



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**INSEMINACION ARTIFICIAL Y
CONSECUENCIAS LEGALES DE LOS
CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA**

T E S I S
Que para obtener el titulo de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a
JOSE LUIS SANCHEZ ROMERO



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN
México, D. F.**

1997



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INSEMINACION ARTIFICIAL
Y
CONSECUENCIAS LEGALES
DE LOS
CONTRATOS DE MATERNIDAD
SUBROGADA

Al Licenciado:

**Pablo Antonio Pruneda Padilla.
Por su acertado asesoramiento
en el presente trabajo.**

A mis maestros:

Artífices de nuestra cultura.

**A la Universidad Nacional
Autónoma de México:**

Por el orgullo de pertenecer a ella.

A Dios:

**Por otorgarme la oportunidad
de nacer y crecer.**

A mis padres:

**Leandro y Felisa.
Por soportar con sacrificio,
apoyo y comprensión, la
culminación de mis
estudios superiores.**

A mis hermanos:

**Germán, Gabriel, Patricia,
Dario y Juliana.
Por su apoyo incondicional
en la realización de mis
estudios.**

**A todas aquellas personas
que han contribuido en la
culminación del presente
trabajo:**

**Lic. Raquel, Erika, Juan,
Miguel y Eva.**

INDICE

PAG.

INTRODUCCION.....	I
-------------------	---

CAPITULO 1. INSEMINACION ARTIFICIAL

1.1. CONCEPTO.....	1
1.2. EVOLUCION HISTORICA.....	1
1.3. CLASIFICACION.....	4
1.4. ESTERILIDAD.....	5
1.5. TECNICAS USUALES.....	10
1.6. DURACION DEL PROGRAMA.....	11
1.7. COMPLICACIONES.....	12

CAPITULO 2. INDICACIONES PARA LA INSEMINACION ARTIFICIAL

2.1. INSEMINACION HOMOLOGA.....	15
2.2. INSEMINACION HETEROLOGA.....	17
2.3. ELECCION DE DONADOR.....	20

CAPITULO 3. LEGISLACION COMPARADA

3.1. LEGISLACION NORTEAMERICANA.....	22
--------------------------------------	----

3.2. LEGISLACION DANESA.....	23
3.3. LEGISLACION SUECA.....	26
3.4. LEGISLACION MEXICANA.....	27

CAPITULO 4. CONSECUENCIAS LEGALES DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

4.1. ELEMENTOS DEL CONTRATO EN GENERAL.....	32
4.1.1. CONSENTIMIENTO.....	33
4.1.2. OBJETO.....	38
4.1.3. SOLEMNIDAD.....	42
4.2. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS EN GENERAL	43
4.2.1. LA FORMA.....	43
4.2.2. LICITUD EN EL OBJETO.....	45
4.2.3. LICITUD EN EL MOTIVO O FIN.....	48
4.2.4. AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD.....	49
4.2.5. CAPACIDAD.....	60
4.3. CUMPLIMIENTO COACTIVO DEL CONTRATO EN GENERAL.....	63
4.4. EFECTOS PARTICULARES DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO EN GENERAL.....	64
4.5. DENOMINACIONES DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	69
4.6. CONCEPTO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	70
4.7. LEGALIDAD DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	72
4.8. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	78

CONCLUSIONES.....	81
BIBLIOGRAFIA.....	83

INTRODUCCION

Los avances de las ciencias biológicas ha sido un factor determinante para la existencia de cambios fundamentales en la vida de las personas, y al cambiar éstas, el derecho se debe preocupar por los nuevos modos de vida, para regularlos y orientarlos.

Parte muy importante en el avance de las ciencias biológicas lo constituyen las técnicas de reproducción humana, las cuales constituyen una verdadera revolución para la misma, ya que es posible conseguir un embarazo sin que medie una relación sexual.

Los óvulos pueden ser fecundados con espermatozoides fuera del útero de la mujer, y mantenidos con vida alrededor de 14 días, después los óvulos fecundados pueden ser implantados dentro de la mujer que los aporte o bien dentro de otra. Es posible la donación de óvulos y de espermatozoides, actualmente en muchos países se permite la congelación (en bancos) de semen y embriones. Es posible transferir un óvulo fecundado de las trompas de falopio de una mujer a las de otra. Una mujer puede gestar un niño (a) por otra. Asimismo es posible inseminar a una mujer con semen de su esposo después del fallecimiento de éste.

El procedimiento de inseminación artificial, aunque conocido desde el año de 1799, aún no era del dominio público, ni las costumbres lo aceptaban, pero en unos cuantos años, habrían de poner en crisis, no sólo a la moral, sino al derecho también, cabe recordar que en la exposición de motivos del Código Civil de 1928, se dijo:

"El cambio de las condiciones 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 las sociedades experimentan".

En dicha exposición también se expresó:

Para legislar no debe tenerse 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; por que hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir”.

Preocupado el sustentante por la necesidad de que el derecho se actualice y regule los cambios que de facto se han verificado con respecto a las técnicas de reproducción de la especie humana, así como sus posibles consecuencias que en la práctica puedan originarse; es que realiza el presente trabajo que tiene por objeto el estudio jurídico de contrato de maternidad subrogada, en donde se analiza la legalidad del mismo, se exponen los razonamientos legales por los que considero que el contrato referido es jurídicamente existente, y se mencionan las diferentes denominaciones que se utilizan al referirse a dicho contrato, así como su concepto y especies.

Es cierto que las buenas costumbres constituyen límites al derecho para celebrar los contratos de maternidad subrogada, por lo que toda relación jurídica que tenga por objeto la entrega de un niño nacido a una pareja estéril, está afectado de nulidad absoluta, pero también es cierto que el derecho debe preocuparse por los nuevos modos de vida, para regularlos y orientarlos; debe regular los cambios de vida originados por ciencias biológicas, y dar bases para que se puedan regular en su momento aún las futuras conductas. Ya que es seguro que durante las próximas décadas, los descubrimientos de los biólogos nos proporcionarán avances insospechados hasta hace poco tiempo.

Ante estos avances la sociedad humana tiene que aceptar que el concepto de buenas costumbres ha de transformarse con el transcurso del tiempo, por lo que surge la necesidad de adaptarse a condiciones cambiantes.

Una posición intransigente puede tener mucho mérito en un mundo en el que los valores cambien rápidamente, pero el mantener esa misma posición de indiferencia ante las necesidades de la humanidad es censurable.

En fin, el contrato de maternidad subrogada, donde únicamente se aporta el vientre, cuando no hay precio, se realice con fines terapéuticos, que la madre subrogada no obtenga ningún lucro y que la mujer, de la pareja solicitante, esté físicamente imposibilitada para concebir o para gestar en su vientre el producto de la concepción y por ende, no pueda procrear; por lo que en tales circunstancias el contrato debería ser válido y por ello de necesario cumplimiento legal para las partes contratantes.

CAPITULO

1

1.1. Concepto de la inseminación artificial

La inseminación artificial se define como "el encuentro del espermatozoide y el óvulo, en genital adecuado de la hembra -útero- por la introducción del espermatozoide del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es sin necesidad de contacto carnal".¹

Este concepto es muy amplio y de sus términos se desprende que puede aplicarse, a todas las especies de seres vivos que se reproducen a través de depósito del eyaculado del macho en el aparato genital de la hembra sin efectuar un contacto sexual.

Probablemente, sería más adecuado utilizar el término de inseminación terapéutica en lugar de artificial; sin embargo, el uso de esta última denominación ha perpetuado.

1.2. Evolución histórica

Dado que en esta tesis nos ocupamos de la inseminación artificial en el género humano pasaremos por alto los antecedentes de inseminación artificial en animales irracionales y comenzaremos refiriéndonos a la historia de éste procedimiento técnico de la ciencia biológica a partir de su aplicación en la especie humana.

El primer antecedente que se conoce de intento de fecundación artificial fue en el año de 1462, año en el que, Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla, se dice fue inseminada artificialmente y dio a luz a Juana de Beltraneja.

En 1779, el escocés John Hunter, logra la primera inseminación artificial de que se tiene certeza en una mujer, vertiendo con mucho respeto el espermatozoide de un tercero en el órgano externo de una señora

¹ Gutiérrez y González Ernesto. El patrimonio. Cuarta edición. Editorial Porrúa, S.A., México. Distrito Federal. 1993. P. 697.

cuyo esposo enfermo de Hipospodías, deseaba a toda perpetuar su linaje.

En 1866, Marion Sims inyectó el esperma viril directamente en el útero de una mujer, quedando la fecundación artificial humana como una cosa consagrada.

En el año de 1868 una revista médica titulada "Abeja Médica" da cuenta de diez casos en donde la fecundación artificial se había practicado con resultado positivo. Y así en el año de 1871 el doctor Gigón expuso ante la facultad de medicina de París, toda una tesis sobre inseminación artificial.

Ya para el año de 1911, según Roelheder, da parte de 65 experimentos de los cuales 31 resultaron positivos. Hacia 1927, Schorochowa, al realizar intentos de inseminación artificial, de 88 casos obtiene 33 inseminaciones.²

Se puede afirmar que para los años de 1940-42, se dio completo éxito de los procedimientos de inseminación artificial, cuando los médicos Seymour y Koerner interrogaron a 30 mil médicos de los Estados Unidos de Norteamérica, se enteraron de 9,489 embarazos logrados por medios artificiales. Ya para el año de 1950 se reportaron en Francia 1,000 embarazos anuales; 6,000 en Inglaterra y 20,000 en los Estados Unidos de América.³

Como consecuencia de la gran cantidad de casos de inseminación artificial en seres humanos surge en Suecia, en el año de 1951, la primer legislación sobre la materia.

En éste país se llevan a cabo anualmente, de manera aproximada, 1,800 inseminaciones en hospitales y alrededor de 200 por médicos privados. Estas inseminaciones arrojan unos 230 niños nacidos de

² Vera Hernández Julio Cesar. Inseminación artificial en seres humanos. Tesis profesional. UNAM. Facultad de derecho. México. 1958. Pp. 30 y 31.

³ Ibidem. P. 31.

inseminación por donantes y alrededor de 40 niños nacidos por inseminación con semen del marido.⁴

En Cuba, se practica la inseminación artificial homóloga desde 1977, la inseminación heteróloga se comenzó a practicar a partir de 1980. En un principio se utilizaba sólo semen fresco del marido o donante, sin embargo, actualmente existen bancos de semen y se utiliza la técnica del semen congelado.⁵

En 1979, en Argentina, se publica en artículo que señala la experiencia de 15 grupos de investigación que vía inseminación homóloga en 447 parejas lograron producir 79 embarazos (18%).⁶

En Colombia entre Junio de 1977 y Junio de 1979, en el que se insemina artificialmente a 16 mujeres. A la mitad se le practicó inseminación homóloga y a la otra mitad inseminación heteróloga. En el primer grupo se obtuvieron sólo 3 embarazos. Al segundo grupo se le practicaron 49 inseminaciones logrando 5 embarazos.⁷

Por lo que hace a México, en el año de 1957, Julio Cesar Vera Hernández realizó en el Distrito Federal una encuesta a 150 médicos, de los cuales 21 le manifestaron que la practican y 8 más que la aprueban aunque no la practiquen y el resto la rechazan.⁸

⁴ Arámburu Sierra Fermin. Propuesta de ley para regular la procreación asistida. Tesis profesional. Itam. México. 1992. P. 8.

⁵ Montes Blanco JM; Barrie Duran J; Rivera Pérez J., Técnicas de la inseminación artificial. Revista cubana de ginecología y obstetricia, 12, 1. Enero. 1986. Pp. 27-34.

⁶ Figueroa Casas, P.R., Simposio: Inseminación artificial. IV. Reunión anual de la Sociedad Argentina de Antropología, Obstetricia y Ginecología. Latino-Americanas. Enero-Febrero de 1983. Pp. 63-70.

⁷ Artuz Antonio. Aspectos clínicos y psicológicos de la Inseminación Artificial. Revista de Colombia médica. Marzo, 1982. Pp. 26-29.

⁸ Cesar Vera Hernández Julio. Ob. cit. Pp. 85-96

Además, entre los años de 1981 y 1984, se han practicado diversos estudios en uno de ellos se inseminó a 30 mujeres con semen del esposo, del que surgieron 50% de embarazos.⁹ Otro estudio realizado por los mismo investigadores aportó los siguientes datos: de 28 parejas inseminadas con semen de donante se embarazo el 57%. En ambos experimentos hubo sólo dos abortos y se utilizó la técnica intracervical.¹⁰

En la época contemporánea, debido a la popularidad de la técnica de inseminación artificial, ya existente en algunos países "Bancos de Semen" como es el caso de Francia y Alemania, en donde se obtiene semen de diversos dadores o donadores, guardando absoluto secreto sobre su identidad.

La Iglesia Católica Apostólica y Romana también desde hace varios años conoce el problema, y ya desde el siglo pasado, cuando se le pregunta al "Santo Oficio" si podía aplicar se la fecundación artificial a la mujer, contestó en el año de 1897 "Consideras con gran diligencia todas las cosas y obteniendo el voto de los consultores, los eminentísimos cardenales mandaron responder: no es lícito".¹¹

En el año de 1929, volvió a ocuparse de la fecundación artificial sosteniendo el mismo principio de ilicitud de la misma, en el año de 1949, el Papa Pío XII, en la celebración del IV Congreso Internacional de médicos católicos, declararon proscrita e inmoral esta práctica.

1.3. Clasificación

Atendiendo a la calidad o estado civil de la mujer que se somete a la inseminación artificial, ésta se clasifica en:

⁹ García Flores Rogelio; Vázquez Juanita Andrade Z. José, Inseminación artificial con semen del esposo. Revista de ginecología y obstetricia. México. 1987. Pp. 59-63.

¹⁰ García Flores Rogelio; Vázquez Juanita; Andrade Z. José; Inseminación artificial con semen de donador. Revista de ginecología y obstetricia. México. 1986. Pp. 338-340.

¹¹ Cesar Vera Hernández Julio. Ob. cit. P. 32.

A. Inseminación Homóloga. Es la que se practica dentro del matrimonio o concubinato, inseminando a la esposa o concubina directamente con el semen de su cónyuge o concubino.

B. Inseminación Heteróloga. Resulta de inseminación a una mujer casada, con semen de una persona que no es su esposo o una mujer soltera con semen de un donador.

1.4. Esterilidad

La Real Academia de la Lengua Española define la esterilidad como "la enfermedad caracteriza por falta de aptitud de fecundar en el macho y de concebir en la hembra".

Hasta épocas recientes se había pensado que la esterilidad de los matrimonios obedecía siempre o casi siempre, a la incapacidad femenina para ser fecundada, y así "... era sobre todo la mujer la que soportaba el aprobio que se liga a la infecundidad humana. Era despreciada, ridiculizada, repudiada tanto entre los semitas como en las tribus africanas y entre los indios de América y entre nosotros la comadrería no la perdona: toda por simples presunciones".¹²

La ciencia biológica y la medicina han venido a borrar en buena parte esta afirmación, errónea, cuando se ha llegado a determinar que, en el 35% de los casos de uniones matrimoniales estériles, tal estado obedece al varón y no a la mujer.

Algunos otros autores afirman que en las uniones estériles, el porcentaje medio de ausencia del poder procrear del marido oscila alrededor del 42%; la mujer no es, pues responsable más que del 58% aproximadamente de las esterilidades encontradas.

Esa imposibilidad en el varón para fecundar a su pareja, puede obedecer a diversas causas, a saber:

¹² Ibidem. Pp. 33.

- A. Azoospermia
- B. Oligospermia
- C. Astenospermia
- D. Hiperespermia
- E. Necrospermia

A continuación se da el significado médico de los anteriores conceptos:

A. Del griego "a": Privativa; "zoon": viviente; y esperma, es decir, ausencia de todo elemento macho en el esperma.

B. Gr. "oligos": poco; es decir, una cifra de espermatozoides inferior a la normal, necesaria para que un espermatozoide logre fecundar.

C. Gr. "astenés": débil, sin vigor; de "a": privativa y "stenós": Fuerza; e indica la traducción libre, la insuficiente movilidad de un por ciento elevado de espermatozoides.

D. Gr. "hiper": sobre demasiado; una cantidad de espermatozoides superior a la normal, o sea 120 millones por C.C..

E. Gr. "necros": muerto; ausencia de todo elemento macho vivo en el semen.

Hay otras ocasiones en que la infecundidad del matrimonio es solo aparente, pues obedece, a malformaciones genitales de cualquiera de los cónyuges, que impiden la correcta realización de la cópula, o a fenómenos psicológicos, los cuales tratare en capítulo siguiente, no obstante los menciono a continuación:

- A. En el varón:
 - b. Epispadias
 - b. Hipospadias
 - c. Eyaculación prematura
 - d. Impotencia "coendi"; y
 - e. Fimosis

A. En la mujer:

- a. Estrechez vaginal
- b. Inhospitalidad cervical
- c. Frigidez
- d. Hipereexcitación
- e. Nifomanía
- f. Erotomanía

Asimismo consideramos conveniente analizar que la esterilidad presenta dificultades especiales, para su diagnóstico y tratamiento y que es motivo de una búsqueda constante de nuevas soluciones. Es de señalarse que la pareja estéril de causa desconocida, cuya incidencia varía entre el 5 al 10% (del global de las parejas estériles) es un problema con muy mal pronóstico en el momento actual.

Se trata de parejas a las que, una vez terminado su estudio, no se les encuentra patología en ninguno de los factores estudiados y por tanto, no se les puede ofrecer un tratamiento causal. Desafortunadamente, algunos denominan, a este tipo de parejas, estériles normales, lo cual causa confusión y hace que algunos médicos traten de convencerles de que son normales y que lograrán un embarazo con el paso del tiempo. Esto sin duda, es un error que ocasiona frustración y alteraciones emocionales en la pareja.

El médico que se enfrenta a este tipo de parejas no deben angustiarse al no poder ofrecer una terapéutica específica. Debe comprender que este grupo existe y que representa la realidad palpable de todo lo que se desconoce acerca de la fertilidad humana. Es una obligación explicar a la pareja de los alcances de la ciencia, en el momento actual, no permiten descubrir cuál es la causa de su problema y que existe investigación intensa al respecto, por lo que, si algo nuevo aparece, inmediatamente se les notificará. Se debe evitar que las parejas hagan de su vida una eterna búsqueda de una solución a su problema y, por supuesto, el prevenir que caigan en manos de charlatanes sin escrúpulos.¹³

Uno de los puntos más importantes en el manejo de la pareja estéril o infértil, es su aspecto emocional.

En la actualidad, la pareja tiende a organizar su vida, por lo que hace planes para tener hijos hasta el momento más apropiado y no está preparada para enfrentar una situación de esterilidad o infertilidad. El descubrimiento de ésta, es un golpe muy traumático que puede reducirse con un manejo adecuado o agravarse en el caso contrario. Si se logra un hijo vivo, éste tipo de problemas se resuelve fácilmente, pero si, por el contrario no se encuentra una causa que explique la esterilidad, o después de encontrada no hay respuesta al tratamiento, o no hay tratamiento para ella, la pareja vive una situación de crisis a la que tiene que enfrentar no solamente en ese momento, sino frecuentemente durante la vida. Algunas de sus reacciones son completamente racionales y lógicas, respondiendo a las agresiones que reciben de la sociedad, sus familiares, amigos e incluso médicos con poco tacto.

Otros sentimientos no son tan racionales, pero suceden con frecuencia, y varían desde la sorpresa o el shock emocional ante el descubrimiento desagradable para el cual sus recursos o esfuerzos resultan inútiles. La negación, como respuesta inicial, podrá darles tiempo a adaptarse a esa difícil situación; sin embargo, si la negación persiste por periodos prolongados, es necesaria la ayuda psiquiátrica.

El enojo y la agresión de las parejas contra sí mismas, la sociedad, sus amigos, familiares y doctores es una manifestación frecuente de pérdida de control. Esto a veces puede ser racional en contra de insultos, recibidos en la vida diaria o en el curso del manejo de su problema, aunque no raramente son irracionales y desproporcionados al estímulo, reflejando angustia, depresión, frustración, desesperación, etc.. Ante esto el médico debe de ser comprensivo y tratar de ponerse al lado de la pareja, en lugar de defenderse de ellos. Debe reconocer sus limitaciones para tratar problemas que ameriten atención especializada y hacer las referencias oportunas.

¹³ E. Pérez Peña. Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción. Salvat mexicana. Ediciones, S.A. de C.V.. México. 1981. Pp. 441-442.

Los sentimientos de culpa en la pareja se presentan como una forma de explicarse lo que está sucediendo, al tratar de encontrar una causa o razón que justifique la situación en que se encuentran. Estas parejas llegan a pensar que no valen y que no merecen un embarazo por sus faltas presentes o pasadas. Entre los motivos frecuentes para culparse están: las relaciones sexuales premaritales, el empleo previo de métodos anticonceptivos, actos pecaminosos como la masturbación, pensamientos homosexuales, experiencias extramaritales, etc.. Paulatinamente, llegan a perder su confianza en sí mismos y pueden caer en hábitos sociales peligrosos como el alcoholismo, el aislamiento, etc.. El aislamiento en sí es una forma de evitar la compasión o consejos no solicitados. Esto, aunque explicable en principio, tiene sus aspectos negativos, ya que el aislamiento de familiares y de amigos elimina las posibilidades de ayuda en el momento en que realmente se requieran. Este aislamiento puede llegar al grado de que los integrantes de la pareja rompan su comunicación entre sí, afectando su vida familiar y social, no siendo raro el que terminen divorciándose.

Uno de los sentimientos más difíciles de lograr por la pareja es el reconocer la pérdida, sentir aflicción y pena por la misma, vivir un proceso de duelo y recuperarse del mismo. La dificultad para lograr esto radica en que lo que se pierde es el potencial, no un hijo real, por lo que la familia, los amigos e incluso el mismo médico tienden a que la pareja busque alternativas como adopción sin vivir un proceso de duelo previo. Por otro lado, familiares, amigos y miembros de la sociedad consideran que éste es un tema que debe permanecer en secreto, ya que existen múltiples mitos acerca de sentimientos de culpa, involucramiento de aspectos sexuales, etc., lo cual también dificulta el duelo. Muy frecuentemente no se está seguro acerca de la pérdida, y que el mismo médico tiende a darles esperanzas, aunque éstas sean infundadas.

Las perspectivas reales que existen en el manejo de parejas consideradas desahuciadas o con muy mal pronóstico, son: la inseminación artificial, maternidad subrogada, inovulación artificial y fecundación in-vitro.

1.5. Técnicas usuales.

Para la inseminación artificial existen diversos métodos:

A. La inseminación intravaginal, consiste simplemente en depositar el semen en el fondo de saco posterior, y sea por medio de una jeringa o directamente del reservorio. Prácticamente no se emplea esta forma, casi siempre se efectúa sólo como complemento de la cervical.

B. En la técnica de la cervical existen tres variantes principales:

a. La original o con jeringa; que simplemente consiste en poner en una jeringa el semen colectado y rociar con ella el orificio externo del cérvix. Casi no se usa en la actualidad.

b. La inseminación cervical que es más utilizada es la del capuchón de plástico; el cual en uno de sus bordes tiene un orificio para la introducción de un catéter de polietileno por donde se instala el semen con una jeringa. Se coloca el capuchón en el fondo de la vagina adaptándolo perfectamente contra el cérvix. Una vez colocado inmediatamente se deposita el semen en su interior a través del catéter, por medio de una jeringuilla. El capuchón tiene además dos hebras de hilo para su retiro al día siguiente. Se prefiere este método porque el capuchón cervical permite una exposición más duradera del cuello uterino al semen y por esta razón es útil en situaciones en que el volumen del semen es pequeño o hay oligospermia. En el mismo puede colocarse el evacuado o simplemente su primera parte. En esta situación un volumen pequeño o una muestra concentrada de semen, pueden ejercer su máxima acción en medio protegido.

c. En este trabajo se modifica esta técnica de la siguiente manera: se coloca a la paciente en posición ginecológica; se le introduce un espejo estéril y seco y si hacer aseo vaginal; se toma el borde superior de dicho capuchón con una pinza uterina; y se deposita el cérvix recientemente emitido directamente en el capuchón y se coloca en su sitio mediante un movimiento de campana, de tal manera que el borde posterior del capuchón quede en contacto con el labio posterior del cuello. Ayúdense en la maniobra con el dedo índice de la mano

izquierda. A continuación se coloca a la paciente durante 30 minutos en ligera posición de trendelenburg. Se deja el capuchón colocado en su sitio por 24 horas y se le retira al día siguiente, haciendo tracción de las hebras de hilo que están unidas al borde del capuchón. Se prefiere este método porque se manipula poco el semen, se permite una exposición más duradera del cuello uterino y ha sido de utilidad en situaciones en que el volumen es pequeño o hay oligospermia. Es más, colocarse todo el eyaculado o simplemente su primera parte. Los resultados con este método son excelentes.

C. El método intracervical, poco empleado en la actualidad, consiste en depositar mediante una jeringa y una aguja, en el interior del canal cervical una cantidad de semen, y el resto en el orificio cervical externo y bóveda vaginal.

D. La inseminación intrauterina es un procedimiento poco empleado en occidente, pero es la elegida por los japoneses. Su indicación estaría dada por un moco endocervical impenetrable a los espermatozoides. Para ella se utiliza una aguja especial. Su técnica consiste en colocar 0.1 y 0.2 2cc. de semen en el interior de la cavidad uterina, una vez franqueado con la aguja el orificio cervical uterino. El resto del semen se deposita en el fondo del saco vaginal posterior.

Esta técnica tiene un porcentaje de éxito bajo y que además crea algunos problemas como sangrado, contracciones uterinas que expulsan el semen o el peligro potencial de introducción de bacterias.¹⁴

1.6. Duración del programa.

Desde antes de iniciar la inseminación, se le explica cuidadosamente a la pareja las probabilidades de éxito del tratamiento, que son alrededor del 70% en inseminación con semen fresco de donador y de aproximadamente 30%, en la efectuada con semen del esposo. Se les recalca que, en parejas completamente fértiles, el 75% se embaraza a los 6 meses de tener relaciones sexuales sin ningún tipo de producción anticonceptiva, por lo que el programa de inseminación debe durar 6 meses como mínimo. Si después de este lapso no se ha logrado un

¹⁴ Ruiz Velazco Victor. El Manejo de la pareja estéril. UNAM. México. 1975. Pp. 173-177.

embarazo, es conveniente realizar una nueva evaluación de la pareja y corregir todas aquellas alteraciones que puedan interferir con la concepción. En la actualidad, la mayor parte de los autores recomiendan efectuar una laparoscopia (cuando no se ha realizado previamente) si a los 6 meses no se ha logrado un embarazo, por la incidencia de más de 50% de patología pélvica no detectada previamente y que explica la falla del tratamiento, principalmente endometriosis y adherencias peritoneales.

1.7. Complicaciones

La incidencia de complicaciones y riesgo del procedimiento es algo de lo que se habla poco; en parte porque una gran proporción de pacientes, una vez logrado el embarazo, regresan con el ginecoobstetra que los refirió para la inseminación y en parte porque la mayor parte de las publicaciones omiten estos datos.

Aunque la lista teórica de complicaciones es muy grande, la incidencia de las mismas es baja. Estas se pueden dividir en: las relacionadas con el procedimiento en sí y las derivadas del embarazo logrado.

En el primer grupo se encuentran infecciones, dolor, trastornos psicológicos y complicaciones técnicas.

Las infecciones pueden ser locales o sistemáticas y son ocasionadas por muestras de semen contaminado o defectos en la técnica. Sin embargo, la mayor parte de los programas no descartan todos los agentes contaminantes posibles del semen por no ser práctico; en los casos en que la inseminación se realiza con semen fresco, se les señala a los donadores la importancia de comunicar contactos sexuales sospechosos para tomar las medidas pertinentes.

Los problemas asociados a una infección venérea producida de esta manera, son graves; entre ellas se encuentran las reacciones psicológicas y emocionales de la pareja y las complicaciones sociales y medicolegales; lo más grave sería el desarrollo de patología tubaría o pélvica con esterilidad subsecuente. Para evitar este tipo de problemas es conveniente descartar rutinariamente la presencia de enfermedades

venéreas en donadores y utilizar sólo muestras de semen de personal bien motivado y consciente, mediante una selección muy cuidadosa.

Respecto dolor o molestias durante el procedimiento, la gran mayoría de las pacientes no experimentan ninguna sensación desagradable y, cuando ésta se presenta, el dolor habitualmente es leve y tolerable. Los casos severos se presentan fundamentalmente cuando la cantidad depositada es superior a los 0.5 ml o cuando la inseminación es intrauterina.

Entre las complicaciones psicológicas se señalan con mayor frecuencia tensión y ansiedad en la mujer capaz de interferir con la ovulación; esto se reduce notablemente mediante una información adecuada y la actitud profesional del médico. Es recomendable que el esposo acompañe a su esposa al procedimiento para hacerlo sentir participe del mismo y evitar al máximo reacciones emocionales indeseables. En general, el tipo de parejas que solicitan inseminación artificial son maduras y estables, con una incidencia de divorcios menor a la encontrada en la población general.

Entre las complicaciones técnicas más graves están el empleo de una muestra equivocada o el mal manejo de las muestras de semen; eso puede ocasionar problemas serios, como descendencia con genotipo muy diferente al de la pareja solicitante e incluso la aparición de trastornos genéticos. Esto se reduce al mínimo utilizando personal de alta calidad ética y profesional y con un alto sentido de responsabilidad.

Una vez logrado el embarazo, las complicaciones que pueden presentarse son: aborto, malformaciones congénitas, problemas emocionales y legales.

En general, la tasa de abortos no difiere de la población en general e incluso se han reportado cifras menores, explicables ya que se utiliza semen de alta calidad y se detecta con precisión el momento más adecuado para efectuar el procedimiento. Sin embargo, se ha encontrado una mayor incidencia de abortos en pacientes mayores de 30 años cuando se utiliza semen de baja calidad o cuando se induce la ovulación.

La incidencia de malformaciones no difiere de la encontrada en el resto de la población. En algunos casos incluso se encuentran cifras menores, las cuales también pueden deberse al empleo de semen de alta calidad y monitoreo adecuado de la ovulación con inseminación en el momento preciso. Debido a esto, hay una tendencia a que los productos sean del sexo masculino en el 60 % de los embarazos y de que su coeficiente intelectual sea como mínimo similar al de los productos obtenidos espontáneamente en parejas fértiles.

Aunque raras, pueden presentarse reacciones emocionales indeseables al obtener un hijo por inseminación; esto indica una mala selección del caso o una inadecuada evaluación psicológica de la pareja.

Respecto a los problemas legales, éstos siempre deben tenerse en cuenta, especialmente en casos de parejas inestables y mal evaluadas o en la eventualidad de que el producto nazca con malformaciones congénitas. Este tipo de problemas se reduce al mínimo con una evaluación cuidadosa de las parejas, información adecuada, conocimiento de las leyes del país en que se realice el procedimiento y el efectuar éste con el máximo de privacidad y de acuerdo a los parámetros previamente delineados.¹⁵

¹⁵ E. Pérez Peña. Ob. cit. Pp. 419-421

CAPITULO 2

Al margen del problema ético que la inseminación artificial plantea y sólo desde el punto de vista médico, se aconseja la inseminación artificial en los siguientes casos:

2.1. Inseminación homóloga:

A. Cuando hay anomalías físicas en el varón:

- a. Epispadias. Del griego "epi": sobre; y "spazein": hendir. Anomalía del canal uretral que no desemboca en un sitio normal, sino hacia la parte superior del pene.
- b. Hipospodias. Del griego "ipo"; debajo, y "spazein": Anomalia del canal uretral, que no desemboca en un sitio normal, sino a la parte inferior del pene.
- c. Fimosis. Del griego "fimosis": estrechez del orificio del prepucio, que impide la salida del glande. Puede tratarse quirúrgicamente.

B. Cuando hay anomalías físicas en la mujer:

- a. Estenosis (estrechez vaginal) del griego "stenós": estrecho y "osis": afección; estrechamiento de algún pasaje natural, en el caso concreto de la vagina.
- b. Tabiques en la vagina. Ciertas adherencias que obstruccionan la cavidad vaginal.
- c. Inhospitalidad cervical. Consiste en que hay un medio ácido, en cierta región de la vagina que destruye cualquier espermatozoide que pase por ese canal.

C. Cuando hay anomalías psíquicas o funcionales en el varón:

a. Eyaculación prematura. Consiste en que la eyaculación se verifica demasiado rápidamente, apenas realizada la intromisión o apenas empiezan los movimientos del coito, o algunas veces en cuanto la mujer manifiesta su excitación. La erección del pene se produce más o menos completa. Algunas veces aún, la eyaculación se produce antes de la intromisión, a la entrada de la vagina.

b. Impotencia Coedi. Impotencia por falta de erección

D. Cuando hay anomalías psíquicas o fundamentales en la mujer:

a. Frigidez . Anestesia genital de la mujer

b. Hiperexcitación. Actividad sexual excesiva

c. Ninfomanía. Furor uterino, deseo violento e insaciable en la mujer de entregarse a la cópula.

d. Erotomanía. Del griego "eros", amor y "manía" delirio sexual personalizado como "manía", delirio sexual personalizado como manifestación de diversas enfermedades mentales: demencia precoz, delirio de interpretación, locura alcohólica, histerismo, etc.

E. Por imposibilidad de ascensión del esperma:

La astenospermia, que se da por la insuficiente movilidad de un porcentaje elevado de espermatozoides. Produciéndose la fecundación en el tercio externo de la trompa, los gametos machos deben salvar una distancia de 18 a 24 centímetros en las vías genitales de la mujer. A una velocidad normal de 1 a 2 mm. por minuto, tardarán, pues de 12 a 24 horas en alcanzar el lugar de ataque. Un viaje semejante exige de ellos una energía parecida a la de un nadador que recorriera 36 km. en 5 horas, por lo que se comprende que los débiles sucumben en el camino.

F. En caso de separación corporal de los cónyuges o concubinos, especialmente en los casos de guerra.

A este tipo o especie se le conoce como "Teleinseminación", y empezó a practicarse durante la Guerra de "Corea" y en la de Vietnam, terminadas no hace muchos años.

Los soldados norteamericanos que eran enviados a los frentes de batalla, antes de salir a una acción de la que, ocurrían a los servicios médicos sanitarios del ejército en donde se les extraía el semen, el cual se envasaba y con la técnica del caso se enviaba a su país, en donde se inseminaba a sus parejas. El resultado fue "altamente satisfactorio" y así muchas veces cuando el soldado ya había muerto en el frente de batalla, su semen vivo le era inculado a su esposa o concubina a miles de kilómetros de distancia y estaba perpetuando su especie.

2.2. Inseminación heteróloga.

Los casos en que se utiliza semen de donador, pueden resumirse en tres situaciones especiales:

A. Por esterilidad absoluta del marido

La esterilidad puede tener diferentes causas, como pueden ser la azoospermia, oligospermia, astenospermia, hiperespermia y la necrospermia. Un examen de laboratorio permite a menudo comprobar la desigualdad de la cantidad de espermatozoides contenidos en el esperma. El varón puede estar afectado de azoospermia o de necrospermia, es decir, ausencia de todo elemento macho en el primer caso, o vivo en el segundo; o bien de oligospermia, es decir, de una cifra de espermatozoides inferior a la normal (60 millones por C.C.); o por último, de hiperespermia, es decir, una cantidad de espermatozoides superior a 120 millones por C.C.. Si el primer caso la infertilidad es evidentemente, se ha observado que el índice de fecundidad del líquido seminal en la segunda hipótesis es prácticamente nulo, cuando el número de espermatozoides desciende por debajo de 50 millones por C.C. (a pesar de que en definitiva la penetración ovular la realiza uno solo de ellos). La hiperespermia no está, exenta forzosamente de la posibilidad de una tasa de hialuronidasa; existirá desde éste punto de vista, esperma defectuoso

cuando las células machos alcancen 120 millones por C.C. según la cifra obtenida, habrá pues, lugar o no a la heteroinseminación artificial de la esposa del poseedor del esperma examinado.

La astenospermia, la cual consiste en la insuficiente movilidad de un porcentaje elevado de espermatozoides, produce la fecundación en el tercio externo de la trompa, por lo que los gametos machos deben de salvar una distancia de 18 a 24 centímetros en las vías genitales de la mujer.

B. Por ser indeseable la procreación mediante el marido

Esta es fundamentalmente una razón eugenésica, que puede tener una doble meta:

- a). Evitar taras hereditarias
- b). Evitar el resultado del factor "R H E S U S"

a). Hay, cierto número de afecciones hereditarias, como vicios de conformación, psicosis, cuya existencia en el marido o en sus ascendientes hace la procreación muy indeseable.

Puede haber un marido sifilítico, que aún cuando no es hereditario ese padecimiento, los genes, pueden ser seriamente afectados y el nuevo producto, suelen hacer debilitado y propenso a cualquier clase de enfermedades; y prodría dar lugar a una raza enclenque y débil, nada recomendable para ninguna nación.

b). El examen de los hematíes de la cónyuges, en ciertos matrimonios en que siempre las gestaciones constituyen una serie funesta de accidentes que van desde la ictericia mortal del recién nacido al aborto y a veces, a una verdadera intoxicación de la mujer, ha terminado por descubrir, en 1940, la existencia de un mecanismo destructor de la concepción, el cual generalmente después del nacimiento de un primer niño sano, ocasiona una esterilidad retrasada particularmente dolorosa en estas desgraciadas familias. Se ha observado, en efecto, limitándose al hombre blanco, que el 8.5% de las personas de ambos sexos presentan en la constitución de sus glóbulos rojos una sustancia antagónica, que falta por lo consiguiente, en el 15% de los individuos.

Este aglutinógeno ha tomado el nombre de factor Rhesus "en recuerdo de la especie simiesca (el "Mecacus Rhesus"), en cuya sangre se descubrió. Los glóbulos rojos aglutinados y los no aglutinados y desprovistos de antígeno se transmiten hereditariamente de Mendel: Los primeros se denominan Rhesus Positivos. Los otros Rhesus-negativos. Ahora bien, se sabe que cuando por ejemplo, que la madre es RH-negativa y el padre RH positivo los hijos, como ocurre a menudo, son del mismo signo que el padre, la madre puede inmunizarse poco a poco a éste factor RH-positivo que se encuentra en el feto y que falta en su propia sangre; fabricará un anticuerpo RH, una aglutina anti RH, que tendrá el poder de aglutinar los glóbulos rojos de personas RH-positivos. Pero el anticuerpo una vez producido, pasará a través de la placenta y dañara la sangre del feto; esta emólisis tendrá como consecuencias clínicas anemia, ictericia y como consecuencia histológica eritroblastosis (que no es así más que un efecto del mal hemolítico neonatal). La madre podrá estar sujeta a accidentes muy graves, especialmente en el momento del parto.

Existen embriones que poseen una sangre tan diferente de la de su madre que hace imposible la vida en común durante la gestación. Por supuesto, se ha intentado de tener éste antagonismo, especialmente mediante la inyección al recién nacido de sangre que contenga glóbulos rojos convenientes y más recientemente y con mayor eficacia procurando el parto prematuro del niño, poco después del séptimo mes y extrayéndole toda la sangre que se reemplaza inmediatamente por la de su dador elegido.

Este método da un porcentaje de éxitos que alcanza en la actualidad el 90%, pero aún necesitan los padres el valor de emprenderlo, si desean a cualquier precio descendencia, tienen que elegir, entre un "statu quo" desastroso, con el recurso de una transfusión sanguínea total; o el procedimiento de heteroinseminación artificial por un dador cuyos hematíes hayan sido cuidadosamente comprobados desde el punto de vista del factor Rhus.

C. En las mujeres solteras

Cuando una mujer soltera desea un hijo, pero su delicadeza repugna tener el acto sexual con un hombre fuera del matrimonio, o bien tiene

excesivo miedo al desfloramiento, o finalmente teme ser fecundada por un individuo falto de escrúpulos, que más adelante pudiera explotar económicamente el hecho de haber tenido esa mujer un hijo siendo soltera.

2.3. Elección del donador

Un factor de importancia en la inseminación artificial es la calidad del donador de semen. Se escoge por ello a estudiantes de medicina o médicos jóvenes y saludables con quienes se discute la misión del donador; son donantes con fertilidad comprobada, aunque no es un requisito indispensable. Se les interroga desde el punto de vista de problemas genéticos y no deben padecer ninguna enfermedad venérea. Además, es necesario conocer su grupo sanguíneo y RH con el fin de no originar una insoinmunización a la paciente.

Indispensable es el procurar que las características físicas del padre biológico y el padre según la ley sean similares en lo que respecta a la estatura, color de pie, constitución, color de ojos, cabello, etc.. Por último se procura que el semen sea de extremada calidad. Considerados como límites normales, cifras arriba de los 80,000,000 de espermatozoides por mm³ de eyaculado, con un mínimo de 80% de motilidad activa normal, menos al 10% de formas normales y cantidad de eyaculado entre 2.5 y 5 cm..

Se le pide al donador que no tenga relaciones sexuales o masturbación 48 horas antes de donar el semen. Deberán realizarse un aseo meticuloso de las manos con agua y jabón y después proceder a la masturbación y el eyaculado colocarlo directamente en una caja de Petri limpia y seca, la cual debe taparse y conservarse a la temperatura ambiente. Para obtener mejores resultados, el semen debe aplicarse lo más pronto posible, a sólo unos cuantos minutos de eyaculado. Es conveniente tener a la paciente preparada y obtener el semen en una habitación cercana, obviamente debe evitarse un encuentro entre el donador y la receptora.¹⁶

¹⁶ Ruiz Velazco Víctor. Ob. cit. Pp. 173

Ciertas condiciones de orden psicosociales son absolutamente necesarias para evitar consecuencias desagradables, en la inseminación heteróloga:

- A. Es preciso que el dador ignore quienes son los consortes.**
- B. Es preciso que los consortes ignoren quien es el dador.**
- C. Es preciso que un tercero, no obligado al secreto médico, ignore la operación.**
- D. Es preciso tener certeza del deseo profundo y persistente de los dos esposos y de la estabilidad de su matrimonio.¹⁷**
- E. La necesidad de obtener el consentimiento del marido o compañero, en el caso de relación no matrimonial.**

¹⁷ Vera Hernández Julio Cesar. Ob. cit. PP. 53-54

CAPITULO

3

3.1. Legislación Norteamericana.

El Código Sanitario de la Ciudad de Nueva York, contiene reglamentos en esta materia de sumo interés para otras jurisdicciones y vale la pena reproducirlos en su intensidad.

Reglamentos sobre la disposición del fluido seminal para inseminación artificial humana.

Reglamento 1. La persona a quien se le haya de colectar el fluido seminal con el propósito de inseminación artificial humana, tendrá un examen físico completo con atención particular a los órganos genitales en el momento de tomar dicho fluido seminal.

Reglamento 2. Dicha persona se tendrá un examen sexológico standar de sífilis, prueba y cultivo para detectar gonorreas; no menos de una semana antes que dicho fluido seminal sea obtenido.

Reglamento 3. Ninguna persona que padezca cualquier enfermedad venérea, tuberculosis o infección, será usado como donante del fluido seminal con el objeto de inseminación artificial humana.

Reglamento 4. Ninguna persona que tenga defectos o enfermedades reconocidas como transmisibles por los genes, será usada como donante de fluido seminal de inseminación artificial humana.

Reglamento 5. Antes de que la inseminación artificial humana se lleve a cabo, ambos, el donante propuesto y el recipiente propuesto serán sometidos a un examen de sangre con respecto al factor RH, en un laboratorio aprobado para sexología por la Junta o Comisión de Salubridad. Sin el propuesto recipiente del factor RH, el semen no será usado para la inseminación artificial a no ser de un donante de fluido seminal, cuya sangre sea también negativa a este factor.

Reglamento 6. Donde la inseminación artificial sea efectuada, el médico efectuando la misma mantendrá un récord que no mostrará los siguientes datos:

A. El nombre del médico.

B. EL nombre del donante

C. El nombre y domicilio del recipiente

D. Los resultados del examen físico y los resultados del examen sexológico, incluyendo las pruebas del factor RH.

E. La fecha de la inseminación artificial.

Estos datos serán tomados confidenciales y las carpetas en donde están contenidos no serán abiertos a inspección del público o por cualquier otro individuo más que la Comisión de Salubridad, un representante autorizado del Departamento de Salubridad y otras personas semejantes que puedan ser autorizados por la ley para inspeccionar dicho récord. El custodiante de estos récords mencionados, la comisión o cualquier otra persona autorizada por la ley para inspeccionar dichos récords, no divulgará ninguna parte de los récords para descubrir la identidad de las personas a quien relacionan, excepto cuando sea propuesto pro la Ley.¹⁸

3.2. Legislación Danesa

A. Las disposiciones de esta ley se aplica a la transmisión del semen, a una mujer con esperma tomada de un hombre que no es su esposo, cuando las transmisiones ocurren de modo distinto a la cópula, (inseminación artificial).

¹⁸ Berger Stender Jaime, Inseminación artificial. Instituto Cuauhtlatohuac, México. 1975. Pp. 9-10

B. La inseminación artificial sólo puede efectuarla un médico con conocimientos especiales en ginecología o un médico con autorización especial de las Autoridades de Salubridad.

La inseminación artificial sólo puede tener lugar en hospitales del Estado o Municipales, junto con las instituciones curativas privativas especiales autorizadas para ello. Las autorizaciones otorgadas por autoridades de salubridad también deben de ser renovados cuando la institución implicada o la sección de la institución cambie de médico o jefe.

Una autorización conferida de conformidad con la presente disposición puede retirarse en cualquier momento.

C. La solicitud de inseminación artificial debe presentarse por escrito al médico. Si la mujer está casada y vive en unión de su esposo, la inseminación artificial sólo puede efectuarse con el consentimiento de éste por escrito y en presencia del médico.

La inseminación artificial puede ocurrir exclusivamente cuando la mujer que ha entregado la solicitud tiene mayoría de edad.

D. La inseminación artificial no puede hacerse cuando hay un peligro inminente de que la criatura, a causa de una predisposición hereditaria, continuará padeciendo enfermedad mental, epilepsia o una seria enfermedad corporal.

La inseminación artificial tampoco puede efectuarse cuando la mujer y su esposo, a juicio del médico, carecen de los medios para educar y cuidar a la criatura de un modo conveniente.

Si la mujer no está casada, la inseminación artificial sólo puede hacerse cuando puedan invocarse especiales motivos para ello y que se encuentre que la mujer es completamente apropiada para educar a la criatura y cuidarla.

En este caso la inseminación artificial en general puede efectuarse después de haberlo consultado con el médico habitual de la mujer.

E. El médico seleccionará al donante apropiado; y compete a él encontrar medidas convenientes para evitar que la identidad de la mujer, del marido o del donante sea conocida por las partes.

Quando haya motivos especiales para ello, puede emplearse a un donante determinado que se mencione. La petición para ello puede presentarse de conformidad con las reglas que aparecen en el inciso C), pero la solicitud puede presentar la uno de los cónyuges cuando haya una declaración escrita del otro en el cual renuncie a reconocer la identidad del donante.

El donante no puede estar emparentado con la mujer en línea recta, o descendiente.

F. La criatura engendrada por inseminación artificial en una mujer casada con consentimiento del marido tiene la misma posición legal que un hijo de matrimonio.

La criatura nacida en el caso que se considera en el inciso A), en el tiempo que puede ser engendrada por inseminación, se considerará como engendrada así, a menos que se pruebe que no puede ser este el caso.

Las relaciones familiares legales entre la criatura y, el marido de su madre, pueden, mediante una declaración ser abolidas por sentencia cuando se apruebe que son de importancia definitiva para la criatura que las tiene. Lo relativo a la suspensión queda establecida por la criatura o, si ésta es menor, por la madre, con el consentimiento de un tutor nombrado para realizar esta tarea.

G. El donante de semen que se emplea en la inseminación artificial de conformidad con esta ley no tiene el deber de contribuir a sostener a la criatura ni a la madre y por otra parte, no hay relaciones familiares legales entre él y la criatura.

Aparte del caso considerado en el párrafo precedente, el donante puede asumir la paternidad de la criatura y puede entonces establecerse un juicio de paternidad.

H. Toda persona debe guardar silencio respecto a lo que haya sabido en relación una inseminación artificial.

I. Por infracciones de las disposiciones contenidas en el inciso B), se castigará al que realice una inseminación artificial con multa o encarcelamiento y prisión de un año.

J. Cualquiera que sin autorización de la ley, revele lo que en el ejercicio de su profesión se entere de una inseminación artificial, se castigará con seis meses de prisión.¹⁹

3.3. Legislación sueca

A. Esta ley es aplicable a la reproducción por esperma, que los médicos hacen en las mujeres casadas con semen de otra persona que no es el marido.

B. La inseminación artificial sólo pueden realizarse en un hospital o en una institución comparable, o en una residencia para enfermos, por un médico de la institución, que tenga conocimientos especiales en ginecología. Pero, sin obstáculo para ello, las autoridades médicas, pueden permitir a ciertos médicos que hagan la inseminación cumplimiento con los requisitos mínimos de seguridad para el paciente.

C. La inseminación artificial no puede tener lugar sin el conocimiento del marido.

D. Compete al médico seleccionar al donante de semen apropiado

¹⁹ Aiza Alvarez Heron Manuel, Los elementos del delito y la inseminación artificial humana como posible delito. Tesis profesional Universidad de Guanajuato, Gto.. 1974. Pp. 49-51.

En este caso corresponde al médico hacer los trámites convenientes para impedir que el esposo tenga conocimiento de quien es el donante, así como la mujer.

E. No puede promoverse un juicio al donante por la paternidad de la criatura que fue concebida por el semen.

F. Al médico que haga la inseminación en contra de esta ley o que se dispone en el inciso B), se le impondrá el mayor castigo, a parte de una multa”.²⁰

3.4. Legislación Mexicana

En el año de 1969, el titular del Poder Ejecutivo designó una comisión para que elaborará un proyecto de ley, que se ocuparía en general de “transplantes”.²¹ Proyecto que no fue aprobado por el Poder Legislativo.

En el año de 1991, en el Estado Libre y Soberano de Nuevo León, se da a conocer el “Anteproyecto de Código Civil” que para esa Entidad Federativa de los Estados Unidos Mexicanos, encomendó el entonces Gobernador Constitucional de la misma, Jorge A. Treviño Martínez, a Ernesto Gutiérrez y González.

El autor del citado anteproyecto pensó que éste era el momento adecuado para legislar sobre esta materia y poder cuando menos con buena intención, dar una serie de normas que ayuden a resolver los problemas que, en breve han de presentarse.

Ernesto Gutiérrez González no emite un juicio de valor sobre si, deben emplearse o no, procedimientos de ingeniería genética, pues no por el hecho de regularse implique la aprobación de los mismos.

²⁰ *Ibidem*. P. 52

²¹ Gutiérrez y González Ernesto. *El patrimonio*. Ob. cit. P. 700

La pretensión del autor del anteproyecto citado, de que exista regulación jurídica al respecto, tiene como fin no seguir la política de la avestruz, de ocultar la cabeza en un hoyo cuando viene la tormenta y pensar que de esa manera al no proponer la regulación de la materia, el problema no existe.

No manifiesta su parecer respecto de si debe permitirse o prohibirse la inseminación artificial en seres humanos, la reproducción "invitro", o la "clónica"; sólo se concreta a proponer lo que se debe hacer en caso de que se presenten situaciones como éstas.

Para Ernesto Gutiérrez y González el hecho de decir que en el Código Civil se prohíban esas prácticas y en el Código Penal se determinen las sanciones a los violadores, no resuelve el problema, citando como ejemplo el problema del aborto que se prohíbe o sanciona o no, se sigue practicando y por ello estima que deben practicarse esos procedimientos, pero siempre bajo la vigilancia del Estado y en cambio si es perjudicial el que se determine, sin más, su proscripción.

Asimismo, considera necesario dar una regulación a los procedimientos de ingeniería genética, pues es necesario proteger la descendiente, ya que como manifiesta, no se le pidió opinión para venir a éste mundo, ni de la forma en que debía ser engendrado.

El pensar que los seres concebidos en forma diferente a la natural deben ser proscritos, es no actuar con bondad y limpieza de alma, pues se repite que a ellos ni se les pidió opinión para venir al mundo, ni en la forma en que debían de ser concebidos. Por lo que toda la legislación debe ir en su defensa.

Después, se podrá poner o no, una serie de sanciones para quién o a quienes practiquen estos procedimientos genéticos, pero estima el autor que "...es preferible determinar en dónde y cómo se debe practicar, que dejar como en el caso del aborto, su práctica a gente inepta que pone en peligro de muerte, no sólo a la mujer, sino también al producto".²²

²² *Ibidem*. Pp. 721-722

En ese anteproyecto, se hace una regulación cuidadosa de las nuevas formas de reproducción humana.

Al respecto, en la Ley General de Salud se establece:

"Artículo 96.- La investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuye:

1.- Al conocimiento de los procedimientos biológicos y psicológicos en los seres humanos..."

"Artículo 98.- En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o tutores respectivos y de conformidad con las disposiciones aplicables se constituirán: una comisión ética, en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, y una comisión de bioseguridad, encargada de regular el curso de radiaciones ionizantes o técnicas de ingeniería genética..."

"Artículos 313.- Compete a la Secretaría de Salud ejercer el control sanitario de las disposiciones de órganos, tejido y sus componentes y cadáveres de seres humanos..."

"Artículo 314.- Para efectos de este título, se entiende por:

... III.- Células germinales: la células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión..."

"Artículo 466.- Al que sin consentimiento de una mujer si esta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación, si resulta el embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

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

Asimismo, en el reglamento de la Ley General de Salud en materia de la investigación para la salud se preceptúa:

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

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

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

CAPITULO

4

Otra desgracia antigua, pero refrendada de manera preocupante en nuestro siglo, es la infertilidad femenina, a la que podríamos definir como la patología de una mujer que no es capaz de lograr vitalidad fetal. Consistente en perdida de embarazos, una vez que han sido logrados.

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

Las causas orgánicas pueden ser en principio:

A. Endócrinas, como la diabetes, el hipertiroidismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales, etc.

B. Procesos toxicoinfecciosos, como el alcoholismo y la drogadicción, etc.

C. Uterinas, como malformaciones, tumores, etc.

D. Inmunológicas, 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, produzca abortos o enfermedades al recién nacido.

Los factores psicógenos, por su parte, influyen notablemente en el fenómeno de la infertilidad. El hecho de que una mujer posee 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 se producen alrededor de doscientos mil abortos espontáneos por año, que no tienen una causa específica comprobada, lo que nos lleva a deducir que desear conscientemente un hijo, no implica deseárselo también inconscientemente.

Sin embargo, cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos psicológicos surge, como una solución llena de implicaciones morales y jurídicas, en el año de 1975 en los Estados Unidos de América el empleo de la maternidad subrogada (del inglés surrogate motherhood) o gestación por cuenta de otra, es decir, la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar, y en las desgracias extremas recurrir a la donación del óvulo y a la prestación del vientre, para concebir y gestar a través de otra, como una nueva distorsión genética, hija de la necesidad.

Por cierto, no es novedad de nuestra época este tipo de acuerdos; tal vez el primer ejemplo que se registra aparece en la Biblia, cuando la esposa de Abrahán, Sara, que era estéril, pidió a su marido que fecundase a Hagar, su esclava egipcia: "Quizá tendré hijos de ella, dijo Sara. Hízolo así Abrahán y Hagar dio a luz a Ismael".²³

41. Elementos del contrato en general.

De manera previa al estudio de la legalidad de los contratos de maternidad subrogada, enuncio de manera somera los elementos para su existencia y requisitos de los contratos en general, así como su cumplimiento coactivo y efectos particulares de las obligaciones, conforme a lo establecido en el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

La doctrina mexicana, siguiendo el criterio del Código Civil, define al contrato como el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones.

Como acto jurídico que es, la mayoría de los autores mexicanos, clasifican a los elementos del contrato en esenciales; consentimiento y objeto; y requisitos de validez; capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y aunque no se incluye en el concepto de la ley, se tiene excepcionalmente la solemnidad.

²³ Génesis, 16,2.

En este estudio no se seguirá el criterio de analizar al contrato respecto de sus elementos de esencia y validez, por considerarse que no deben confundirse los ámbitos o campos de la formación y los efectos del contrato.

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

Bajo esas bases, procedemos analizar al contrato bajo el nombre de elementos de esencia o estructurales y requisitos de validez.

4.1.1. Consentimiento.

Etimológicamente el consentimiento significa acuerdo o coincidencia de dos o más voluntades sobre un mismo punto y viene del latín "consensus".

El consentimiento supone la presencia de dos distintas declaraciones de voluntad, que emanan de dos diversos centros de intereses, que son precisamente las partes en el contrato.

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

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

El consentimiento, está compuesto de dos elementos:

- A. Propuesta, oferta o policitud; y
- B. Aceptación.

Policitación.- "Es una declaración unilateral de la voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor, sería y hecha con ánimo de cumplir en su oportunidad".²⁴

Aceptación.- "Es una declaración de la voluntad, expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, sería, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta, y se reduce a un sí".²⁵

El peticionario, queda obligado por su sola declaración unilateral de voluntad, a sostenerla en los términos que la hizo, hasta que no sepa conforme a la ley si el destinatario la acepta o la rechaza; independientemente de que conforme a la ley ya se haya o no, formado el consentimiento.

Una vez que se externa una propuesta y la misma se acepta lisa y llanamente, al encontrarse los dos elementos se integra el consentimiento, el cual ya se definió como el acuerdo de dos o más voluntades tendientes a la creación o transmisión de efectos de derecho, siendo necesario que esas voluntades tengan una manifestación exterior.

Sin embargo, hay ocasiones, en que la formación del consentimiento, es solo aparente; tal sucede cuando se presenta el error obstáculo, ya sobre la naturaleza del contrato, ya sobre la identidad del objeto.

Es de gran importancia determinar en qué instante el consentimiento se perfecciona, por ello se deben distinguir cuatro diferentes casos, ya sea que la oferta se haga entre personas presentes o no presentes, y confiriendo o no plazo; así se tiene que se debe precisar en qué momento se realiza el perfeccionamiento del consentimiento:

²⁴ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las obligaciones. Quinta edición. Editorial Cajica. S.A., Puebla, México. 1984. P 209.

²⁵ *Ibidem*. P. 214.

A. Perfeccionamiento del consentimiento entre personas presentes y no se confiere plazo.

Si el contrato se celebra estando presentes las dos partes, en realidad no existe problema porque al momento de que una de las partes realiza la oferta, la otra parte la acepta lisa y llanamente, perfeccionándose así el consentimiento.

Ahí mismo, las partes, deben resolver sobre la formación del consentimiento, sin más, y si no se acuerda nada, se libera automáticamente al proponente. A este respecto el artículo 1805 del Código Civil para el Distrito Federal, en su primer párrafo preceptúa:

“Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente”.

B. Perfeccionamiento del consentimiento entre personas presentes, fijándose plazo.

Si se encuentran presentes las partes, el consentimiento se puede perfeccionar desde que se externa la oferta y hasta que venza el plazo que se concede por el peticionante para resolver sobre la aceptación, al respecto en el artículo 1804 del ordenamiento legal citado se dispone que:

“Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligo por su oferta hasta la expiración del plazo”.

C. Perfeccionamiento del consentimiento entre personas no presentes.

La doctrina ha considerado diversas posibilidades para estimar perfeccionado el consentimiento respecto de las personas no presentes, sea que se otorgue o no plazo, y así hay cuatro teorías o sistemas al respecto:

a. De la declaración.

Esta tesis establece que el consentimiento entre personas no presentes, se perfecciona hasta el momento en que el destinatario de la propuesta o presunto aceptante manifiesta o declara en cualquier forma, inclusive verbalmente, su aceptación.

b. De la expedición.

En este sistema se considera que el consentimiento entre personas no presentes se perfecciona cuando el destinatario de la propuesta, a más de enterarse de ésta y declarar su aceptación, la expide y sale de su control.

c. De la recepción.

Esta tesis sostiene que el consentimiento entre personas no presentes, se perfecciona hasta el momento en que la aceptación llega al oferente y la recibe, esto es, desde que la aceptación está a su disposición.

d. De la información.

Esta tesis sostiene que el consentimiento entre personas no presentes, se perfecciona en el momento mismo en que el oferente se entera o informa de la aceptación que de su propuesta, hizo el destinatario de la misma.

El Código Civil para el Distrito Federal admite la teoría de la recepción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1807 en el que se dispone:

"El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según artículos precedentes".

El Código de Comercio admite la teoría de la expedición en su artículo 80.

Si se trata de una oferta sin plazo entre personas no presentes, el peticionante queda obligado a sostener su propuesta por un tiempo igual al que tarde en ir y venir la contestación por correo, más un plazo de tres días, al respecto en el artículo 1806 del Código Civil se dispone:

"Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para ida y vuelta regular del correo público, o del que juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones".

El consentimiento, entre personas no presentes fijándose plazo, se perfecciona si el peticionante recibe la aceptación, dentro del plazo que confirió al destinatario para aceptar la propuesta que se le hace, en el artículo 1804 del Código Civil se preceptúa:

"Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo".

Por lo que respecta a la propuesta y aceptación hecha por teléfono, el Código Civil, determina que la propuesta transmitida por la vía telefónica debe considerarse como hecha entre personas presentes y por lo mismo, si no se confiere plazo, la aceptación debe ser inmediata para perfeccionar el consentimiento, en el artículo 1805 del Código Civil, segundo párrafo, se determina:

"La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono".

En relación a la propuesta y aceptación hecha por telégrafo, el artículo 1811 del Código Civil, dispone:

"La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos".

4.1.2. OBJETO

Los juristas indican tres acepciones para la palabra objeto:

- A. El objeto directo del contrato, que es el crear o transmitir derechos y obligaciones;**
- B. El objeto indirecto, es el objeto de las obligaciones engendradas por él y que puede consistir en un dar, hacer y no hacer; y**
- C. La de objeto como sinónimo de la cosa material que la persona debe entregar.**

Desde el punto de vista doctrinario, se clasifica al objeto como elemento de existencia del contrato en:

- A Objeto directo, que es la creación o transmisión de derechos y obligaciones; y**
- B. Objeto indirecto, que es el objeto de las obligaciones engendradas por él.**

A su vez, el objeto de la obligación se clasifican en :

- A. Objeto directo, es la conducta que puede manifestarse como una prestación un dar o un hacer, o como una abstención un no hacer; y**
- B. Objeto indirecto, es la cosa como contenido del dar (que debe ser posible); el hecho como contenido del hacer (que debe ser posible y lícito), y la abstención, como contenido del no hacer (que debe ser posible y lícita).**

En el texto del artículo 1824 del Código Civil se regulan dos supuestos del objeto del contrato:

- A. La cosa que el obligado debe dar; puede ser la prestación de una cosa o la cosa misma; y**

B. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer; puede ser la prestación de un hecho o el hecho mismo.

A este particular resulta muy útil el empleo de la terminología objeto-cosa o de objeto hecho del contrato.

Cuando el contrato crea una conducta que tiene por objeto que el deudor dé una cosa, la prestación de la cosa puede consistir, conforme a lo dispuesto en el artículo 2011 del Código Civil:

"La prestación de la cosa puede consistir:

- I.- En la traslación de dominio de cosa cierta;**
- II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;**
- III.- En la restitución de cosa ajena o pago de la cosa debida".**

La cosa objeto o el llamado objeto-cosa del contrato debe de satisfacer determinados requisitos para poder ser, en el artículo 1825 del Código Civil se determina:

"La cosa objeto del contrato debe: 1.- Existir en la naturaleza.- 2.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.- 3.- Estar en el comercio".

Ahora bien, procedemos a dar una explicación sobre estos diversos requisitos:

A. La cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza:

La cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza, o ser susceptible de llegar a existir, es decir que tenga facticidad real. Por ello, no pueden ser objeto de un contrato, Las cosas que no existen, aunque sí puede llegar a serlo una cosa que existirá.

Las cosas que no pueden llegar a existir, según se establece en el primer párrafo del artículo 1826 del Código Civil en el que se determina que:

"Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no pueden serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento".

B. El objeto del contrato debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

El cumplimiento del contrato es jurídicamente imposible si no es factible determinar cuál es su objeto. La imprecisión sobre la especie de la cosa, o sobre su medida, número o cantidad (cuando se trata de bienes genéricos), impide el cumplimiento serio del contrato y por ello no llega a existir.

Un vínculo jurídico establecido respecto de una cosa indeterminada e indeterminable no es posible, porque, al no proporcionarse las bases para su individualización, ni el acreedor sabrá qué cosa puede exigir, ni el deudor conoce qué deberá entregar.

Puede suceder que la cosa no esté determinada, pero debe ser determinable en cuanto a su especie, de la indeterminación de la especie, deriva la consecuencia de que el contrato no será traslativo de dominio, y por ello en el artículo 2015 del Código Civil se dispone:

"En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor".

C. La cosa objeto del contrato debe estar dentro del comercio.

A este respecto en el artículo 748 del Código Civil se determina:

"Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de ley".

Asimismo, el artículo 749 del ordenamiento legal antes citado, preceptúa:

"Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

De aquí resulta que la in comerciabilidad tiene dos fuentes:

A. La naturaleza. Una cosa es in comerciabile por naturaleza, cuando por sí, no puede ser objeto de relación jurídica alguna, ni tampoco puede ser poseída por algún individuo exclusivamente. V.g. la atmósfera, el aire, el mar.

B. La ley. Una cosa es in comerciabile por determinación de ley, cuando ésta prohíbe que pueda reducirse a propiedad particular, pero ello no significa que respecto de la misma, sea imposible establecer una relación jurídica de otro tipo:

Hay cosas que si bien puede ser objeto de apropiación individual, no son susceptibles de transmisión por parte de su beneficiario quien las puede aprovechar, pero no enajena: se trata de bienes inalienables.

Ello pone de manifiesto que no es lo mismo un bien in comerciabile y un bien inalienable.

El objeto hecho del contrato puede ser positivo (hacer una cosa) o negativo (no hacer una determinada cosa) y además, el hecho debe ser posible y lícito, en el artículo 1827 del Código Civil se dice:

"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I.- Posible; y

II.- Lícito".

Un hecho o abstención, son posibles, cuando van de acuerdo con las leyes de la naturaleza y las jurídicas de orden público.

De esto resulta que hay tres tipos de hechos o abstenciones imposibles:

A. Físicamente imposibles. Es aquél que no puede acaecer porque una ley natural, la cual debe regirlo, impide su realización. V.g. un hecho físicamente imposible sería dejar de respirar durante un mes.

B. Jurídicamente imposibles. Son los que van en contra de una norma jurídica que necesariamente debe regirlos y constituye por lo mismo una barrera insuperable para su realización. V.g. un hecho físicamente imposible sería someterse a la esclavitud.

C. Físicamente y jurídicamente imposibles. Es el caso vaya contra una ley jurídica y una ley de la naturaleza que necesariamente debe regir esa conducta, y así lo será. V.g. el que dos hombres en México, contraigan entre si matrimonio.

El contrato, como ya quedo escrito, requiere de dos elementos de existencia: consentimiento y objeto, pero de manera eventual la ley en algunos contratos establece un elemento más: la solemnidad.

4.1.3. Solemnidad.

"Es el conjunto de elementos de carácter exterior, sensibles, que rodean o cubren a la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del contrato".²⁶

Adviértase que la manera de realizar el acto es un elemento constitutivo del mismo; si esa forma ritual de celebración falta, el acto

²⁶ Ibidem. P. 241.

no llega a existir: es inexistente. Es, así, una verdadera solemnidad que complementa el acto; es un elemento necesario para su creación.

4.2. Requisitos de validez de los contratos en general

El contrato, una vez constituido con todos sus elementos de existencia, deberá reunir, además, los requisitos de validez necesarios para ser perfecto y producir efectos jurídicos plenos, tales requisitos han sido enumerados en el artículo 1795 del Código Civil y son:

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

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

III.- Por vicios del consentimiento;

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

4.2.1. La forma

En el capítulo anterior se estudio la forma del consentimiento como elemento de existencia, ahora se ve como requisito de validez.

En el contrato, a la forma se le puede entender como la manera en que debe externarse y/o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley.

La voluntad de las partes contratantes se puede externar de:

Forma expresa. Es cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos.

Forma tácita. Es cuando la voluntad resulta de hechos o de actos que la presupongan o autoricen a presuponerla.

Silencio. Surte efectos de "forma" cuando la ley confiere a la abstención total de manifestación de voluntad, efectos para la integración del consentimiento.

Consensualismo. Esta tesis jurídica pretende que el acto jurídico exista y se perfeccione por el mero acuerdo de voluntades, sin necesidad que éstas se plasmen en documento alguno; basta el solo consentimiento para que el contrato se perfeccione y surta efectos jurídicos plenos.

Formalismo. Esta tesis jurídica por el contrario, busca siempre que la voluntad de las partes se fije en un documento, de tal manera que el acto no exista, no se perfeccione o surta la plenitud de sus efectos, hasta en tanto no se cumpla con una forma precisa de externar la voluntad que debe marcar la ley.

Clasificación del contrato atendiendo a la forma:

A. Consensual. Es el que se perfecciona por el solo acuerdo de las voluntades, sin necesidad de que éstas revistan forma alguna específica prevista en la ley. Artículo 1795 del Código Civil.

B. Formal. En él la voluntad de las partes se externa en la forma prevista en la ley. Artículo 1795 antes referido.

C. Solemne. Es en el que la voluntad de las partes debe cumplir con la forma solemne prevista en la ley. Si las partes no externalizan su voluntad exactamente como en la ley se dispone, el contrato no llega a existir.

La falta de formalidad exigida en la ley hace que el contrato pueda ser invalidado y que mientras no revista esa forma legal no será válido; sin embargo, tal defecto de formalidad sólo produce la nulidad relativa del contrato, y no impide que dicho contrato produzca provisionalmente sus efectos hasta que se declare nulidad, razón por la cual el cumplimiento voluntario de ese mismo contrato por pago, novación o por cualquier otro modo, entraña la ratificación tácita del mismo y extingue la referida acción de nulidad.

4.2.2. Licitud en el objeto.

Recuérdese que se dijo que el objeto, es la cosa que se debe dar, o bien el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. Artículo 1824 del Código Civil.

Se expuso también que para la existencia de este elemento, se requiere, cuando se trata de la prestación de una cosa, que la misma exista en la naturaleza, sea determinada o determinable, y esté en el comercio; así se dispone en el artículo 1825 del ordenamiento legal citado.

Cuando el objeto consiste en prestar un hecho, se anotó que conforme al artículo 1827 del Código Civil, debe ser posible y lícito.

No basta que el hecho que debe prestar el deudor o la abstención que debe observar, sea solamente posible, sino que además, deben de ser lícitos, entendiéndose en el Código Civil como lícito todo lo que va conforme a las leyes de orden público o buenas costumbres.

Se desprende este concepto a contrario sensu, del artículo 1830 del Código Civil en el que se dispone:

"Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres"

Es preciso hacer una análisis de los dos casos de ilicitud establecidos en el artículo antes referido, esto es:

- A. Lo que va contra la ley;**
- B. Lo que va contra las buenas costumbres.**

Es de señalarse, que no todos los hechos o abstenciones que van contra una ley son ilícitos, pues existen diversos tipos de leyes.

- A. Supletorias o permisivas;**

B. Prohibitivas; y

C. Preceptivas.

Ley supletoria. Es la que se establece para regir las conductas humanas cuando los sujetos que las producen, no han previsto todas las consecuencias de su proceder.

La ley supletoria se aplica cuando es omisa la o las voluntades que crean un acto; suplen el silencio de las que realizan una conducta, y por lo mismo sólo rige esta ley en defecto de declaración expresa; de ahí que, si se realiza o se pacta una conducta contraria a lo que este tipo de ley supone, no se está realizando un hecho ilícito.

Leyes prohibitivas. El Estado se ocupa de regular las relaciones sociales; por lo mismo, tiende a reprimir la voluntad de los particulares en aquellas manifestaciones que pueden ser dañosas al orden y convivencia social. Por ello, restringe la libertad de las personas en sus actos de voluntad, pero lo hace no en una forma general sino excepcional. Por lo mismo la voluntad de los particulares se guía en el derecho civil a través del principio de que "todo lo que no está prohibido está permitido".

En efecto, hay normas de tipo prohibitivo que impiden realizar ciertos actos pues de verificarse éstos, se afectaría el interés de la colectividad; otras normas se dictan en interés de determinadas personas, y finalmente otras disposiciones prohibitivas, aunque los particulares las ataquen, por conveniencia social, se dejan subsistir las consecuencias del acto, y se aplica a los infractores la sanción, no de nulidad de su acto, sino de orden administrativo, a ellos.

Al respecto, puede marcarse una graduación en las sanciones que en la ley prohibitiva se establecen para los actos que pugnan contra lo dispuesto en ella, y considerar las siguientes hipótesis:

a). Si la ley se orienta a la protección de un interés general, de orden público, se impondrá al acto con objeto ilícito, la mayor sanción: nulidad absoluta.

En el Código Civil se establece en su artículo 8:

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos que la ley ordene lo contrario".

b). Si la ley prohibitiva se dictó para proteger determinados intereses particulares relativas a cierto tipo de personas, se establece una sanción más leve para la conducta violatoria: la nulidad relativa o anulabilidad, y solamente permite que se destruya el acto cuando media petición del afectado.

c). Si la ley prohibitiva busca proteger el orden social, pero de su violación se crean consencuencias de derecho que ameritan una tutela especial, resultará más grave imponer la nulidad del acto, que tolerar sus efectos; entonces sólo se aplica a los infractores una sanción de tipo administrativo o penal, pero se dejan vivas, las consencuencias del acto.

Leyes preceptivas. En donde se ordena la observancia de conductas determinadas; preceptúa u ordena lo que se debe hacer con atención al orden social, y si los particulares celebran un contrato que tenga por objeto una conducta contraria o que tienda a alterar las situaciones tuteladas por esas leyes, estarán realizando una convención con objeto ilícito.

Hecho o abstención ilícita por no ser conforme a las buenas costumbres.

En el artículo 1830 del Código Civil declara ilícito no sólo lo que va contra la ley, sino también lo que atenta contra las buenas costumbres.

Por buenas costumbres se entiende. "El conjunto de hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinado y a las cuales deberá atender el juzgador para sancionar o no el acto".²⁷

²⁷ Ibidem. P. 266

Por tanto, será contrario a las buenas costumbres toda conducta que la opinión prevaleciente reprueba como inmoral.

Las buenas costumbres son cambiantes de época a época, y de pueblo a pueblo, por lo que ante esa variabilidad del contenido, no le es dado al derecho determinar un catálogo de conductas ilícitas, y por ello se remite supletoria y subsidiariamente a nociones de tipo moral.

Por ello, al determinar que un hecho o una abstención que constituyen el objeto de un contrato, son ilícitos por ir en otra de las buenas costumbres, quedará sujeto a un recto criterio judicial, que variará de pueblo a pueblo, de época a época y aun de región a región de un mismo país.

4.2.3. Licitud en el motivo o fin.

Al respecto puede considerarse que el motivo o fin: "Es la razón contingente, subjetiva, y por lo mismo variable de individuo a individuo, que lo induce a la celebración del acto jurídico".²⁸

Es aplicable, al respecto todo que se anotó con relación a la licitud, por ir de acuerdo con la ley y las buenas costumbres, y lo que es ilícito y pugna con esos conceptos.

La máxima "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans", significa que no debe de ser oído en justicia aquél que, en apoyo de su pretensión, sólo puede alegar su propia torpeza o falta. Quien funda su reclamación en un hecho ilícito cometido por sí mismo no debe ser atendido.

En el Código Civil en vigor no se acogió la máxima, por lo tanto, en el caso rige la norma general, que impone la nulidad del contrato con objeto o motivo o fin ilícito, y obliga a las partes a restituirse las prestaciones cumplidas. Pero, esta restitución beneficia íntegramente al solvens (a quien entregó la prestación), pues, para reprimir a las partes,

²⁸ *Ibidem*. P. 267.

además de negarle efecto jurídico al acto (nulidad), restringe al cincuenta por ciento la restitución de lo anticipado e impone al autor la pérdida del cincuenta por ciento restante en favor de la Beneficiencia Pública.

Al respecto en el artículo 1895 del Código Civil se preceptúa:

"Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea lícito o contrario a las buenas costumbres no quedará en poder del que lo recibió. El cincuenta por ciento se destinará a la Beneficiencia Pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho a recuperarlo el que lo entregó".

4.2.4. Ausencia de vicios en la voluntad.

El contrato, precisa de elementos de existencia y una vez que existe, de requisitos de validez, como son la forma prescrita por la ley, y que tenga un objeto, motivo o fin lícitos.

Pero además es indispensable que las voluntades que integran el consentimiento no sufra vicio alguno, es decir la voluntad de las partes que celebran el acto debe estar exenta de defectos, debe ser cierta y libre, el resultado de una determinación real y espontáneamente debida.

Por vicio se puede entender: "la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución".²⁹

En tales casos cuando un elemento de existencia se realiza o se presenta de manera imperfecta, está viciado, si una de las partes del acto jurídico manifiesta su intención de celebrarlo, sólo por que su decisión ha sido desviada por causas extrañas, sin las cuales el acto no habría sido realizado; al otorgar su consentimiento por temor o por estar en una falsa creencia, ha proyectado su intención hacia un fin que no desea en realidad.

²⁹ *Ibidem*. P. 272.

En los artículos 17 y 1812 del Código Civil se catalogan como vicios de la voluntad al error, dolo, mala fe y lesión.

Considero que los vicios son: error e intimidación.

Ya que el dolo y la mala fe son medios para inducir o mantener en el error, respectivamente y la violencia es el medio para provocar la intimidación.

Respecto a la lesión, considero que no es un vicio de la voluntad, sino consecuencia de la voluntad viciada y no el vicio mismo. Podría tratarse de un vicio o defecto de contrato, además que los vicios de la voluntad son puramente subjetivos y la lesión es subjetivo-objetivo.

Error. Es la opinión subjetiva contraria a la realidad o discrepancia entre la voluntad interna y la declarada.

En el lenguaje común es un concepto falso de la realidad, es una creencia no conforme con la realidad, pero siempre, aunque se esté en error, se tiene un conocimiento, equivocado, pero un conocimiento al fin y al cabo.

Clasificación del error por su origen o la manera en que se genera.

El error puede producirse en la mente humana por dos caminos: de una manera espontánea, sin que intervenga para nada otra voluntad que le induzca al error, y cuando lo provoca un sujeto, ya sea parte o sea tercero al acto.

Resulta así: el error fortuito, en donde nadie induce a la falsa creencia de la realidad, y el error provocado, en donde se realizan maquinaciones para hacer caer en el error.

Clasificación del error por sus consecuencias jurídicas.

Error indiferente. Este tipo de error no ejerce influencia sobre el acto. Recae sobre circunstancias accidentales o sobre motivos personales secretos que no trascienden en la celebración del acto.

Otro caso de error indiferente es el de cálculo o aritmético, que se comete en una operación aritmética, y que conforme a la ley no afecta al contrato, sino que sólo da derecho a su rectificación; en el artículo 1814 del Código Civil se dispone:

"El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique".

Error nulidad. Este no impide la formación del consentimiento, no obstante permite pedir la nulidad relativa del acto jurídico, en nuestro derecho, es el error que recae sobre el motivo determinante de la voluntad del agente, en el artículo 1813 del Código Civil se prescribe:

"El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

Error obstáculo. Impide la reunión de voluntades, por lo tanto produce la inexistencia del contrato, pues es tan grave y de tal magnitud, de que en verdad no se puede decir que se haya integrado el consentimiento, y al no integrarse el acuerdo de voluntades, falta uno de los elementos de existencia del contrato.

Este tipo de error puede recaer: sobre la naturaleza del contrato, y entonces se habla de error "in negotio" o sobre la identidad del objeto, y se habla de "error in rem"

Error in negotio. Se presenta, cuando una de las partes que pretende celebrar un contrato, cae en el error de creer que celebran un contrato diverso al que piensa celebrar la otra.

Error in rem. Lo hay cuando las partes caen en error respecto de la identidad del objeto materia de la prestación en el contrato; cada uno supone que la operación versa sobre una cosa distinta.

Clasificación del error por la materia sobre la que recae.

Error de hecho. La falsa creencia de la realidad, se refiere a situaciones fácticas, y reviste tres grados:

Obstáculo, nulidad e indiferente.

Error de derecho. Este error se presenta cuando una persona tiene una falsa creencia sobre la aplicabilidad de una norma legal, o sobre su interpretación.

El Código Civil en su artículo 1813, dispuso que tanto el error de hecho como el de derecho invalidan el contrato en las condiciones que la propia norma señala.

Distinción entre el error vicio que invalida al contrato y el que es indiferente a su eficacia.

Al respecto, el legislador mexicano, dispone que el error que vicia al contrato es sólo el que reúne los dos requisitos señalados en el artículo 1813 y que son:

A. Que el error recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contrata.

B. Que ese motivo haya trascendido exteriormente.

El motivo determinante de la voluntad, es el motor principal, la causa decisiva del contrato.

El error que recaiga sobre aquello que fue el motivo que determinó a contratar, sobre el móvil decisivo, es el que anula el contrato. El que verse sobre motivos secundarios es indiferente al acto.

La exteriorización del motivo determinante de la voluntad, no basta, es indispensable, que se exteriorice ese motivo, que exista una firme evidencia objetiva indicando cual fue ese móvil principal para obrar, el fin cuya consideración decidió la celebración del acto.

Error mantenido por mala fe.

Mala fe. Es la determinación de la voluntad de una parte en orden a la disimulación del error en que se encuentra la parte, al celebrar el contrato, o las maquinaciones que realiza, tendientes a mantener en ese error fortuito a su contraparte.

La mala fe presenta varias especies:

Mala fe pasiva. Consiste en la disimulación del error en que de manera fortuita se encuentra la contraparte;

Mala fe activa. Consiste en que conociendo el error fortuito de la contraparte, se realizan además maquinaciones para mantener en ese error.

Mala fe principal. Es la disimulación del error fortuito o las maquinaciones tendientes a mantener en él, y que determinan a una persona a celebrar un contrato que de otra manera no había celebrado.

Mala fe intencional. Es el disimulo o las maquinaciones que se utilizan para mantener en el error fortuito a una persona que ya estaba decidida a contratar, pero en vista de ese disimulo o de esas maquinaciones, otorga su voluntad en situación desventajosa aquella que hubiere aceptado sin mediar el error fortuito mantenido por la mala intención.

La disimulación o las maquinaciones tendientes a mantener en el error fortuito, puede provenir de: una de las partes, de ambas partes contratantes o de una tercera persona ajena al contrato.

Una vez que se sabe que una de las partes, en un acto jurídico, ha incurrido en error fortuito, del cual se hizo disimulado su contra parte o maquinó para mantenerlo en él, podrá pedir la nulidad relativa, pero también, si enterado del engaño decide llevar adelante el contrato, éste se podrá convalidar, en el artículo 1823 del Código Civil se dispone:

"Si habiendo cesado la violencia o siendo conocido el dolo, o el que sufrió la violencia o padeció el engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios".

Error provocado o inducido por dolo.

En el Código Civil en su artículo 1815 se preceptúa:

"Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por la mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

El dolo se clasifica en dos grandes tipos: dolo bonus o dolo bueno y dolo malus o dolo malo.

Dolo bonus o dolo bueno. Consiste en las consideraciones o artificios más o menos hábiles de que se vale una persona para llevar a otra a la celebración del contrato, es decir exageraciones evidentes que a manera de propaganda se efectúa para la recomendación de algún objeto o de los servicios de alguna persona, ponderación excesiva que no entraña engaño alguno.

Dolo malo. Que a su vez se divide en: dolo civil y dolo penal.

Dolo penal. Para Jiménez de Azúa, Luis, el dolo en el derecho penal es: "la producción de un resultado típicamente antijurídico (o la omisión de una acción esperada), con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior (o de su no mutación), con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto (u omitir la acción debida), y con representación del resultado (o de la consecuencia del no hacer), que se quiere o consiente".³⁰

³⁰ Jiménez de Azúa Luis. La ley y el delito. Primera edición. Editorial Hermes, S.A., México. 1986. P. 365.

Dolo civil. Según Gutiérrez y González Ernesto; "es el conjunto de maquinaciones empleadas para inducir al error, y que determinan a la persona para dar su voluntad o para darla en situación desventajosa, en la celebración de un acto jurídico".³¹

El dolo civil se clasifica: en dolo malo principal y dolo malo incidental.

Dolo principal. Son las maquinaciones que se emplean, para hacer caer en error a una persona y obtener su voluntad, determinantes para realización y ejecución del acto.

Dolo incidental. Maquinaciones que se emplean para inducir a error a una persona que ya estaba determinada a contratar, pero en vista de tales artificios otorga su voluntad en situación desventajosa de la que hubiere aceptado sin mediar el error por dolo.

El dolo vicia la voluntad cuando procede del co-contratante, si los artificios engañosos provienen de un tercero, no invalidarán el acto, a menos que fueren conocidos por el co-contratante.

Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones, ambos contratantes incurrirían en la comisión de un hecho ilícito y ninguno merece la protección de la ley.

En resumen, el acto jurídico puede ser anulado por dolo o mala fe, cuando su concertación hubiese sido determinada por maquinaciones, artificios o sugerencias del co-contratante, que hagan incurrir en error o mantengan en él o bien por disimulación del error conocido.

Otro de los vicios de la voluntad es la intimidación; el Código Civil lo denomina violencia, al eludir a la causa que lo produce.

Considero que el concepto más exacto es el de intimidación, el diccionario larousse dice:

³¹ Gutiérrez y González. Derecho de las obligaciones. Ob. cit. P. 300.

"Intimidación f. Acción y efecto de intimidar...temor".³²

"Intimidar...Causar miedo, asustar".³³

En los Códigos Civiles de 1870, en su artículo 1416 y en el de 1884 en su artículo 1229, se designó a este vicio con el vocablo "intimidación" y decían: "Hay intimidación cuando se emplea fuerza física o amenazas que importan peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del que contrate, de su cónyuge o de sus ascendientes o descendientes".

En el artículo 1819 del Código Civil se establece:

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

La fuerza física o amenazas sobre una persona, para debilitar su ánimo y arrancarle una declaración de voluntad que no desea, es la violencia, que se divide en: física (vis absoluta) y moral (vis compulsiva), ambas producen la intimidación, elemento que realmente vicia la voluntad al suprimir la libertad de decisión, la cual debe presidir a todo acto volitivo.

Para que la intimidación sea considerada como un vicio de la voluntad debe reunir los siguientes requisitos:

A. Debe ser determinante, es decir, que haya sido la causa que indujo a aceptar la celebración del contrato.

³² García Pelayo y Gross Ramón. Pequeño Larousse ilustrado. Ediciones Larousse, México. 1993. P. 589.

³³ Loc. cit.

B. Debe ser injusta, el apercibimiento o advertencia que se haga a otro sobre las posibles consecuencias legales de su conducta, sobre el uso de vías de derecho para forzarlo a realizar cierto acto, o sobre los perjuicios que puede sufrir.

Hay sin embargo ocasiones en que una parte amenaza a otra, bien para que celebre un contrato, bien para que no lo celebre, y no obstante haber influido en su voluntad, no puede estimarse que existe el vicio que se viene tratando, tales causas son:

A. Temor reverencial. En el artículo 1820 del Código Civil se dispone:

"El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento".

B. Advertencia de ejercicio de un derecho.

Se presenta cuando se amenaza a una persona con ejercitar un derecho que se tiene contra ella, si ésta no celebra un determinado acto.

La intimidación puede provenir de su contratante y de un tercero.

La intimidación procedente de un tercero invalida el acto, ya sea que la conozca o no el contratante favorecido.

De todo lo expuesto, se concluye que la sanción al acto generado por el empleo de la intimidación, es que el violentado puede invocar la nulidad relativa del acto jurídico, en el artículo 1818 del Código Civil se expresa:

"Es nulo el contrato celebrando por violencia, ya provenga éste de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato".

La lesión es otro vicio de una de las partes, originado por su inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria, en un contrato conmutativo.

Existen diversas teorías que buscan explicar cómo opera la lesión, las cuales adelante refiero:

A. La lesión como vicio subjetivo de la voluntad.

Quando en un contrato conmutativo, una de las partes acepta recibir una prestación notoriamente desproporcionada a lo que ella por su parte se obliga, obedece sin duda a que su voluntad está viciada, pues nadie en pleno uso de conciencia y libremente, acepta una prestación muy inferior a la que da.

No interesa la desproporción material entre las prestaciones, sino que interesa saber si la voluntad fue libre al exteriorizarse, o si hubo algún elemento que influyera en ella. En ese caso es igual que hubiera un vicio como el error o la violencia, pues por ellos, pueden hacerse que una de las partes obtengan una prestación notoriamente desproporcionada a la que por su parte entrega.

B. Lesión como vicio objetivo.

Aquí no interesa que la voluntad haya o no estado viciada al integrar el consentimiento en un contrato; lo que repugna es la notoria desproporción en las prestaciones, de donde resulta que la lesión es un vicio objetivo del contrato.

C. Lesión como vicio objetivo -subjetivo.

Se necesita que haya una desproporción manifiesta, entre la prestación y la contraprestación, pero además de esa desproporción objetiva, debe darse un elemento subjetivo, a saber, la explotación de la penuria, la inexperiencia o ligereza de la otra parte o suma necesidad.

Hay dos elementos: uno objetivo representado por la desproporción de las prestaciones, y otro subjetivo representado por un aspecto interno de la voluntad.

En el artículo 17 del Código Civil se caracteriza a la lesión como una desproporción evidente entre el valor de las prestaciones de las partes, la cual arroja un lucro excesivo en favor de una de ellas, causado por la explotación de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de la otra: ya que dicho precepto legal dispone: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios".

El derecho concedido en este artículo será de un año".

No debe perderse de vista que la lesión, en sí, es una inequivalencia de prestaciones que, si bien puede provenir de un vicio de voluntad, no es vicio de la voluntad por sí misma. Es la consecuencia de la voluntad viciada y no el vicio mismo. Podría tratarse de un vicio o defecto del contrato; sólo de aquél que engendra prestaciones recíprocas, ciertas y que deben guardar un nivel de equivalencia: o sea, del contrato bilateral, oneroso y conmutativo.

En resumen, la presencia de cualquier vicio de la voluntad o de lesión, en la formación de un contrato, produce la nulidad relativa del mismo.

Las voluntad exenta de vicios es un requisito de validez del acto jurídico, los vicios que le afectan no impedirán que el acto exista, pero provocará su ineficacia, la cual:

A. Sólo podrá ser invocada por quien haya sufrido los vicios de voluntad, artículo 2230 del Código Civil.

B. Podrá convalidarse por confirmación cuando haya desaparecido el vicio, ratificación que puede ser expresa, oral, escrita o por signos inequívocos; o bien tácita, por el cumplimiento voluntario. Artículos 2233 y 2234 del Código Civil.

C. Podrá convalidarse por prescripción de la acción. Artículos 2236, 2237 y 17 del Código Civil.

D. Permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos . Artículo 2237 del Código Civil.

4.2.5. Capacidad.

La ley exige para que valgan contrato, que la voluntad con la forma prevista, que el objeto motivo o fin sea lícito, y que la voluntad no esté viciada, y que las partes que celebraron el acto jurídico sean capaces.

La capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

En principio, todo sujeto tiene capacidad y sólo determinados grupos de personas, a título excepcional, son incapaces.

Hay dos clases de capacidad:

- A. De goce. Es la aptitud para ser sujeto de derecho y obligaciones.
- B. De ejercicio. Es la aptitud jurídica de ejercitar o para hacer valer los derechos que se tengan, y para asumir deberes jurídicos.

Si hay capacidad de goce y de ejercicio, también en ocasiones la ley establece que determinadas personas no pueden tener ciertos derechos, creando así una incapacidad de goce, o bien la ley determine, que teniendo esos derechos, les está vedado ejercitarlos por sí, de donde resulta la incapacidad de ejercicio.

La llamada capacidad de goce es una verdadera vocación para tener derechos, para ser titular de ellos. Es un atributo de la personalidad y la poseen todos los hombres, sin excepción.

Una vez desaparecida la esclavitud, que tenía el ser humano como objeto de derecho, y la muerte civil, la cual era una pena consistente en la privación total de los derechos de la persona, no hay en la actualidad una total incapacidad de goce.

Hay incapacidad de goce cuando un derecho, concedido a la generalidad de las personas, le es negado a cierta categoría de ellas a determinada persona. V.g. la persona que ha sido condenada por delitos contra la propiedad u honestidad tienen incapacidad para ser tutor o albacea.

La ratio iuris de las incapacidades de goce, consiste siempre en el propósito de proteger los intereses sociales: son disposiciones de orden público.

En el derecho mexicano existen especiales casos de incapacidad de goce para:

A. Corporaciones religiosas y ministros de los cultos; artículos 27 fracción II y 130 décimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

B. Instituciones de beneficencia; artículo 27 fracción III de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

C. Sociedades mercantiles por acciones; artículos 27 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

D. Los extranjeros; artículo 27 fracción y de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

E. Personas físicas por sentencia judicial civil o penal ; artículo 1680 del Código Civil.

En segundo lugar la incapacidad de ejercicio implica el ser titular de derechos pero no poder ejercerlos por si mismo.

En el derecho mexicano existen dos grados de incapacidad de ejercicio:

A. General.

Este tipo de restricción se establece en el artículo 450 del Código Civil cuando se determina:

***Tienen incapacidad natural y legal:**

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adición a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir;

IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso immoderado de drogas y enervantes*.

Esta disposición, tiene sus excepciones, y entre ellas, las establecidas en los artículos 641, 1306 y 1307 del Código Civil.

B. Especial.

La ley establece la incapacidad general de ejercicio, también a las personas con plena capacidad de goce y de ejercicio, les crea ciertas incapacidades especiales respecto de la última; tal es el caso de la mujer casada, que conforme a los artículos 174, 175 y 176 del Código Civil, no pueden celebrar con su esposo ningún contrato, excepción hecha del de mandato, el de fianza para que su cónyuge salga en libertad o el de compraventa, cuando estuvieren casados bajo el régimen de separación de bienes.

La ratio legis de las incapacidades de ejercicio es la salvaguardia de intereses privados.

En materia de contratos, la incapacidad de las partes o de una sola de ellas, produce la nulidad del acto, tal y como se desprende de los artículos 1795 fracción I, 1799, 2228, 2230 del Código Civil.

Las personas que pueden invocar la nulidad por falta de capacidad, conforme al artículo 2230 antes citado:

“La nulidad por causa de error, dolo violencia, lesión o incapacidad sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz”.

4.3. El cumplimiento coactivo del contrato en general.

Si el deudor cumple voluntariamente su obligación, ésta se extingue por pago.

El pago es “el cumplimiento de una obligación, cualesquiera que sea objeto de ésta. Se paga dando una cosa, prestando un servicio u observando la abstención objeto de una obligación, trátense de obligaciones de dar, hacer o de no hacer”.³⁴

Una de las características de la norma jurídica es la coercibilidad, el poder que tiene el titular de un derecho de lograr coactivamente el cumplimiento y satisfacción del mismo.

Con el auxilio de la autoridad jurisdiccional se logra el respeto a la norma de derecho, su acatamiento forzado es una medida para lograr ordinariamente su observancia.

El cumplimiento forzado puede ser:

- A. En naturaleza; y
- B. Por equivalencia.

³⁴ Bejarano Sánchez Manuel. Obligaciones civiles, Editorial Harla, S.A., México. 1984. P. 310.

En naturaleza es el que se obtiene proporcionando al acreedor el objeto mismo de la obligación del deudor. V.g. si el deudor estaba obligado a pagar mil pesos y el acreedor recibe esta suma o el deudor estaba comprometido a entregar una cosa determinada y el acreedor la recibe, o bien por último se proporciona a éste el hecho mismo que debía darle el deudor o la abstención que debería de observar.

Por equivalencia se da cuando se concede al acreedor un sustituto del objeto de la obligación. El dinero es un equivalente por excelencia. V.g. el acreedor recibe una indemnización en concepto de daños y perjuicios, porque el deudor incurrió en el hecho ilícito del incumplimiento.

4.4. Efectos particulares de las obligaciones del contrato en general.

Los actos jurídicos creadores de obligaciones recíprocas tienen algunos efectos característicos que explican por enlace y la interdependencia de las obligaciones que asumen ambas partes.

La obligación de cada una de las partes se explica y justifica por la obligación de la otra, por tanto, si una de las prestaciones falta, la otra no tiene razón de subsistir.

En efecto, si una de las partes no cumple, la otra tampoco deberá cumplir, y este principio elemental fundamenta:

- A. La teoría general de los riesgos;
 - B. La teoría de la resolución por incumplimiento culpable que veremos adelante; y
 - C. La excepción de contrato no cumplido.
- A. Teoría de los riesgos: imposibilidad de incumplimiento por caso fortuito.

Por caso fortuito o fuerza mayor se entiende: Un acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor, impredecible o bien inevitable, al que no puede resistir, que le impide cumplir definitiva y totalmente la obligación asumida o le impone un retardo en el cumplimiento, y que causa daños al acreedor. Bien puede ser un hecho natural (tempestad, heladas, huracanes, temblores) o un hecho del hombre (guerra, huelgas, bombardeo)

El caso fortuito exonera de responsabilidad al deudor porque el incumplimiento no proviene de su culpa, sino de un hecho ajeno que no puede resistir. Por lo que podemos concluir que la imposibilidad de ejecución de una obligación proveniente de un acontecimiento ajeno al deudor e irresistible, lo libera del cumplimiento y lo exonera de toda responsabilidad.

Tratándose de un contrato unilateral la solución no parece dudosa, pero el problema se presenta a propósito de los contratos bilaterales, cuando una de las obligaciones generadas por el contrato devino de ejecución imposible por caso fortuito, y en cambio la obligación recíproca del contratante, sí tiene la posibilidad de ser ejecutada.

Las reglas legales han sido creadas respecto de las obligaciones de dar, sin embargo, los principios se aplican no sólo a las obligaciones de dar, sino también a las de hacer y no hacer. Ya que el hecho que se va a prestar no se pierde ni la abstención, pero puede llegar a ser de imposible ejecución; mal puede hablarse, en tales supuestos, de riesgos de la cosa. Se trata de un incumplimiento por causa de fuerza mayor. De una imposibilidad por causa fortuito. Más valdría llamarle así.

Reglas de solución, de los problemas creados por la imposibilidad de cumplimiento en un contrato bilateral:

a. Principio general.

Se aplica a todos los contratos, excepto a los traslativos de dominio. Si en un contrato bilateral una de las partes no pueden cumplir su prestación, en causa de un caso fortuito o de fuerza mayor, quedará

eximida de hacerlo, lo mismo que su co-contratante y el contrato se extingue sin responsabilidad para ninguna de las partes, perdiendo cada una sus propios gastos que hubiere erogado.

Existe en derecho el principio de que: "nadie está obligado a lo imposible" y el acontecimiento imprevisible o irresistible, ajeno a la voluntad o participación del deudor, que le impide absolutamente cumplir con su obligación, le exonera del compromiso, extinguiéndolo por la imposibilidad de ejecución, sin responsabilidad de su parte. Pero, en reciprocidad, también queda exonerada de cumplir la otra parte, y el contrato se ve extinguido.

b. Regla particular para los contratos traslativos de propiedad.

En los contratos que transmiten la propiedad, el dueño sufre la pérdida fortuita o el demérito de la cosa objeto del contrato, por aplicación del principio *res perit dominio* (la cosa se pierde para su dueño). El riesgo es a cargo del que sea dueño de la cosa en el momento en que ocurra la pérdida.

Quién es el dueño de una cosa que haya sido objeto de un contrato traslativo de propiedad. Ello depende del momento en que se produce la transmisión de la propiedad. En el Código Civil se contienen reglas precisas que deciden cuando ocurre lo anterior.

Si la cosa enajenada es específica, cierta y determinada, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratos por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición.

Si el bien es cosa genérica, es decir especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hacen ciertas y determinadas con conocimiento del acreedor.

En los contratos traslativos de dominio de cosas ciertas, de inmediato hacen dueño al adquirente, arrojando sobre él los riesgos de la pérdida de la cosa ni pagado el precio, por lo que el comprador de la específica deberá pagar de ella aunque ésta no pueda ser entregada.

En transmisión del dominio de las cosas genéricas no se efectúa sino hasta que se hacen ciertas y determinadas con conocimiento del acreedor, el riesgo de su pérdida o depreciación lo corre el vendedor, quien para cumplir su obligación puede y debe entregar otras cosas de la misma especie; de ahí que los romanos dijeron que "los géneros no perecen (genera non preunt).

En el Código Civil se regula la teoría de los riesgos sólo respecto de las obligaciones de dar (artículo 2017) y por ello se refiere a la pérdida de la cosa (artículos 2018, 2021), pero es claro que el problema puede presentar a propósito de cualquier obligación, (de dar, hacer o no hacer), que por caso fortuito no pueda ser cumplida (artículos 2017 fracción V y 2111).

B. La teoría de la resolución por incumplimiento culpable

El cumplimiento del contrato, motivado por caso fortuito, no responsabiliza al deudor, pero el que proviene de su culpa constituye, como hemos visto, un hecho ilícito fuente de las obligaciones, lo compromete a reparar los daños que cause y a demás, da derecho a la víctima a desligarse de su propia obligación resolviendo el contrato, si en el contrato bilateral una de las partes no cumple por su culpa, la otra parte puede exigir:

- a). La ejecución forzada y el pago de daños y perjuicio por hecho ilícito;
- o
- b). La rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios por el hecho ilícito del deudor.

El acreedor puede optar libremente por una u otra medida, e incluso podrá pedir la rescisión, si el cumplimiento elegido inicialmente resultare imposible.

En el artículo 1949 del Código Civil se preceptúa:

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere con lo que incumbe".

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible".

La rescisión es la resolución de un contrato bilateral plenamente válido u otro acto jurídico que engendre prestaciones recíprocas, a causa del incumplimiento culpable de una de las partes.

Características de la rescisión:

Quien puede exigir la rescisión es el contratante víctima del incumplimiento que esté exento de culpa, de manera que no puede pedir la resolución el que hubiere incumplido el mismo contrato que trata de rescindir, a menos que faltare a consecuencia de un incumplimiento anterior de la otra parte, lo cual debe ser considerado por el juez.

La rescisión procede cuando el incumplimiento proviene de la culpa del deudor, de causa imputable a él. Si es consecuencia de causas ajenas e irresistibles (caso fortuito) la rescisión no procede, sino la resolución por imposibilidad de ejecución (teoría de los riesgos), y cuando el incumplimiento se refiere a las prestaciones recíprocas principales del contrato, pues una inobservación de las obligaciones accesorias o complementarias no sería suficiente si aquellas fueron satisfechas.

Poco importa que el incumplimiento sea total o parcial, pues la ley no distingue.

La rescisión destruye el contrato privándolo de efectos. Retroactivamente, borrando en lo posible todas sus consecuencias, no obstante, hay ocasiones en que no puede producirse esa extinción retroactiva del contrato y ello sucede en dos casos

- a. Cuando la resolución pudiere causar perjuicios a tercero de buena fe, cuyos derechos deben ser respetados.
- b. Cuando el contrato hubiere engendrado efectos no restituibles.
- C. Excepción de contrato no cumplido.

En principio, las obligaciones nacidas de un contrato bilateral deberán ser cumplidas simultáneamente. Si una de las partes, sin haber proporcionado su prestación, demanda a la otra el pago, ésta podrá resistirse a darlo mientras el demandante no entregue el suyo. Se trata de la excepción dilatoria de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus).

El Código Civil no contiene disposición expresa que consagre esta defensa, pero la doctrina reconoce en forma unánime su positividad en nuestro sistema jurídico, lo mismo que la jurisprudencia.

Su efecto el de aplazar el pago, sin extinguir el contrato, es una excepción dilatoria que, como tal, se hace valer en el proceso jurisdiccional.

4.5. Denominaciones del contrato de maternidad subrogada.

Hay muchísimas denominaciones para designar, en el lenguaje utilizado por los medios de comunicación, la aludida práctica. Algunos juristas y otros novelistas, lo han denominado contrato de maternidad subrogado, entendiendo esta palabra como sinónimo de sustituida. Otros, menos elegantes, la llaman la maternidad de alquiler, hay quien la califica como maternidad suplente y quienes simplemente dicen que hay un contrato de prestación de servicios, cuyo objeto es inseminarse y entregar a los nueve meses, el producto de la gestación.

En España la proposición de ley en materia de Técnicas de Reproducción asistida publicada en el Boletín Oficial de las cortes generales de 9 de mayo de 1987 se refiere a la gestación de sustitución. En Francia se ha impuesto recientemente la expresión *mère poeuteuse*.

En México Ernesto Gutiérrez y González, en su proyecto de Código Civil para el Estado libre y soberano de Nuevo León, le denomina contrato de gestación.

4.6. Concepto del contrato de maternidad subrogada.

Para Zannoni, la maternidad subrogada se da en el caso de que: "el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará a cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja. Del mismo modo, agrega se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo que, una vez nacido, entregarán gratuitamente o por precio al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa".³⁵

JAIME VIDAL MARTINEZ sostiene: "llamamos sustituta o madre subrogada, a la mujer que se ofrece 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 tal que la esposa del padre pueda adoptarlo".³⁶

"Asimismo explica 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 imposibilitado 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 gametos de la pareja que pretende el hijo, a fin de que

³⁵ Soto Lamadrid Miguel Angel. Biogenética, filiación y delito, Editorial Astrea, Buenos Aires. 1990. P. 316.

³⁶ Vidal Martínez Jaime. Las nuevas formas de reproducción humana. Primera edición. Editorial Civitas, S.A., 1988. P. 180.

el embrión humano sea luego gestado, previa implantación por la madre sustituta o portadora".³⁷

En la época contemporánea, el contrato de maternidad subrogada supone dos actos teóricamente separables entre sí. 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 sustituta 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 de 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; y

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.

Ahora bien, si recordamos los orígenes de esta institución se localizan en los Estados Unidos, 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.

Ernesto Gutiérrez y González, en su proyecto de Código Civil para el Estado libre y soberano de Nuevo León, dice: "Se llama contrato de gestación "alienus in vitro", al acuerdo de voluntades, por virtud del cual una pareja en matrimonio o en concubinato, o una mujer o un hombre soltero, a los que se les llama "tradens", en forma gratuita u onerosa, encomiendan a otra mujer, a la que se le llama "accipens" y la cual se obliga a recibir en su genital adecuado, el producto de una inseminación "alienus in vitro", por todo el tiempo que dure la gestación, y hasta que nazca el producto de la concepción, con el deber de

³⁷ Ibidem. Pp. 180-181.

entregar ese fruto, de inmediato o cuando se le pida, dentro de los seis siguientes meses de nacido el producto".³⁸

4.7. Legalidad del contrato de maternidad subrogada.

Por legalidad se entiende: "Calidad de legal de un acto, contrato o situación jurídica".³⁹

Legal: "Ajustado a la ley".⁴⁰

En razón de lo anterior, la ley requiere para la eficacia de un contrato elementos necesarios para su existencia: consentimiento, objeto y en algunos casos la solemnidad; y requisitos de validez que son cuatro: capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, forma en los casos exigidos por la ley y objeto motivo o fin lícito, esto es que no sea contrario a las leyes de orden público o buenas costumbres.

Toda vez que como ya ha quedado apuntado, la maternidad subrogada hace referencia a dos casos distintos, que merecen análisis y críticas separadas:

- A. Cuando se aporta exclusivamente el vientre para recibir uno o varios cigotos producidos con material genético ajeno.
- B. Cuando se aporta no sólo su vientre, sino también el óvulo, siendo el varón de la pareja solicitante quien aporta el semen, mientras que la verdadera madre será en este caso, la mujer alquilada.

En el primer caso, considero, se integran los elementos necesario para su existencia, pues hay consentimiento y objeto, asimismo se reúnen los requisitos de validez, excepto en el de licitud en objeto, motivo o fin.

³⁸ Gutiérrez y González Ernesto. El patrimonio. Ob. cit. P. 732

³⁹ De Pina Rafael. Diccionario de derecho, Decimotava edición, Editorial Porrúa, S.A., México. 1992. P. 353.

⁴⁰ Loc. cit.

Por su parte, Carmen García Mendieta dice "el contrato celebrado entre la pareja estéril y la madre subrogada es inexistente para el derecho".⁴¹

Argumenta 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, y el 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; Estar en el comercio", para concluir que la gestación de un ser humano no es algo que pueda estar en el comercio de los hombres según expresión jurídica acuñada desde la antigüedad, por lo que en un contrato de esta especie sería inexistente.

Al respecto, es de señalarse que cuando decimos un acto es perfecto, 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 imperfecto, ya que hay veces que la imperfección no permite siquiera que el acto nazca (inexistencia), en tanto que otras causas no dañan tan radicalmente al negocio jurídico, ya que permiten su nacimiento, pero no su correcta conformación (invalidez). Podríamos decir que ha nacido defectuoso (nulidad), porque el objeto, motivo o fin del acto es ilícito, porque la voluntad del autor no se ha expresado en forma libre y consciente, o porque ésta no se ha expresado con determinadas formalidades.

No todos estos requisitos vician o perjudican 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 mismo 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, que sólo atañen al interés privado de las partes.

⁴¹ García Mendieta Carmen. Fertilización extracorpórea, aspectos legales. Revista "Ciencia y Desarrollo". Conacyt, Noviembre-Diciembre 1985. Año XL. Número 65. P. 39.

Por estas razones, como ha quedado asentado, por regla general la nulidad que proviene de ilicitud en el objeto, motivo o fin, da lugar por su gravedad a una sanción más severa que se denomina nulidad absoluta, en tanto que la ausencia de los otros requisitos produce la nulidad relativa del acto.

El objeto es un elemento esencial del contrato, y es verdad 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.

Para Ramón Sánchez Medal si el objeto existe pero es contrario a la moral o las buenas, estaremos en presencia de un acto ilícito y por lo tanto absolutamente nulo.⁴²

Como hemos visto, para el derecho mexicano, los contratos reales, es decir los que recaen sobre una cosa, será necesario siempre, que la cosa exista en la naturaleza, que haya sido determinada o que sea determinable y que esté en el comercio. (artículo 1825 del Código Civil)

Pero la prestación de un hecho, en cambio, puede consistir en que el deudor haga algo o no lo haga. El hecho, objeto del contrato, puede ser entonces positivo (hacer) o negativo (no hacer) pero siempre debe ser siempre posible y lícito. (artículo 1827 del Código Civil)

Los hechos positivos o negativos son considerados ilícitos por el derecho mexicano, cuando sean contrarias a las leyes de orden público o las buenas costumbres (artículo 1830 del Código Civil), en el cual la sanción será nulidad absoluta del contrato. (artículo 1795, fracción III y 2225 del Código Civil)

En razón a lo expuesto, se concluye que el contrato de maternidad subrogada cuando se aporta exclusivamente el vientre, son existentes y que no puede ser calificados de inexistentes, por mucho que repugne a nuestra conciencia moral, como propone García Mendieta.

⁴² Sánchez Medal Ramón. De los Contratos Cíviles, Décima segunda edición. Editorial Porrúa. México. 1993. Pp. 32-41.

Ya que dicho contrato de maternidad subroga, lo ubicamos a los contratos que tienen por objeto la prestación de un hecho positivo y no entre los que transmiten el uso y dominio de una cosa, evitaremos decir que el servicio o el hecho no está en el comercio, pues esa clasificación solo se aplica a las cosas. Nos preguntaremos más bien si la prestación del hecho es "posible" y "lícito".

El alquiler de úteros es posible, como lo atestiguan los niños nacidos a través de este método, pero ¿es también lícito?

Ahora bien, por lo que respecta a la licitud de los contratos de maternidad subrogada, es de señalarse como ha quedado anotado, que en el Código Civil se señala como lícito todo lo que va conforme a las leyes de orden público o buenas costumbres, concepto que se desprende a contrario sensu, del artículo 1830 del ordenamiento legal citado.

De dicho artículo se desprende dos casos de licitud:

- A. Lo que va contra las normas de orden público; y
- B. Lo que va contra las buenas costumbres.

Por lo que atañe al primer caso de licitud, es preciso señalar que actualmente no están regulados los contratos de maternidad subroga por las normas jurídicas mexicanas, por ende los contratos de maternidad subrogada en donde se aporte exclusivamente el vientre no son ilícitos, toda vez que los mismos no son contrarios a las leyes de orden público, ya que en ninguna ley de orden público se encuentra prohibido su objeto. Lo cual se desprende del principio de fundamentalidad de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual consiste en que todo lo que está expresamente prohibido para los gobernantes les está permitido, aunado al principio de la autonomía de la voluntad, el cual consiste en permitir crear a su arbitrio, los actos jurídicos cuyo contenido no sea contradictorio a las normas de interés público, las buenas costumbres y los derechos de tercero, situación que se resume en el siguiente principio lógico jurídico "lo que no esta prohibido está permitido". 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.

Por lo que se refiere al hecho ilícito que va contra las buenas costumbres, es de recordarse que por buenas costumbres se entiende. "El conjunto de hábitos, prácticas o indicaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinado y a las cuales deberá atender el juzgador para sancionar o no el acto".

A efecto de analizar la ilicitud del contrato de maternidad subroga bajo el concepto de buenas costumbres, nos remitimos a diversas inclinaciones sostenida por diversos autores, dentro de los cuales Zannoni sostiene la prohibición de maternidades sustitutas en cualquiera de sus formas, parece afirmarse cada vez más, haciendo referencia 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 inadmisibles en una sociedad democrática y justa.

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 componentes sean objeto de estas relaciones jurídicas".

Preocupados por este mismo tema, un grupo de trabajadores 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 debería 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 autorizarse:

- A. Si la madre no obtiene ninguna ventaja material de la operación; y
- B. Si la madre de sustitución puede optar por quedarse con la guarda del niño a nacer.

El proyecto preliminar del Consejo de Europa, que contiene provisiones sobre inseminación artificial en una madre subrogada (artículo 13) y por separado, sobre fecundación in vitro con transferencia del cigoto de una mujer subrogada (artículo 16), sugiere dos alternativas, en el primer caso admite que esto ocurra, siempre y cuando: a) se realice sobre una base exclusivamente benévola; b) la madre subrogada tuviese la opción de quedarse con el niño; y c) cualquier acuerdo sobre renuncia al niño fuese nulo; mientras que, 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, 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 trate de una prestación personal de carácter gratuito.

Por las razones expuestas, el determinar que los contratos de maternidad subrogada son ilícitos por ir en contra de las buenas costumbres, quedará sujeto a un recto criterio judicial, que variará de un pueblo a pueblo, de época a época y aun de región a región de un mismo país.

A mi juicio, el contrato de maternidad subrogada, en donde se aporta exclusivamente el vientre para recibir uno o varios cigotos producidos con material genético ajeno, debería ser válido y por ello de necesario cumplimiento para las partes contratantes; siempre y cuando el mismo se preste a título gratuito, que se realice con fines terapéuticos, que la madre subrogada no obtenga ningún lucro y que la mujer, de la pareja solicitante, esté físicamente imposibilitada para concebir o para gestar en su vientre el producto de la concepción y por ende, no pueda procrear. Ya que es indudable que las nuevas técnicas de reproducción

humana, podrían ser muy importantes y valiosas para la humanidad en circunstancias específicas, aunque pueden provocar agitadas discusiones y declaraciones emotivas por parte de altas autoridades. Inclusive existe la sugerencia de prohibir estas prácticas, pero esta es una actitud derrotista, porque si vamos a ser dueños de nuestro destino seguramente tenemos que aceptar la responsabilidad de explotar en su totalidad todos los avances en el control de la reproducción y desarrollo humano.

Cabe recordar que en la exposición de motivos del Código Civil de 1928, se dijo:

"El cambio de las condiciones 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 las sociedades experimentan".

En dicha exposición también se expresó:

"Para legislar no debe tenerse 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; por que hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir".

4.8. Cumplimiento del contrato de maternidad subrogada.

Como he apuntado, si en un contrato bilateral una de las partes no cumple por su culpa o negligencia, la otra parte puede exigir: a) La ejecución forzada y el pago de daños y perjuicios por hecho ilícito; o b) La rescisión del contrato y el pago de daños y perjuicios por el hecho ilícito del deudor.

En el artículo 1949 del Código Civil se establece:

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere con lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."

Asimismo hemos dicho que los contratos de subrogación materna son nulos absolutamente, nulidad que en el derecho mexicano debe ser declarada judicialmente, y 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 prevalecer todo interesado y no desaparece por confirmación o la prescripción.

Si el contrato de maternidad subrogada, y más todavía, la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre, constituyen contratos manifiestamente ilícitos y, por tanto, afectados de nulidad absoluta, por lo que si se pidiera judicialmente su cumplimiento a través de la ejecución forzada, la autoridad judicial, sea por vía oficiosa o como excepción de parte, rechazará dicha solicitud argumentado la ineficacia absoluta de estos contratos.

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 inseminación o a la transferencia del embrión; a continuar el embarazo una vez lograda la concepción.

En la primera hipótesis, siguiendo el criterio establecido, que al ser estos contratos nulos no procede la acción de cumplimiento, aún en el supuesto de que fuesen autorizados por la ley en el futuro, o la moral pública los admitiera, no sería posible exigir a la madre subrogada que incumple, que se sometiera al procedimiento de inseminación heteróloga o la transferencia del embrión engendrado in vitro, por tratarse de actos personalísimos sobre los que no caben ninguna coacción legal, aunque sí el pago de daños y perjuicios si el incumplimiento carece de justificación.

En la segunda hipótesis si la madre subrogada se niega continuar el embarazo, pero como en México el aborto se considera un delito, la continuidad del embarazo se convierte en una obligación de carácter público, no contractual, derivada de la norma penal que prohíbe el aborto.

Ya sabemos que los contratos de maternidad subrogada son nulos e inexigibles, porque atentan contra la moral y las buenas costumbres, pero si no podremos exigir su cumplimiento, ¿podremos exigir, al menos el pago de daños y perjuicios?.

Los contratos de maternidad subrogada son absolutamente ilícitos por contrariar a la moral y las buenas costumbres, porque la procedencia y contenido de la reparación de daños es improcedente, ya que al ser declarada la nulidad del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado. Pero como el acto sería contrario a las buenas costumbres restringe al 50% la restitución de lo anticipado e impone al autor la pérdida del 50% restante en favor de la beneficencia pública. (Artículos 1895 y 2239 de Código Civil).

Por lo que respecta a la maternidad subrogada, donde se aporta óvulo y vientre, cualquiera podría sostener y con razón, que no se trata, en realidad de un contrato mixto, prestación de servicio y cosa, si no un acuerdo sobre el producto de la actividad contratada, es decir, el hijo de la madre sustituta o más bien la porción que le corresponde para no olvidar, quién aportó el material genético para la inseminación, ya que este podría alegar su paternidad sobre el producto.

En este último caso, si podríamos hablar de venta del hijo futuro y desarrollar los conocidos argumentos en contra de las convenciones que hacen del ser humano su objeto. Pero la prohibición moral y jurídica de que los niños sean transmitidos como si fuesen cosas, hace precisamente que el contrato tenga un objeto ilícito y que, por lo tanto, sea absolutamente nulo, pero no inexistente.

CONCLUSIONES

Primera. Los contratos de maternidad subrogada son jurídicamente existentes porque contienen los elementos necesarios para tal efecto, pero están afectados de nulidad absoluta, a causa de la ilicitud de su objeto, ya que nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1830, considera ilícito el hecho que sea contrario a las leyes de orden público o buenas costumbres, caso en el que la sanción sería la nulidad absoluta del contrato, por lo cual no pueden ser calificados de inexistentes.

Segunda. El contrato de maternidad subrogada donde se aporta exclusivamente el vientre es ilícito, nulo e **inexigible**, porque atenta contra las buenas costumbres, más no por contrariar una norma de orden público. La anterior aseveración se sustenta en el principio de **fundamentalidad de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**, el cual consiste en que todo lo que no está expresamente prohibido para los gobernantes les está permitido, aunado al principio de la autonomía de la voluntad, el cual permite crear a su arbitrio, los actos jurídicos cuyo contenido no sea contradictorio a las normas de interés público, las buenas costumbres y los derechos de tercero; situación que se resume en el principio lógico jurídico "lo que no esta prohibido está permitido".

Tercera. El concepto de buenas costumbres se transforma con el cambio de condiciones de la vida moderna, imponiendo la necesidad de renovar la legislación, para regular actos jurídicos hoy atípicos, pero tipificables en el futuro, ya que como se manifestó en la exposición de motivos del Código Civil de 1928, el derecho civil no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan.

Cuarta. Por tanto, el contrato de maternidad subrogada debería regularse y permitirse legalmente, cuando la madre subrogada únicamente aporte su vientre para la gestación de un óvulo fecundado que hubiere sido aportado por la pareja que solicita la prestación de este servicio, que el mismo se preste a título gratuito, que se realice

con fines terapéuticos, que ella no obtenga ningún lucro y que la mujer, de la pareja solicitante, esté físicamente imposibilitada para concebir o para gestar en su vientre el producto de la concepción y por ende, no pueda procrear; por lo que en tales circunstancias el contrato debería ser válido y por ello de necesario cumplimiento legal para las partes contratantes.

Quinta. La pareja solicitante deberá hacerse cargo de pagar en favor de la madre subrogada, todos y cada uno de los gastos, ya sean médicos, hospitalarios, alimenticios y de cualquier otra índole, que sean necesarios para satisfacer el objeto del contrato, durante el periodo de gestación y hasta su recuperación física.

Sexta. Que se prohíba la intervención que, con fines de lucro, pudiera tener cualquier persona, en la celebración de los contratos de maternidad subrogada.

BIBLIOGRAFIA

- Arámburo Sierra Fermín. Propuesta de la Ley para regular la procreación asistida. Tesis profesional ITAM. México. 1992.
- Berger Stender Jaime. Inseminación artificial. Instituto Cuauhtlatohuac. 1975.
- Bejarano Sánchez Manuel. Obligaciones civiles. Tercera Edición. Editorial Harla. México. 1984.
- C.R. Austin y R.V. Short. Traducida por Enrique Hidalgo Díaz de la Vega. Control Artificial de la Reproducción. Ediciones Científicas La Prensa Mexicana, S.A.. 1982.
- De Pina Rafael. Diccionario de derecho. Décimo octava edición. Editorial Porrúa. México. 1993.
- E. Pérez Peña. Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción. Salvat Mexicana Ediciones. S.A. de C.V.. 1981.
- Gutiérrez y González Ernesto. El Patrimonio. Cuarta Edición. Editorial Porrúa, S.A.. México. 1993.
- Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las obligaciones. Quinta edición. Editorial Cajica, S.A.. Puebla, México. 1984.
- Guitrón Fuente Villa Julián. Qué es el derecho familiar. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales. Primera edición. México. 1992.
- García Maynez Eduardo. Introducción al estudio del derecho. Cuadragésimo cuarta edición. Editorial Porrúa. México. 1992.
- Gutiérrez Fierro Sergio Armando. Fecundación por inseminación artificial en humanos, como fuente de relaciones jurídicas. Tesis profesional. Universidad Autónoma de Zacatecas. 1973.

- Herón Manuel Aiza Alvarez. Los elementos del delito y la inseminación artificial humana como posible delito. Tesis profesional Universidad de Guanajuato, Gto. 1974.
- J. Silber Tomás. Traducida por José Rafael Blengio. Aspectos éticos y legales en perinatología. Nueva Editorial Interamericana, S.A. de C.V.. México. 1987.
- Ruiz Velasco Víctor. El manejo de la pareja estéril. UNAM, México. 1975.
- Ramón Sánchez Medal. De los contratos civiles. Décima segunda edición. Editorial Porrúa. México. 1993.
- Sánchez María de Lourdes y Jesús Manuel Fueyo Pando. La filiación y otros problemas jurídicos, del concebido por medio de inseminación artificial. Tesis profesional. UNITEC. México. 1991.
- Ulises Méndez. Los bebés del futuro nacerán en probeta. Primer edición. Editorial Posada, S.A.. México. 1974
- Vidal Martínez Jaime. Las nuevas formas de producción humanas. Primera edición. Editorial Cívitas, S.A.. 1988.
- Vera Hernández Julio César. Inseminación artificial en seres humanos. Tesis profesional. UNAM. México. 1958.

Revistas

- Artuz Antonio. Aspectos clínicos y psicológicos de la inseminación artificial. Revista de Colombia médica, 13, 1 marzo. P.P. 26-29. 1982.
- Figueroa Casas. P.R. Simposio: Inseminación artificial. IV Reunión anual de la Sociedad Argentina de Andrología, Obstetricia y Ginecología Latino - americanas, enero - febrero de 1983. P.P. 63-70.

- **García Flores Rogelio; Vázquez Juanita; Andrade Z. José.** Inseminación artificial con semen del esposo. Revista de ginecología y obstetricia de febrero. México. P.P. 59-63. 1987.
- **García Flores Rogelio; Vázquez Juanita; Andrade Z. José,** Inseminación artificial con semen de donador. Revista de ginecología y obstetricia de febrero.P.P. 338-341. 1986.
- **Montes Blanco JM; Barrie Durán J; Rivera Pérez J,** Técnicas de inseminación artificial. Revista cubana de ginecología y obstetricia, 12, 1, Enero - Marzo 27 - 34. 1986.

Legislación

- **Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal,** publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 1928.
- **Ley General de Salud,** en el Diario Oficial del 7 de febrero de 1984.
- **Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud,** publicada en el Diario Oficial del 6 de enero de 1987, México, 1987.
- **Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Organos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos,** publicado en el Diario Oficial del 20 de febrero de 1985.