendiente a desanimar la práctica de la subrogación de vientres, como ocurre precisamente en **España**, en donde se atribuye a la **maternidad de gestación un rango mayor que a la vinculación genética**, "por la estrecha relación psicofísica de la mujer con el futuro niño, durante los 9 meses del embarazo".

Pero ¿qué ocurre con los derechos del padre genético, el esposo de la mujer estéril? en la disposición adicional segunda, después de prohibir la utilización de la transferencia de embriones para la gestación por sustitución, y de establecer la posibilidad de sancionar a las personas que participan en un acuerdo de gestación por sustitución, dispone finalmente que, si pese a todo hubiera descendencia, la madre legal será la gestante y los hijos serán registrados como sin padre. Los jueces valorarán las circunstancias de la madre y la solicitud de paternidad.

Todo parece indicar que los criterios en favor de la madre, que tanto influyen en los códigos civiles y en los criterios judiciales de los países latinos, para otorgar la custodia de los hijos en los casos de divorcio, nulidad de matrimonio y separación legal, se han impuesto también en los autores del Proyecto Español, pues juzgan y condenan anticipadamente al contratante de la subrogación y al portador del semen fecundante, como si la madre portadora fuese la víctima inocente y, además, la más capacitada y merecedora de ejercer la potestad sobre un niño que, en principio, no quería, que cobró para tenerlo y que no es, genéticamente, suyo.

19.- Sobre la cuestión penal, sostenemos rotundamente que la Subrogación Materna, **no debe tipificarse como delito**, ya que a ninguna mujer puede negársele el derecho de ser madre y menos el de aplicar los avances científicos a un fin tan noble; por lo que no podemos aceptar una legislación que la castigue, cuando se produzca por razones altruistas. La mujer que admita ceder temporalmente su cuerpo para este fin deberá otorgar su libre e informado consentimiento al igual que su marido, si fuese casada, por lo que el aprovechamiento de menores de edad o de incapaces mentales como incubadoras humanas, sí debe ser castigado, independientemente del carácter gratuito u oneroso del servicio.

20.- La sola inmoralidad del precio no nos parece una justificación bastante para exigir la intervención del Derecho Punitivo en la Maternidad Subrogada, ya que no debemos olvidar que estamos en presencia de una fecundación homóloga y que la

transferencia del cigoto a una mujer distinta de la madre biológica, surge de la necesidad de la pareja infecunda. Aquí no está en venta ni el embrión, ni el hijo por nacer, lo que no significa que ignoremos la trascendencia del servicio que se presta ni que aceptemos indiferentes el cobro, desde el punto de vista moral.

En cambio, la cesión de óvulo y vientre, motivada por el afán de lucro, no es otra cosa que el acuerdo delictivo anticipado para vender al propio hijo. Esta doble infracción a las exigencias morales, no puede justificarse ni siquiera en la necesidad económica de la madre subrogada. Tan grave ofensa a la dignidad del ser humano es la única, a nuestro juicio, merecedora de una intervención punitiva de carácter penal.

Sin embargo, la pareja estéril no debe recibir el mismo tratamiento. Si no fuera merecedora de una excusa absolutoria, propondríamos al menos, una sensible atenuación de la pena, siempre que el motivo de esta transacción hubiese sido superar la infertilidad absoluta de uno de sus miembros, con el propósito de asumir responsablemente la paternidad del niño así concebido. Si la razón del contrato fuera la preservación estética o la comodidad de la madre, no podríamos esgrimir defensa alguna en su favor. Y quien alquila su útero y vende su óvulo en forma conjunta, impulsada por la miseria o la necesidad, merece también una mínima comprensión de la sociedad y una cuidadosa individualización penal por parte del juez; pero los terceros que induzcan o cooperen en la cesión de óvulo y vientre con fines de lucro o que, con este mismo fin, negocien con gametos o cigotos ajenos, no merecen consideración alguna social, ni jurídica.

21.- Para elaborar este trabajo, fue necesario analizar, las experiencias de otros países en relación con el tema, admitiendo las diferencias culturales, económicas y éticas que distinguen a los pueblos latinoamericanos de otros, como, los **Estados Unidos de Norteamérica**, al que usamos como referencia histórica-legislativa, porque en este país nació la **subrogación materna** y porque esa ahí donde esta práctica alcanza en la actualidad, niveles insospechados. Aquí la opinión más generalizada postula la necesidad de aprobar una legislación especial, que resuelva las múltiples interrogantes que suscita el contrato de maternidad subrogada.

Concluyendo que el principal factor que motivó la modificación de los criterios legislativos sobre el tema de la subrogación en los Estados Unidos, fue el hecho de que la falta de leyes que los prohibiesen o reglamentasen, permitió que este tipo de convenios se multiplicaran, convirtiéndose rápidamente en una realidad social que influyó, fuertemente, en los valores y actitudes de la sociedad en general y de los legisladores en particular.

Recordemos que estos cambios de criterio se han producido en el reducido lapso de diez años, demostrando que las coordenadas individualistas que imperan en el Derecho Anglosajón -un vigoroso "right to privacy" frente al "police power"- se ha impuesto sobre cualquier consideración ética o religiosa, al grado de que existen empresas que actúan como intermediarias, contando con asesoría médica y legal, las que se han reproducido tanto por vía natural, como por móviles económicos, en muchos países de Europa Occidental.

Sin embargo, debido de la ausencia de leyes que autoricen o prohíban la subrogación retribuida, han surgido las especulaciones doctrinales, para la posible aplicación de otras normas sobre temas semejantes, vigentes en los Estados Unidos, lo que da como resultado que cuando menos las leyes de veinticuatro estados podrían usarse para prohibir el pago a las madres subrogadas. Estas leyes castigan a quien pague a una madre biológica para que de su criatura en adopción, y han sido interpretadas por el Juzgado de Apelación de Michigan, para prohibir el pago a las madres sustitutas. En cambio, un Juzgador de Kentucky, sostuvo que el arreglo de subrogación no cae dentro de la política pública que prohíbe la venta de bebés, considerando que un padre biológico que paga a una madre sustituta no podría ser considerado comprador de su propio hijo, pero la Corte de Apelación revirtió la decisión y condenó el pago hecho a la subrogada.

La jurisprudencia, desgraciadamente, no es acorde y ni los raros precedentes judiciales han sido capaces de producir una efectiva intimidación, ya que en los Estados Unidos existen más de veinte agencias intermediarias, que ponen en contacto a parejas estériles con mujeres que se prestan a ser alquiladas. Hay también agencias de madres de alquiler, donde acuden tanto las madres que se ofrecen, como las parejas que las buscan, donde disponen de un catálogo de fotos y fichas técnicas de las posibles madres alquilables. Los honorarios sobrepasan los cincuenta mil dólares aproximadamente, que incluyen los gastos médicos y de abogados.

Esta evolución, no se produjo exclusivamente entre un reducido grupo de legisladores de amplios criterios, ya que la población estadounidense no rechaza, en realidad, este tipo de convenios. En el caso "Baby M" antes de que el Juez de Primera Instancia pronunciara sentencia para resolver el litigio entre la aportadora de óvulo y vientre, que se negó a entregar a la niña resultante a la pareja que había solicita sus servicios, el diario "U.S. Today" publicó una encuesta en la que sus lectores se pronunciaron, por una amplia mayoría favorable para que se respetara el contrato (**58% contra el 20.2% y un 21.8% de indecisos**).

22.- Estamos convencidos de la necesidad de introducir una legislación que impida la creación u operación de agencias de reclutamiento de mujeres para embarazos subrogados, o la realización de gestiones en favor de individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre portadora. Tal legislación debería ser lo suficientemente amplia, para aceptar la maternidad subrogada, pero partiendo de la idea focal de que debe **evitarse la explotación comercial de la subrogación materna** y la participación interesada de terceros.

Quizá como respuesta a lo anterior, esté una ley en el Reino Unido e Irlanda del Norte (1985), que prohíbe y castiga como delito la publicidad, así como la gestión comercial encaminada a fomentar o cooperar en la formulación de acuerdos y contratos de maternidad subrogada, sin castigar a la madre portadora, a la pareja que reclama el servicio, al médico, ni la intervención gratuita de terceros en este tipo de convenios.

Aún quienes aceptamos que la maternidad subrogada no debería entrar en la categoría de delitos, no podemos admitir que se publique sin ningún pudor la oferta respectiva.

23.- Como resultado de esta investigación, proponemos, no con el ánimo de espectacularidad o de notoriedad insana, sino solamente con el espíritu de adelantarnos a las realidades sociales, que ya se le vienen encima al Derecho, pues la ley no puede desentenderse de los avances de la Biología y sus repercusiones en el ser humano, y tomando en consideración nuestra cercanía con los Estados Unidos de Norteamérica, en donde los avances de la Ingeniería Genética se practican, con exitosos resultados, procedimientos de reproducción in vitro; se modifique la ley General de Salud aplicable en toda la República Mexicana, para que regule otras técnicas de fecundación artificial en el ser humano, estableciendo requisitos indispensables que deben cubrir los médicos que las realicen y los centros hospitalarios en donde se practiquen. Dejando a las legislaturas de cada estado la modificación de sus Códigos Civiles, para que en el libro de Personas, dentro del Título de Relaciones Familiares se regulen:

- A) Los derechos del descendiente engendrado por inseminación artificial.**
- B) De la fecundación humana in vitro y su implante en ser humano.**
- C) De las relaciones familiares del descendiente engendrado in vitro con quienes aportaron el óvulo y el esperamatozoide fecundantes.**
- D) El Contrato de Gestación o de Maternidad Subrogada y de relaciones familiares del descendiente engendrado in vitro, implantado por tal contrato.**

Proponemos como **elementos integradores** del contrato los siguientes:

- Se llama Contrato de gestación in vitro implantado en mujer distinta a la aportadora del óvulo, o Contrato de Maternidad Subrogada, al **acuerdo de voluntades, por virtud del cual una pareja en matrimonio o en concubinato, a los que se les llama "aportadores", en forma gratuita u onerosa, encomiendan a otra mujer, a la que se le llama "portadora", y la cual se obliga a recibir en su genital adecuado, el producto de una fecundación in vitro, por todo el tiempo que dure la gestación, y hasta que nazca el producto de la concepción, con el deber de entregar ese fruto, de inmediato, o cuando se le pida, dentro de los seis siguientes meses de nacido el producto.**

BIBLIOGRAFIA

I.- Textos:

- 1.- BAQUEIRO Rojas, Edgard y BUENROSTRO Baez, Rosalía. Derecho de familia y sucesiones. Editorial Harla, México, D.F. 1990.
- 2.- BORDA, Guillermo A. Tratado De Derecho Civil. Tomo II. 5a. Edición. Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1973.
- 3.- BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A. Manual de derecho de familia. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1988.
- 4.- CASTILLO Larrañaga, José y PINA, Rafael de. Instituciones de derecho procesal civil. 6a. Edición. Editorial Porrúa, México. 1963.
- 5.- CHAVEZ Asencio, Manuel F. La familia en el derecho. 2a. Edición. Editorial Porrúa, México. 1990.
- 6.- GAFO, Javier. ¿Hacia un mundo feliz?. Editorial Sociedad en Educación, Madrid, España. 1987.
- 7.- GALINDO Garfias, Ignacio. La fecundación artificial en seres humanos. Editorial Porrúa, México. 1993.
- 8.- GUTIERREZ Y González, Ernesto. El patrimonio. 4a. Edición. Editorial Porrúa, México, 1993.
- 9.- LLEDO Yagüe. El Alquiler De Uteros Y El Problema De Las Madres Sustitutas O Por Encargo, en el II Congreso Mundial Vasco, "La filiación a finales del siglo XX".
- 10.- MONTERO Duhalt, Sara. Derecho de familia. 5a. Edición. Editorial Porrúa, México. 1992.
- 11.- MORENO Luque, Casariego C. "Reflexiones En Torno A La Gestación Por Cuenta Ajena", en el II Congreso Mundial Vasco, "La filiación a finales del siglo XX".
- 12.- MUÑOZ, Luis. Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Editorial Modelo, México, D.F. 1971.
- 13.- NYHAM, Willian L. Dr. y EDELSON, Edward. El Factor Hereditario. Los genes, los cromosomas, la familia y usted. Editores Asociados, S.A., México, D.F. 1978.

- 14.- PACHECO E., Alberto. La persona en el Derecho Civil Mexicano. 2a. Edición Editorial Panorama, México, D.F. 1992.
- 15.- PLANIOL, Marcel. Tratado elemental de Derecho Civil. Editorial Cajica, S.A., Puebla, Puebla, México. 1984.
- 16.- ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. 6a. Edición. Editorial Porrúa, México. 1983.
- 17.- RORVIK, David D. "A Su Imagen". Editorial Argos, S.A. Barcelona, España. 1978.
- 18.- SANCHEZ Medal, Ramón. De Los Contratos Civiles. 5a. Edición. Editorial Porrúa, México, D.F. 1980.
- 19.- SOTO Lamadrid, Miguel Angel. Biogenética, filiación y delito. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1990.
- 20.- TREVIÑO García, Ricardo. Contratos Civiles y sus generalidades. 3a. Edición. Editorial Font, S.A., Guadalajara, Jalisco, México. 1976.
- 21.- VIDAL Martínez, Jaime. Las Nuevas Formas De Reproducción Humana. Madrid, España. 1988.

II.- Códigos Y Leyes:

- 1.- México. Código Civil vigente para el Distrito Federal. 62a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1, D.F. 1993.
- 2.- México. Ley General de Salud. 12a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1995.

III.- Diccionarios Y Enciclopedias:

- 1.- ATWOOD, Roberto. Diccionario Jurídico. Editorial Bazán. México, D.F. 1978.
- 2.- Diccionario de la Lengua Española. Editorial Herrerías, S.A., México, D.F. 1941.
- 3.- Enciclopedia Práctica del Estudiante. Tomo 1. BARNAT, J. Editorial PROMEXA. México, D.F. 1982.

- 4.- GARRONE, José Alberto Diccionario Jurídico. 2a. Edición. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1993.
- 5.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. 15a. Edición. Editado por Reader's Digest México, S.A. de C.V.. México, D.F. 1981.
- 6.- OBREGON Heredia, Jorge. Diccionario de Derecho Positivo Mexicano. Editorial Obregón Y Heredia, S.A., México, D.F. 1982.

IV.- Revistas:

- 1.- ARIAS González, Francisco S. XXI CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO. "La Medicina Moderna En La Procreación, En El Derecho De Familia Y En El Derecho Sucesorio". Revista de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. Mayo, 1995.
- 2.- JAQUES, Robert. "La Revolución Biologique et Génétique face aux Exigences du Droit", Revue de Droit Public. No. 5. Septiembre-octubre, 1984, Paris, Francia.
- 3.- LOMBARDI Vallauri, Luigi. "Manipolazioni Genétiche e Diritto". Rivista di Diritto Civile. Anno XXXI, No. 1. Enero-febrero, 1985.
- 4.- PEREZ FERNANDEZ, Del Castillo Bernardo. "Aspectos Jurídicos y Eticos de la Procreación o Fertilización Asistida". Revista De Derecho Notarial. Año XXXVI, No. 105. Marzo, 1994.

4.- GARRONE, José Alberto Diccionario Jurídico. 2a. Edición. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina. 1993.

5.- Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. 15a. Edición. Editado por Reader's Digest México, S.A. de C.V., México, D.F. 1981.

6.- OBREGON Heredia, Jorge. Diccionario de Derecho Positivo Mexicano. Editorial Obregón Y Heredia, S.A., México, D.F. 1982.

IV.- Revistas:

1.- ARIAS González, Francisco S. XXI CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO. "La Medicina Moderna En La Procreación, En El Derecho De Familia Y En El Derecho Sucesorio". Revista de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. Mayo, 1995.

2.- JAQUES, Robert. "La Revolución Biologique et Génétique face aux Exigences du Droit", Revue de Droit Public. No. 5. Septiembre-octubre, 1984, París, Francia.

3.- LOMBARDI Vallauri, Luigi. "Manipolazioni Genétiche e Diritto". Rivista di Diritto Civile. Anno XXXI, No. 1. Enero-febrero, 1985.

4.- PEREZ FERNANDEZ, Del Castillo Bernardo. "Aspectos Jurídicos y Eticos de la Procreación o Fertilización Asistida". Revista De Derecho Notarial. Año XXXVI, No. 105. Marzo, 1994.