

308409A  
24



UNIVERSIDAD LATINA, S. C.

INCORPORADA A LA U.N.A.M.

"ANALISIS DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE TIENEN LAS PARTES EN EL CONTRATO DE LA FIGURA DE LA MADRE SUBROGADA"

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

**LICENCIADA EN DERECHO**

P R E S E N T A :

**MARIA ELENA GUERRERO AROCHI**

ASESOR: LIC. IGNACIO ARTURO JUAREZ TERCERO



MEXICO, D. F.

Autorizo a la Direccion General de Estudios de la UNAM a difundir en formato electronico el contenido de esta tesis.

2003

NOMBRE: MARIA ELENA GUERRERO AROCHI  
FECHA: 17 MARZO 03  
FIRMA: [Signature]



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



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

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

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

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

**TESIS  
CON  
FALLA DE  
ORIGEN**



**UNIVERSIDAD LATINA, S.C.**  
INCORPORADA A LA U.N.A.M.



Coyoacán México, 27 de Febrero de 2003

C. DIRECTOR GENERAL DE REVALIDACIÓN  
INCORPORACIÓN Y DE ESTUDIOS, UNAM  
P R E S E N T E:

La C. GUERRERO AROCHI MARIA ELENA ha elaborado la tesis profesional titulada "Análisis de los derechos y obligaciones que tienen las partes en el contrato de la figura de la madre subrogada" bajo la dirección del Lic. IGNACIO ARTURO JUÁREZ TERCERO, para obtener el Título de Licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos correspondientes.

ATENTAMENTE  
"LUX VIA SAPIENTIAS"

LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ  
DIRECTORA TÉCNICA DE LA  
LICENCIATURA EN DERECHO  
CAMPUS SUR

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

C

México, D. F., a 14 de noviembre de 2002.

UNIVERSIDAD LATINA, S. C.  
LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ  
DIRECTORA TÉCNICA DE LA LICENCIATURA  
EN DERECHO.

Por este medio me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que he concluido la revisión del Trabajo de Tesis realizado por la alumna MARÍA ELENA GUERRERO AROCHI, quien curso en esta Institución la Licenciatura en Derecho; la cual lleva por título " ANÁLISIS DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE TIENEN LAS PARTES EN EL CONTRATO DE LA FIGURA DE LA MADRE SUBROGADA", en la cual fungí como asesor y a mi consideración reúne los requisitos de fondo y forma conforme a la Legislación Universitaria y al Reglamento de Titulación de la Universidad Latina (UNILA).

Por lo antes expuesto, solicito a usted tome la presente para continuar con los tramites que establece el Manual de Titulación de la Universidad Latina, S. C.

Sin más por el momento le envío un cordial saludo.

A T E N T A M E N T E

LIC. ARTURO JUÁREZ TERCERO

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## AGRADECIMIENTOS

*A Dios: Por existir y estar siempre a mi lado en todo momento, por cuanto soy, por cuanto puedo y por cuanto he recibido. Señor, llegue a la meta anhelada a pesar de haber dejado de creer en ti, pero, Gracias te doy por haber creído tu en mi.*

*A la Universidad Latina, S. C.: A quien nunca podré como devolver lo que ha hecho por mí, gracias por formar mi acervo intelectual, mi alma y mi vida; por permitirme conocer la responsabilidad, la honestidad, el respeto, la integridad, la lealtad, el honor, la amistad y el amor; ahora me corresponde depositar y devolverte el almamater en todo lo que haga por ti.*

*A mis Padres:*

*A Vicky: Porque usted con su ejemplo de honestidad, rectitud, amor y cuidados, me brindó incondicionalmente su apoyo moral y económico; Haciendo posible mi sueño anhelado. TE AMO.*

*A Agustín: Porque aunque los problemas nos separaron, gracias te doy por haberme dado la vida y la oportunidad de demostrarte que si se puede. TE QUIERO MUCHO*

*A Lydia: Por ser mi hermana, mi amiga, mi cómplice y la mayor influencia que hace salir lo mejor de mí, tienes la cualidad más hermosa de la vida: el amor, el coraje, la paciencia, la perseverancia y la confianza en tus hermanos; especialmente gracias por haberla tenido en mí. TE AMO.*

*A Arturo, Paty, Luis y María: En quienes encontré apoyo, comprensión y amor; A los cuales gracias por que fue posible arribar la meta anhelada. LOS QUIERO MUCHO.*

TESIS CON  
FALLA DE CUBIEN

*A Irma, Norma, Emmanuel, Anahí, Alejandro, Diana, Juanita, Monserrath y Dany+: Saber que el amor de familia nos une, es un grato ejemplo, de la presencia de Dios. Gracias por ser mi familia.*

*A Dany+: Gracias por ser un digno ejemplo de valentía, perseverancia y amor a la vida. TE AMO MUCHO.*

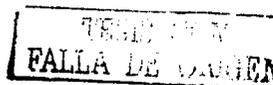
*A mis tíos: Everardo, Mario, Joel, María Eugenia, Javier y Yolanda Arochi: El amor es la palabra mágica que nos conduce hacia la libertad, el poder y el conocimiento. Sólo el amor dominará los obstáculos en nuestro sendero; A ustedes Gracias, por ser mi familia y ser el mejor ejemplo de superación, de madurez y de honestidad. Con AMOR y RESPETO.*

*Al Licenciado Ignacio Arturo Juárez Tercero: A quien agradezco sus conocimientos transmitidos, su paciencia, su amistad y su valentía al arriesgarse conmigo en la elaboración del presente trabajo. Con RESPETO y ADMIRACIÓN.*

*Al Licenciado Jorge Zaldivar Vázquez: Agradezco su valiosa participación en el presente trabajo y por su amistad. Con RESPETO y ADMIRACIÓN.*

*A Omar, Nayeli y Karina: En quienes encontré una amistad invaluable y de confianza, que permitiera abrir más nuestros corazones con el pasar del tiempo.*

*A mis amigos: Gracias por su amistad, apoyo y comprensión.*



F

**“ ANÁLISIS DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE TIENEN LAS PARTES EN EL CONTRATO DE LA FIGURA DE LA MADRE SUBROGADA ”**

**INDICE**

**Pág**

**INTRODUCCIÓN.**

**CAPITULO 1. ASPECTOS MÉDICO-HISTÓRICOS.**

1.1. Concepto de Esterilidad	1
1.2. Tipos de Esterilidad	3
1.2.1. Esterilidad Primaria en la Mujer y en el Hombre	3
1.2.2. Esterilidad Secundaria en la Mujer y en el Hombre	4
1.2.3. Esterilidad en Parejas de Edad Avanzada	4
1.3. Subrogación o Substitución	5
1.4. Técnicas de Reproducción Asistida	7
1.4.1. Inseminación Artificial.	8
1.4.2. Transferencia Intratubárica de Gametos	9
1.4.3. Fecundación In Vitro	10
1.4.4. Transferencia de Embriones	11
1.4.4.1. Transcervical	11
1.4.4.2. Transcutáneo	12
1.5. Aspectos Médico-Históricos de la Madre subrogada	13
1.6. Problemas Legales	14

**TESIS CON FALLA DE ORIGEN**

6

## **CAPITULO 2. DERECHO COMPARADO DEL POSIBLE CONTRATO DE LA MADRE SUBROGADA.**

2.1. Comunidad Europea.	17
2.2. España	20
2.3. Estados unidos de Norte América	23
2.4. Francia	26
2.4.1. La Legalidad y Legitimidad de la Figura Jurídica	29
2.4.2. La Actualidad del derecho en Francia	30
2.5. Inglaterra	34
2.6. México	36
2.6.1. Aspectos Constitucionales	36
2.6.2. Ley General de Salud	42
2.6.3. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.	45
2.7. Comentarios de la Falta de Reglamentación de los Derechos y Obligaciones que tienen las Partes en el Contrato de la Figura de la Madre subrogada.	53

## **CAPITULO 3. ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL CONTRATO DE LA MADRE SUBROGADA Y OTROS CONTRATOS AFINES.**

<b>ORDENAMIENTO DEL CONTRATO</b>	<b>55</b>
3.1. Innominado	57
3.2. Arrendamiento o Comodato	58
3.3. Promesa	59
3.4. Incumplimiento del Contrato	60

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

+1

3.4.1. Indemnización por Incumplimiento	62
3.5. Problema Jurídico –Familiar dentro del Contrato.	65
3.5.1. Filiación	66
3.5.2. Sucesiones	70
3.6. Derechos del Nasciturus	71
3.7. Acción de Impugnación de la Maternidad	72

**CAPITULO 4. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE TIENEN LAS PARTES EN EL CONTRATO DE LA FIGURA DE LA MADRE SUBROGADA.**

4.1. Conceptos	78
4.1.1. Derecho	78
4.1.2. Obligación	79
4.1.3. Contrato	81
4.1.3.1. Modelo del Contrato de la Figura de la Madre Subrogada	82
4.2. Derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el Contrato de la Madre Subrogada.	91
4.2.1. Derechos.	92
4.2.2. Obligaciones	93
4.3. Derechos y Obligaciones de la Madre Subrogada dentro del Contrato	94
4.3.1. Derechos	94
4.3.2. Obligaciones	95
4.4. El contrato y sus elementos	96
4.4.1. Existencia	96
4.4.2. Validez	106

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

4.4.3. Nulidad	109
4.4.4. Incumplimiento	111
4.5. Comentarios del " Análisis de los Derechos y Obligaciones que tienen las partes en el Contrato de la Figura de la Madre Subrogada".	112
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>114</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>117</b>

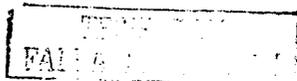
TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## INTRODUCCIÓN

*Durante los últimos años, hemos sido testigos de los avances en el ámbito de la ciencia médica, provocando situaciones en la vida del ser humano que nunca se pensó pudieran llegar a presentarse, hemos visto que los médicos e investigadores se deslumbran de tal forma con sus descubrimientos y con la posibilidad de manejar la ciencia, creando antídotos, estudiando al hombre, etc., sin medir las consecuencias biológicas, psicológicas, morales, religiosas ni jurídicas, partiendo de la base que el Derecho se ocupa de regular la vida en la sociedad, éste ha sido rebasado por dichos adelantos.*

*El presente trabajo de investigación tiene como objetivo, analizar jurídicamente los Derechos y Obligaciones que tienen las Partes dentro del Contrato de la Figura de la Madre Subrogada, también conocida como, "MATERNIDAD SUBROGADA" o "PRÉSTAMO DE MATRIZ", la cual consiste en utilizar la matriz de otra mujer para el desarrollo del embarazo ante la imposibilidad de algunas mujeres de ser fecundadas o bien ante la imposibilidad de desarrollar un embarazo una vez fecundadas. Este problema, lo han enfrentado los Tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica, donde es posible realizar este tipo de embarazos, pero también se han presentado litigios, en virtud de que, la madre subrogada o substituta al tener contacto con el producto durante la gestación, al nacer éste se arrepiente y quiere conservar al niño que ha desarrollado en su cuerpo, y es ahí donde se ve que el Derecho ha sido rebasado por la ciencia por permanecer indiferente a la evolución.*

*En nuestro país este tipo de técnica ha sido empleada sin existir regulación de la misma, por tal motivo vemos que la ciencia evoluciona ante la indiferencia de nuestros legisladores, que ya se preocuparán en el momento que surja un litigio, en el cual la Madre Subrogada o las partes que intervienen en el Contrato como lo son las parejas ( soltero (a), cónyuges, concubinarios y adúltero (a) ) no cumplan con lo estipulado en el contrato celebrado,*



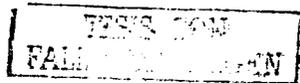
1

*provocando ciertos problemas jurídicos como son: ¿será válido este tipo de contrato?; ¿existirá un incumplimiento de contrato?; ¿cómo sería la cláusula que penalice?; ¿cuál sería la filiación del concebido?; ¿quiénes serían los padres? ¿los tres? ( los genéticos, la madre biológica y los donantes); ¿qué derechos y obligaciones tendrían las partes que intervienen en el contrato?; y en materia de sucesiones ¿cómo se determinaría al heredero? ¿sería o no considerado como hijo?. Por tal motivo es urgente que se regule el Contrato de la Figura de la Madre Subrogada, así como los Derechos y Obligaciones que nacen del mismo contrato en nuestro ámbito jurídico.*

*En este trabajo, en el primer capítulo, se hará un breve resumen de los antecedentes de esta práctica, y sus avances obtenidos en los últimos siglos.; Asimismo, se examinarán de una manera sencilla las técnicas de inseminación artificial que se utilizan para lograr la figura de la Madre Subrogada.*

*En el segundo capítulo se analizará la Figura de la Madre Subrogada, en países como la Comunidad Europea, España, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Inglaterra y México, estos países al no regular en ninguna de sus Legislaciones un modelo de Contrato de " Madre Subrogada", han tenido que resolver problemas jurídicos que no conocían o no se habían percatado que surgirían al utilizar esta técnica, dejando en estado de indefensión al niño procreado por tal técnica, como a los usuarios y a las personas que se "alquilan" para gestar a los concebidos.*

*El tercer capítulo contendrá un análisis del Ordenamiento Jurídico del Contrato de la Madre Subrogada; asimismo, las similitudes con otros contratos nominados y las consecuencias que el incumplimiento traería consigo. De igual forma, se verán algunos problemas jurídico-familiares, derivados de dicho contrato como son: la filiación, la acción de impugnación de la maternidad, las sucesiones y un breve resumen de los derechos del nasciturus.*



K

*En el último capítulo analizaremos los Derechos y Obligaciones que tienen las partes dentro del Contrato de la figura de la Madre Subrogada; los elementos que integran dicho contrato y de acuerdo a nuestro derecho se verá si es posible regular los Derechos y Obligaciones de los contratantes para evitar la desmedida comercialización que actualmente se está llevando a cabo con esta técnica ya que se está pretendiendo poner en venta a los niños concebidos y gestados por madres subrogadas; asimismo los elementos tradicionales para contratar, en el cual se pretende ver si el contrato de Madre Subrogada reúne los requisitos esenciales para que tenga validez, su inexistencia, nulidad e ilicitud y de esta forma ver si se puede regular.*

TESIS CON  
FALLA DE CALIFICACION

# CAPITULO 1. ASPECTOS MÉDICO-HISTÓRICOS

## 1.1. Concepto de Esterilidad

La esterilidad es la incapacidad del ser humano para lograr la unión de los gametos femenino y masculino<sup>1</sup> derivada por la incapacidad para concebir. Este problema, se presenta por diferentes causas:

En el caso de la Mujer:

Se presentan alteraciones causales de esterilidad tales como<sup>2</sup>:

- Vaginales ( No existe vagina o hay algún impedimento para su penetración "no permitiendo el depósito de espermatozoides en la vagina" ).
- Cervical (al momento de la ovulación el moco cervical, se puede ver alterado ya sea por una infección o bien por el propio ciclo de ovulación, impidiendo con esto el ascenso del espermatozoide).
- Uterina (el endometrio carece de preparación adecuada para permitir la nidación del óvulo fecundado, es decir, que el tejido mucoso que cubre el útero no está preparado para tal acción)

<sup>1</sup> Gartner: Células reproductoras masculina y femenina ( Espermatozoide y Óvulo )

<sup>2</sup> D.N.JanKarth Tratado de Ginecología y Obstetricia "INFERTILIDAD" 9ª Edición Editorial Interamericana, Barcelona España, 1992 p903-907.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

- Tubárica (la oclusión tubárica es la obstrucción o bloqueo de las trompas de Falopio, que impide que el óvulo continúe su trayecto de oviducto donde pueda ser fecundado).
- Ováricas (alteración en la producción de las hormonas llamadas FSH "folios timulante" y LH "luteinizante") que impiden los mecanismos de ovulación. Provocando con ello anovulación u ovulación irregular.

Estas alteraciones son causales directas de esterilidad, originadas por abortos precedentes, uso del dispositivo intrauterino, enfermedades de transmisión sexual y otras enfermedades pélvicas, entre otras:

- 1) Infecciones agudas en el momento; e
- 2) Infecciones crónicas derivadas de un tratamiento mal desarrollado o cuando se presenta una mala respuesta orgánica en la misma.

En el caso del Hombre:

- La azoospermia (ausencia de espermatozoides en el esperma viril);
- Oligospermia (cantidad de espermatozoides inferior a la normal necesaria para crear);
- Astenospermia (inmovilidad de un alto porcentaje de espermatozoides);
- Hiperspermia (cantidad de espermatozoides superior a la normal; es decir, corresponde a 120,000,000 por centímetro cúbico);

TESIS CON  
FALLA DE CUMPLIR

- Necropermia (ausencia de espermatozoides vivos en el semen)<sup>3</sup>.

## **1.2. Tipos de Esterilidad**

### **1.2.1. Esterilidad Primaria en la Mujer y en el Hombre <sup>4</sup>**

Al hablar de esterilidad, entendemos que se refiere a la incapacidad que tiene él o ella o de ambos para lograr una fecundación después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva, este tipo de esterilidad la presenta tanto el hombre como la mujer; y se divide en primaria y secundaria.

En cuanto a la Esterilidad Primaria o también llamada infertilidad es denominada así toda vez que nunca ha existido un embarazo en la mujer.

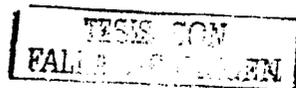
En el hombre, la Esterilidad Primaria es por enfermedades presentadas desde la infancia: Parotiditis o alteraciones genéticas conocida como Criptorquidias, es decir, es la falta de descenso en los testículos.

### **1.2.2. Esterilidad Secundaria en la Mujer y en el Hombre**

Es considerada Esterilidad Secundaria a la pérdida gestacional recurrente o también llamado aborto habitual, es decir, cuando han existido en la mujer embarazos previos.

<sup>3</sup> Ibidem, pp 907-908.

<sup>4</sup> PÉREZ PERA, Estela. Interalidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción, Un enfoque Integral, "Definiciones" 2ª. Edición, Editorial SALVAT, México 1995, p2



La Esterilidad Secundaria en el hombre, es considerada como la deficiencia espermática en el plasma seminal que obstruye el conducto deferente o bien el epidídimo, es decir, es causada por un mal funcionamiento, por ejemplo la Parotiditis o las consecuencias que el organismo endocrinológicamente funcione mal.

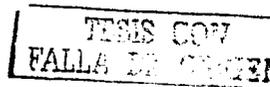
### 1.2.3. Esterilidad en Parejas de Edad Avanzada

En nuestro país, la tendencia a posponer embarazos en edades avanzadas, es decir, entre los 35 a 45 años, ha ocasionado que por lo menos un 15% de la población no detecte con tiempo si existe o no esterilidad<sup>5</sup>.

Entre las parejas de edades avanzadas y deseadas de un hijo, cada vez más se enfrentan a problemas de esterilidad debido a que suele suceder que la mujer a partir de los 35 años, su posibilidad de procrear entra en declive y cuando llega a la edad de 45 años es aún menos la posibilidad de lograr un embarazo, considerándola entonces como esterilidad primaria y secundaria; Es aquí cuando los cónyuges al detectar que ambos o alguno de ellos presenta algún tipo de esterilidad, recurren a tratamientos muy minuciosos no importando el tiempo, dinero y esfuerzo; ya que después de un año, mientras mayor sea el tiempo transcurrido en estudios, menores serán las posibilidades de lograr una fecundación sin tratamiento.

La esterilidad primaria, se presenta en la mujer en casos de edades avanzadas; pero el hombre, quizás no se encuentre en la misma condición que la mujer, al determinar la ciencia médica que a pesar de tener una edad avanzada (35 a 45 o bien hasta los 65 años) si puede engendrar, salvo cuando que éste presente enfermedades venéreas, se automedique, haga dietas severas, ejercicio extenuantes, se exponga a tóxicos ambientales (pesticidas, plomo, sol, drogas, gases, pinturas, radiaciones, etc.), y sea un consumidor exagerado en la ingesta de tabaco, alcohol, cafeína y la nicotina, etc.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 4



Al contemplar factores causales de esterilidad en el hombre, es porque no solo puede presentar infertilidad, sino también afecta la función neuroendocrina, el espermatogénesis y también altera el funcionamiento sexual. En el hombre es más frecuente este tipo de problemas ya que desde su adolescencia al ser consumidores de alguna droga, a tener una enfermedad venérea ( por su inexperiencia y falta de educación sexual ) o bien por su trabajo al estar expuestos sin saberlo a riesgos laborales, la posibilidad de ser estériles aumenta.

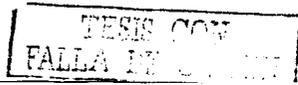
### 1.3. Subrogación o Substitución

La subrogación es el método por el cual una mujer ha sido inseminada artificialmente o se le ha transferido el embrión, llevando en su vientre a un niño por otra mujer, con la intención de entregarlo después del nacimiento.

Al respecto el Informe Warnock, señala:

- La " subrogación equivaldría a una opción destinada a aliviar la carga de la esterilidad. Así por ejemplo, una mujer con grave enfermedad de la pelvis que no puede tratarse quirúrgicamente o bien que no tiene útero puede recurrir a la subrogación, y también como ayuda a las mujeres que han sufrido problemas de aborto en repetidas ocasiones. Quizás existan circunstancias en las que la madre genética, aunque no sea estéril, podría beneficiarse con la coyuntura de que fuera otra mujer la que llevará el embarazo. Un ejemplo de ello, sería el que la madre genética perfectamente preparada para cuidar de un niño después de su nacimiento pero que sufre una afección que desaconseja el embarazo desde un criterio médico."<sup>6</sup>

<sup>6</sup> INFORME WARNOCK, Comisión Investigadora sobre Fertilización Humana y la Embriología. Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Informe presentado por Mary Warnock. Londres. Imprenta de su majestad, la Reina, julio 1984 p. 15



Esta figura ha presentado problemas como los siguientes:

### **Caso del niño con malformaciones**

- Una pareja contrató a una mujer para que fuera la portadora de su hijo ( madre subrogada) conviniéndose como precio \$10,000.00 dólares, por sus servicios. Al nacer el niño, presentó malformaciones y ni la madre subrogada (o substituta) ni los padres genéticos quisieron quedarse con él. El resultado es que el niño está solo y los médicos no saben a quien acudir para pedir la autorización para intervenir al niño quirúrgicamente.

### **Caso de las gemelas Sevault en Francia**

- Dos hermanas llamadas Magali y Christine convienen en que Christine sea fecundada con semen del marido de Magali ya que esta quedó estéril después de un accidente. Como producto de este convenio nace en abril de 1983, Stephane y con el varios problemas, entre ellos, que Christine quería alimentar a Stephane pero su hermana se lo impedía para evitar que se vinculara con ella, lo que ocasionó que odiara a su hermana y tuviera que acudir al psiquiatra.

La conclusión final de los casos antes citados, es que definitivamente debería quedar legislado el Contrato de la Figura de la Madre Subrogada, así como los Derechos y Obligaciones que tienen las partes dentro del mismo. Con esto quedarían protegidos los derechos del niño (a) y por lo tanto la de los cónyuges, adúlteros (as), soltero (a), que en adelante llamaremos interesados deseosos de una paternidad o maternidad. También, no ocurrirían problemas legales



de la paternidad o maternidad en caso de que el producto haya nacido con malformaciones o bien cuando que un familiar se haya comprometido en ser fecundada y luego entregar el niño (a), evitándoles problemas psicológicos a todos los que intervienen, en un futuro.

**1.4. Técnicas de Reproducción Asistida**

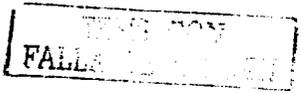
Los investigadores que trabajan en las nuevas técnicas de reproducción humana, se enfocan a solucionar el problema de la esterilidad tubárica.

Algunos métodos alternativos que se han implantado son: el trasplante de trompas, la transferencia de ovocito, el tratamiento no quirúrgico, y en proceso de investigación el uso quirúrgico intra-abdominal de lásser como instrumento en cirugía reparadora de las trompas de Falopio ( Los médicos Ferré y Martínez explican que "existe" una alternativa eficaz para los casos de infertilidad causados por patología tubárica: la microcirugía.).

**1.4.1. Inseminación Artificial**

Para la humanidad el avance de la ciencia médica, ha generado ventajas en aquellas personas que por razones naturales son estériles o infértiles, a través de técnicas artificiales de inseminación, las cuales tienen como objetivo concebir y disfrutar de una paternidad o maternidad.

<sup>7</sup> MIER Y TERAN, Salvador. El regimen jurídico de la llamada reproducción asistida. España, 1989. Tesis Doctoral de la Universidad de Zaragoza, Pamplona España.

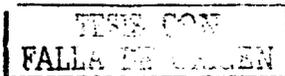


*"La inseminación artificial consiste en la intervención médica para depositar el semen del varón en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad del útero por medios diferentes al coito. El procedimiento es sencillo. El semen se introduce en la parte superior de la vagina próximo al cerviz o si no se inyecta en el útero a través de un fino catéter, la inseminación se efectúa en la época de ovulación prevista que es el momento del ciclo menstrual de la mujer. Se puede monitorizar la ovulación con la finalidad de establecer el momento óptimo en que se deba proceder a la inseminación para que el óvulo pueda encontrarse con los espermatozoides en el interior de los órganos genitales femeninos.*

*Se procede a la recolección del semen del varón que se obtiene por masturbación, es necesario decir que existen también métodos de obtención del gameto masculino que prescindan de la eyaculación, aspiración en la cola del epidídimo o en el conducto deferente, biopsia testicular, masaje vía rectal de la próstata y de las vesículas seminales. En algunos casos el semen del varón no es adecuado para garantizar que se produzca la fecundación del óvulo y, debe procederse en el laboratorio o su preparación y capacitación, seleccionando los espermatozoides; para ello se eliminan fluidos como el plasma seminal o los factores que puedan ser origen de su incapacidad o rechazo por parte de la mujer y, también se filtra el semen con determinadas sustancias como el percol o la albúmina, a fin de que la muestra filtrada contenga solo los espermatozoides más vitales y penetrantes, es decir, los de mayor movilidad lineal y por ello los más fecundantes. En caso de que se utilice semen del donante este procederá generalmente de los bancos de gametos y habrá de reunir similitudes fenotípicas con el varón de la pareja receptora.*

*Es necesario igual que en la Fecundación In Vitro (FIV) que la concentración de espermatozoides en el líquido seminal sea de muy alta, por ello, se pide al varón un período de abstinencia que oscile entre 3 y 7 días<sup>4</sup>.*

<sup>4</sup> MIER Y TERAN, *Reheduc* cap. VII p.150-151



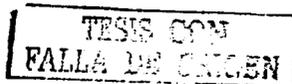
En cuanto a la Técnica de Reproducción Humana (Inseminación Artificial), consideramos que es una buena opción de procreación, para aquellas personas deseadas de una paternidad o maternidad.

#### **1.4.2. Transferencia Intratubárica de Gametos (TIG)**

La técnica de Transferencia Intratubárica de Gametos, es una alternativa para aquellas mujeres estériles e infértiles y que desean llevar consigo un embarazo, no valiéndose de una madre subrogada.

*"La Transferencia Intratubárica de Gametos solo impropriamente puede considerarse como una modalidad de la Inseminación Artificial. En efecto la Transferencia Intratubárica de Gametos consiste en introducir espermatozoides y óvulos en la trompa de Falopio de la mujer de forma que la fertilización o fecundación del óvulo se produce de manera natural en la propia trompa de Falopio, así como la posterior implantación y anidación del embrión en la mucosa del útero o endometrio. La razón de incluir la Transferencia Intratubárica de Gametos dentro de las modalidades de la Inseminación Artificial quizás se deba a que la fecundación no se hace In Vitro como en el caso de la Fecundación In Vitro, sino que se realiza dentro de la futura madre en su aparato reproductor.*

*Se observa entonces, una ampliación progresiva del concepto de la Inseminación Artificial que se redujo a inseminación de la mujer con espermatozoides, después se amplió a la introducción en el órgano reproductor de la mujer del ovocito u óvulo de una donante y en la actualidad la Inseminación Artificial también comprende la inseminación*



*con espermatozoides y óvulos, es decir, la Transferencia Intratubárica de Gametos*<sup>10</sup>.

En cuanto a la Técnica de Reproducción Humana (Transferencia Intratubárica de Gametos) cabe señalar que es una alternativa importante para la mujer estéril o infértil, ya que no necesitará de otra que la sustituya en la gestación de su hijo (a). Con ello consideramos, que tendría la dicha de tener con ayuda, el disfrute y goce de un embarazo la madre solicitante. Y se evitarían problemas legales y psicológicos en la madre subrogada y la madre solicitante, así como el e el niño (a).

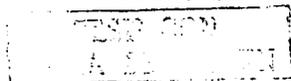
### 1.4.3. Fecundación In Vitro (FIV)

Se le ha llamado **fecundación artificial** o **inseminación artificial**, pero lo artificial es la inseminación, la fecundación (a menos que no sea In Vitro) es natural.

Es necesario practicar una laparoscopia en la paciente antes de emplear esta técnica. Esta consiste en introducir un endoscopio en la cavidad abdominal que permita la visualización y manipulación del contenido abdominal, cuyo objetivo primordial es determinar si es posible llegar a los ovarios para recoger los gametos femeninos en el ciclo espontáneo de la mujer o sobre un ciclo inducido.

Tratándose de fecundación con elementos de un tercero (donante) se ha establecido que, "solo los cónyuges tienen derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una vida, derecho

<sup>10</sup> ANSON, Francisco. *Se fabrican hombres. Informe sobre la Genética Humana*. Editorial Rialp, Madrid, España, 1988, p 88 y ss.



exclusivo, intransferible, enajenable o inalienable".<sup>10</sup> Y entre cónyuges legítimos y el niño fruto del elemento activo de un tercero, (aún con consentimiento del esposo (a) no existe lazo alguno de origen, ningún lazo moral y jurídico de procreación conyugal.

Si la fecundación in vitro, no fuera ilícita en sí misma, ¿Cómo evitar que se lucre con ella proveyendo vientres para la gestación?

#### 1.4.4. Transferencia de Embriones

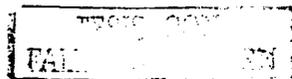
Se le define a la Transferencia de Embriones como: La implantación de un huevo humano fecundado denominado "embrión" en la trompa de Falopio de una mujer estéril, infértil y/o subrogada, cuyo objetivo final es fijarlo en el tejido uterino y procrear un nuevo ser.

El transfer del embrión se puede realizar por dos vías: transcervical y transcútánea.

**1.4.4.1. Transcervical:** Tiene la ventaja de ser simple, rápida y de no requerir anestesia. Su desventaja consiste en la posibilidad de introducir también sangre y moco en la cavidad uterina, hecho que podría dificultar el crecimiento del embrión.

**1.4.4.2. Transcutánea:** Es a través de la pared del útero. Su ventaja es la de dejar intacta la mucosa cervical pero requiere de anestesia por lo que presenta mayor posibilidad de complicaciones generales que la otra vía y sigue existiendo la posibilidad de introducir sangre en

<sup>10</sup> CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho, relaciones jurídicas conyugales*, Editorial Porrúa, México, 1988, p.36



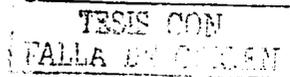
la cavidad uterina. Se dice entonces que cuando se ha utilizado este segundo método se han obtenido resultados más bien negativos.<sup>11</sup>

La técnica del transfer transcervical se práctica suministrando a la paciente un tranquilizante, para evitar que el catéter no pase a través del orificio uterino, antes de la Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones (FIVTE), se realiza una dilatación cervical con anestesia. Si en el paso del catéter hay una dificultad se espera unos minutos para que cesen las contracciones uterinas, y el embrión no sea expulsado inmediatamente. Por lo mismo, el catéter se retira paulatinamente y al final se le examina al microscopio para probar que el embrión fue depositado en el útero.

Las diferentes Técnicas de Reproducción Humana, son las que actualmente están siendo utilizadas por el hombre y la mujer estéril, y hacen posible la probabilidad de disfrutar de una paternidad o maternidad.

En cuanto a la Paternidad y Maternidad de las parejas deseosas de un hijo y con el avance de la ciencia tan acelerada, es posible lograr hoy en día tales objetivos. Pero es alarmante que aún no se haya regulado en materia de Planificación Familiar, ya que es importante el uso de un contrato que avale el compromiso de forma tácita y ante un Notario Público que de fe y legalidad de éste, toda vez que puede darse el arrepentimiento por parte de la Madre Subrogada o bien de las Parejas Solicitantes y dejar sin protección al producto, el cual no debe considerarse como una cosa.

<sup>11</sup> RODRIGUEZ LURIO, Angel y LÓPEZ MONDEJAR, Ramón. *La Espermación In Vitro*, Editorial LIBSA, Madrid, 1986, Presentado en el congreso para Diputados de España, p 35



## 1.5. Aspectos Médico-Históricos de la Madre Subrogada

Durante los últimos años hemos sido testigos de los avances en el ámbito de la ciencia, ya que durante el siglo XX aparecieron conceptos como: La clonación, técnicas de reproducción asistida y el de madres subrogadas, es decir, es cuando la inseminación artificial como técnica comienza a difundirse, especialmente en algunos países de Europa, en Israel y Estados Unidos.

El investigador Humphrey,<sup>12</sup> extrajo huevos fecundados del útero de una ratona y los trasplantó al útero de una ratona madre subrogada, experimentos que llevaba a cabo en el tercer y cuarto día de gestación. Las ratonas madres subrogadas lograron que los huevos trasplantados llegaran a término.

Asimismo, se extrajeron del útero de ovejas embriones en las primeras etapas del embarazo que se han trasplantado al útero de una coneja para ser llevada de Inglaterra a África, y posteriormente, se les colocó en los úteros de ovejas subrogadas; en estas gestaciones hubo parto normal y a término.

Dickman Z<sup>13</sup>. Transfirió blastocitos de rata a los úteros de las ratas vírgenes, y de ellos nacieron fetos normales a término. Desafortunadamente, éstos investigadores no previeron las consecuencias de la madre subrogada traerla en experimentos humanos.

En este siglo<sup>14</sup>, se calcula que han nacido más de dos millones de niños mediante técnicas artificiales. A principios de los 40's se lograron fecundaciones In Vitro, que duraron unos cinco o

<sup>12</sup> HUMPHREY, K. The Development of a Viable after Ovary Transfer to a Non-term ovumdonorized mouse. *Nature*, No 9, U.S.A. 1967, p.53.  
Traducción de la Bibliografía realizada por la C. PATRICIA GUERRERO ARCEB y el Programa (Globalink Power Translator)

<sup>13</sup> DICKMAN, Z. In utero Requirements for Survival of Blastocyst. *The Uterus of the Rat. Journal of Embryology* No 37, U.S.A. 1967, p.455.  
Traducción realizada por la C. PATRICIA GUERRERO ARCEB y el Programa (Globalink Power Translator)

TESIS CON  
DE ORIGEN

seis días. Para 1960, Danielle Petrucci, en Bologna logró el desarrollo de embriones In Vitro hasta por 60 días en un tubo de ensayo. Para 1974, embriones logrados en tubos de ensayo son implantados y culminaron en nacimientos normales. Y finalmente para 1978 la técnica de fertilización es puesta en práctica en Gran Bretaña por el Médico Patrick Steptoe y su equipo dando como resultado el nacimiento de Louise Brown, la primer bebe de probeta en el mundo.

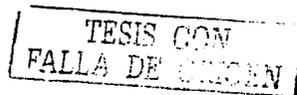
Otro tipo de sustitución, llamada **sustitución para**, se práctica frecuentemente en este siglo, donde algún familiar, amiga o desconocida hace el favor o celebra un contrato, para tener hijos por ella, ya sea inseminándola artificialmente con semen del marido o copulando con él.

La cuestión de alquiler del útero no tiene precedentes ni en la legislación civil ni en la canónica, al ser casos nuevos se tienen analogías para calificar su moralidad pues durante la vida del hombre se aceptaron las llamadas **modrizas** para amamantar a una criatura y nadie objetaba este supuesto, por lo que se puede tomar como un indicio.

## 1.6. Problemas Legales

Dentro del marco jurídico, debido a la novedad de las diversas técnicas de reproducción (Inseminación Artificial; Transferencia Intratubárica de Gametos; Transferencia de Embriones; Fecundación In Vitro.) y como una alternativa médica, existe un vacío de la ley sobre la materia. Además, como los procedimientos están siendo usados, los conflictos legales necesariamente han empezado a surgir. Entre muchos otros, se tienen los siguientes:

<sup>14</sup> ZANONNI, Eduardo: Inseminación Artificial y Fecundación in vitro, Editorial Astor, Buenos Aires, 1978, p.75.



La situación del óvulo fertilizado, no en el útero pero si en un "tubo de ensayo", siendo un aspecto fundamental es determinar si el contenido representa una "persona" de acuerdo con la ley. Actualmente, no hay una regulación legal sobre los derechos de un embrión de tubo de ensayo, pero existe una serie de normas sobre los derechos del no nacido, desde la concepción hasta su nacimiento.

Por lo que estamos en posibilidad de preguntarnos, ¿Cuál es el impacto de lo anteriormente comentado en la práctica de la "Inseminación Artificial; Transferencia Intratubárica de Gametos; Transferencia de Embriones; y Fecundación In Vitro?. Es posible que un padre donante muera antes de la implantación en la madre pero después de la "concepción", es decir después del uso de las siguientes técnicas: Inseminación Artificial; Transferencia Intratubárica de Gametos; Transferencia de Embriones y Fecundación In Vitro . El niño después de esto nace vivo. ¿Puede este niño heredar?, entonces no hay razón lógica o de orden público por lo cual el concebido Inseminación Artificial; Transferencia Intratubárica de Gametos; Transferencia de Embriones; Fecundación In Vitro; no puede heredar, teniendo en cuenta que la identidad del *padre-donante* ha sido establecida y para esto, el médico y el hospital deben tener certeza de que la identidad de los padres está fuera de toda duda.

En el caso de muchas parejas en las que el marido es infértil, es frecuente obtener esperma de un donador anónimo; para efectos legales, el niño así nacido es producto de matrimonio. Por consiguiente si un donante desinteresadamente engendra por "inseminación artificial" un niño concebido In Vitro, éste deberá tener la misma protección que el logrado por medios convencionales.

El no nacido tiene una protección legal; por lo que nos surge una pregunta sobre lo que el médico y el hospital deberán hacer si una *madre-donante* decide que el embrión no le sea implantado. En las circunstancias actuales, el embrión sólo puede ser conservado por periodo muy corto ( de siete a catorce días ) si no es congelado ( originaria otras implicaciones legales ) o

TESIS CON  
FALLA DE ...

implantado en otra mujer. Si este es el caso, pueden surgir preguntas acerca de las responsabilidades y opciones que la madre "receptora" tendrá, incluyendo la necesidad de llevar a cabo un procedimiento de adopción; adicionalmente surgirán situaciones más complejas relacionadas con la legitimidad del niño que pudieran ser minimizadas si existe el consentimiento informado y otorgado por la pareja, lo que presupone que han recibido una explicación adecuada de las implicaciones del procedimiento.

La transferencia de embriones producidos In Vitro o de las diversa técnicas de reproducción, a una madre no biológica es un procedimiento controvertido. Hay beneficios obvios de tal "sustitución" para una mujer que no es capaz de llevar su embarazo a término debido a su salud precaria o, porque su útero tiene malformaciones o no lo tiene. La situación es complicada por muchos problemas legales y humanos, particularmente si algo sale mal y el producto nace impedido.

TESIS CON  
TALLA DE CUBREN

## CAPITULO 2. DERECHO COMPARADO DEL POSIBLE CONTRATO DE LA MADRE SUBROGADA ANTE OTROS SISTEMAS JURIDICOS.

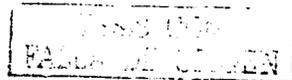
### 2.1. Comunidad Europea

La Comunidad Europea a través del Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas (CAHBI) emitido en Estrasburgo el 5 de marzo de 1986<sup>15</sup>, define en sus comentarios, el término madre subrogada o substituta con referencia al hecho de que lleva al niño por otra persona y ha aceptado, **ANTES DEL EMBARAZO**, el entregar al niño cuando nace. El caso de un acuerdo durante el embarazo no es tratado ya que puede ser considerado una decisión de abandonar al niño antes del nacimiento.

El concepto contempla tres tipos de madre subrogada:

- Las que llevan los embriones obtenidos, usando gametos de la pareja que va a recibir al niño;
- Aquellas cuyos gametos propios han sido usados con conjunción de aquellos del miembro masculino de la pareja donante; y
- Aquellas que llevan un embrión obtenido con gametos de donantes masculinos y femeninos.

<sup>15</sup> KILANE, Noël, citado por HAUDOUIN Jean-Louis & LABRAUSSEY REDU, Catherine en "Produce L'Homme: De qui Diest", "Essai juridique et éthique des procréations artificielles", Tr. Program Globalink Power Translator, Edición Les vees just droit, 1<sup>er</sup> Edición, Estrasburgo France 1987, p.100.



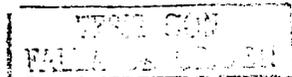
En los principios Provisionales sobre las Técnicas de Procreación Artificial y ciertos procedimientos, llevados a cabo en embriones en conexión con esas técnicas, menciona el CAHBI (así como en sus comentarios) lo siguiente:

A) Qué las técnicas de reproducción artificial sólo sean usadas para un matrimonio y solamente que:

- ◆ Hayan fallado otras técnicas;
- ◆ Exista riesgo de transmisión de una enfermedad genética;
- ◆ No haya riesgos que afecten la salud de la madre o del niño; y,
- ◆ Existan condiciones para asegurar el bienestar del niño.

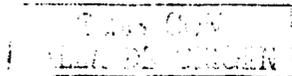
Consideramos que la legislación de la Comunidad Europea es rígida, toda vez que los matrimonios, son los únicos en usar cualquiera de las técnicas de Reproducción Humana.

Al referir la Comunidad Europea, que los matrimonios son los únicos en tener una paternidad o maternidad, a través del uso de algunas de las Técnicas de Reproducción Humana, entendemos que se trata de parejas heterosexuales; pero no ha considerado la Comunidad Europea, que se puede presentar en matrimonios heterosexuales, un cambiado de sexo, es decir que haya presencia de homosexualidad en una o en ambas partes. Al respecto consideramos que



se debería dar la oportunidad del uso de alguna de las técnicas de reproducción humana a aquellas personas deseosas de una paternidad o maternidad, de la cual vemos, que esta legislación, no es flexible.

- B) Que dichas técnicas no deban usarse para obtener características especiales del niño (sexo, ojos, altura, etc.)
- C) Ningún médico o establecimiento debe usar las técnicas de procreación artificial para dar empleo a una madre subrogada; sin embargo, en casos excepcionales el médico puede proceder a la fertilización de una madre subrogada, si:
- Si esta obtiene un beneficio material de la operación;
  - Al momento del nacimiento tenga la opción de conservar el niño si así lo desea; y,
  - Ningún contrato ni arreglo entre la madre subrogada y las personas o pareja beneficiada por el niño que ella espera debe ser forzado; y,
  - Debe imponerse una sanción apropiada para cualquier intermediario que hace posible la fertilización de la madre subrogada
- D) Asimismo, establece que la transferencia de un embrión del útero de una mujer al de otra no debe permitirse.



E) También , se refiere a las madres subrogadas y establece que:

*" un punto de vista es que la práctica de la maternidad por sustitución debería ESTAR PROHIBIDA para prevenir que la procreación sea objeto de una transacción económica, para proteger el bienestar del NIÑO y su derecho a tener un status estable, así como para proteger la dignidad de la mujer asegurando que su cuerpo no se vuelva un mero instrumento, para el uso de otro en sus propios intereses. Esto significa que se debería imponer sanciones a cualquier intermediario y cualquier acuerdo concerniente al nacimiento de un niño y su entrega posterior a otras personas, deberían ser NULOS y PROHIBIDOS AUTOMÁTICAMENTE. "*

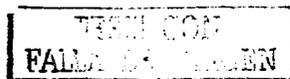
Pero, debería permitirse en casos especiales y con dos condiciones especiales:

- ✓ Que la libertad de la mujer sea protegida; y,
- ✓ Que cualquier motivo económico sea excluido.

## 2.2. España

El informe de la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana, aprobado por el Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986, impide la gestación por sustitución por<sup>16</sup>:

<sup>16</sup> RODRIGUEZ LUÑO, Angel. op.cit. p. 20



-Motivos éticos: al haber una unidad de valor en la maternidad que no se respeta y desemboca en una distorsión deshumanizadora, traería consigo problemas psicológicos, en la madre subrogada o la madre solicitante, así como en el niño (a) producto del uso de las técnicas de reproducción humana.

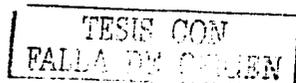
-Se vuelve una nueva forma de manipulación del cuerpo de la mujer; y,

-Concluye, que la madre legal será siempre la madre gestante, aunque en el origen del hijo haya habido donantes, por lo que serán legalmente hijos de la madre gestante.

La ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)<sup>17</sup>, establece en su disposición segunda que:

1. Se prohíbe la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), para la gestación por sustitución.
2. Serán objeto de sanción administrativa, civil, o penal, según la responsabilidad contraída con sus actuaciones, las personas que de un modo u otro participen en un acuerdo de gestación de sustitución, así como las agencias e instituciones que la propicien, los equipos biomédicos que realicen y los centros o servicios donde éstos actúen con tal finalidad.
3. Si pese a ello, se realiza la gestación de sustitución y hubiere descendencia, la madre legal será la gestante y los hijos serán registrados como sin padre. Los

<sup>17</sup> Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida y fétos humanos o de sus células, tejidos u órganos, España, 1986 p.3



jueces valorarán las circunstancias de la madre y la posible solicitud de paternidad.

4. Será de pleno derecho el contrato por lo que se convenga la gestación, con o sin precio a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero;
5. La filiación de los hijos nacidos por gestación será determinada por el parto.
6. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

A estas soluciones se les califica de coherentes,<sup>18</sup> pues se inclinan por el criterio de la preponderancia biológica de la maternidad de gestación.

Esta postura se apoya en algunos criterios, donde la madre es la gestante, y cualquier problema que surja en el embarazo se debe resolver atendiendo a la prevalencia de maternidad jurídica de la maternidad uterina sobre la maternidad genética.

En esencia, y desde una perspectiva biológica esta ley distingue entre la maternidad plena y no plena de la siguiente manera: Maternidad Plena, es aquella en que la madre ha gestado con su óvulo al hijo; y la Maternidad no Plena, la mujer aporta ya sea la gestación (maternidad de gestación), o sus óvulos (maternidad genética) pero no ambos.

<sup>18</sup> DR: ARIS SANCHO REPELLIDA, Francisco: *Estadillo de Derecho Civil*, Tomo I, Pamplona, 1980, p.27-28.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Divide también a la paternidad y a la maternidad biológica en dos tipos:

- o Legal; y,
- o De gestación.

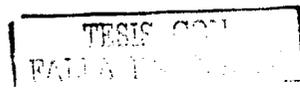
De ellas, las que más atiende al interés y relación del hijo es la gestación, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante las cuarenta semanas de gestación. Para esta ley es irrelevante, la procedencia de los gametos y aún del embrión, madre será la que Gesta y Pare.

Ante estos supuestos, denotamos que la Legislación Española no es flexible ya que sólo considera a la Madre Subrogada o no Subrogada como la única legalmente progenitora, toda vez que es la que gesta y pare. Consideramos importante que se Regulen de los Derechos y obligaciones que tienen las partes dentro del Contrato de la Madre Subrogada, al no ser justo que por problemas de Esterilidad e Infertilidad no tengan derecho a una Paternidad o Maternidad siendo que suele presentarse el supuesto que es más Padre o Madre aquel o aquella que cria a un hijo, que el o la que lo engendra biológicamente.

### 2.3. Estados Unidos de Norte América<sup>19</sup>

Es famosa la sentencia norteamericana del Tribunal Superior de Nueva Jersey fallada el 31 de marzo de 1987 que constituye uno de los documentos judiciales más importantes sobre la

<sup>19</sup> IBERRASTI, Alicia. *Institución Artificial y Clonación*. "Caso del Babe M". 2ª Edición. Editorial Sociedad E.V.C. México, 2000 pp 6-8



maternidad subrogada, al ser la primera solución mundial en torno al asunto de la gestación por subrogación o también llamada sustitución.

### CASO DEL BEBE M<sup>20</sup>

Ahora, analizaremos el caso de la bebe m:

*El caso de la Bebe M, comenzó en un despacho jurídico. Al principio, todo parecía ser un trato limpio. William y Elizabeth Stern no tenían hijos. Mary Beth Whitehead ya había tenido un niño y una niña y estaba dispuesta a dar a luz a otro niño. De modo que por unos honorarios de \$10,000.00 dólares, la Sra. Whitehead estuvo de acuerdo en que la inseminaran con espermatozoides de WILLIAM STERN; el niño sería entregado a los Stern para su adopción. Pero cuando la niña, conocida como la Bebe M, nació hace un año el arreglo se deshizo inmediatamente. En lugar de entregar a la niña, la Sra. Whitehead dijo que había cambiado de parecer. Los Stern entablaron un juicio para obtener la custodia, y la Sra. Whitehead huyó a Florida. Desde enero, ambas partes han sostenido una amarga lucha sobre el problema de quién se quedaría con la Bebe. Cuatro días después de su primer cumpleaños, un juez concedió a la bebe pensando que era lo mejor para todos una nueva identidad legal como Melissa Stern y un lugar permanente con su padre. Melissa se ha convertido en la pieza central de un debate mundial sobre la maternidad subrogada o también llamada sustituta.*

<sup>20</sup> Idem

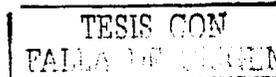
TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Esta decisión no daría fin a la contienda. Los abogados de la Sra. Whitehead argumentaron que el contrato de la madre subrogada no tenía base legal y, por tanto, no era obligatorio. Cuando el juez Haver R. Sorkow de New Jersey otorgó la custodia a los Stern y negó el derecho de visita a la Sra. Whitehead, sus abogados anunciaron una apelación de fallo ante la Suprema Corte de New Jersey.

Antes de la finalización del proceso, toda una gama de expertos, incluso abogados, psicólogos y especialistas en ética, se ocupaban de las repercusiones del caso. Los críticos de la maternidad subrogada argumentaron que cualquier persona con unos cuantos miles de dólares para gastar, teóricamente podría comprar un niño. Están preocupados por que esta práctica podría producir una clase de mujeres, **procreadoras** pobres, a quienes se les pagaría por dar a luz a niños para matrimonios acomodados. Las feministas condenan lo que consideran como intento de **alquilar** la matriz de Mary Beth Whitehead y luego negarle cualquier contacto con su niña.

Los líderes religiosos, por su parte, discutieron sobre las consecuencias morales de semejantes procedimientos. Aunque se trata de una mera coincidencia de momentos, en una declaración sobre nuevos métodos de tecnología reproductiva hecha pública en febrero de 1987, el Papa Juan Pablo II reiteró la postura del Vaticano, en el sentido de que separar el amor de la procreación constituye un pecado.

El problema legal parecía elemental; la cuestión fue saber si el documento que Whitehead y William Stern firmaron era o no un contrato válido. No había ningún antecedente para el caso de la Bebe M; las leyes que podrían aplicarse a los acuerdos de la madre subrogada normalmente están orientadas a la protección cuando se trata de otros acuerdos, como por ejemplo la "venta" abierta de niños. Aunque reconoció que estaba abriendo nuevo terreno legal, el juez Sorkow dictaminó que el trato era válido. **El contrato no es ilusorio** declaró: **La Sra. Whitehead tenía**



ganas de hacer un contrato. Este tribunal encuentra que ella cambió de parecer, faltó a su palabra y ahora busca evadir sus obligaciones.

La Suprema Corte de New Jersey podría, por ejemplo, negar el contrato de maternidad subrogada toda vez que defendió el dictamen, y aún así darle a los Stern la custodia de Melissa.

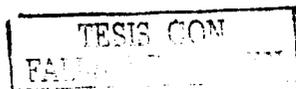
Ante el problema planteado en los Tribunales de Estados Unidos de Norte América y dando un veredicto resolutorio de la custodia del BEBE M a los señores Stern, tenemos un ejemplo para que se regule en nuestra Legislación los Derechos y Obligaciones de las Partes que intervienen en el contrato de la figura de la Madre Subrogada, para que no se enfrenten a problemas jurídicos las partes.

#### 2.4. Francia<sup>21</sup>

Actualmente en Francia el término *madre postiza* o *madre subrogada* es utilizado para describir un fenómeno social que surgió desde hace más de 10 años. Desde la hipótesis de que una mujer acepte ser inseminada artificialmente con el semen de otro, llevar a término el embarazo y entregar al niño a la pareja contratante, es un problema que sigue discutiéndose.

En esta técnica no son necesarias las relaciones sexuales entre el marido y la madre subrogada, para evitar posiblemente cometer adulterio, la maternidad subrogada o también llamada substituta, ha existido en la historia del mundo, aún clandestinamente.

<sup>21</sup> BAUDOUJ, Jean-Louis op. cit. pp. 108-117



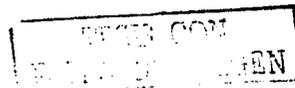
La novedosa manifestación contemporánea no proviene de la técnica de inseminación, sino del deseo manifestado abiertamente por la madre subrogada *"de ser parte de la resolución del problema de la infertilidad"*.

Actualmente, existen dos formas principales, para llevar a cabo dicho tratamiento:

1. La principal, es la llamada altruista, resultado de un contrato privado entre las partes, donde no existe ningún interés económico de por medio. Como ejemplo, podríamos citar el caso de la hermana que acepta ser inseminada artificialmente con el semen de su cuñado (esposo de su hermana), llevar a término el embarazo y entregarles el niño.

2. La segunda forma, es un poco más estructurada, más oficial y un poco más comercial. En Estados Unidos, Inglaterra, recientemente en Francia y Alemania y algunos otros países, existen organizaciones especiales que se encargan, previa remuneración, de reclutar madres subrogadas y aseguran ser un intermediario efectivo entre éstas y la pareja deseosa de tener un hijo. El fenómeno de madres subrogadas existe aunque sea considerado como antijurídico por el Derecho. Ofrecen públicamente sus servicios, esta comercialización expresa, choca contra la moral y el Derecho, siendo uno de los problemas más difíciles dentro de nuestro contexto actual.

El recurrir a una madre subrogada, puede justificarse cuando se hace por razones de orden médico. Cuando la mujer tiene malformaciones en sus órganos genitales, útero o matriz, no puede desarrollar el embrión, y en el caso que lo hiciera, representaría un riesgo para la salud e incluso la vida. En un plan futurista y netamente eugenésico, se podrán clasificar los genes, de manera que se eviten aquellos que transmitan las enfermedades hereditarias, transmitidas por la mujer.



Como en caso de la fecundación *In Vitro* o del trasplante del embrión, la maternidad subrogada, no implica la adopción de una técnica médica nueva, ofrece una gran gama de posibilidades, las que son utilizadas conjuntamente con las variables para prevenir el efecto de las consecuencias futuras.

Puede concebirse al niño *In Vitro* inseminando artificialmente a la madre subrogada, a partir de los gametos provenientes de la pareja, de dos extraños, del marido y de la madre subrogada, o bien de un donante y de la madre subrogada o sea la madre futura.

Los problemas morales y jurídicos se complican si aunado a todas estas posibilidades nos preguntamos: ¿cuál es el estado marital de las partes? Si la madre subrogada es otra diferente a la pareja.

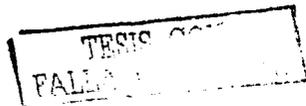
Algunos experimentos resuelven la interrogante sobre el perfil psicológico de las mujeres que aceptan llevar al hijo de otra y posteriormente entregarlo, como en casos de madres subrogadas o sustitutas.

Equivocadamente el rol tradicional de madre, es la de una mujer que conserva y concibe a su hijo, no aquella que lo tiene y lo deja a otra. Estudios realizados por una compañía en Estados Unidos han revelado dos situaciones<sup>22</sup>:

1.- La motivación de estas mujeres, va desde un deseo altruista hasta el de un mercantilismo simple, (gratificación o prestación de servicios);

---

<sup>22</sup> *Ibidem*



2.- Las agencias que reclutan a estas mujeres, exigen un exhaustivo examen psicológico, a fin de eliminar ciertos riesgos en el plano emocional, y asegurar a la pareja contratante, el claro consentimiento de que se lleve a cabo el contrato.

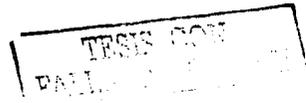
La maternidad subrogada, presenta evidentemente diferencias importantes en comparación con la maternidad usual. La primera de ellas, es simplemente la función de una "incubadora" que abandona a su hijo deliberadamente dándoselo a otra, la segunda, tiene intenciones de cuidar, educar y convivir con el hijo.

#### **2.4.1. La Legalidad y Legitimidad de la Figura Jurídica**

Filósofos, Sociólogos, Teólogos y Juristas entre otros, han discutido las consecuencias de su legitimación. Innumerables son los países que han formado comisiones encargadas de examinar el problema y dar las recomendaciones precisas a las autoridades políticas.

La institución de madres subrogadas, va en contra de la estructura tradicional de la maternidad y la familia, siendo esta una de las razones, por las cuales los teólogos y éticos se oponen a ella.

Esta institución, ofrece en efecto, las soluciones que presuponen la prefabricación de un lazo familiar, además de ser utilizada como el método más conveniente para lograr la procreación de un bebe, para madres y padres estériles o infértiles. Pero, existen numerosas protestas a su alrededor, tales como la religiosa, al no permitir que se lleven a cabo inseminaciones artificiales.



Es casi un hecho que dentro de muy poco tiempo estará completamente reglamentado el contrato de la madre subrogada y por consiguiente los derechos y obligaciones que tienen las partes y que nacen del contrato.

#### 2.4.2. La Actualidad del Derecho en Francia

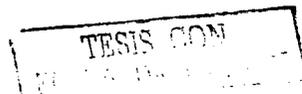
Algunos doctrinarios han tratado este contrato, se pronuncian en lo referente a su validez, sus implicaciones psicológicas, jurídicas y el por qué no debe ser permitido.<sup>23</sup> El derecho actual de la gran mayoría de los países, en sus reglas y lineamientos se opone a la legalidad de la operación de la madre subrogada toda vez que no otorgan derechos para las partes que intervienen en esta figura, debido a que el contrato celebrado entre madre subrogada y la pareja es un acto jurídico afectado de NULIDAD ABSOLUTA, por ser contrario al orden público.

Los contratos que tienen por objeto el cuerpo humano, son considerados por la tradición jurídica, como un atentado indirecto a los derechos de la personalidad debido a que de ninguna manera el cuerpo humano es objeto de comercio.

El progreso de la medicina da origen a la aparición de la regulación de la donación de órganos, pero un niño jamás será considerado como un órgano.

Esta liberación nos da una perspectiva terapéutica, pues sólo autoriza la experimentación científica en caso de un tratamiento necesario y determinado. Por el contrario, los contratantes cuyo objeto es el cuerpo humano ( por ejemplo la prostitución, que no es un contrato) aún cuando haya sido convenido por la persona voluntariamente no están

<sup>23</sup> Idem



permitidos, disposición de la persona para venderse, toda o en partes, son situaciones no definidas como contrato; pero siendo contrarios al orden público y las buenas costumbres.

En los países europeos y particularmente en Francia, existe una condición suplementaria para considerar válidos los contratos cuyo objeto es el cuerpo humano, por ejemplo la donación gratuita. Esta regla, constituye un obstáculo mayor para la validez de los contratos de maternidad subrogada, acompañados de una remuneración por los servicios rendidos.

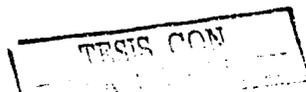
El contrato de la madre subrogada y la pareja contratante es a nuestro juicio contrario al orden público contractual. Al principio, este contrato se le consideraba como una venta de niños, por considerar que la operación permite la transferencia del niño que gesta la madre subrogada a la pareja contratante.

Una persona humana no es una cosa que pueda ser objeto de cumplimiento de obligación contractual o de apropiación. Posiblemente se esté exagerando al denominar este contrato como una donación, pero al apropiarse o "vender" un ser humano es tanto como permitir una renuncia anticipada a ciertos derechos extrapatrimoniales.

Para Francia el contrato de **MATERNIDAD SUBROGADA** es denominado prestación de servicios, calificativo que demuestra la realidad contractual ya que la madre subrogada cubre el aspecto de prestación de servicios, para la cual ha sido contratada, no explicando nada del mecanismo de renuncia de los derechos sobre el niño, legalidad que se encuentra en duda ya que el cuerpo humano no puede contratarse como objeto para dar un servicio, un ejemplo de ello es la prostitución a lo que no debemos considerarlo como contrato. La utilización de las facultades reproductivas y gestativas de la mujer cuya finalidad es obtener dinero, son consideradas en la actualidad por la jurisprudencia francesa contrarias al orden público.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup>Idem



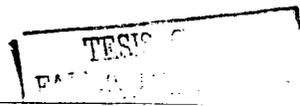
En el contrato de maternidad subrogada, el acta de renuncia anticipada de los derechos sobre el niño recae precisamente, sobre la madre subrogada.

Este acto posee dificultades por dos razones principales:

- 1.- Los derechos a los que la madre subrogada renuncia son derechos extrapatrimoniales y están fuera del comercio; y,
- 2.- Al renunciar la madre subrogada no sólo hace sus derechos, sino que priva al niño de su derecho a tener relación con su progenitora.

En todos los países que condenan o reprimen el abandono de un niño, se esfuerzan porque se paguen las consecuencias. De esta situación se deriva la hipótesis siguiente: El estado interviene para que de una forma u otra se asegure que la operación (adopción) efectivamente se realice en beneficio del niño. La sociedad por diferentes motivos de interés público y si lo considera importante, no permitirá en efecto, la adopción de un niño sin que importe en que circunstancias se realice. Por ejemplo, si el acta de renuncia se analiza en base al contrato de madre subrogada o también llamada substituta y al de adopción, la legislación y jurisprudencia actual de todos los países condenan severamente el pago de una suma de dinero para lograr la adopción de un niño.

Para finalizar, en el Estado actual de Derecho, el convenio por el que la madre subrogada se compromete a gestar al niño (a) durante cuarenta semanas y después abandonarlo en manos de la pareja contratante; ya sea por medio de una adopción subsecuente, es netamente contrario al orden público tradicional.



La segunda gran regla, invoca el encontrar la validez del contrato de la madre subrogada, para beneficio del interés del niño. Es, en efecto curioso constatar que toda la operación se hace en consideración a las parejas solicitantes, las cuales desean un niño, y debido a una situación de esterilidad, su voluntad es celebrar dicho acuerdo con el fin de establecer derechos y obligaciones para ambas partes; o bien es consideración con la madre subrogada, por intereses personales o pecuniarios, más finalmente el objeto, de toda esta operación es: el niño.

A través de todos los sistemas jurídicos el niño ocupa un lugar privilegiado. La sociedad se esfuerza en proteger y dirigir su destino, aunque sus intereses o derechos entran en conflicto al definir quienes son sus verdaderos padres.

Renombrados juristas se oponen a la legitimación de la maternidad subrogada, por ser contraria a los intereses del niño, por las siguientes consideraciones:

- El derecho del niño de tener un lazo afectivo con su verdadera "madre", porque se privaría al hijo gestado de este lazo por medio de dicho contrato, siendo este contrario a los intereses del niño;

- La adopción también priva al niño de un lazo socialmente útil. Una diferencia importante que separa ambos contratos es que la adopción busca remediar una situación al ser incluido en una familia, y,

- El mayor interés del niño, desde una perspectiva diferente es la ausencia de situaciones susceptibles de crear conflictos en perjuicio del hijo nacido por este tipo de técnica de fecundación asistida

TESIS CON  
FALLA

Por lo antes expuesto, se concluye que el contrato de madre subrogada o también llamada madre substituta debe ser urgentemente regulado y así mismo los derechos y obligaciones que las partes tienen dentro del contrato; toda vez que de no hacerse traería consigo conflictos jurídicos, sociales y psicológicos para los donadores, contratantes y sobre todo para el hijo nacido por este tipo de técnica.

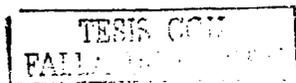
Considero que ante la problemática jurídica, que se ha venido presentando por la falta de regulación, en el posible contrato de la figura de la madre subrogada, y lo que se refiere a los derechos y obligaciones de las partes, consideramos lo importante pues que el niño quede debidamente protegido por dicha reglamentación ya que si bien es cierto que a éste se le ocasionarían problemas de índole psicológico.

## 2.5. Inglaterra<sup>25</sup>

Hay un caso gráfico que fue fallado en un Juzgado de Londres el 11 de marzo de 1987 que se caracterizó por la participación de un **padre copulante**. El caso fue el siguiente:

Los Señores A solicitaron la adopción de un niño de dos años 4 meses, la madre del niño es la Sra. B, el niño fue concebido por un acuerdo de subrogación entre los Señores A y la Sra. B y su marido el Señor B. Como resultado de este acuerdo el Sr. A y la Sra. B mantuvieron relaciones sexuales en pocas ocasiones hasta que hubiera fecundación o concepción. No fue un asunto amoroso. Fueron meras relaciones físicas con el sólo propósito de procrear un niño. Tan pronto como se produjo la concepción las relaciones sexuales cesaron. Por razones de salud la Sra. A estaba y está en la actualidad incapacitada para tener un hijo. Entonces intentaron tener un

<sup>25</sup> LLEIDA YAGUE, Francisco. El status de *parens* y el problema de la madre subrogada o por contrato. Ponencia presentada ante el II Congreso Mundial Vasco sobre Filología T.E. Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987. Y Fecundación Artificial y Derecho, Madrid, 1988 p 160 "A"



niño tanto en este país como en el extranjero pero sin resultado satisfactorio. Las dos parejas acordaron una suma total de 10,000.00 libras. La madre dice: **El dinero representa solo mi salario permitido y gastos a causa del embarazo.**

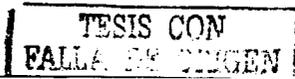
La cuestión se limita a la posibilidad de adopción del hijo en cuestión por la pareja A cuando ha habido un pago o remuneración que deberá ser analizado a los efectos de saber si el dinero entregado fue realmente una auténtica retribución crematística o por si por el contrario fue una justa indemnización por la pérdida de ingresos durante el embarazo. En el supuesto de autos a la pareja B le pagaron 1,000.00 libras al poco tiempo de transcurrir algunos meses del embarazo y 4,000.00 libras cuando nació el niño. Después de algunos meses se les debían 5,000.00 libras pero la madre no quiso aceptarlas.

El caso finalizó con la sentencia que dictó el Juez a favor de los adoptantes que solicitaban la constitución del vínculo adoptivo precediendo el oportuno consentimiento de la madre biológica aún a pesar de la existencia probada de la entrega de un dinero que no fue conceptuado como pago o gratificación ya que si así se hubiera entendido, tal circunstancia hubiera impedido a la determinación de la filiación a favor de la pareja solicitante.<sup>26</sup>

En cuanto a este supuesto, tenemos una propuesta más a nuestro favor para generar una Legislación Clara y Precisa en Materia de Salud (Procreación y uso de Técnicas de Reproducción Humana), para todas aquellas personas estériles o infértiles deseosa de una Paternidad o Maternidad. Lo cual consideramos que debía regularse los Derechos y Obligaciones de las Partes que intervienen en el Contrato de la Figura de la Madre Subrogada.

---

<sup>26</sup> Idem



## 2.6. México

En nuestro país existían pocas normas que se referían expresamente a la inseminación artificial y la fertilización In Vitro, aunque es indudable que en el futuro debería tener lugar una mayor y explícita reglamentación.

Ante el avance de la ciencia médica y la necesidad de las parejas estériles e infértiles deseadas de una paternidad o maternidad, es importante que nuestra legislación se interese por regular en materia de Salud Pública todo aspecto que las beneficie y que no perjudique los derechos y obligaciones que se deriven de las técnicas artificiales de reproducción humana.

En México a partir de las nuevas reformas, publicada el 6 de enero de 1987 y entrando en vigor al día siguiente, hechas a la Ley de Salud, se han preocupado por el tema de Madre Subrogada y la Clonación, pero si bien es cierto tenemos un rezago en la creación de normas que regulen en materia de Salud (Procreación y uso de Técnicas de Reproducción Humana), afectando a todas aquellas parejas solicitantes y deseadas de una Paternidad o Maternidad.

### 2.6.1. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

La libertad de procreación es una garantía constitucional reconocida en nuestro país a partir del 1º de enero de 1975, fecha en que se promulgó un nuevo artículo Cuarto, derivado de la Conferencia Mundial de Población celebrada en Bucarest, Rumania, en el mes de agosto de 1974, en la que se aprobó una nueva política demográfica en la que se tomo en cuenta en forma especial el papel de la mujer en el desenvolvimiento colectivo.

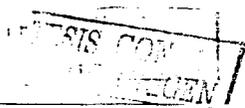
TESIS CON  
DE ORIGEN

En efecto, hasta esa fecha la materia de dicho artículo lo constituían las facultades conocidas como libertad de trabajo, la protección de su producto y la regulación del ejercicio de las profesiones, todo lo cual se introdujo sin modificación alguna en el artículo 5º constitucional. A su vez el nuevo texto del artículo 4º, en vigor un artículo nuevo en el texto de la Carta Magna y, por lo tanto sin antecedentes constitucionales, representó una novedad en el panorama constitucional mexicano ya que sus disposiciones marcan tres aspectos no contemplados, a saber: la igualdad jurídica en el varón y la mujer; la protección de la familia y, la libertad personal para decidir responsable e informadamente el número y espaciamento de los hijos.

Si bien es cierto que la igualdad ante la ley es una garantía individual y principio general consagrado en el primer artículo de la Carta Magna, también lo es que en la interpretación social de tal concepto se admitiría un tratamiento discriminatorio en perjuicio de la mujer. La redacción del nuevo artículo consagra la decisión política de eliminar tales prácticas discriminatorias hacia la mujer tanto en lo que se refiere a asuntos civiles y mercantiles o su nacionalidad y extranjería como lo relacionado con oportunidades y condiciones de trabajo, posición en la familia y trato social.

En cuanto a la protección de la familia su organización y desarrollo hasta antes de esta forma estaban previstos en una serie de disposiciones de Derecho Civil, Laboral o Agrario pero, es en este nuevo concepto en el que se consagra por primera vez en forma expresa tal protección.

En su iniciativa de reformas el Ejecutivo expone que, en forma consecuente con la política demográfica adoptada por México, la califica como humanista y racional, el segundo párrafo del artículo en comento entiende el "derecho a la procreación" como una garantía personal, tal como lo asienta la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas suscrita en Therán en



1968<sup>27</sup>: "este derecho implica libertad, responsabilidad e información compartidas entre hombres y mujeres". El estado y la sociedad, al establecer este derecho, garantiza las condiciones para hacer efectiva esa libertad de optar entre tener o no más hijos o tenerlos con mayor frecuencia.

En relación con la libertad de procreación, es necesario distinguir entre los actos destinados a evitar la procreación y los dirigidos a lograrla. El peso de un embarazo no deseado y del hijo nacido son considerados tan importantes que cualquier persona capaz tiene la libertad para hacer uso de los métodos anticonceptivos que determinen y evitar el embarazo, como se desprende del segundo párrafo del artículo en estudio; pero también para muchas parejas es de gran importancia tener hijos, no importando como ocurra.

La reproducción sexual está legalmente protegida no por el acto sexual en sí, sino por lo que éste hace posible: permite a la pareja unir el óvulo y el espermatozoide a fin de tener la posibilidad de criar un hijo de sus propios genes. El uso de técnicas artificiales, tales como la fertilización In Vitro (FIV) o la inseminación artificial (IA) para unir el óvulo y el espermatozoide se vuelven necesarias por la infertilidad de la pareja, por tanto se encuentran también protegidas.

El artículo citado en su párrafo segundo dice:

*"... Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos..."*

Consagra así la libertad, responsabilidad e información de las personas para determinar el número y espaciamiento de los hijos que deseen tener, lo que les permite hacer uso de los

<sup>27</sup> CASTILLO CORREA, Catalina, El derecho de familia y la concepción humana artificial, proyectos de reforma al código civil, Tesis profesional UNAM, 1988 p 167

ES CON  
EL ORGAN

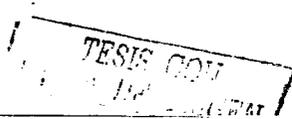
métodos que determinen para evitar un embarazo, asumiéndose también que el derecho de las personas para formar una familia ocurrirá sólo como resultado de un intercambio sexual.

Efectivamente, si el precepto constitucional permite a las personas hacer uso de los métodos que elijan para lograr un embarazo, debe entenderse que están facultados para utilizar métodos artificiales para reproducirse, esto, con base en un razonamiento analógico, partiendo del principio establecido en el derecho romano de que en todos aquellos casos en los que existe una misma razón, debe aplicarse la misma disposición. Así, si la libertad de procreación es estrictamente analizada, ésta se extiende a las actividades no sexuales esenciales para la procreación, las que incluyen las variadas técnicas hechas posibles por la fertilización In Vitro. Entonces, tendrán el derecho para crear, almacenar y que le sean transferidos embriones creados con el óvulo y espermatozoide propios de la pareja y también obtener la ayuda de donantes o madres subrogadas que provean los gametos o los medios necesarios para que la pareja pueda tener un niño genéticamente ligado por lo menos con uno de ellos o con ambos.

Al ser la pareja libre, si es fértil, también lo será para procrear cuando y como ellos quieran, deben ser libres también para reproducirse con la ayuda de donantes o de una madre subrogada. Si les donan un embrión, se están reproduciendo en el sentido de gestar y de criar un hijo, resultado usual de la reproducción sexual. En el caso de la madre subrogada, la pareja estará criando un niño genéticamente ligado con uno de ellos o con ambos, o con ninguno.

Es innegable que la reproducción sin sexo origina situaciones que requieren una definición precisa del derecho constitucional de las personas para reproducirse artificialmente.

Quizás una de las preguntas más difíciles consiste en determinar si las parejas infértiles tienen algunos derechos morales sobre la sociedad, en su búsqueda de superar una infertilidad



involuntaria u otras dificultades en su reproducción. La cuestión correlativa sería: **¿La sociedad en su más amplia expresión tiene alguna obligación moral frente a las parejas infértiles?**

Si se acepta la noción de que la sociedad como un todo debe proporcionar voluntariamente sangre para transfusión u órganos para trasplante, entonces se puede aceptar la idea de que la sociedad como un todo debe alentar a sus miembros para que proporcionen gametos a parejas que son físicamente incapaces de producirlos. Esta obligación general de la sociedad, por supuesto, no sería aplicable a miembro alguno de la misma que conscientemente se oponga a la donación de gametos o a la celebración de contratos de maternidad subrogada.

Si este deber es aceptado, la pregunta específica en el caso de la reproducción artificial será:

**¿Las técnicas artificiales para reproducción de parejas infértiles, están incluidas dentro de la noción de un nivel adecuado de salud?**

Es el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el Diario Oficial el 6 de enero de 1987, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, da la respuesta al incluir en su capítulo IV a la "fertilización asistida", definiéndola como aquella en la que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización In Vitro, reglamentando además el procedimiento administrativo a seguir.

El argumento para el derecho a reproducirse sexualmente es claro en el caso de personas casadas, dada la tradición de la reproducción dentro del matrimonio y la importancia de la familia, pero podría ser usado también para personas no casadas, solteras o adúlteras, con fundamento en el mismo segundo párrafo del artículo constitucional citado.

ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO  
FALLA DE ORIGEN

Las personas no casadas o solteras también tienen necesidades o deseos de tener y criar descendientes biológicos y pueden ser tan buenos padres como las parejas casadas y pueden no querer casarse para satisfacer este deseo. Prohibirles la concepción con o sin coito parecería inconsistente ya que una persona no casada o soltera no puede ser forzada a usar anticonceptivos, a abortar o a renunciar a criar un hijo nacido fuera del matrimonio.

La falta de una referencia constitucional explícita, no significa que sea ilegal o contrario a la ética para los médicos el tratar la infertilidad en personas solteras o asistir a su reproducción de cualquier otra forma. No existe en nuestro país impedimento legal alguno que prohíba la reproducción artificial de personas casadas o solteras, por tanto, los médicos son libres legalmente de asistirlos en la reproducción sin sexo.

La libertad personal para tomar decisiones dentro del matrimonio y la vida familiar es una de las libertades protegidas por el artículo Cuarto Constitucional. Si el derecho de privacidad significa algo, ello es el derecho a la persona física, casada o soltera, para decidir en asuntos que afectan a la persona en forma tan fundamental como la decisión de partir o engendrar un hijo, incluyendo la reproducción póstuma.

En pocas palabras, los intereses y valores que soportan el derecho de reproducirse por medio de la cópula se deberán aplicar también a las técnicas artificiales de reproducción incluido el uso de embrión extra-corporal así como la ayuda de donantes de gametos y de subrogadas. Ambos métodos hacen posible para la pareja el criar un hijo que es el descendiente biológico de o que ha sido gestado por uno o ninguno de ellos. Las personas no casadas o solteras tendrían también el derecho de reproducirse a través de la fertilización extracorpórea y asistencia de donante ya que su derecho a la reproducción por medio del coito es reconocido.

CEPIS (CON)

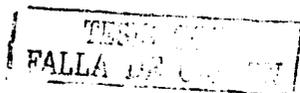
En conclusión, entre un control natal autorizado para ser manejado por el estado, y una libertad responsable (no podría existir en puridad otra libertad que no tuviera esta característica), para decidir el número y espaciamiento de los hijos, nuestro artículo 4° tajantemente opta por este último extremo de la alternativa, y crea la libertad de procreación, por lo que debe entenderse que la norma faculta el empleo de los métodos de reproducción artificial.

Esto se corrobora con la promulgación de la Ley General de Salud, la cual entró en vigor el 1° de julio de 1987, cuando por primera vez se establecieron algunos principios rectores sobre dicha cuestión, los cuales fueron precisados y clarificados en el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1987 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación, mismo que viene a llenar en parte la enorme laguna que hasta entonces existía.

Dicha Ley y su Reglamento significan un gran avance para regular las técnicas de reproducción artificial, mas sin embargo por tratarse de los primeros intentos no efectúan una regulación exhaustiva. A continuación se hará un breve comentario de algunos de los artículos más relevantes.

## **2.6.2. Ley General de Salud**

La Ley General de Salud contiene un título denominado Servicios de Planificación Familiar, cuyo artículo 67 remite expresamente al artículo Cuarto Constitucional confirmando la libertad de procrear consignada en ese precepto. Citando:



*"... Los servicios que se presten en la materna constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e infundada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad..."*

El artículo 68, fracción IV señala que:

*"Los servicios de Planificación Familiar comprenden, entre otros, el apoyo y fomento de la investigación en materia de infertilidad humana y hielogía de la reproducción humana";* de lo cual se infiere que en nuestro país la reproducción humana por medios artificiales no está prohibida sino que al contrario, ya que dicha disposición claramente expresa que tales sistemas deben apoyarse y fomentarse.

A su vez, el artículo 466 impone una pena privativa de la libertad que va de uno a tres años o de dos a ocho años a aquél que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, según se produzca o no el embarazo como resultado de la inseminación. El segundo párrafo de dicho artículo preceptúa que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge, incumplimiento que carece de sanción y por el momento no existe disposición alguna que se refiera a las consecuencias legales en ausencia de tal consentimiento, por lo que cabe preguntarse, entre otras cuestiones, cual será el estado legal del hijo así nacido.

Lo anterior hace necesario que la legislación civil en materia familiar regule lo relativo a la filiación de los hijos nacidos a través de los nuevos métodos de reproducción artificial, pues la presunción legal basada en que el hijo de la mujer casada es necesariamente del marido ha sido rebasada en dicho supuesto.

TRAMITADO  
FALLA DE ORIGEN

El artículo 466 cita:

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

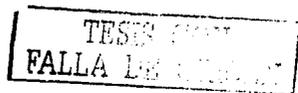
*La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge."*

Cabe aclarar que el artículo 417 de dicha Ley prevé sanciones de tipo administrativo para el profesional que realice la inseminación en la cónyuge sin haber obtenido el consentimiento del cónyuge.

Artículo 417 cita:

*"Las sanciones administrativas podrán ser:*

- I. Amonestación con apercibimiento;*
- II. Multa;*
- III. Clausura temporal o definitiva, que podrá ser parcial o total, y*
- IV. Arresto hasta por treinta y seis horas."*



### **2.6.3. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.**

Por otra parte el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 6 de enero de 1987; y modificado el 5 de mayo del 2001, señala en su título segundo, Capítulo 1, las disposiciones Generales de ética a que deberán sujetarse las investigaciones que se realicen en seres humanos y en su artículo 20 establece:

*"Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna",* el cual deberá cumplir con los requisitos que en el mismo Reglamento señala.

Los artículos 40 del Reglamento en cuestión y 314 de la Ley General de Salud, establecen diversas definiciones que conciernen a la fertilización asistida entre las que destacan los conceptos de embrión, feto, mujeres en edad fértil, embarazo y la misma fertilización asistida, la cual divide en homóloga y heteróloga además de incluir la llamada fertilización In Vitro, conceptos de importancia sobre todo en lo que se refiere a investigación fetal.

El artículo 40 cita:

*"Para efectos de este reglamento se entiende por:*

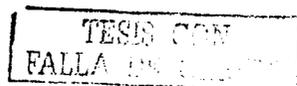


- I. *Mujeres en edad fértil.- Desde el inicio de la pubertad hasta el inicio de la menopausia;*
- II. *Embarazo.- Es el periodo comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva de embarazo médicamente aceptada) hasta la explicación o extracción del feto y sus anexos.*
- III. *Embrión.- El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación;*
- IV. *Feto.- El producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción;*
- V. ...
- VI. ...
- VII. ...
- VIII. ...
- IX. ...
- X. ...
- XI. *Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro."*

El artículo 314 de Ley General de Salud cita:

"Para efectos de este título se entiende por:

- I. ...
- II. ...
- III. ...
- IV. ...
- V. ...



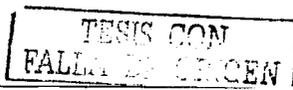
- VI. ...  
 VII. ...  
 VIII. *Embrión.- al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;*  
 IX. *Feto.- al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;*  
 X. ...  
 XI. ...  
 XII. ...  
 XIII. ...  
 XIV. ..."

El artículo 41 Capítulo IV denominado "De la Investigación en Mujeres en Edad Fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, Puerperio, Lactancia y Recién Nacidos, de la utilización de embriones, Óvulos y Fetos de la Fertilización Asistida", establece que las investigaciones en las que se incluyan a los sujetos a los que el mismo Capítulo IV se refiere, deberán cumplir, además de las disposiciones generales de ética con lo ordenado en los artículos 42 a 56 del mismo Capítulo.

Lo mismo confirma la idea de que las modernas técnicas de procreación se encuentran legalmente permitidas en el derecho mexicano, al regular específicamente el procedimiento administrativo a seguir y circunstancias en las cuales pueden ser utilizados.

El artículo 41 cita:

*"Además de las disposiciones generales de ética que deberán cumplirse en toda investigación en seres humanos, aquellas que incluyan a los sujetos a que se refiere este capítulo deberán satisfacer lo que se establece en los artículos 42 al 56 de este reglamento"*



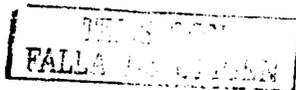
Así tenemos que el artículo 43 del indicado Reglamento expresamente dispone que se requiere obtener carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario para someterse a las técnicas de fertilización asistida conforme a lo dispuesto por los artículos 21 y 22 del mismo Reglamento.

El artículo 43 cita:

*"Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de la utilización de embriones, óvulos o fetos; y para la fertilización de embriones, óvulos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión: feto o recién nacido en su caso. ..."*

Los mencionados artículos 21 y 22 indican los requisitos para que se considere existente el consentimiento informado, como son el que el sujeto de la investigación debe recibir una explicación clara, completa y comprensible sobre la justificación y objetivos de la investigación, los procedimientos a emplear y su propósito, molestias, riesgos o beneficios que puedan obtenerse, procedimientos alternativos, el derecho a recibir respuestas a cualquier duda así como la libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio. También se establece que deberán asegurarse la confidencialidad de la información relacionada así como la seguridad de que no se identificará al sujeto de la investigación, lo que nos permite inferir que en esta norma se protege también el anonimato de los donantes, cuya voluntad no es la de asumir una paternidad, sino únicamente hacer una donación de gametos o embriones.

Tal consentimiento debe formularse por escrito por quien esté a cargo de la investigación, el que deberá ser revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la Institución de

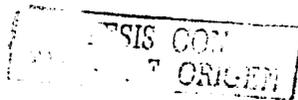


Atención a la Salud, debiéndose indicar, además, los nombres y direcciones de dos testigos y su relación con el sujeto de la investigación, extendiendo dicho consentimiento por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de la investigación.

El artículo 21 cita:

*“Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:*

- I. La justificación y los objetivos de la investigación;*
- II. Los procedimientos que vaya a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;*
- III. Las molestias a los riesgos esperados;*
- IV. Los beneficios que puedan obtenerse;*
- V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;*
- VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;*
- VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento;*
- VIII. La seguridad que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;*
- IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio, aunque está pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;*



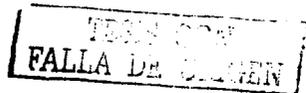
- X. *La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y*
- XI. *Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación."*

El artículo 22 cita:

*"El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:*

- I. *Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;*
- II. *Será revisado y, en su caso, aprobado por la comisión de ética de la institución de atención a la salud;*
- III. *Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;*
- IV. *Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y*
- V. *Se extenderán por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal."*

Pero, qué sucede con los embriones obtenidos en forma extracorpórea que no son implantados en una determinada mujer; por lo cual nos preguntamos:



¿Se pueden desochar?.

¿Se pueden congelar para ser usados en futuras implantaciones?.

¿Se pueden destinar a la investigación?.

Parece que los artículos 52 y 55 del Reglamento analizado permiten la investigación en fetos, embriones y óbitos, siempre y cuando las técnicas a aplicar proporcionen el máximo de seguridad para ellos y la embarazada, de acuerdo a lo dispuesto en el Título Décimo Cuarto de la Ley en el propio Reglamento, sin hacer ninguna distinción entre embriones obtenidos in vivo o In Vitro.

En el estado actual de nuestra ley, parece que el destino final del embrión no utilizado en una implantación es la incineración a menos que se requiera para docencia o investigación. El artículo 52 cita:

*"Los fetos serán sujetos de investigación solamente si las técnicas y medios utilizados proporcionan la máxima seguridad para ellos y la embarazada."*

TESIS CON  
FALLA EN SU CONTENIDO

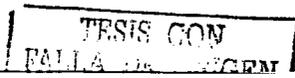
El artículo 55 cita:

*"Las investigaciones con embriones, óvulos, fetos, nacimientos, muertos, materia fetal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de éstos, serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo décimo cuarto de la Ley y en este reglamento."*

Finalmente, el artículo 56 establece:

*"Que la fertilización asistida es permisible cuando se aplica a la solución de problemas de esterilidad que no puedan ser resueltos de alguna otra manera debiéndose respetar siempre el punto de vista moral, cultural y social de la pareja aún cuando difiera del punto de vista del investigador."*

Visto que en nuestro país no se encuentra prohibida ni la inseminación artificial ni la fertilización In Vitro, es conveniente se regule expresamente en la ley respectiva las variantes que dichos métodos conllevan debido a los múltiples problemas morales y legales que los mismos originan. Esta regulación de la ley garantizaría los derechos y obligaciones que tendrían las partes y que intervienen en el contrato de la figura de la madre subrogada.



## **2.7. Comentarios de la Falta de Reglamentación de los Derechos y Obligaciones que Tienen las Partes en el Contrato de la Figura de la Madre Subrogada.**

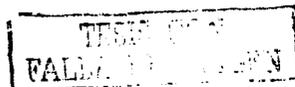
Los científicos se han dado a la tarea de desentrañar los misterios de la concepción y a lograr que puedan tener hijos los solicitante (s) a una paternidad. Ante esta situación considero que es importante regular primeramente el contrato de la figura de la Madre Subrogada, así como sus derechos y obligaciones que nacen de este.

En la actualidad a las parejas infértiles y estériles, lograr una paternidad o maternidad les ha sido difícil obtenerla ya que no siempre la madre subrogada, entrega al niño (a) a los solicitantes.

Los gobiernos que regulan diversas técnicas de reproducción humana, tienen interés jurídico en asegurar la transmisión ordenada de la vida de una generación a la siguiente.

Es evidente que la biología de la reproducción humana, ha creado técnicas tan sofisticadas, que han quebrantado los principios morales, sociales, psicológicos, religiosos y jurídicos preestablecidos; en las medidas legislativas que rigen las relaciones para la procreación, de ahí que, en la Comunidad Europea, España, Estados Unidos de Norte América, Francia e Inglaterra, la concepción artificial haya empezado a ser objeto de legislación con el fin de otorgar a dicha técnica validez en su práctica y en su desarrollo.

Es importante resaltar que las leyes no están siempre redactadas de manera clara y precisa y no han podido prever las situaciones que presentan en la práctica, por lo que resulta que para el

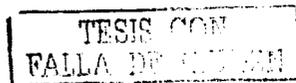


jurista existen muchos puntos oscuros controvertidos. Los autores tienen entonces por misión la de proponer soluciones para esas dificultades pero, hay que recordar que la doctrina no representa ningún valor jurídico sino un mero valor intelectual auxiliar en la aplicación e interpretación de las normas.

Es así como la doctrina mexicana, aunque someramente pero con una visión futurista, ha planteado la dogmática jurídica de estas nuevas técnicas de procreación, por ejemplo, en el campo del Derecho Civil, se indica sus repercusiones en relación con el matrimonio, la sucesión legítima, los contratos y bienes, la paternidad y filiación, y en materia de Obligaciones. Se ha estudiado también desde el punto de vista del Derecho Constitucional, y Penal; investigándose el problema de la inseminación artificial cuando medie violencia física o moral o el engaño, como conducta no tipificada en el Código Penal vigente.

En México, existe el "Hospital Juárez " y el "Instituto Nacional de Perinatología," lugar donde las personas estériles e infértiles, podrían realizar a través de una técnica de reproducción humana una inseminación artificial; el primero cuenta con un banco de espermias y el segundo con servicios especializados en ginecología, gineco-obstetricia y de reproducción humana.

Es importante señalar que de regularse el contrato de la figura de la madre subrogada y así mismo los derechos y obligaciones de las partes solicitantes, en un futuro se prevendrían problemas legales.



## **CAPITULO 3. ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL CONTRATO DE LA MADRE SUBROGADA.**

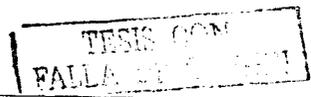
### **Ordenamiento del Contrato**

Manuel Chávez Asencio,<sup>28</sup> señala que el contrato es considerado plurilateral toda vez que intervienen el médico, los padres, y solo deben contemplar parejas unidas en matrimonio, nunca solteras porque "se trata de ayudar a generar la filiación dentro del matrimonio que es la forma legal y moral de constituir la familia" y agrega como condición de legalidad, debe acreditarse médicamente que los cónyuges no pueden tener hijos por medios naturales.

Cabe señalar que no necesariamente tiene que ser un matrimonio el que tenga el derecho de la paternidad y maternidad, y también tendrán derecho toda aquella persona que sea soltera (o) y adúltera (o), por que si bien es cierto, la Constitución especifica en el artículo 4º párrafos segundo y tercero, que los mexicanos tenemos la libertad del número y esparcimiento de nuestros hijos.

Será un contrato bilateral, cuando ambas partes se obligan recíprocamente. La madre subrogada se obliga ya sea a recibir el embrión o a ser fecundada, llevar a término el embarazo, y entregar al infante a su contraparte. La pareja contratante, se obliga a proporcionar a ambos, a cubrir los gastos del embarazo y del nacimiento.

<sup>28</sup> Cf. CHAVEZ ASENCIO, Manuel op.cit. p43



Se trata de un **contrato consensual** al no requerir formalidad alguna para su validez pero, se ha dicho que por la complejidad de este contrato se considera que la voluntad de las partes debería asentarse por escrito y ante un notario.<sup>29</sup>

Por regla general es un **contrato oneroso**, en virtud de que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, pero puede ser gratuito toda vez que no se pacte ninguna remuneración a la madre subrogada.

Es un **contrato comutativo**, porque las prestaciones son ciertas desde que se celebra el contrato de modo que la ganancia y la pérdida se conocen desde el nacimiento del contrato. Sin embargo, es un contrato sujeto a **condición suspensiva**<sup>30</sup> ya que las prestaciones debidas dependen del acontecimiento futuro de realización incierta que puede ser, que el espermatozoide fecunde el óvulo de la madre subrogada o que el embrión trasplantado se implante en el útero de la madre subrogada.

Es un **contrato de ambas partes** porque se contrata no solo de la madre subrogada, sino también de la pareja (s) en base a su calidad biológica y emocional de ambas.

Es un **contrato principal** ya que no depende de ningún otro para su existencia, ya que tiene su propia finalidad jurídica y existe por sí mismo. Se podría argumentar que depende de un contrato de prestación de servicios profesionales de un médico o clínica, pero no lo creo así, por lo que hemos mencionado y porque puede ser inseminada o trasplantado el embrión sin que medie un contrato de esa naturaleza.

<sup>29</sup> Cfr. DE ARGUINAGA GIRAUDIT, Adnana. Ejecución de contrato de madres subrogadas. Tesis Profesional. Universidad Benemérita de México, 1989. p. 58.

<sup>30</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil, 8ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1996. p. 57.

Es un **contrato complejo** porque las prestaciones que implica corresponde a la de varios contratos; hemos mencionado entre otras la remuneración, de los gastos médicos, la manutención en el período de gestación, entre otros.

Es un contrato de **trácte sucesivo**, ya que las prestaciones de la madre subrogada se van ejerciendo momento a momento durante toda la vigencia del contrato.

A continuación, analizaremos sus contratos afines para ver si es posible que se apliquen las reglas de estos contratos.

### **3.1. Innominado**

Se trata de un contrato innominado por no estar regulado, pero aunque hemos establecido que no se debe fundarse en el principio de autonomía de la voluntad, podría hacerlo para crear relaciones jurídicas entre las partes y aún derivar acciones de incumplimiento.

Como contrato innominado según el artículo 1858 del Código Civil, se regirá "por las reglas de los contratos, por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas por las disposiciones con el que tengan más analogía de los reglamentos.

### 3.2. Arrendamiento o Comodato

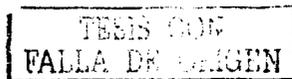
El contrato de arrendamiento es aquel en virtud del cual el arrendador se obliga a conceder el uso o goce temporal de una cosa al arrendatario, a cambio de un precio cierto (Art.2398 del Código Civil para el Distrito Federal).

Cabe mencionar que el Código Civil de 1884, consideraba dos figuras: el arrendamiento cuando el objeto se trataba de bienes inmuebles y el alquiler cuando se trataba de bienes, y la prestación por parte del arrendatario se denominaba renta en el primer supuesto y alquiler en el segundo. Esta diferencia ha sido suprimida por el Código Civil del Distrito Federal.

De este concepto se podría desprenderse que la madre subrogada "rentaría su cuerpo" para que la pareja la usara para el desarrollo del embrión y la renta, constituiría en pagar un precio por ese uso y goce.

Sin embargo, una vez más se opondría la idea de que el cuerpo humano puede ser objeto del contrato, ya que está fuera del comercio.

Además, por virtud del arrendamiento tiene derecho a los frutos que produzca el bien objeto del contrato. ¿A caso consideraríamos al niño un fruto?. Diríamos que no porque no porque el niño no es fruto de la madre ni parte de ella, sino que es un ser con vida independiente y que además ha entrado bajo la protección de la ley.



El alquiler del cuerpo no es un arrendamiento de cosa, si es fruto natural de la persona, dice Clavería González<sup>31</sup> porque "no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano y parte de él no es jurídicamente *cosa* razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato "

Por estos dos argumentos podemos deducir que no se trata de un contrato de arrendamiento ni comodato.

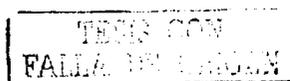
### 3.3. Promesa

En cuanto al contrato de promesa, también es conocido como preliminar o preparatorio, toda vez que se trata de un instrumento útil para satisfacer los propósitos de aquellos que se interesan por tener la certeza de celebrar en forma definitiva y a futuro un contrato.

El Artículo 2244,1835 y 1836 del Código Civil para el Distrito Federal, que el contrato de promesa puede ser unilateral o bilateral, por lo que se podrá acordar con la madre subrogada un contrato en el cual ésta se vea obligada por medio de una promesa a entregar al bebe a quien se lo haya solicitado, obligándose la madre subrogada entregar al bebe (Art.1835 Código Civil del Distrito Federal); y también estarán facultados ambos contratantes para exigirse obligaciones de hacer y de manera reciproca, la celebración del contrato (Art.1836 Código Civil Vigente).

El Artículo 2246 y 2247 del Código Civil para el Distrito federal cita que para que el contrato de promesa sea válido, éste deberá ser por escrito, contener los elementos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo; pero si la madre subrogada se negase a firmar los

<sup>31</sup> CLAVERIA GONZALEZ, citado por S110 LA MADRID, Miguel Angel Bogenetusa, Filomeno y Ledite, "S. Ed.", Editorial urena, Buenos Aires, 1990 p.128



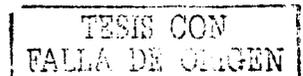
documentos necesarios para dar forma legal al contrato, en su rebeldía lo firmaría el juez, pero como no se trata de una cosa, consideramos que la promesa continuaría con efectos y no se responsabilizaría a nadie, es decir a la madre subrogada de los daños y perjuicios que se pudieran originar.

### **3.4. Incumplimiento del Contrato**

En caso de que el contrato se haya formalizado, pero exista incumplimiento de parte de la madre subrogada, los supuestos serán:

1. No ser inseminada o a que no se le implante el embrión;
2. Interrumpir el embarazo a través de sus maniobras;
3. A recurrir al aborto provocado a través de sus variantes ; y,
4. No entregar al niño (a) después del nacimiento.

Como hemos visto que se trata de un contrato ilícito, no podría exigirse el cumplimiento forzado, y aunque la ley o la moral lo admitiera, el hecho de someterse a una inseminación o a



una transferencia de embrión se trata de un acto personalísimo<sup>32</sup>, por lo que no cabe acción legal para cumplirlo, aunque si el resarcimiento de daños y perjuicios si el incumplimiento careciera de justificación.

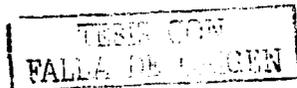
La única acción que puede dársele a las partes solicitantes sería el pago de daños y perjuicios no siendo posible el cumplimiento forzoso pero si la resolución de la obligación consistente en no inseminarse o dejarse transferir el embrión pero si el resarcimiento de daños y perjuicios en este caso.

Sin embargo, la obligación de hacer puede ser realizada por otra madre subrogada, cuando sea posible y que consistiera en transferir el embrión que fue implantado o bien fue producto de la unión del óvulo de la madre subrogada y el semen del contratante; ahora si interviene otra madre subrogada, "si es que no hay una adoptiva al final", tendría tres madres. Pero ¿qué acción correspondería quitarle el hijo objeto del contrato a la madre subrogada que ahora decide que si es su hijo?, ¿Se le podrá forzar a la madre subrogada que se deje operar para implantar el embrión en otra persona?.

Quizás es un tanto "futurista" pensar en embarazos para que luego haya una reimplantación en otra madre subrogada, pero ¿hasta dónde, cuándo, cómo podría llegar la ciencia? Por ello, aunque sean adelantos increíbles, debemos regularlos jurídicamente para evitar conflictos futuros tanto en la Madre Subrogada, las partes que intervienen, solicitante (s) y el mismo niño (a), producto del uso de una técnica de reproducción humana.

Sin embargo, la madre subrogada en caso de existir este contrato, se elegirá a esta por sus cualidades personales (elementos físicos, compatibilidad sanguínea, etc.), por lo que se le obligara a cumplir y ha dejarse "extraer" el embrión o feto para que otra lo termine.

<sup>32</sup> Cf. SOLICIA MADRID, Miguel Angel op. cit. p. 331



Si la madre subrogada se niega a continuar o concluir la gestación y existiese la posibilidad jurídica de abortar impunemente en el país de que se trate,<sup>33</sup> siendo este un supuesto en México, sabemos que no está tipificado en la legislación de nuestro país. Por ello, la obligación de concluir la gestación se vuelve en "una obligación de carácter público, no de tipo contractual".<sup>34</sup>

En el caso de la Baby M, se reconoce la obligatoriedad del contrato. Para que la madre subrogada pueda renunciar y dar por terminado el contrato antes de la concepción, quedando obligada a resarcir daños y perjuicios; pero si ya estaba inseminada, tiene derecho:

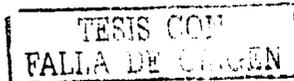
- Decidir, con exclusión del donante si aborta o no (según el Derecho de los Estados Unidos de América, que lo permite por considerar "supremo" el derecho a determinar la manera en la cual su cuerpo y su persona pueden ser utilizados) y con la madre subrogada "la cláusula que prohíbe el aborto a menos que la parte masculina acceda, es nula e inexistente".

### 3.4.1. Indemnización por Incumplimiento

Respecto a la indemnización que podría exigir, tanto el matrimonio contratante ( porque decidiera no concluir el embarazo o no quisiera entregar al niño) o bien la madre subrogada (porque el matrimonio no registre el niño resultado del embarazo, o se pruebe que no fue el producto de la inseminación sino de su cónyuge, concubinario y adultero, si lo tuviere ) se ha establecido que, si los convenios de subrogación fueron válidos, su desacato injustificado produciría una amplia responsabilidad pecuniaria que incluiría los gastos médicos, el lucro

<sup>33</sup> Idem

<sup>34</sup> Idem



cesante de la pareja estéril cuando se hubieran preparado psicológicamente para ser padres, además de la reparación de daño moral producido por el aborto.

Se entiende por incumplimiento la abstención de realizar la prestación que se adeuda, así como la realización de la prestación que el deudor debía omitir. El incumplimiento es el hecho generador de la responsabilidad civil contractual y también causante de la ejecución forzada.

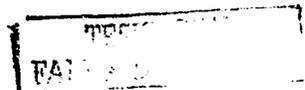
Si del contrato de maternidad subrogada la madre deja de entregar al niño o desea interrumpir el embarazo (abortar), no cumple con la obligación de dar, incurriendo en incumplimiento y en un delito, establecido en el artículo 2104 del Código Civil para el Distrito federal, responsabilidad compensatoria o moratoria ( Cfr. artículos 1949, 2027, 2028 y 2107 ).

En el caso del presente contrato, como se trata de una obligación de hacer y de dar al hijo y de no hacer (abortar), sólo es posible que lo ejecute el deudor (madre subrogada) la indemnización sólo puede ser compensatoria. Dicha indemnización se transforma en una obligación de dar (artículos.2027 y 2064 del Código Civil para el Distrito Federal).

Pero volvemos al problema de la cuantificación de los daños, nos surgen las siguientes inquietudes:

¿Cuál es la "cantidad en dinero" por perder un hijo?

¿Cuál es la cantidad en dinero por dejar de ser madre?



¿Cuál es la cantidad en dinero por el derecho a la paternidad o maternidad?. La relación entre culpa e indemnización es determinante para la cuantificación de la segunda.

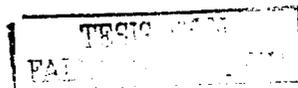
La culpa contractual consiste o se divide en dolosa o imprudencial, y por lo tanto injustificada, que consiste en la abstención del deudor de ejecutar la prestación que es objeto de su obligación y es injustificada por no haber causas que la justifiquen ( caso fortuito o fuerza mayor ).

En obligaciones de hacer, se incurre en culpa cuando intencional o imprudencialmente se realizan actos contrarios al cumplimiento de su obligación o deja de realizar los necesarios para poder cumplir.

Por daño se entiende la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación ( artículo 2108 del Código Civil para el Distrito federal), y por perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación ( artículo 2109 del Código Civil para el Distrito Federal).

Para que puedan exigirse los daños y perjuicios es necesario que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación y el origen del daño o perjuicio.

Como hemos visto, el carácter patrimonial de una obligación en un contrato no siempre es de carácter pecuniario, ya que existe, además el patrimonio moral al que hemos hecho alusión. Si se sufre una pérdida o menoscabo en el patrimonio moral habrá un daño moral, con la consecuencia de reparar los daños que se hayan ocasionado.



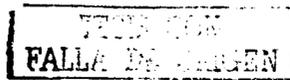
Además de la reparación del daño moral ocasionado por el incumplimiento del contrato, podría exigirse la responsabilidad de este daño moral, pero no siempre implica prestaciones de carácter económico. Por lo que respecta a la responsabilidad por daño originado moralmente, recordemos que se crea una frustración y un problema psicológico al saberse engañados por una persona que no cumplió con lo pactado.

### **3.5. Problema Jurídico- Familiar dentro del Contrato.**

Todas las técnicas modernas de reproducción tienen exigencias en el área conyugal, de la filiación, y de las consecuencias.

¿Qué pasaría si efectivamente la madre substituta está de acuerdo en entregar al niño, pero la madre genética muere o la pareja ya no está en condiciones de mantener al niño?.

Consideramos que ante la problemática Jurídico-Familiar dentro del Contrato, nos preguntamos, con la finalidad de determinar cuál es la situación jurídica del niño (a), no obstante si nuestra Legislación Regula el Contrato de la figura de la Madre Subrogada y asimismo los Derechos y Obligaciones que tienen las partes dentro de este Contrato, no se presentarían conflictos, toda vez que los contratantes se verían obligados a cumplir con lo establecido en el Contrato.



### 3.5.1. Filiación

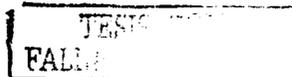
Por ser natural la relación padre-hijo y previa al Derecho, no se consideró necesario incluir conceptos o definiciones para saber cuales son los supuestos de paternidad o maternidad. Actualmente es importante distinguir cada supuesto que coloca a un individuo como hijo de otro.

Parir un hijo no vincula genéticamente a la madre con éste pues el origen de la vida se encuentra en el espermatozoide y el óvulo que darán origen a un nuevo ser, por lo que los que aportaron éstos, son los que originaron su composición genética.

De acuerdo a este trabajo de investigación, hemos partido del origen de que los gametos provienen de una pareja (matrimonio), entendiendo que el gameto es el conjunto de información genética de la persona que lo proporciona. Pero en la actualidad, la ciencia ha desarrollado un método para la obtención de gametos con información genética de diversas personas a lo que han denominado la neogenesia.

Originada la vida, la madre subrogada que preserve el embrión no influye genéticamente en el ser, sino que sólo es compatible con él. No es posible considerar dado el caso, que una máquina que preservare la vida del concebido sea su madre aunque no lo determine genéticamente.

Para la ley, en la filiación se toma en cuenta tanto el momento de la concepción como el nacimiento, por lo que la acción de desconocimiento del padre por no haber podido tener debito carnal con su cónyuge puede ser destruida con la prueba del ADN. Si la mujer fuese fecundada con semen del esposo no puede haber un desconocimiento de la paternidad misma.



Se discute si el padre puede impugnar y desconocer la paternidad y la doctrina ( o parte de ella ) señala una prevalencia absoluta del elemento genético.

La filiación hasta ahora se prueba, en el caso de la madre subrogada, por el hecho del nacimiento, y la del padre se prueba por el estudio denominado ADN que presumen ( la prueba genética y hematológica, entre otras ) de una paternidad. Pero dejando a un lado la multiplicidad de supuestos que hay para probar o impugnar la paternidad y la maternidad, hoy en día ya no es tan indubitable, precisamente por el contrato de maternidad subrogada.

Podría ser uno de los medios, la prueba del ADN (hematológica y la histocompatibilidad) que el *Código Civil Argentino establece*:

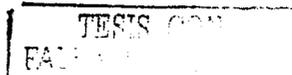
*"mediante la cual cita quienes eran en realidad, las personas que habian dado en herencia al hijo, las proteínas anngénicas de la membrana citoplásmica, codificadas en el sexo por cromosómico, es decir, los padres biológicos con un grado de confiabilidad entre 96% y el 99% como hay ocurre".<sup>35</sup>*

Observamos que en la actualidad con la prueba del ADN ya es posible desdoblarse el proceso unitario de fecundación, gestación y parto, por lo que tal hecho del nacimiento ya no es prueba plena de la filiación materna ya que desvirtúa la máxima " mater semper certa est "<sup>36</sup>

El ADN o DNA es conocido médicamente como el Ácido Desoxinucleótico el cual determina y explica las propiedades del gen, es decir, su capacidad de reproducirse exactamente; para transmitir información; y para sufrir mutaciones. A esto nos referimos que no sólo es

<sup>35</sup> Cfr. DE AGUINAGA GUIBAUTIL, Adriana op.cit pp 5-7

<sup>36</sup> Idem



importante el estudio que se pueda tomar tanto de los espermatozoides y óvulos (gametos), sino también un complemento más exacto como el DNA, ya que determinará genéticamente quienes engendraron un producto, del cual no podrían retractarse en lo concerniente al aspecto biológico.

En nuestro Código Civil para el Distrito Federal, y sobre todo por la época en que fue redactado, se presume que la mujer que paría era la misma que aportaba el material genético, así el hecho del nacimiento se vuelve en referencia a la filiación, una presunción *ius tantum et de jure*, como podría concebirse actualmente, y las pruebas que podía admitir en contrario sería, la existencia de un contrato de este tipo y la información genética distinta, si se le toma como una "incubadora" que llevó a término el embarazo, la madre será la genética.

La atribución de la maternidad a la madre gestante es lo más respetable y aceptable, porque siempre debe optarse por el interés del hijo.

De Asís Sancho Rebolledo, explica... "lo que sucede con esta disociación es que el concepto de maternidad ha quedado vacío o truncado en su contenido. La maternidad comporta la aportación genética, la gestación y el parto".<sup>37</sup>

Se rompe el principio de que la filiación con relación a la madre resulta del hecho del nacimiento (artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal), porque el supuesto que se contempla es de una madre que no lo procreó y no es su madre atendiendo a que la maternidad se da por la fecundación...<sup>38</sup> Como observamos, en los principios que establece la Comunidad Europea<sup>39</sup> se establece que la maternidad siempre debe ser determinada por el hecho del nacimiento más que de genética por las siguientes situaciones:

<sup>37</sup> DE ASÍS SANCHO REBOLLEDO, Francisco op.cit p.30

<sup>38</sup> CHAVEZ, ASENCHIO, Manual op.cit p.37

<sup>39</sup> Vid. Supra Cap II

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

1.- La relación entre el niño y la mujer que le da nacimiento es más importante; y,

2.- La necesidad de darle al niño una clara situación legal al nacer; por ello la madre subrogada debe ser considerada como madre para la ley nacional.

Ante esta postura, consideramos que no siempre la madre biológica es la **Madre legal**, ya que si bien es cierto, madre podrá ser toda aquella persona que críe (alimente, eduque, proteja, de amor y de cuidados al niño (a), resultado de la concepción de una pareja sana o del uso de una Técnica de Reproducción humana; ya que en la actualidad en México existen niños abandonados por su madres biológicas. Lo cual es importante legislar en materia de Salud Pública (Planificación Familiar) los Derechos y obligaciones que tienen las partes solicitantes dentro del Contrato de la Figura de la Madre Subrogada.

Además, hemos visto que el contrato de maternidad substituta, implica una renuncia a la filiación de la misma ( por el hecho del nacimiento ), a lo que establece el **artículo 338** del Código Civil para el Distrito Federal que:

*" No puede haber sobre filiación ni transacción ni compromiso en árbitro"*

Lo difícil aquí es saber quien tiene los derechos de filiación sobre el niño, la madre substituta, o la madre genética, (en el supuesto de que no hubiera habido aportación de óvulo por su parte, ya que, si lo hubiere, se aplicaría perfectamente el artículo citado para renunciar a sus derechos de filiación sobre el niño)

FALLA DE ORIGEN

Lo difícil es determinar como se debe proteger a un niño que nace de una madre subrogada, por ende, debería contemplarse en el Código Civil para el Distrito Federal una protección especial para los niños engendrados por vías no naturales.

Recalcamos que para nosotros es a todas luces un acto inmoral, pero proponemos una reglamentación a los derechos y obligaciones a que tienen las partes que intervienen en el contrato, y por el interés del menor que va a sufrir las consecuencias.

Además el Código Civil para el Distrito Federal, en los capítulos relativos a la paternidad, maternidad y filiación, presupone que el hijo siempre lo será de la madre que lo parió, y no contempla casos en que el hijo pueda ser de dos madres, una genética y otra biológica, por lo que el Código Civil deberá actualizarse estableciendo un capítulo especial en el cual se especifique que no existe filiación, ni derechos y obligaciones de la madre subrogada y de las partes que intervienen ( en el contrato de la figura de la madre subrogada ), para con el hijo nacido bajo esta técnica de inseminación.

### 3.5.2. Sucesiones

En esta materia, si no queda resuelto el problema de la filiación de la paternidad y maternidad, cabría preguntarse si para heredar ( en el caso de que la madre subrogada no hubiera aportado el óvulo ) se consideraría heredero legítimo al hijo procreado por la madre subrogada ( en relación a los progenitores ) o heredero legítimo de la madre subrogada. Casos en los cuales se daría una controversia interesante toda vez que los herederos legítimos para impugnar la paternidad o maternidad del hijo producto de esta técnica de reproducción no les fuera entregado. Por tal motivo es importante establecer el estado de filiación que tendrían los hijos nacidos por

TERMINADO  
FALLA DE [ ]

inseminación artificial y los gestados en las madres subrogadas, porque de no hacerlo se estaría dejando a este hijo en un estado de indefensión.

### 3.5.3. Derechos del Nasciturus

El artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en ese ordenamiento. Surge una capacidad condicional al nacimiento, dentro de esa capacidad condicionada puede adquirir ( a contrario sensu del artículo 1314 ) por testamento o por intestado al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o bien los concebidos cuando sean presentados vivos al Registro Civil o vivan cuando menos 24 horas.

También pueden adquirir según el artículo 2357 del Código Civil para el Distrito Federal, donaciones con tal de que hayan estado concebidos al tiempo en que ésta se hizo. La ley, toma en cuenta la independencia con el hecho del nacimiento por su separación en el parto, lo que marca el principio de sus relaciones jurídicas como persona en los términos de la ley. Esto es que adquiere un *estatus especial*<sup>40</sup> pero no la personalidad jurídica.

Mediante esta protección, el menor no puede ser objeto de un acto jurídico, por lo mismo no puede pactarse:

1.- Que se conciba de un medio diverso al que la ley supone que se concibe, y

<sup>40</sup> IHAZ JIMÉNEZ, Thelma. *Resumen Jurídico por Vías No Naturales*. Tesis Profesional, Facultad Libre de Derecho, P. 91



2.- Que una vez concebido sea transferido de un útero a otro, o de un tubo de ensayo a un útero.

La realidad de los contratos sin ninguna regulación adecuada provoca que no se pueda deslindar responsabilidad jurídica para con el menor, y para los efectos de cómo la ley se encuentra, la madre del hijo será la madre subrogada, por ello, debe actualizarse el supuesto jurídico mediante una disposición que indique quien es el responsable de las deudas para con el nasciturus nacido dentro o fuera del matrimonio. También es importante determinar los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges respecto de sus hijos, de los progenitores y de los sujetos que intervengan en el proceso de un nacimiento por vías no naturales.

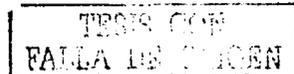
En relación al Derecho del Nascituros, considero que se deberían regular los Derechos y Obligaciones de las partes que intervienen en el Contrato de la Figura de la Madre Subrogada, con el fin de proteger los derechos del niño (a).

### 3.5.4. Acción de Impugnación de la Maternidad

El Código Civil para el Distrito Federal contempla las acciones de impugnación o de imputación del origen de la paternidad, seguramente porque el legislador no consideró que el caso de la maternidad pudiera presentarse. Precisamente por ello, no le atribuyó ninguna acción.

Si partimos que la filiación se da por concepción y no por el nacimiento<sup>41</sup> podría impugnar contra la madre putativa ( o subrogada ) que no es la progenitora o viceversa; que la progenitora desconociera a su hijo y se lo impute a la madre subrogada por que no **salió como**

<sup>41</sup> NOTO LA MADRE, Miguel Angel op cit p.346



ella lo hubiera querido, aunque en la mayoría de las ocasiones se apoya más el derecho de reclamar la filiación que la impugnación de los vínculos paterno-materno filiales.

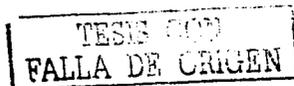
Esta acción de impugnación de la maternidad, no sólo podría ser ejercida por la madre (s) que se pelean la maternidad, sino incluso por el esposo de una u otra o por el mismo hijo, cuando llegue a la mayoría de edad.

Además aunque se establezcan restricciones para impugnar la maternidad:

*"la esencia biológica comienza a imponerse sobre los vínculos putativos derivados de prohibiciones, limitaciones, y presunciones inatacables, y ya comienza a escucharse el criterio de que los hijos tienen el derecho y hasta la tendencia natural a conocer su verdadero origen, aunque esto implique poner al descubierto algunas de las miserias propias de los hombres, como la legitimidad, el adulterio de la madre, la relación incestuosa o impuesta y hasta la esterilidad o infertilidad de uno de los padres, para hacer referencia a nuestro tema."<sup>42</sup>*

Resultaría injusto que una mujer que aporte el óvulo ya fecundado por el semen de su marido, colocado en el útero de una mujer cuyo único interés era económico, y no de procreación, no pudiera después reclamar su maternidad genética, puesto que ella, si tenía vocación parental, provocado por la decisión de la madre subrogada, nacida por un interés posterior, sobre el hijo, frustrando las expectativas maternas y de trascendencia existencial de la pareja estéril y sus derechos y obligaciones, basados en la aportación genética.

<sup>42</sup> Ibidem p. 349



En el futuro el Derecho tiene tres opciones para actuar frente a la maternidad subrogada: intervenir, permitirla e ignorarla.

**Intervenir** consiste en una doble acción del legislador. Primero en el plano de la política criminal, penalizando a los protagonistas de un contrato de la maternidad subrogada, imponiéndoles una sanción penal. ¿Que es lo que se va a castigar?. Se castigará tanto a la madre como a la pareja contratante, por actuar en contra de los intereses del niño ( concebido o por nacer ) que es completamente inocente y extraño a este acto.

Por el contrario, el legislador puede **permitirla**, bajo ciertas circunstancias haciendo licita esta operación. Puede someter los proyectos de maternidad subrogada a deliberación por parte de autoridades administrativas o judiciales competentes. Pues bien, el Estado debe imponer condiciones severas a la realización de un proyecto y los riesgos de fraude y del aumento de clandestinidad; o bien realizar esa política legislativa que prevenga los riesgos y castigue la violación a las disposiciones estipuladas para esta figura.

Finalmente, el legislador puede **ignorar** el fenómeno y se estaría ante un grave problema, ya que se permitiría que cualquier mujer se convertiría en una fábrica de niños, para venderlos, esto acabaría en una gran comercialización, otro problema sería que la madre subrogada o su esposo o compañero, extorsionarían a los contratantes para revelarle su origen al hijo gestado. Por lo que es prudente y urgente atender al desarrollo del problema para acabar con problemas jurídicos derivados de esta técnica de Fecundación Asistida.

Por lo anteriormente citado comprendemos que:

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

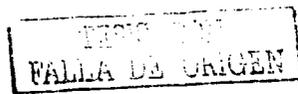
Si un contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones y en este caso el acuerdo de las partes tiene la intención de que se produzcan esas obligaciones y derechos podríamos decir que se trata de un contrato innominado.

Este contrato de la figura de la madre subrogada consiste en un hacer, ya que se tratará de una obligación de dar, tendríamos que hablar ahora del objeto de la obligación, el cual puede ser producto de la fecundación implantado o concebido en la matriz de la madre subrogada, pero de ninguna manera será considerado una cosa, pues desde el momento en que es concebido, éste se encuentra bajo la protección de la ley.

Además de la limitaciones existentes, entre los que se encuentra la no validez a un pacto o convenio que tenga por objeto el *menoscabo de la libertad de la persona*, sería libre de argumentar que fue muy libre para contratar con su matriz. Pero si se obra en contra de leyes permisivas o supletorios no es un hecho ilícito, pero si se hace en contra de las prohibitivas si se considerará como un acto ilícito, prohibición que no es presumible sino expresa, en el caso de que se celebre un contrato contrario a las leyes perceptivas o imperativas ( que ordenan o prohíben algo ), las cuales interesen más directamente a la sociedad que a los particulares, este será considerado como ilícito.

El principio de nulidad de los actos inmorales y contrarios al orden público se presenta como una norma subsidiaria a las prohibiciones legales, en cuanto interviene en todas aquellas lagunas dejadas por la ley para mayor protección del ordenamiento jurídico. En efecto, el legislador podrá prever, instruido por la experiencia con una prohibición.

Además de la reparación causada por el incumplimiento del contrato, podría exigir la responsabilidad por daño moral, ya que hemos observado el aspecto patrimonial no siempre implica prestaciones de carácter económico. Por lo que en la responsabilidad patrimonial existe



la responsabilidad por daño en el patrimonio moral, el cual es una afectación que hiera a un individuo. Reparar un daño es también, para la víctima, la responsabilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido y se trata de encontrar un equivalente de colocar el patrimonio moral, un elemento activo igual al que ha sido destruido.

Los adelantos de la ciencia puedan conducir a situaciones donde el ideal moral, o base de las buenas costumbres se cuestionen, es necesidad apremiante que el Derecho determine lo que esas impresiones hagan que una situación se torne confusa.

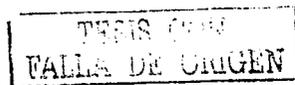
En nuestro Derecho el problema que nos atañe se encuentra contemplado en los siguientes ordenamientos:

1.- Ley General de Salud

2.- Reglamento de la Ley de Salud

Estos ordenamientos dan bases generales para que una fertilización asistida se aplique a problemas de esterilidad e infertilidad, lo que cabría preguntarse es, si desde el punto de vista moral, cultural y social de las parejas pueden solicitar abiertamente la participación de una Madre Subrogada, para satisfacer la necesidad de una Paternidad y Maternidad, claro esta, respetando el derecho de un niño para nacer y convivir con sus padres, sean o no los biológicos.

Considero entonces, la urgencia de Legislar los Derechos y Obligaciones que tienen las partes dentro del Contrato de la Figura de la Madre Subrogada, ya que la Paternidad y



Maternidad biológica no necesariamente determina la seguridad de proteger los derechos del niño.

TESIS CON  
DE ORIGEN

## **CAPITULO 4. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE TIENEN LAS PARTES EN EL CONTRATO DE LA FIGURA DE LA MADRE SUBROGADA.**

### **4.1. Conceptos**

#### **4.1.1. Derecho**

La etimología de la palabra Derecho proviene del latín *directum* que, significa lo que está conforme a la regla, la norma y la ley; derecho es lo que no se desvía a un lado ni a otro, lo que es recto, lo que se dirige sin oscilaciones hacia su propio fin.

Para García Máynez<sup>43</sup> el Derecho es definido como el conjunto de normas bilaterales, heterónomas, generalmente externas y coercibles que regulan la conducta social humana.

El Derecho se define como el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del ser humano dentro y fuera de la sociedad. Consideramos entonces que el Derecho mismo nos conducirá sin desviarse a un fin determinado.

Ahora bien, consideramos que si el Derecho nos conduce a un fin, es importante reconocer que el Reglamentar los Derechos y obligaciones que tienen las partes dentro del Contrato de la

<sup>43</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 50ª Edición, Editorial Porrúa, México 2000. págs. 15-24.

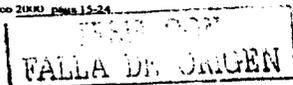


Figura de la Madre Subrogada nos evitaria problemas legales, en los que se vieran afectados no solo las partes, sino también el niño (a) producto del uso de las diversas Técnicas de reproducción Humana.

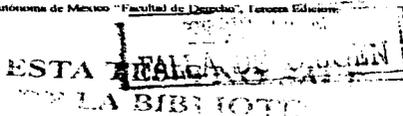
El principio fundamental del Derecho es la justicia y la equidad; por lo que respecta al análisis jurídico de los Derechos y obligaciones que deben tener las partes dentro del contrato de la figura de la Madre Subrogada, considero que debía de regularse dicho contrato y a la vez los derechos y obligaciones que de éste se desprende, ya que nuestra legislación y la de países como la Unión Europea y Estados Unidos de Norte América aún no han regulado como tal, que las personas que intervienen tengan derecho sobre el producto y a la paternidad misma. Estas legislaciones consideran, que sólo a la maternidad tiene derecho la madre gestante. Pero si bien es cierto, considero que no sólo "madre" es la biológica, sino también la que cria y protege.

#### 4.1.2. Obligación

Obligación en el Derecho Romano, comenta Sara Bialostosky<sup>44</sup>, se define como el vínculo jurídico en virtud del cual una persona, el acreedor tiene la facultad de exigir a otra, el deudor el ejercicio de determinada conducta positiva o negativa, que puede consistir en dar, hacer, no hacer o prestar.

En cuanto a la conducta si ésta no se realiza o bien se realiza de manera diferente a la estipulada, el acreedor entonces actuará en contra del deudor.

<sup>44</sup>BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano, Universidad Nacional Autónoma de México "Facultad de Derecho", Sexta Edición, México 1990 p 121



Determinaremos ahora que la Obligación, nos conducirá a respetar los acuerdos celebrados entre dos o más personas; aplicándolo al Contrato de la Figura de la Madre Subrogada consideramos la importancia de su Regulación, ya que le establecerá a la Madre subrogada entregar el producto del uso de las Técnicas de Reproducción Humana, a la pareja solicitante (s).

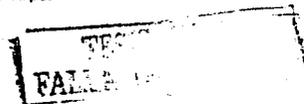
Para José Luis de la Peza,<sup>45</sup> Obligación es definida como el vínculo de derecho entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas, a la que llamamos deudor, se ve en la necesidad de realizar una prestación, estimable en dinero, a favor de la otra denominada acreedor.

Gaudemet Eugene<sup>46</sup>, define a la Obligación como un derecho personal; y considerándola desde el punto de vista pasivo "Un vínculo jurídico por el que una persona está sujeta respecto de otra, a una prestación, un hecho o una abstención".

En cuanto a la **Obligación**, ésta la conceptuamos como el vínculo jurídico que nace entre dos o más personas, las cuales se obligarán en dar, hacer, o no hacer o prestar. Dentro del análisis de los Derechos y Obligaciones de las partes que intervienen en el contrato de la Figura de la Madre subrogada, considero, que, si de todo contrato nace un derecho y una obligación, por ende en este contrato deberían aplicarse las obligaciones; ya que la legislación de la Unión Europea, no las contemplan como tales, no obstante opinan que el derecho lo va a tener siempre la madre gestante (biológica), la cual no será obligada a entregar el producto a los padres solicitantes, aunque por ello les cause un problema psicológico.

<sup>45</sup> DE LA PEZA, JOSÉ LUIS. *De las obligaciones*. Serie Jurídica Mexicana. México 1997. p.1

<sup>46</sup> GAUDEMET, Eugène. *Teoría General de las obligaciones*, Tercera Edición. Editorial Porrúa México 2000. p.25



### 4.1.3. Contrato

Para dar un concepto de **contrato**, es importante señalar que éste etimológicamente proviene del latín **contratus** derivado del verbo **contrahere** que significa reunir, lograr o concertar.

Ahora, ampliamente **contrato** es definido como un acto jurídico bilateral, el cual se va a constituir por el acuerdo de voluntades ( dos o más personas ) que producen consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho.<sup>47</sup>

El artículo 1972 y 1973 del Código Civil Vigente, establece que **Contrato** es el acuerdo de dos o más voluntades que crean y transmiten derechos y obligaciones.

En cuanto al contrato, dentro de la Figura de la Madre Subrogada es de importancia toda vez que constituiría el acuerdo de las voluntades, es decir, las Partes que intervienen (solicitante (s) las cuales producirán consecuencias jurídicas, debido al reconocimiento de una Ley que les trasmita a su vez los Derechos y Obligaciones.

Gaudemet Eugene, define al contrato como el convenio por virtud del cual uno o más personas se obligan ante otra u otras, a hacer o no hacer una cosa.

<sup>47</sup> DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones JURIDICAS, UNAM, 11ª Edición, Tomo I, Editorial Porrua Mexico, 1998, P 691



Considero, que el Contrato debe ser definido como el acuerdo de dos o más voluntades que se obligarán ante otras, a hacer o no hacer una cosa determinada por el derecho.

En cuanto al análisis de los Derechos y obligaciones que tienen las partes dentro del Contrato de la Figura de la Madre Subrogada, consideramos entonces que si de éste contrato nacen derechos y obligaciones, entonces la Madre Subrogada, una vez que se haya comprometido para con otras en llevar en su vientre el huevo, embrión, feto y producto deberá entregarlo a los padres solicitantes, ya que si bien es cierto, del contrato se desprenderán derechos y obligaciones para ambas partes.

En cuanto a los contratos y debido a la diversidad de Técnicas o Métodos de Reproducción Humana ( Procreación ) señalaremos algunos posibles y que a futuro sean de utilidad los **CONTRATOS** de ( Inseminación Artificial; Transferencia Intratubárica de Gametos; Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones ) :

#### 4.1.3.1. MODELOS DEL CONTRATO DE LA FIGURA DE LA MADRE SUBROGADA.

#### CONSENTIMIENTO PARA PRACTICAR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA (INSEMINACIÓN ARTIFICIAL; TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS; FECUNDACIÓN IN VITRO; TRANSFERENCIA DE EMBRIONES.)

Yo \_\_\_\_\_ y mi cónyuge \_\_\_\_\_, como pareja y participantes voluntarios, nos hemos comprometido con el médico \_\_\_\_\_ para llevar a cabo

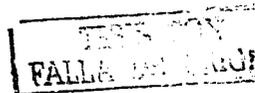
TESIS CON  
FALLA DE CONSENT

una o más, si fuere necesario, inseminación (es) artificial (es) con espermatozoides de un donante no identificado. El procedimiento de inseminación artificial nos ha sido explicado por el médico arriba citado e involucra la obtención de espermatozoides necesarios del donante, quien no será informado de nuestra identidad y nosotros nunca seremos informados acerca de la identidad del donante. Convenimos en confiar en el juicio y discreción del médico que pueda estar asociado con él, para seleccionar un donante cuyas características físicas y mentales sean compatibles con nuestras características. Queda convenido también que se podrá usar espermatozoides donados para efectos de su conservación que haya sido congelado durante períodos de semanas o meses.

Convenimos y aceptamos que el médico \_\_\_\_\_ o cualquier otro médico que pueda estar asociado con él no han dado garantía de ninguna clase acerca del buen estado del espermatozoides o sobre las características físicas o mentales de cualquier hijo (as) concebidos o nacidos, por lo que por este medio liberamos al médico \_\_\_\_\_ o cualquier médico asociado con él de cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de este procedimiento.

Queda convenido además que la concepción Yo \_\_\_\_\_ como solicitante concubinario, acepto el acto de cualquiera de las Técnicas de Reproducción Humana (Inseminación Artificial) como mío propio y convengo en:

- a) Que los hijos (as) concebidos o nacidos serán mis hijos (as) legítimos y herederos; y
- b) Que renuncio a cualquier derecho que yo pudiera tener para desconocer los hijos (as) así nacidos como mi legítimo heredero o herederos; y,



c) Que dichos hijos (as) concebidos o nacidos, serán considerados en todos aspectos como un hijo (as) de mi cuerpo.

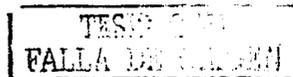
Convenimos además, conjunta y separadamente , en que estamos asumiendo la entera responsabilidad de cualquier hijos (as) concebidos o nacidos, liberando de cualquier responsabilidad o de pago alguno al donante o al médico \_\_\_\_\_ o a cualquier otro médico asociado con él. Aceptamos además, que si los hijos (as) pudieran buscar soporte o cualquier otro pago de donante, del doctor, o cualquier médico asociado con él, nosotros indemnizaremos al donante, al médico \_\_\_\_\_ o a cualquier médico asociado con él.

Queda convenido, además, que la naturaleza de este convenio es tal que deberá ser conservado confidencial; por tanto, convenimos en que una sola copia de este convenio debe ser retenida en el archivo del médico \_\_\_\_\_ o cualquier médico asociado con él, deben mostrarlo según sea necesario en relación con cualquier procedimiento legal en el cual fuera relevante.

#### INTERESADOS

\_\_\_\_\_  
(Nombre completo y dirección)

\_\_\_\_\_  
(Nombre completo y dirección)



**TESTIGOS**

\_\_\_\_\_  
(Nombre completo y dirección)

\_\_\_\_\_  
(Nombre completo y dirección)

México, D. F. a \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2002.

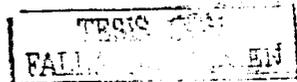
FALLA DE ORIGEN

**TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA**  
**FORMA PARA CONSENTIMIENTO DE RECEPTORES CASADOS**

Nosotros \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, siendo solicitante (s) al menos uno de los cuales es de 18 años de edad o mayor, autorizamos al Médico \_\_\_\_\_ y su (s) ayudante (s) designado (s) para llevar a cabo una o más inseminaciones artificiales en la esposa con el espermia obtenido de un donador (es) anónimo con el propósito de lograr un embarazo. El esposo entiende que, de acuerdo con la ley, si con el consentimiento de su concubinario, la concubina es inseminada artificialmente, el esposo es tratado en la ley como si el fuera el padre natural del hijo así concebido. El esposo y la esposa entienden que, por ley el doctor debe registrar este consentimiento ante \_\_\_\_\_, si de este procedimiento resulta un embarazo.

Convenimos en confiar en el juicio y discreción de los médicos de la división de \_\_\_\_\_ para seleccionar un donante (s) apropiado y nunca trataremos de identificar al donador (es), ni será informado el donador de la identidad de ningún, concubinario o cónyuge. Entendemos que no puede garantizarse que el mismo donante será utilizado para cada inseminación. También convenimos en que, de vez en cuando, se puede usar espermia de donador que ha sido congelado ( para fines de conservación ).

Entendemos que no hay garantía de que estas Técnicas de Reproducción Humana resulten en un embarazo. Entendemos también que entre la población humana normal, un cierto porcentaje ( aproximadamente 2% ) de niños han nacido con defectos físicos o mentales, y que la ocurrencia de tales defectos está fuera del control de los médicos. Por tanto, entendemos y



convenimos en que el médico no asume responsabilidad por las características físicas y mentales de cualquier niño (s) nacidos como resultado de la inseminación artificial. También entendemos que el procedimiento de inseminación artificial lleva consigo el riesgo de infección y que un embarazo lleva consigo el riesgo de complicaciones obstétricas y /o aborto espontáneo.

### INTERESADOS

---

CONCUBINARIO

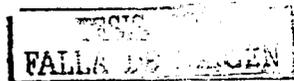
---

CONCUBINA

México, D. F. a \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2002.

FECHA DE CONSENTIMIENTO

Yo certifico por la presente que ( concubinario ) y ( concubina ), a quienes conozco como las personas aquí nombradas, comparecieron ante mí y firmaron el consentimiento anterior para inseminación artificial.



MÉDICO: \_\_\_\_\_

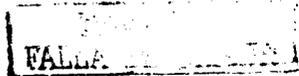
FECHA: \_\_\_\_\_

Yo por la presente certifico que la inseminación artificial practicada a la señora  
\_\_\_\_\_ con fecha \_\_\_\_\_ dio como resultado un embarazo.

MÉDICO: \_\_\_\_\_

FECHA: \_\_\_\_\_

## T E S T I G O S

\_\_\_\_\_  
( Nombre completo y dirección )\_\_\_\_\_  
( Nombre completo y dirección )

**FORMA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA LA REALIZACIÓN  
DE  
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA  
( INSEMINACIÓN ARTIFICIAL; TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE  
GAMETOS; FECUNDACIÓN IN VITRO; TRANSFERENCIA DE EMBRIONES )**

Nosotros, ( nombre completo del soltero, concubinario o adúltero ), \_\_\_\_\_ y (nombre de la soltera, concubina o adúltera ), con domicilio en \_\_\_\_\_, con el deseo de tener un hijo y habiendo sido informados de que es imposible para nosotros lograr un embarazo a través de relaciones sexuales normales entre nosotros, les solicitamos y autorizamos a inseminar artificialmente el óvulo u óvulos de ( nombre completo de la soltera, concubina o adúltera ) con semen obtenido de un donante seleccionado por ustedes y convenimos en que nunca trataremos de investigar la identidad del donante. Aceptamos que no existe garantía de éxito y de que no existen riesgos de anomalías genéticas más allá de las que pudieran haber en un embarazo logrado normalmente, así como hemos sido debidamente informados de las implicaciones sobre el estado legal del niño (s), por lo que Yo ( nombre completo del solicitante (s)) reconozco al niño o niños así concebidos y nacidos como hijos legítimos míos y, por tanto mis herederos y, desde ahora renuncio a cualquier derecho que pudiera tener para desconocer al hijo o hijos así nacidos.

En consecuencia, ambos (nombre completo del solicitante (s) y nombre completo de la solicitante (s)), convenimos conjunta y separadamente en asumir la total responsabilidad hacia el niño o niños así concebidos o nacidos por lo que nos obligamos a no demandar del donante del esperma ningún pago por alimentos o por cualquier otro concepto, liberándolo desde este momento de cualquier posible reclamación que pudiera surgir en su contra por este motivo.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

México, D. F., a \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2002.

### SOLICITANTES

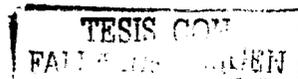
\_\_\_\_\_  
(Nombre completo y dirección)

\_\_\_\_\_  
(Nombre completo y dirección)

### TESTIGOS

\_\_\_\_\_  
(Nombre completo y dirección)

\_\_\_\_\_  
(Nombre completo y dirección)



#### **4.2. Derechos y Obligaciones de las Partes que intervienen en el Contrato de la Madre Subrogada.**

En cuanto a los derechos de las personas, sabemos que nuestra Carta Magna en el artículo 4º párrafos dos y tres cita, que los mexicanos tenemos la libertad del número y esparcimiento de nuestros hijos; y al derecho a tener protección de la salud; con esto, consideramos que aunque no hay una reforma que determine cuales serían los derechos de las parejas cuando que estas no importa cual sea su situación, pero que no han podido concebir un hijo propio, entonces sabemos que si bien es cierto, la misma Constitución nos otorga el derecho a tener familia no especificando los métodos o técnicas de reproducción humana (procreación) utilizado.

La Secretaria de Salud en materia de planificación familiar, señala la libertad de procreación de las personas, entre otros, el apoyo y fomento de la investigación en materia de infertilidad humana y biología de la reproducción humana. También sanciona con pena privativa de libertad a aquél o aquellas personas que con ó sin consentimiento de una mujer , se realice en ella inseminación artificial, produciéndose o no un embarazo como resultado de la misma.

Con lo anteriormente expuesto, ahora señalaremos los derechos y obligaciones que tienen las partes (parejas) que intervienen en un contrato denominado "Madre Subrogada", con la finalidad de que en un futuro se regulen en materia de salud y quede establecido en el Código Civil para el Distrito Federal:

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

#### **4.2.1. Derechos**

A) Toda persona soltera (o), cónyuges, concubenarios y adúlteros tendrán derecho a la paternidad.

B) Las instituciones públicas y privadas autorizadas a realizar cualquier tipo de Inseminación (es) serán las encargadas de determinar quien será la **Madre Subrogada**; y que cumpla ésta con los requisitos necesarios para procrear y llevar a un buen término un embarazo, así como el de **entregar al producto** una vez que haya nacido.

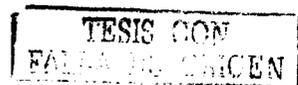
C) Las parejas (soltera (o), cónyuges, concubenarios y adúlteros), tendrán la libertad de solicitar la información y orientación de las diversas Técnicas de Reproducción Humana, existentes y permitidos en México.

D) De las parejas (soltero (a), cónyuges, concubenarios y adúlteros) que sean Estériles o Infértiles y descosos de una paternidad y maternidad tienen el derecho a ser inseminados.

E) Solicitar el servicio de donador (a) de óvulos y espermatozoides según sea el caso.

F) Contratar una madre subrogada en edad reproductiva y fértil.

G) Guardar su identidad ante la madre subrogada.



#### 4.2.2. Obligaciones

A) Obligaciones de las parejas (soltero (a), cónyuges, concubinarios, adúltero (a) ) dentro del contrato de la figura de la madre subrogada.

B) Cubrir los requisitos necesarios (solicitudes) para ser candidatos a Inseminaciones Artificiales en caso de que exista esterilidad o infertilidad, ya sea en la mujer o en hombre; o bien en ambos.

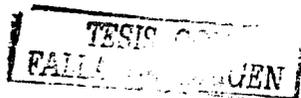
C) Pagar los servicios médicos antes, durante el embarazo y en el parto de la madre subrogada.

D) No cambiar de parecer, si, como resultado del uso de una de las Técnicas de Inseminación Artificial, se produzca un embarazo gemelar o se trate de un niño (a) con malformaciones físicas o mentales.

E) Renunciar a cualquier derecho que pudiera tener para desconocer a los niños (as) nacidos. Y serán considerados en todos los aspectos como hijos (as) de mi cuerpo.

F) Liberar de toda responsabilidad o de pago alguno al médico o donante de los niños(as) concebidos o nacidos con malformaciones físicas y mentales.

G) Aceptar que todo proceso de inseminación artificial lleva consigo el riesgo de infecciones y que en un embarazo pueden presentarse complicaciones obstétricas y / o aborto espontáneo.



H) Otorgar al Médico (s) el derecho a conservar el contrato firmado por las partes y la madre subrogada de manera confidencial.

#### **4.3. Derechos y Obligaciones de la Madre Subrogada dentro del Contrato.**

##### **4.3.1. Derechos**

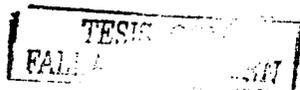
A) Recibir orientación e información de las ventajas y desventajas de ser inseminada;

B) Guardar su identidad o bien estar en el anonimato;

C) Recibir atención médica de control antes, durante el embarazo y en el parto;

D) Contar con el apoyo económico de parte de las parejas que intervienen en el contrato, para llevar una alimentación sana y nutritiva;

F) No responsabilizará a la madre subrogada, médico (s) y donantes de las malformaciones físicas y mentales de los niños (as) resultado de la inseminación (es) artificiales.



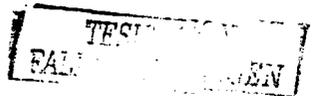
#### 4.3.2. Obligaciones

A) Entregar al niños (as), producto del embarazo y del uso de las Técnicas de Inseminación Artificial.

B) Cumplir con los siguientes requisitos:

- Contar con la edad reproductiva (20-30 años)
- Contar con buena salud física y mental
- No padecer enfermedades de transmisión sexual y psicológicas
- Seguir indicaciones médicas de control prenatal, durante el 1º y 2º trimestre de gestación, a partir de la semana 36 acudir una vez por semana a consulta y en la semana 40 finalmente será preparada para el parto.
- Durante el embarazo no ingerirá sustancias tóxicas (drogas), alcohol y tabaquismo.
- Llevar una dieta balanceada.
- Mantener una higiene personal (dental, sexual y baño diario) durante el embarazo.

C) Renunciar a cualquier derecho que yo pudiera tener para conservar los niños (as) nacidos de mi cuerpo.



D) Liberar de toda responsabilidad o de pago alguno al médico (s) o donantes de los niños (as) concebidos o nacidos producto de la inseminación artificial.

E) Aceptar que todo proceso de inseminación artificial lleva consigo el riesgo de alguna infección y que en un embarazo pueden presentarse complicaciones obstétricas y / o aborto espontáneo.

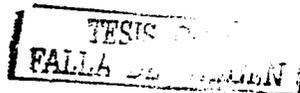
F) Otorgar al médico (s) el derecho de conservar el contrato firmado por las partes y por ella misma de manera confidencial.

#### **4.4. El Contrato y sus Elementos**

##### **4.4.1. Existencia**

Si se toma como un contrato la figura de la madre subrogada debemos atender a las disposiciones establecidas, en el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, todo contrato debe contener dos elementos de existencia:

1. Consentimiento; y el
2. Objeto que pueda ser materia de contrato.



## **I. Consentimiento**

El contrato: es el acuerdo de dos o más voluntades, para crear o transmitir derechos y obligaciones, y uno de sus elementos esenciales es el consentimiento, el cual se forma con el acuerdo entre **dos voluntades**.

En el contrato de la madre subrogada debemos distinguir el consentimiento de la pareja que contrata y de la madre subrogada. En el caso de que la madre subrogada sea soltera, esta consiente en : ser inseminada artificialmente, o bien que se le trasplante un embrión fecundado con anterioridad, y en someterse a llevar a término el embarazo con todos los cuidados que éste implique y entregar el niño a la pareja contratante.

En el caso de la madre subrogada sea casada, el consentimiento comprende la voluntad del marido en que su esposa sea inseminada o que se le trasplante un embrión y además acepta no ser padre del niño con lo que se da inicio a una acción de contradicción de la paternidad.

En ambos casos, el cónyuge de la pareja solicitante consiente en : someterse a un proceso de inseminación artificial o permitir que el embrión producto de la unión de sus gametos y los de su esposa, sea transferido a la madre subrogada.

Dependiendo que el contrato sea oneroso o gratuito, la pareja contratante acuerdan a la madre subrogada, en el primer caso, una remuneración por el servicio prestado más los gastos en que incurra con motivo del embarazo, y en el segundo solo los gastos en que incurra con motivo del embarazo.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

La esposa de la pareja contratante puede proporcionar su óvulo o permitir que un óvulo de una donante sea fecundado por el esperma de su esposo; y además en recibir al niño como si fuera su propio hijo y en el caso de que no haya proporcionado su óvulo ( ya sea porque haya sido donado o porque se trate del óvulo de la madre subrogada ) consiente en adoptar al niño.

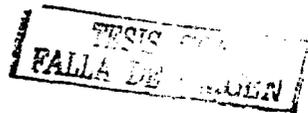
Por la importancia de este contrato, el consentimiento debe ser expreso y por escrito de manera que no haya dudas sobre las obligaciones del mismo.

## 2. Objeto

Contractualmente el objeto ( objeto cosa ), debe estar en el comercio, pero los contratos dentro del derecho de familia, no comparten las características de los contratos cuyo contenido de la obligación es predominantemente económico.

Resulta obvio que el objeto de este contrato está fuera del comercio, pero sobre todo hay razones de peso para considerarlo un contrato con objeto ilícito, atendiendo tanto al objeto que se implanta ( embrión ) su actividad ( el coito ) o sus negligencias de omisión, transforman el elemento recibido, es decir, el objeto de arrendamiento es resultado del proceso, esto es, el hombre, la persona.

En el supuesto de alquiler del útero como parte del ser humano, como en el de un arrendamiento de obra cuyo resultado es el hombre, debe incidir en la prohibición absoluta de que la persona o sus componentes sean objeto de relaciones jurídicas.



## El Contrato de la Maternidad Subrogada

El objeto del contrato se divide en:

- ❖ Objeto Directo: Crear y transmitir derechos y obligaciones.
- ❖ Objeto Indirecto: Dar, hacer o no hacer.

Del objeto directo nacen las obligaciones a cargo de las partes y estas tienen a su vez su objeto directo e indirecto, siendo el primero, el dar, hacer o no hacer y el segundo la cosa que hay que dar y el hecho que hay que realizar (abstención) según el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien, las obligaciones de este contrato consisten en hechos<sup>48</sup> los cuales deben de satisfacer los requisitos de los artículos 1827 y 1828 del Código Civil para el Distrito Federal que establecen:

*"Artículo 1827: El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser.-*

1.- Posible;

<sup>48</sup> Dentro de las obligaciones de hacer existen la clasificación de las obligaciones de hacer de modo o de actividad y las obligaciones de resultado. En las primeras se le exige responsabilidad por negligencia al deudor del hecho, que el acreedor debe probar, en el caso de las madres subrogadas esta obligación de modo de actividad consiste en no cometer actos negligentes que pongan en peligro el buen desarrollo del embarazo (cfr. hábito alcohol, drogas, fumar, etc.)

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

II.-Lícito."

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

Ahora bien en el artículo 1829 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

*" No se considerará imposible el hecho de que no pueda ejecutarse por el obligado, pero si por otra persona en lugar de él ".*

El que la madre subrogada preste sus servicios es físicamente posible, pero habría que analizar si la calificación de imposible que establece el artículo 1828, se refiere a lo que las leyes de la naturaleza permiten que se lleve a cabo sin la intervención de los adelantos de la ciencia y tecnología, o bien contempla que, aunque imposibles en un tiempo en la actualidad pueden realizarse. El legislador, en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, no contempló esta problemática, por lo que nosotros nos inclinamos a suponer que sólo en los casos donde se busca la preservación de la vida (adelantos médicos ) y no ocasione, problemas jurídicos y psicológicos graves, es decir, de difícil resolución, los hechos que antes era imposibles ( impedir la muerte por neumonía ) se considere como física y jurídicamente posibles

Partiendo de la base que el hecho es física y jurídicamente posible en el contrato de la madre subrogada, la obligación de ésta es someterse a la inseminación o trasplante de embrión,

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

llevar a término el embarazo (obligación de hacer y de dar). Al tratar el objeto de los hechos de los contratos, sabemos que el hecho ( positivo o negativo ) debe ser:

1.- Posible; y

2.- Lícito. El alquiler de útero si es posible, toda vez que la legislación de Inglaterra lo ha venido realizando.<sup>49</sup>

“Si se trata de un alquiler de todo el organismo (útero y óvulo), no es un contrato mixto de prestación de servicio y de cosa sino un acuerdo sobre el producto de la actividad contratada, es decir, el hijo de la madre subrogada, sustitución plena o más bien, la porción que le corresponde.”<sup>50</sup>

El contrato de maternidad subrogada se evalúa como nula, porque aunque no hay precio, va en contra de la dignidad humana; y sobre materia que no es disponible no se pueden celebrar contratos.

El artículo 1825 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que:

<sup>49</sup> Es posible, toda vez que el Periodico *Evening Standard* el día 3 de julio de 1965, publica la siguiente noticia que dice: “*DERIVE SU ÚTERO PARA GESTAR NIÑOS DE SU ILIA*” En Inglaterra se supo que una joven de Londres, estará por razones financieras utilizando el útero de su propia madre para gestar sus óvulos fecundados por su marido y así tendrá “hijos-hermanos”, es el primer caso de este tipo que tiene lugar en Gran Bretaña. Suzanne James, de 29 años, casada desde hace un año, nunca podrá tener hijos a raíz grave de malformación del útero. De común acuerdo con su madre determinan que esta lleve adelante su embarazo con los óvulos de la joven embarazada artificialmente. “Lo hago por Suzanne, cuando se tusen hijos se hace cualquier cosa para ayudarlos”, comenta la Sra. Edith James, en matrimonios desde 1980 “Me quedo muy mal cuando supo que mi hija no podría ser MADRE. Me sentí culpable y decidí ofrecerme para ayudarla” agregó la Sra. Edith que vive en el condado de Durham en Inglaterra.

<sup>50</sup> Comenta Noto la Madrid, que en el caso de la subrogación o sustitución plena como la ha denominado, el contratante que aporta el elemento masculino podría reclamar su paternidad sobre el producto, situación en la cual podría llamarse “venta de hijo futuro” y aplicarse todo lo relativo al objeto cosa de sus obligaciones (el niño así sea una USIA), por lo que hace un contrato afectado de nulidad absoluta. En *Biogenética, Fecundación y Delito*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, pp 331 y ss.

1

TESIS CON

*" 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 ".*

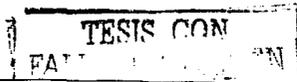
Si se tratara de un arrendamiento de matriz, el objeto cosa del contrato sería matriz de la madre substituta, objeto que se encuentra fuera del comercio.

El objeto indirecto de la obligación de la madre substituta, es la cosa que hay que dar y, en este caso sería el niño.

El objeto directo de la obligación de la pareja contratante se resume en los siguientes supuestos ( de dar y de hacer ):

- en el caso de que la madre subrogada, proporcione su óvulo, el cónyuge contratante proporcionaría el semen.
- en el caso de que la madre subrogada sólo porte su organismo (matriz), se le proporcionara el embrión.
- los contratantes proporcionarían a la madre subrogada los gastos del embarazo, y en caso de que sea oneroso la remuneración pactada; y
- cuando el embrión sea producto de donación de gametos, los contratantes adoptarían al niño.

El objeto indirecto de la obligación de la pareja contratante consiste en entregar el dinero pactado y tramitar la adopción del niño en el cuarto supuesto del punto anterior .



Aquí cabe decir que no se trata propiamente de una adopción, pues esta presupone a un niño ya nacido que por diferentes circunstancias ha quedado huérfano, y en este caso no hay un niño ya nacido.

De lo anterior, se desprende que el contrato de maternidad subrogada, aplicando principios generales no puede tener por objeto un dar, pues no se trata de un bien sino de un ser humano, y al carecer de objeto ( tratándose de obligaciones de dar ) sería inexistente ya que carece de uno de los elementos esenciales de los contratos.

Además no cabría celebrar este acto jurídico con base en el principio de la autonomía de la voluntad de las Partes, ya que concierne al Derecho de Familia y para algunos autores,<sup>51</sup> el Derecho de Familia es norma de ius cogens.<sup>52</sup>

La autonomía de la voluntad se ha definido como la forma en que la libertad se traduce en Derecho. Esta voluntad puede ser ¿creadora o actualizadora de normas jurídicas?. El limite que el juzgador ordena estableciendo normas imperativas es, cuando debe levantar limites a la voluntad de las partes para que su acuerdo no afecte el Orden Público.

Pero independientemente de que se considere a la autonomía de la voluntad como una voluntad creadora o actualizadora de normas jurídicas, resulta evidente que este contrato sale de dichos limites por entrar en juego intereses del hombre que importan al Estado y que por lo mismo podrían considerarse de orden público.

<sup>51</sup> HERNANDEZ BIANEZ, C. La Adopción de la Maternidad en la Gestación Contratada. "Comunicación presentada al Segundo Congreso Mundial Vasco sobre Filiasión" Vizcaya, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987

<sup>52</sup> La Convención de Viena referente al Derecho de los Tratados en su artículo 53, suscripta a las Normas Ius Cogens como "Norma imperativa de Derecho Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter". De aquí que el Derecho Comparado se ha pronunciado por que no se permite en principio. Pero es importante resaltar que o no puede ser tan inflexible ante una situación de infertilidad y de sus derechos y obligaciones que de esta se derivan.

En el campo de la autonomía de la voluntad, se han distinguido dos corrientes:

- 1.- Que intentan dar fundamento a una absoluta libertad para crear negocios jurídicos;
- 2.- Establece que no deben sino actualizarse a lo ya preceptuado por el Derecho Objetivo.

En primer lugar, la concepción individualista del Derecho establece que el hombre es por naturaleza libre, independiente y aislado, titular de derechos inalienables e imprescriptibles, de derechos llamados naturales, indivisiblemente unidos a su cualidad de hombre. Las sociedades se han formado por la aproximación voluntaria y consciente de los individuos, que se han reunido con el fin de asegurar la protección de sus Derechos individuales naturales, y sin duda, por efecto de esta asociación, se han impuesto restricciones a cada uno, pero sólo en la medida que esto es necesario para asegurar el libre ejercicio de los derechos de todos.

El Estado, no tiene otro fin que proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno. El Derecho Objetivo tiene por fundamento el derecho subjetivo del individuo, impone al Estado la obligación de proteger y de garantizar los derechos del individuo.

Estableciendo que "las leyes civiles que interesan al orden público y a las buenas costumbres, como todas las relativas a la organización de la Familia, a la competencia, a la capacidad son leyes que no pueden derogar las partes con sus convenios, determinan también la función y deberes del juez, quien debe declarar nulos y sin ningún valor los acuerdos que violen estas leyes".<sup>53</sup>

<sup>53</sup> PIETROKIN, Vittorio. El error en la Doctrina del negocio jurídico. Revista de Derecho privado, Madrid, España, 1971.

De aquí que queden sustraídas del campo de la autonomía, los sectores del Derecho que se refieren a la subsistencia de las relaciones sociales como es el Derecho de Familia, ya que su función es regular la manifestación esencial de sociabilidad que es la familia y el Estado y la Capacidad de las personas.

La razón de peso para considerar este contrato es inexistente por falta del objeto, por lo que el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres; además de que ataca las relaciones paterno filiales al acordar la procreación de un hijo para que cuando nazca, otra lo adopte.

En resumen, este contrato no se puede celebrar porque:<sup>54</sup>

1.-La materia objeto (objeto -cosa) del contrato no es disponible y está fuera de la voluntad de las partes negociar con ella;

2.- El objeto ( objeto-hecho ; si se tratara de una obligación de hacer ) es ilícito por<sup>55</sup> ser contrario a los principios de orden público.

Es un servicio que contraviene las leyes, la moral y las buenas costumbres ( y por la naturaleza de alquiler humano se asemejaría a la profesión más antigua del mundo ).

<sup>54</sup> MIR Y TERAN, Salvador. El régimen jurídico de la llamada reproducción asistida, Pamplona, España, 1969, tomo Doctoral, Pp 554 y sig.

<sup>55</sup> El Comité Nacional de Ética Francésa, opinó en diciembre de 1984 que el recurso a esta práctica, en el Estado de Lituania sienta ya que realiza la creación de un hijo y tal contrato y obligación es nulo por su objeto y es contrario en fraude a la ley relativa a la adopción. «Porque» Porque sin juzgar se presume siempre en interés del hijo pues en la adopción aparece la oportunidad de adopción después de una investigación, por lo que no debería el derecho acceder a la demanda de adopción de una mujer desearia educar un hijo concebido y devado por otra mujer. Sin embargo, se han establecido algunos argumentos a favor en casos muy especiales. 1) Cuando ya ha habido una fertilización in vitro y no puede desarrollarse el embarazo. 2) Cuando es alquiler gratuito y altruista. 3) Podría ser lícito siempre que se limitara el número de veces que una mujer fuera subsecuente.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

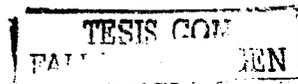
#### 4.4.2. Validez

Siguiendo con los elementos de los contratos, los elementos de validez son, según se desprende del artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal:

1. Capacidad de las partes;
2. Ausencia de Vicios en la Voluntad;
3. Licitud en el Objeto, Motivo o Fin; y
4. Forma.

##### 1. Capacidad de las Partes

A menos que uno de los contratantes fuera incapaz (Cfr. Artículo 750 del Código Civil para el Distrito Federal), este contrato si cumple con el primer requisito de validez.



## 2. Ausencia de Vicios en la Voluntad

Como lo establecen los Artículos 17 y 1812 a 1823 del citado Código, los vicios de la voluntad son :

Error

Violencia

Dolo

Lesión

El error es la falsa apreciación de la realidad o la no concordancia con lo que se hace y lo que se cree que está haciendo, pero, dentro del contrato de la madre subrogada este tipo de acto jurídico, el error es evidente toda vez que las partes y la madre subrogada no cumplan con las obligaciones y derechos nacidos del contrato. Por lo que sería difícil que alguna de las partes, no se diera cuenta de lo que se están obligando a realizar.

La violencia, es el empleo de la fuerza física o amenazas que importan el peligro de perder la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales dentro del segundo grado (Art.1819 del Código Civil para el Distrito Federal).

En el presente análisis el contrato se invalidaría por la violencia, pero por lo mismo podría confirmarse. Podríamos poner el caso extremo de una vis compulsiva donde una mujer pudiera

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

no agrardarle a su marido si no tiene hijos, y contrate una madre subrogada para ello, caso en el cual, no basta para viciar el consentimiento (Art.1820 del Código Civil para el distrito Federal).

El dolo es un medio para inducir al error. Este se constituye, por artificios engañosos o maquinaciones fraudulentas por medio de las cuales una persona es inducida por otra a otorgar un acto jurídico que se de, de otro modo no habría consentido o lo habría celebrado de otra manera, bajo diferente estipulación (Art.1815 del Código Civil para el Distrito Federal).

El dolo puede se positivo o negativo, en el primer caso consiste en sugerencias o artificios que ejecuta una de las partes para inducir o mantener en el error de uno de los contratantes constituye la mala fe.

La lesión, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 17, da derecho a exigir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de la obligación más el pago de daños y perjuicios cuando alguien explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia y extrema miseria de otro, obteniendo un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obligó.

### 3. Forma

Por la importancia que este contrato implicaría si se llegara a permitir, debería de hacerse en forma escrita, y en nuestra opinión en escritura pública, con el fin de que el fedatario explique claramente las consecuencias legales que originaría el mismo. Para el Maestro Chávez Ascencio,<sup>56</sup> la forma debe de ser escrita y agrega que se deben imprimir las huellas digitales por la misma razón anterior.

<sup>56</sup> CHAVEZ ASCENCIO, Manuel op cit, p 42-44

#### 4.4.3. Nulidad

Se ha dicho,<sup>37</sup> que este contrato es nulo absoluto, pero cabe la duda sobre dicha nulidad, debe ser clara judicialmente u opera por simple ministerio de la ley

Para nuestro Código Civil, dicha nulidad no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los que serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad. De ella puede valerse todo interesado y no desaparece por la confirmación ni prescripción (Artículo 2726 del Código Civil para el Distrito Federal).

Sin embargo, la legislación argentina ha reglamentado lo siguiente: "*La nulidad de un acto se manifiesta, cuando la ley expresamente lo ha declarado nulo, o le ha impuesto la pena de nulidad...*" se reputan nulos *aunque su nulidad no hayan sido juzgados* ( Artículo 1038 Código Civil Argentino ).

Y cuando debe ser declarada por el Juez: "*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto sabiendo o debiendo ser, el vicio que lo invalidaba. Puede pedirse declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.*" ( Artículo 1047 Código Civil Argentino ).

La forma más difundida en América Latina sobre la nulidad absoluta es la siguiente:

- A. Es declarada por el Juez aunque no lo pidan las partes, siempre que resulte manifiesta, pero no opera por disposición de la Ley; y

<sup>37</sup> SOTO LA MAJRID, Miguel. Lo que hace un contrato afectado de nulidad absoluta, pero no es nulo, op. cit. p. 220

- B. La determinación oficiosa de la nulidad absoluta está encomendada a la judicatura por los artículos 1683 del Código Civil Chileno; 1726 del Código Civil Ecuatorino, y 1742 del Código Civil Colombiano; entre otros.

*"El arrendamiento del organismo (útero o matriz)... y más todavía la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre constituyen contratos, manifestantes ilícitos, y por lo tanto afectados de nulidad absoluta, por lo que si se pidiera judicialmente su cumplimiento a través de la ejecución forzada, la autoridad judicial... rechazará dicha solicitud argumentando, la ineficacia absoluta de otros acuerdos. Esto, si en el país donde la cuestión se plantee, no existe ninguna disposición legal que autorice este tipo de negocios."*<sup>58</sup>

Este podría ser el criterio que los jueces deberían seguir cuando se presente un caso en nuestro sistema jurídico, pero existen argumentos para considerar ya sea, a la madre genética como madre legal o la madre biológica o gestante como madre legal.<sup>59</sup>

La solución más simple parece ser la que surge del Código Civil de Argentina y del de México, es decir que **"La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado"**.

Pero es tan manifestante la inmoralidad, que al ser ambas partes responsables de afectar la legalidad del grupo social, la solución **no debe buscar** la protección de los contratantes de mala fe.

<sup>58</sup> SOTO LA MADRID, Miguel. El arrendamiento, filiaci6n y d6lito, op cit p 330

<sup>59</sup> Vid. Supra. Cap II de Derecho Comparado

De aquí, se desprenden dos disposiciones:

- 1) La que sostiene la restitución simple de lo que se hubiere entregado por causa del contrato nulo para evitar un enriquecimiento sin causa, y
- 2) La que sanciona a ambos, haciéndolos perder lo que hubiesen hecho o aportado, caso en el cual, la madre subrogada que incumpliera unilateralmente resultaría la más beneficiada

Se ha sugerido, que en lugar de que se trate de un delito sería más justo que el Estado repitiera contra los contratantes de mala fe que hubieran recibido un beneficio de un acto ilícito y dedicar su importe a los niños desamparados.<sup>60</sup>

Cualquiera que sea la solución debe prevalecer que el incumplimiento de un contrato ilícito de este tipo no exigible, y las partes no pueden recuperar lo que hubiesen dado o entregado al contratante.

#### 4.4.4. Incumplimiento

Pero también podría suceder, que en una de las partes quiera rescindir el contrato, si fuera la madre subrogada, y decidiera rescindir el contrato devolviendo lo que hubiese recibido e interrumpir por su parte el embarazo, podría dar lugar a diversas situaciones.

<sup>60</sup> SOTO LA MADRE, Manuel *Biogenética, filiocony delito*, op. cit. p.338

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

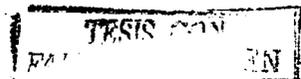
1. Al interrumpir el embarazo, se está abortando, el aborto es parte de un incumplimiento y además es un delito tipificado en nuestro Código Penal, por lo que se harían nuevas reformas al supuesto y en cuanto a la madre subrogada se entiende entonces que el incumplimiento y el delito lo estaría cometiendo.

2. Si interrumpe el embarazo, tratándose de un embrión implantado, producto de los padres genéticos, sería entonces un aborto. Por ello, tampoco debería contemplarse la posibilidad de rescindir el contrato de esa manera; el único problema que traería es la rescisión, es decir abortar a un niño o permitir que muera en el caso de que se haya concebido In Vitro y la madre subrogada se niegue a que le sea implantado.

#### **4.5. “Comentarios del Análisis de los Derechos y obligaciones que tienen las partes en el Contrato de la figura de la Madre Subrogada”**

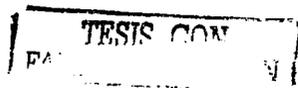
En cuanto al contrato de la Figura de la Madre Subrogada, ahora sabemos, que tan importante es éste, sus Derechos y Obligaciones se reglamenten. Bien, tomemos en cuenta que la ley protege más a la Madre Subrogada (biológica) que a las partes que intervienen, ya que considera que la madre gestante es la única que tiene derechos; pero entonces hay que considerar que las partes deberían tener derechos y obligaciones, toda vez que la paternidad está reglamentada en la Constitución y en la cual otorga esta garantía para todos los mexicanos.

El contrato como acuerdo de voluntades, deberá ser valido siempre y cuando intervengan la Madre Subrogada y los cónyuges, soltero (a) y adúltero (a); aquí consideraremos que el producto (ser humano vivo) , fruto del uso de una de las técnicas de inseminación artificial no estará dentro del comercio ya que no es un objeto o cosa, pero bien puede equipararse este



contrato con el fin de resolver la problemática por la que pasan todas aquellas personas deseadas de una paternidad, habría que ser muy específicos en este ámbito jurídico. Para ser un contrato, es importante señalar que debe existir capacidad jurídica de parte de la Madre Subrogada y de los solicitantes ya que se podría incurrir en un delito civil o penal. La forma del contrato debe ser siempre escrita y de manera pública, es decir ante un representante jurídico que de fe y legalidad de lo que en el contrato quede estipulado; Y sólo el juez podrá impedir que se produzcan efectos en el contrato, apoyándose en la Ley e intervendrá en el cumplimiento del mismo; según sea la situación la madre subrogada estará en su derecho de no ser inseminada, pero el de interrumpir el embarazo no debe ser, sólo que se trate de una situación de salud que la ponga en peligro de muerte.

Un aspecto importante, es que se le debe dar la oportunidad a toda aquella persona que solicite y esté deseosa de una paternidad, claro esta que siempre y cuando no afecte también los derechos del niño (a), resultado del uso de una de las técnicas de inseminación artificial.



## CONCLUSIONES

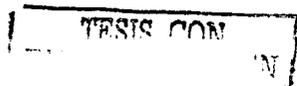
1.- Los avances de la ciencia médica han rebasado a la ciencia jurídica en materia de la reproducción humana. Debido a esto, se hace necesaria su regulación en la medida en que beneficien al ser humano y no le provoquen situaciones difíciles de superar.

2.- Es importante legislar los derechos obligaciones que tienen las partes en el contrato de la madre subrogada, para no ser considerado negocio jurídico.

3.- Las normas prohibitivas de orden público relativas al Derecho privado, protegen al Estado y capacidad de las personas, así como las normas del Derecho de familia.

4.- Debe considerarse en la legislación sanitaria una sanción para aquellos médicos y personas que realicen una fertilización asistida clandestina y sin previa autorización de la madre subrogada. Las razones para ello son que el desarrollo educacional de un niño inicia desde la gestación, así como el lazo emotivo y afectivo de reciprocidad entre la madre gestante y el niño.

5.- Debe reglamentarse los Derechos y Obligaciones de las partes que intervienen en el Contrato de la figura de la MADRE SUBROGADA para prevenir que la procreación sea objeto de una transición económica. Para proteger los derechos de aquellas personas deseosas de una paternidad, asegurando también que la Madre Subrogada quede protegida y que su cuerpo no sea considerado solamente una incubadora de niños, además, de cuidar el bienestar e intereses del niño así como su derecho a una situación estable.



6.- Un argumento de peso para regular la maternidad subrogada es que, teóricamente se podría "comprar un niño" con características especiales, no obstante sabemos que el avance de la ciencia nos ha rebasado jurídicamente y por lo tanto caer en prohibición, sería fomentar a un más el deseo y el querer una paternidad a costa de lo no autorizado y sancionado.

7.- En el derecho comparado este contrato se considera afectado de Nulidad Absoluta por ser contrario al orden público, la moral y al derecho.

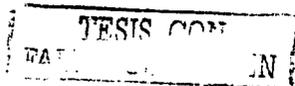
8.- Los contratos que tienen por objeto el cuerpo humano, son considerados por la tradición jurídica, como un atentado indirecto a los derechos de la personalidad debido a que de ninguna manera el cuerpo humano es un objeto que se encuentre en el comercio.

9.- En el progreso de la medicina la regulación para la donación de órganos, nunca ha considerado ni considerará a un niño como órgano.

10.- El Contrato de la Figura de la Madre Subrogada debería ser regulado, así como los Derechos y Obligaciones de los contratantes. Las personas deseadas de una paternidad se verían beneficiadas ya que no siempre se puede tener la dicha de ser padres por sus propios medios personales.

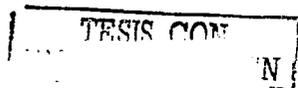
11.- El contrato de la maternidad subrogada no puede celebrarse porque el objeto está fuera del comercio, y es ilícito y por lo tanto se encuentra afectado de **Nulidad Absoluta**.

12.- El contrato de la madre subrogada comparte características de otros contratos afines; por lo que si se considera un contrato sería un contrato innominado.



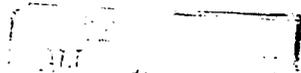
13.- La ausencia de regulación es una amenaza, un problema grave, toda vez que la situación de la Madre Subrogada que viola su compromiso y decide finalmente quedarse con los niños (as); o también las partes deciden no quedarse con los niños (as), y si bien es cierto este es concebido por medio de un Potencial Contrato de Maternidad Subrogada, y al nacer tiene malformaciones graves, tanto la Madre Subrogada como la Pareja contratante se rehúsan a aceptarlo debido a su malformación los niños (as) quedarían sin protección alguna. Es por ello que es necesaria una intervención legislativa que regule el contrato de maternidad subrogada (Derechos y obligaciones de las partes que intervienen) y que aporte correctivos guardando los intereses del niño a estos conflictos.

14.- La cultura y el derecho de familia tradicional se ven amenazadas por la situación de madres subrogadas toda vez que no se determinen los Derechos y Obligaciones que deban tener las partes y la misma Madre subrogada, ya que si bien es cierto es un "derecho la paternidad", salvo en caso contrario si esta figura y las personas solicitantes no cumplan con los requisitos necesarios y por esto cause un problema en los derechos del niño (a) producto de la inseminación artificial o del uso de una e las técnicas de reproducción humana necesariamente debe ser regulado.

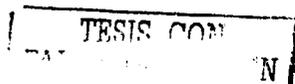


**BIBLIOGRAFÍA**

1. ANSON, Francisco. Se fabrican Hombres Informe sobre la Genética Humana. Editorial Rialp, Madrid, 1988.
2. A.VILLE, Claude. Biología, 20ª Edición, Editorial Interamericana, México, 1999.
3. BAUDOIN, Jean- Lous & Labrusse-Riou Catherine, Produire L'Homme De quel droit. Edude Juridique et éthinque des procréation artificielles. Edit. Les voles put droit, agosto 1987.
4. BIALOSTOSKI, Sara. Panorama del Derecho Romano. Tercera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, "Facultad de Derecho", México, 1990.
5. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el Derecho. relaciones jurídicas conyugales, Editorial Porrúa, México, 1988.
6. DÍAZ JIMÉNEZ, Thelma. Régimen Jurídico del concebido por Vías No Naturales. Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1988.
7. DANFORTH, D. N. Tratado de Ginecología y obstetricia. " Infertilidad", Editorial Interamericana, 9ª Edición, Barcelona, 1992.
8. DE LA PEZA, José Luis. De las Obligaciones, Serie Jurídica, Editorial McGraw, México, 1997.
9. DE AGUINAGA GIRAUULT, Adriana. Filiación derivada de contratos de madres substitutas, Tesis Profesional, Universidad Iberoamericana, México, 1989.
10. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge A. Derecho Civil, 3ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1993.
11. Fecundación Artificial y Derecho, expuesto en el Congreso de Diputados, Madrid, 1988.
12. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho, 50ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
13. GALINDO GARFÍAS, Ignacio. Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1993.
14. GAUDEMET, Eugene. Teoría General de las Obligaciones, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.
15. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. La Atribución de la Maternidad en la Gestación Contratada. "Comunicación expuesta en el segundo Congreso Mundial vasco sobre Filiación", Vittoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.



16. INFORME WARNOCK, Comisión Investigadora sobre la Fertilización Humana y la Embriología. Departamento de Sanidad y Seguridad Social, Informe presidido por Mary Warnock, Londres. Imprenta de su Majestad, la Reina, Julio de 1984.
17. Instituto Tecnológico Autónomo de México, Departamento Académico de Estudios Generales. Ciencia y Técnica, algunas áreas de Conflicto. Problemas de Civilización Contemporánea, México, 1994.
18. LLEDO YAGUE, Francisco. El alquiler de úteros y el problema de la madres subrogadas o por encargo, Ponencia expuesta ante el segundo Congreso Mundial Vasco sobre Filiación, Tomo II, Vitoria, del 28 de septiembre al 2 de octubre de 1987.
19. MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones, 3° edición, Editorial Porrúa, México, 1997.
20. MIER y TERÁN SIERRA, Salvador. El Régimen jurídico de la llamada Reproducción Asistida, Pamplona, España, 1989, Tesis Doctoral.
21. MOUNIER, Emmanuel. Manifiesto al Personalísimo, 3° Edición, Editorial Taurus, España, 1972.
22. PÉREZ PEÑA, Efrain. Inferilidad, Esterilidad y endocrinología de la Reproducción. Un enfoque integral, "Consideraciones Generales" 2° Edición, Editorial SALVAT, México, 1995
23. RODRÍGUEZ LUÑO, Ángel y López Mondejar, Ramón. "La Fecundación In Vitro", Madrid, Expuesto al congreso de Diputados, Madrid, 1986.
24. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. "De los Contratos Civiles", 18° Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
25. SANCHO REBOLLIDA, Francisco de Asis. Estudios de Derecho Civil, T.I, Pamplona, 1978.
26. SILVIA RUIZ, Pedro F. El Contrato de la Maternidad Substituta o Suplente o Subrogada, la Maternidad de Alquiler, Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Universidad de Extremadura, Cáceres, octubre, 1987.
27. SOTO LA MADRID, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
28. ZANONNI, Eduardo. Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina, Editorial Porrúa, argentina, 1978.

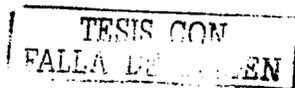


## LEGISLACIÓN MEXICANA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Porrúa, 140ª Edición, México, 2002.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, 3ª Edición, México, 2002.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 3ª Edición, México, 2002.
- Código Penal para el Distrito Federal en materia Común y para toda la república en Materia federal. Porrúa, 2002
- Ley General de salud. Porrúa, 17ª Edición, México, 2002.
- Reglamento de la ley general de Salud en Materia de Investigación para la Salud, Porrúa, 17ª Edición, México, 2002.
- Reglamento de la Ley general de salud en Materia de Control sanitario de la disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Porrúa, 17ª Edición, México, 2002.

## LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY EXTRANJEROS

- Ley Sobre Técnicas de reproducción Asistida y Fetos humanos o de sus Células, Tejidos u otros órganos (España)
- Proposición de Ley relativa a la Inseminación Artificial de Seres Humanos; Asamblea nacional, 5 de junio de 1980 (Francia).



- Propuesta de Ley: regla Disciplina para la Fecundación Artificial humana; Presentada a la Cámara de Diputados el 19 de mayo de 1986 (Italia).

## DICCIONARIOS

- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 11° Edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1998.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 11° Edición, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 1998.
- Diccionario Jurídico mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 11° Edición, Tomo III, Editorial Porrúa, México, 1998.
- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 11° Edición, Tomo IV, Editorial Porrúa, México, 1998.
- Diccionario de Sinónimos y antónimos, Volumen 1, Editorial Credimar, MCMXCII Ediciones Océano, México, 1997.
- Diccionario de Sinónimos y Antónimos, Volumen 2, Editorial Credimar, MCMXCII Ediciones Océano, México, 1997.
- Enciclopedia de la Sexualidad, Tomo 4, Editorial Credimar MCMXCII Ediciones Océano, México, 1999.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

## HEMEROGRAFÍA

- DICKMAN, Z. Hormonal Requirements for Survival of Blastocyst in the uterus of the Rat, Journal of Endocrinology, 1967, No. 9, U.S.A.
- HERRASTI, Pedro y Alicia. Inseminación Artificial y Clonación. "El Caso de Baby M", 2º Edición. Editorial Sociedad E.V.C., México, 2000. pp.6-8
- HUMPRHEY, K. The Development of Viable Embryos after Ovum transfers to long-term ovariectomized mice. "Steroids", No.9, U.S.A. 1967. p.53

## SITIOS DE CONSULTA EN INTERNET

- [http://www.aaba.org.ar/bi\\_170p54.htm](http://www.aaba.org.ar/bi_170p54.htm)
- <http://www.respana.es/revista-abril-25-embr.htm>
- <http://www.hcdd.uob.mx>

TESIS CON  
FALLA DE CARGEN