



UNIVERSIDAD LATINA, S. C.  
ESCUELA DE DERECHO

CAMPUS SUR.

**ANALISIS DE LA PROBLEMATICA Y PROSPECTIVA DE LA FIGURA MADRE  
SUBROGADA EN MÉXICO**

**T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL  
TITULO  
DE LICENCIADO EN  
DERECHO  
P R E S E N T A:  
MIRIAM JIMÉNEZ DURÁN**

ASESOR: LIC. ROSARIO RAMÍREZ CASTRO



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

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

México, Distrito Federal a 18 de julio de 2008.

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

La C. **MIRIAM JIMÉNEZ DURAN** ha elaborado la tesis profesional titulada **“ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA Y PROSPECTIVA DE LA FIGURA MADRE SUBROGADA EN MÉXICO”**, bajo la dirección de la Lic. María del Rosario Ramírez Castro 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,

  
LIC. JOSÉ MANUEL ROMERO GUEVARA  
DIRECTOR TÉCNICO DE LA LICENCIATURA  
EN DERECHO.  
CAMPUS SUR

### **SEÑOR:**

Tu que en silencio me has acompañado a lo largo de mi vida Gracias por darme la oportunidad de terminar esta carrera tan humana y hermosa como lo es el Derecho, viéndose reflejado el esfuerzo en la presentación de este trabajo que bien sabes el trabajo que me costo, gracias Dios por ayudarme a no perder la paciencia y por que en el fondo de mi corazón siempre existió la luz de esperanza para darme cuenta de que lo que se desea con el alma y el corazón se logra.

### **A MIS PADRES: MARGARITA Y EMILIO:**

Que me dieron la vida y han estado conmigo en todo momento por brindarme su apoyo, consejos y, en los momentos mas difíciles me alentaron a seguir adelante; anhelando que siempre me preparara para enfrentarme a la vida. Hoy se ven culminados nuestros esfuerzos y mis deseos, iniciándose así, una nueva etapa en mi vida, en la que siempre estarán en mi corazón, realmente no hay palabras suficientes para expresar lo agradecida que estoy con ustedes, quiero que sepan que los quiero mucho, los respeto y los admiro. Por ello, a Dios y a ustedes, gracias MAMICHI Y PAPICHI. LOS AMO.

### **A MI ABUELA DEME:**

A ti abuelita que sin esperar nada a cambio me diste la oportunidad de permanecer a tu lado hasta que te entregara este trabajo, a ti que siempre estuviste apoyándome y dándome ánimos para demostrar lo que soy capaz de hacer por una ilusión un sueño que nunca hubiera podido realizar si no hubiera sido por tu gran ayuda, no hubiera sido posible logra este sueño tal hermoso. No hay palabras para decirte todo lo que eres para mi, simple y sencillamente eres otra madre para mi a la que quiero mucho, Gracias abuelita de verdad muchísimas gracias, que Dios te cuide y te proteja por siempre.

**A LA UNILA:** Gracias por permitirme ser parte de una generación de triunfadores y gente productiva para el país. Gracias UNIVERSIDAD LATINA, siempre te recordare y te llevo en mi corazón.

### **A MIS PROFESORES Y AMIGOS:**

“Es detestable esa avaricia espiritual que tienen los que sabiendo algo, no procuran la transmisión de esos conocimientos”.  
Miguel de Unamuno

“La buena didáctica es aquella que deja que el pensamiento del otro no se interrumpa y que permite casi sin notarlo ir tomando buena dirección  
.Enrique tierno Galvan

**A MI NOVIO RODRIGO:** Muchas gracias por estos años de permanecer a mi lado por todos los momentos que hemos pasado buenos y malos, hemos pasado tanto que ahora estas conmigo en este día tan importante para mi. Solo quiero darte las gracias por todo el apoyo que me has dado para continuar y seguir con mi camino y recuerda que eres muy importante para mí que te amo y te admiro por ser un hombre ejemplar y excelente abogado, te amo y espero que sigamos juntos para siempre

**A MIS HERMANOS: JULIO CESAR Y ERIKA EDITH:** Gracias Por estar conmigo y apoyarme siempre, los quiero mucho. Espero que este trabajo sirva de ejemplo y que si de algo sirve les informo que ustedes fueron fuente de mi inspiración para realizar este trabajo, que son mi fuerza para seguir luchando y no darme por vencida por que me gusta demostrarles que todo lo que se propone se logra, los quiero mucho hermanos y sobre todo los respeto por ser excelentes hermanos.

**ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA Y PROSPECTIVA DE LA FIGURA MADRE  
SUBROGADA EN MÉXICO**

Páginas

INTRODUCCIÓN

**CONCEPTOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON LA MATERNIDAD  
SUBROGADA**

**CAPÍTULO 1.**

1.1.	Conceptos de esterilidad.....	1
1.2.	Tipos de esterilidad.....	5
1.2.1	Esterilidad Primaria en la Mujer y el Hombre.....	5
1.2.2	Esterilidad Secundaria en la mujer y el hombre.....	6
1.2.3	Subrogación o sustitución de la madre.....	16
1.2.4	Ámbito Sociológico.....	18
1.2.5	Maternidad Subrogada o substituta.....	21
1.3	Técnicas de reproducción asistida.....	26
1.3.1	Transferencia intratubárica de gametos.....	32
1.3.2	Fecundación in Vitro.....	36
1.3.3	Inseminación artificial.....	37
1.3.4	Concepto de madre subrogada.....	38
1.4	Aspectos médico-históricos de la madre subrogada.....	40
1.5	Aspectos Éticos y Legales de la Reproducción Asistida.....	41
1.5.1	Contexto Social en México a la maternidad subrogada.....	44

**CAPÍTULO 2 LEGISLACIÓN COMPARADA**

2.1.	Comunidad Europea.....	52
2.1.1.	España.....	54
2.1.2.	Argentina.....	58
2.1.3.	Francia.....	61
2.2.	Estados Unidos de América.....	62
2.3.	México.....	66

2.3.1. Aspectos Constitucionales.....	67
2.3.2. Ley General de Salud.....	69
2.3.3. Reglamento de la Ley General de Salud.....	76
2.3.4. Código Civil.....	77
2.4.- Diversidad de proyectos legislativos en diversos Estados.....	77

### **CAPÍTULO 3**

#### **REGULACIÓN JURIDICA DE LOS CONTRATOS CIVILES EN MÉXICO**

3.1 Tipos de contratos	96
3.2. Nominados.....	108
3.2.1. Arrendamiento.....	108
3.2.2. Comodato.....	110
3.2.3. Promesa.....	113
3.3. Atípicos.....	115
3.3.1 Incumplimiento de los contratos.....	118
3.3.2. Indemnización por incumplimiento del contrato.....	120
3.4. Problemas jurídico-familiares dentro del contrato.....	122
3.4.1. Filiación.....	122
3.4.2. Sucesiones.....	128
3.4.3. Acción de impugnación de la maternidad.....	132

#### **CAPITULO 4. PROPUESTA LEGISLATIVA PARA LA REGULACIÓN DE LA FIGURA “MADRE SUBROGADA”**

4.1 Derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el contrato de la madre subrogada.....	136
4.2. Modelo del contrato de la figura la madre subrogada.....	138
4.3 Propuesta para la creación de un extracto legislativo, en torno a la Maternidad Subrogada.....	151
4.4 Problemática Social	156

# CAPITULO I

## PRIMERO

### CONCEPTOS FUNDAMENTALES GENERALES

#### 1.1 Conceptos de esterilidad

La esterilidad es la incapacidad del ser humano para lograr la unión del gameto femenino y masculino, derivado por la incapacidad para concebir, este problema se presenta por diferentes causas:

Hay que establecer en primer lugar la diferencia entre los conceptos de esterilidad e infertilidad. Simplificando la terminología, esterilidad se refiere a la completa incapacidad para conseguir una gestación, mientras que infertilidad describe el cuadro de parejas que tienen gestaciones pero no llegan a término.<sup>1</sup>

Algunos autores hacen una precisión aún más respecto de los términos antes señalados, por ejemplo, sobre esterilidad se dice:

Esterilidad es la incapacidad de una pareja para lograr un embarazo después de un año de actividad sexual sin la utilización de algún método de planificación familiar y con una regularidad de 2 a 3 veces por semana de actividad sexual.<sup>2</sup>

Los índices de esterilidad varían de país a país ligado a diversas circunstancias, como la alimentación, la forma de vida, el promedio de edad (entre más vieja es una

---

<sup>1</sup> ANTONI VANREL, Joan, CALAF, Joaquim y otros. *Fertilidad y Esterilidad Humanas*. Tomo I, 2ª edición, Ed. Masson, Barcelona-México, 1999.p.50

<sup>2</sup> [http://www.salud-femenina.com/secc\\_04.htm](http://www.salud-femenina.com/secc_04.htm), consultado el 10 de marzo de 2006.

sociedad, más alto puede ser su índice de fertilidad o de esterilidad), etc., sin embargo, en términos globales se considera que las causas generales de esterilidad se pueden dividir de acuerdo a su origen en cuatro grandes grupos:

- a) Origen femenino en un 40%
- b) Origen masculino 40 %
- c) Mixtas 10%
- d) Inexplicable 10%

En el caso de la mujer se presentan alteraciones causales de esterilidad tales como:

- Vaginales (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 esta preparado para tal acción).
- 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

“Folies timulante y LH “Luteinizante) que impiden los mecanismos de ovulación. Provocando con ello anovulación u ovulación irregular.<sup>3</sup>

Se estudiaran las diferentes etiologías que un paciente puede tener como causa de su infertilidad.

---

<sup>3</sup> Idem.

El primero a estudiar es el factor cervico-vaginal (3-8%) que puede causar una mala penetración del espermatozoide por causa mecánica, infecciosa o inmunológica, valorándose con una prueba conocida como Sims-Huhner o prueba poscoital que en la actualidad solo se utiliza en caso indicados.

Segundo factor es el uterino (3-8%) en donde se descartarán la presencia de alteraciones como malformaciones uterinas, la presencia de miomas, pólipos uterinos por medio de la realización de los estudios necesarios y la valoración inicial por ultrasonido vaginal.

Tercer factor a estudiar como causante de esterilidad en la paciente, son la valoración del factor tubo-peritoneal (30-40%) para el cual se pueden realizar estudios como la histerografía que nos ayudara a valorar la permeabilidad de la trompas uterinas y, la realización otros estudios más específicos y complementarios que ayudarán a descartar o confirmar patología en otro nivel del aparato genital femenino.

Cuarto factor, ovárico es frecuente que sea el causante de esterilidad en una paciente la principal causa es la anovulación, otros problemas relacionados con el factor ovárico son la presencia de ovario poliquístico, endocrinopatías o la presencia de una falla ovárica prematura.

Por último el descartar un factor dependiente de alguna alteración hipotálamo-hipofisiario que a su vez puede causar alteración a nivel ovario.

En el caso del Hombre:

- La azoospermia (ausencia de espermatozoides en el espermatozoide viril).
- Oligospermia (es la 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).
- Necropermia (ausencia de espermatozoides vivos en el semen).<sup>4</sup>

La esterilidad afecta a una de cada 7 parejas. Aparentemente la prevalencia o frecuencia de esterilidad no ha cambiado en los últimos años, pero cada vez más parejas buscan consejo y tratamiento. El manejo de las parejas con esterilidad varía de un centro a otro.

La esterilidad causa un estrés significativo y afecta a muchas variables de la calidad de vida. Por eso la esterilidad debe ser considerada como una prioridad en la investigación y tratamiento. Además, se deben ofrecer soluciones a todas las parejas sin crear discriminación o impedimentos, asignando los recursos económicos necesarios para que todas las parejas dispongan de las mismas posibilidades. En determinados ambientes existe escaso interés en dotar de recursos necesarios favoreciendo el enriquecimiento de unos a costa del sufrimiento de otros.

En la evaluación de la pareja se deben hacer a las dos personas implicadas en la reproducción. Si la mujer no tiene inmunidad a la rubeola, se recomienda su vacunación y evitar el embarazo durante un mes. Se recomienda también que la mujer en estudio reciba un suplemento de 0,4 mg/día de ácido fólico mientras intenta el embarazo y durante las primeras 12 semanas de gestación, con el fin de prevenir las alteraciones del desarrollo neurológico. Si la mujer ya ha tenido un hijo con defectos del tubo neural o toma medicación antiepiléptica, se recomienda la dosis de 4 mg/día.

Se debe realizar una historia detallada de las circunstancias personales de la pareja, incluyendo consumo de drogas de abuso, medio ambiente laboral y tóxico, etc. Se debe explicar el plan diagnóstico a seguir y cada nueva prueba y tratamiento se deben explicar para que sea comprendida por la pareja. Se recomienda dejar de

---

<sup>4</sup> Idem.

fumar y de beber alcohol, adelgazar si el índice de masa corporal es muy elevado y evitar situaciones que aumenten la temperatura testicular o comprima la región genital. Se recomienda explicar claramente los momentos en los cuales existen mayores posibilidades de conseguir la fecundación.<sup>5</sup>

### **Causas de esterilidad en el varón:**

La orientación sobre problemas del desarrollo como la criptorquidia, hipospadias, síndrome de Klinefelter.

Problemas de origen endocrino como el hipopituitarismo, hiper o hipotiroidismo, diabetes severa.

Causa generales como la fatiga, el estrés, el consumo de alcohol o tabaco en exceso. Patología genital como lo es la presencia de un varicocele, epididimitis, orquitis.

Y la causa a veces frecuente la presencia de una cirugía definitiva para anticoncepción (vasectomía).

Las variaciones normales que puede sufrir un paciente en diferentes estudios de espermotobioscopia directa o espermograma.

## **1.2 TIPOS DE ESTERILIDAD**

### **1.2.1 Esterilidad Primaria en la Mujer y en el Hombre**

Al hablar de esterilidad, se entiende que se refiere a la incapacidad que tiene la mujer o el hombre para lograr una fecundación después de un año de relaciones

---

<sup>5</sup> [http://www.e-salud.gob.mx/wb2/eMex/eMex\\_Esterilidad](http://www.e-salud.gob.mx/wb2/eMex/eMex_Esterilidad)

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 embarazo en la mujer.

En el hombre, la esterilidad primaria es por enfermedades presentadas desde la infancia: parotiditis o alteraciones genéticas conocidas como Ciptorquidias, 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 perdida gestacional recurrente o también llamada aborto habitual, es decir, cuando ha existido en la mujer embarazos previos.

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 causada por un mal funcionamiento, por ejemplo la parotiditis o las consecuencias que el organismo endocrinológicamente funciona mal.

Los avances de la ciencia plantean una problemática que a los moralistas resulta difícil de analizar. La tecnología moderna aplicada a la medicina requiere una reflexión profunda en su relación con la salud y la enfermedad, con la vida y con la muerte, y se hace especialmente acuciante con la procreación. La bioética esta llamada a interpretar el signo de los tiempos para distinguir lo que esta bien de lo que esta mal.

En el matrimonio donde la esterilidad se hace presente termina quebrando un plan de vida, y en su afán por conseguir una familia, con hijos que provengan de su misma estirpe genética, las nuevas técnicas de fertilización asistida significa para algunas parejas la única posibilidad de tener sus propios hijos.

Comparto lo dicho al respecto por el Dr. Jorge Bustamante Alsina, al expresar que lo que realmente existe es la libertad de procrear o sea de engendrar un hijo, lo cual no debe ser confundido con el afán posesivo como un derecho al hijo y la búsqueda neurótica del nacimiento a toda costa. Es así que cuando la naturaleza no lo permite, las ciencias médicas y las reglas sociales han creado un verdadero derecho a la asistencia o a la alternativa artificial para vencer la esterilidad y permitir el ejercicio de la libertad de procrear.

El hombre de hoy puede intervenir en su destino, en cambio a otras civilizaciones les estaba limitado.

La técnica actual no es como la de nuestros antepasados que estaba circunscripta a observar y describir la naturaleza. Hoy la técnica complementa y completa el orden natural.

Es sabido que la intervención técnica en la reproducción humana incluye aspectos biológicos, filosóficos, éticos, religiosos y jurídicos. Entiendo que cada uno de ellos por separado, tendrá una visión parcial de la problemática, por ello creo que es fundamental que cualquier discusión que se haga sobre ella debe hacerse con conocimiento de la realidad biológica humana que constituye la base de las demás cuestiones.

La intervención técnica en la reproducción humana es planteada por los médicos como un remedio al creciente problema de esterilidad que afecta al hombre. Las razones señaladas por los especialistas, son de índole variada, entre ellas se mencionan: el stress, la difusión de las enfermedades de transmisión sexual, los efectos secundarios de algunos métodos anticonceptivos, la tendencia actual a retrasar el primer embarazo, etcétera.

Ahora bien, como se desprende del texto arriba mencionado, en torno a los aspectos biológicos, filosóficos, éticos, religiosos y jurídicos, nos permitimos mencionar a continuación una definición de lo que la palabra Moralista significa dentro de nuestra sociedad:

“Moralista”: Filósofo que se dedica a la moral, o persona que hace reflexiones.

La moral debe entenderse como parte de la filosofía que nos enseña las reglas que deben gobernar la actividad libre del hombre.<sup>6</sup>

Ahora bien en cuanto a este tema mencionaremos brevemente el extracto del documento titulado: “El nacimiento”,<sup>7</sup> está dedicado a la ética de la fecundación *In Vitro* y la manipulación de embriones humanos. La minimización de la "moral" en beneficio de la ética, que viene a coincidir con el "espíritu de la época" no se había dado antes de Hegel. Desde entonces se suele dividir la filosofía práctica en moral y ética, como objetos y saberes distintos. Con el paso del tiempo, esa distinción se ha acabado entendiendo como la diferencia entre la moral privada o de convicciones y la pública o de acuerdos sociales, legales y políticos. Esta transformación se ha debido, sobretodo, al utilitarismo anglosajón.

La distinción de moral y ética, en la escuela neopositivista angloamericana, significó la separación de filosofía y vida práctica. La filosofía trata de "ética", es decir, de una teoría y su lenguaje; mientras que la moral no es ciencia ni teoría, sino costumbres, la vida. En contraste con esta diferenciación, la filosofía aristotélica define la ética como una ciencia teórico-práctica, es decir, un saber teórico cuyo objeto es la actividad práctica, y que se divide en ética general y ética especial. Dentro de esta última caben cuestiones sociales, económicas, laborales y, desde hace poco, las bioéticas. Concluyamos, en suma, que no se puede separar "ética" y "moral", como si fueran dos saberes distintos, sin romper con la filosofía realista.

---

<sup>6</sup> **Introducción a la filosofía.** Artes Gráficas Clavileño, S.A., Madrid, p.304, 1991

<sup>7</sup> ASSOCIACIÓ CATALANA D'ESTUDIS BIOÈTICS (ACEB)www.aceb.org - Tel +34 626 49 95 10 - [correo para aceb](mailto:correo para aceb), Consultado 11 de Mayo 2006

La ruptura con la filosofía realista equivale a romper con la concepción metafísica del hombre como unidad, una unidad de materia y espíritu. Este ser único y unitario (la "persona") no es la suma del cuerpo y el alma, sino su unidad; es como si el cuerpo fuera la cara externa y el alma la cara interna de una sola realidad, la persona. Pues bien, si se rompe esa unidad en antropología, aparecen visiones parciales del ser personal y de su existencia. Esas visiones "parciales" son tres:

- 1) El ser humano es sólo un fenómeno histórico, carente de libertad frente a la Ley suprema que gobierna la marcha del tiempo (Hegel y Marx)
- 2) El hombre es un ser sólo material y movido por intereses sensibles (Empirismo y Utilitarismo)
- 3) Es un ser espiritual que actúa éticamente atendiendo sólo a la razón pura (Kant).

Ahora, cuando se rompe la unidad humana, aunque sea en el pensamiento, queda rota la ética como criterio racional de la acción, y tenemos que elegir:

- a. No hay ética, el hombre singular no es libre (Hegel), y la moral es el "espíritu del tiempo", como quiere también el pensamiento postmoderno;
- b. La ética la formula la razón pura en forma de imperativo categórico (Kant).<sup>8</sup>

Derivado de la explicación relacionada con la Moral y criterios filosóficos, pasamos a retomar circunstancias que han llevado a los expertos a profundizar la investigación de técnicas contra la esterilidad.

Existen dos formas de llevar a cabo la inseminación artificial: La homóloga, con semen del marido, y la heteróloga, con semen de un donante. La primera de ellas, es la inseminación con semen del marido, suele ser indicada cuando debido a distintos

---

<sup>8</sup> MARIAS Julián, *Historia de la filosofía* 23ª Ed. ampliada, Manuales de la revista de occidente, Madrid .p.275 2004

factores es imposible el ascenso de los espermatozoides hasta la cavidad uterina, no habiendo alteraciones por encima de la misma (útero, trompas, ovarios).

Es importante señalar que los factores que conducen a determinar la aplicación de este tipo de técnica pueden derivarse tanto del hombre como de la mujer, pues bien en el hombre son factores determinantes de una inseminación artificial: la impotencia, ya que al no lograrse una correcta erección es incapaz de introducir en la vagina el pene, lo que impide que se produzca un adecuado depósito de semen en el fondo de la misma, entre otras.

En la mujer, son determinantes las malformaciones del cuello uterino que dificultan la cópula o la introducción del pene, las estructuras vaginales y cervicales, el vaginismo, donde una vagina normalmente constituida no acepta recibir al pene erecto. Alteraciones en el cuello uterino de la mujer, que no produce la secreción suficiente para recibir correctamente a los espermatozoides o la inexistencia de secreción cervical.

Respecto a la Fecundación Asistida, es genérica y comprende técnicas muy diversas en cuanto a su trascendencia ética y jurídica, los problemas más graves se plantean con la técnica de la "fecundación *In Vitro*" que consiste grosso modo en obtener embriones humanos en discos de vidrio de un laboratorio, para luego después de una previa selección, destinarlos a la transferencia al útero materno, o a la congelación para una eventual transferencia ulterior.

La denominación *In Vitro* se debe a que en lugar de que la unión entre el óvulo y el espermatozoide se produzca como naturalmente sucede en la porción externa de la trompa de Falopio, esta se lleva acabo en el laboratorio. Generalmente este tipo de técnicas esta indicada en las esterilidades no ováricas de la mujer, sin perjuicio de que ello no implique que solo subsane este tipo de obstáculos, ya que si se tratase de una mujer que no posee ovarios, se podría recurrir a los óvulos de una donante

que podrían fecundarse con los espermatozoides del marido de aquella; el embrión producto de esta unión, implantarlo en el útero de una mujer infértil.<sup>9</sup>

En lo que respecta a la Transferencia Intratubárica de Gametos, esta técnica consiste en transferir los gametos (óvulo y espermatozoide) dentro de las trompas de la mujer. La forma de obtenerlos es la misma que la descrita para la fertilización In Vitro, deteniéndose el proceso en la laparoscopia para algunos. En este caso los ovocitos una vez identificados son colocados en una cánula junto a los espermatozoides y a través del laparoscopio se devuelven a la trompa. Se deja transcurrir de 12 a 14 días para comprobar si hubo implantación.<sup>10</sup>

### **Aspectos Morales de la Reproducción Asistida**

Frente a una opinión muy extendida en nuestra sociedad mexicana la postura defendida por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe es clara: la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituye al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural.

La razón de una absoluta condena de la inseminación artificial no reside en la obtención del semen por masturbación, pues aun conseguido de manera diferente y lícito, el rechazado moral seguiría siendo absoluto, por sustituirse la técnica al acto conyugal en el origen de la vida humana. Para generar una moral de convicciones se ofrecen tres consideraciones:<sup>11</sup>

Se apela primeramente a la unión inseparable querida por Dios entre los significados unitivo y procreador del acto conyugal, unión que el ser humano no puede romper

---

<sup>9</sup> VIILLACORO Ma. Dolores. "Aspectos Jurídicos de la Fertilización In Vitro", 1985.P 642 Dickinson

<sup>10</sup> GONZALEZ FABRIZZI, Eduardo A. *Nuevas técnicas de fertilización asistida*. 1994.p. 82 y S.S.

<sup>11</sup> GOMEZ SÁNCHEZ, E Derecho a la reproducción humana, Madrid, marcial 1994.p134 Dickinson

por propia iniciativa. Este principio se funda en la naturaleza de matrimonio y en la íntima conexión de sus bienes.

Unidad del ser humano, compuesto de cuerpo y alma espiritual. Este principio es aceptado en la antropología cristiana; como el ser humano esta integrado por cuerpo y espíritu, el acto conyugal ha de ser al mismo tiempo corporal y espiritual.

Es obvio que el acto conyugal, reducido a mera unión corporal, queda empobrecido y adulterado, aun abierto a la procreación.

Otra consideración se basa en la naturaleza personal de la procreación humana o en la dignidad de origen de todo ser humano. "en su origen único e irrepetible el hijo habrá de ser respetado y reconocido como igual en dignidad personal a aquellos que le dan la vida".

La persona humana "no puede ser querida ni concebida como el producto de una intervención de técnicas médicas y biológicas, esto equivaldría a reducirla a ser objeto de una tecnología científica." Partiendo de la afirmación de que "no todo lo técnicamente posible es por eso mismo moralmente admisible" concluimos en que la ciencia concede a los padres el derecho de buscar los instrumentos adecuados para poder conseguir descendencia, pero no están obligados ni pueden considerarse facultados a hacerlo por cualquier medio, ya que por encima de todo se encuentran los derechos del hijo que va a nacer.<sup>12</sup>

La persona humana nunca puede ser considerada medio para logro de un fin. Debe respetarse siempre su dignidad, y por lo tanto, es necesario que se la conciba como un fin en sí misma.

"El embrión y Tomás de Aquino": La noción de alma (psykhé) es filosófica, un concepto con el que la razón trata de responder a la pregunta por el "ser" del

---

<sup>12</sup> HURTADO OLIVER, Xavier, "El Derecho a la Vida; y a la muerte?", Ed. Porrúa, S.A, México, 1999, p. 128

viviente. El viviente es un cuerpo, pero no todos los cuerpos son vivientes; ¿qué lo hace vivir? Además, vivir es para el viviente lo mismo que ser, dice Aristóteles, ya que dejar de vivir es dejar de ser o existir, para el viviente. Este principio está siempre presente en la filosofía de Tomás de Aquino. Pero hay más.<sup>13</sup>

Lo que diferencia el cuerpo vivo del inerte -según Aristóteles- es la heterogeneidad de sus partes y la organicidad. La unidad que conservan entre sí partes heterogéneas (piel, sangre, carne, hueso, etc.) sólo se explica por un principio unificador, ya que no es un agregado amorfo ni una estructura inmóvil; más bien, las partes heterogéneas se comportan como "medios" (eso significa la voz griega *órganon*). La operación de cada órgano se ordena a la de otros, y así sucesivamente; y el conjunto de todas las operaciones es un dinamismo que, tomado como unidad, es lo mismo que el vivir actual. Ahora, la vida en acto no es medio sino fin.<sup>14</sup>

El corazón late para irrigar y los pulmones respiran para oxigenar, etc, pero el viviente no vive para otro fin que vivir. La vida -ya en las plantas- no es medio, sino un fin y una unidad, y es el ser, la existencia actual del viviente. Aristóteles llama forma sustancial del cuerpo orgánico al principio unificador de los órganos y sus operaciones y, por tanto, es el fin al que las operaciones orgánicas sirven, es decir, la vida que se identifica con el ser o existencia actual de la planta o el animal. Pues bien, Aristóteles entiende por alma (*psykhé*) la forma sustancial de un cuerpo orgánico. Lo mismo sirve para el hombre; aunque en el vivir humano se manifiesta un tipo de operaciones nuevas: entender y querer.

Ahora bien, mientras la vitalidad vegetal se limita a la nutrición, el crecimiento y la reproducción, la vitalidad animal añade el conocimiento, la sensibilidad. Finalmente, la humana es racional y libre, el hombre es capaz de teoría y de elecciones libres. El conocimiento específicamente humano es intelectual, y la intelección conlleva abstracción de la materia.

---

<sup>13</sup> MARIAS JULIAN, *Historia de la Filosofía*, 23 Ed, ampliada, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid. p 275, 1994

<sup>14</sup> Idem.

¿Qué quiere decir esto? Significa que cualquier concepto o idea (la de árbol, mueble, hombre, etc.) está "separado" en la inteligencia de las condiciones singulares que tiene en la materia. Al abstraer, desmaterializamos, pues la idea de árbol no es un árbol material, ni la idea de humano es éste o aquélla; por eso, las ideas o conceptos abstractos son "universales", mientras que las cosas materiales son "singulares". El ser singular, dicen los aristotélicos, lo es porque la materia -concreta, según la cantidad- es lo que lo hace ser "éste", su principio de individuación.

El ser abstracto y universal de los conceptos, por estar desprendido de la materia y de la cantidad, es completamente inmaterial. Luego la potencia intelectual y su luz desmaterializadora viene "de fuera", dicen Aristóteles y Tomás de Aquino. Aquello que hace al hombre inteligente no proviene de los padres, sino "de fuera".<sup>15</sup>

Vale la pena que el lector sufra paciente estas consideraciones tan teóricas, porque, si las sigue con atención, podrá ver en qué se equivoca Mary Warnock.<sup>16</sup>

La lectura del Informe Warnock será el método exhaustivo, pero la síntesis ofrecida por la mente que lo dirigió, en este libro, es una gran oportunidad para obtener una visión esquemática de la filosofía que subyace al Informe, más acá de los argumentos biológicos. Éstos son los básicos, ciertamente, pero la finalidad del Informe era legal: dejar desprotegida una etapa de la vida humana embrionaria. En el proceso "continuo" de formación del nuevo individuo se pretendía trazar una demarcación jurídica, un plazo. Ya se ve que, por el mismo planteamiento, el asunto de fondo sólo era éste: si es legítimo que la ley retire su amparo al embrión temprano. Ahora, esa no es tanto una cuestión de técnica jurídica, como ética y antropológica. ¿A quién se priva de amparo? ¿Por qué motivo?

---

<sup>15</sup> HURTADO OLIVER Xavier, Op Cit Pag 55,66

<sup>16</sup>Idem

Insistamos, lo importante era sólo esto: si la ley humana se sobrepone a las leyes biológicas y por qué. Por eso, el trazado de la línea divisoria fue entendido como un artificio legal por parte de todos.

Tres miembros del Comité no firmaron el Informe final, considerando que la vida comienza en la concepción, mientras que algún bioético dijo que el límite de 14 días era arbitrario y demasiado corto. Otros prefieren señalar que, en todo caso, ha resultado útil. Así la actual presidenta de la "Human Fertilisation and Embryo Authority", Suzy Leather, afirma: "Eso es lo que importa. Y por pura suerte, se ha descubierto muchísimo: resulta que la mayoría de las cosas que necesitábamos hacer en términos de investigación en células embrionarias, por ejemplo, se pueden llevar a cabo antes del límite de 14 días. De modo que fue moralmente buenísimo, porque ha proporcionado bienes" (Andrew Brown, loc. cit.).

Para legitimar el plazo legal, el Comité Warnock centró su interés en separar conceptualmente al embrión temprano del embrión implantado y el feto; se trataba de decidir sobre el "estatuto moral" de aquél, es decir, sobre su intrínseca posesión del título de ser humano, que lo haría sujeto de derechos ante el Estado. La diferencia con el caso del aborto es clara, porque se trataba del "hijo deseado", luego no cabía invocar conflicto con la madre. Se procedería, pues, a difuminar su realidad. Se trata de un tejido humano vivo, pero ¿es un individuo? Al contestar negativamente a esa cuestión, la Comisión llevaba la técnica de los plazos hasta la misma realidad humana, resucitando ideas anticuadas, más especulativas que experimentales, sobre una embriogénesis que repite la evolución filogenética. A pesar de todo, la idea de fondo es más radical de lo que aparenta, porque Warnock sigue pensando que la condición de "persona" viene dada por la ley y no por la naturaleza biológica. Esta suposición es imprescindible para admitir la lógica de un aplazamiento. Ahora bien, ante la ley una "persona" es un individuo, no varios, luego bastaría con

argumentar que la individualidad biológica no está formada antes de la anidación.

Pero valdrá la pena exponer cada uno de los matices despacio, siguiendo las palabras de la Presidenta de la Comisión.<sup>17</sup>

En síntesis, los procedimientos de procreación asistida tienen que servir de remedio a la esterilidad de las parejas, no siendo admisibles para ser practicadas con fines no terapéuticos o de conveniencia personal.

### **1.2.3 Subrogación o Substitución de la Madre**

En su concepto vulgar el vocablo “subrogar”, significa sustituir o poner una persona o cosa en lugar de la otra. Podríamos hablar de una suerte de reemplazo de una persona o de un objeto que cumple una función y que por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán acabo la tarea asignada a los primeros.<sup>18</sup>

El Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, define a la Subrogación de la siguiente manera: “Acción y efecto de subrogar o subrogarse; o sea de sustituir o poner una persona (subrogación personal) o cosa (subrogación real) en lugar de otra. Tiene especial importancia en materia de obligaciones de contratos y de sucesiones”.<sup>19</sup>

La maternidad subrogada, portadora o de alquiler ha sido definida por el informe Warnock (Reino Unido) como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en

---

<sup>17</sup> ,<http://www.aceb.org.mx>. consultado 24 de noviembre de 2005

<sup>18</sup> LEONSEGUI GUILLOT, Rosa Adela, *la maternidad potadora, sustituta subrogada o de encargo*” boletín de la Facultad de Derecho, núm.72ª época, Madrid invierno 1994.

<sup>19</sup> DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Ed. Porrúa, S.A.- *Universidad Autónoma de México, México* 1993, p. 36

su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.

Esta técnica que posibilita el embarazo sin necesidad de que para ello exista Cópula, puede desarrollarse con las siguientes variantes:

- 1) La pareja comitente aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.
- 2) La madre portadora, además aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido.
- 3) El material genético es aportado por individuos (ambos o solo uno de ellos) Ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero.<sup>20</sup>

Una vez que el niño ha nacido, la mujer que lo dio a luz cede su custodia al esposo de la pareja contratante –cuando tal identidad coincide con quien ha aportado el espermatozoide– y renuncia a sus derechos de madre, ofreciéndose, de esta manera, la posibilidad de que la cónyuge de este último pueda adoptar al niño.

Evidentemente, debido a estas técnicas, las situaciones que se plantean en el ámbito jurídico, ético y sociológico se perfilan difíciles y, en esa inteligencia, es que requieren ser tratadas con profundidad y suma prudencia, como así también interdisciplinariamente, con el propósito de discernir una respuesta que abarque la mayor gama de aspectos que involucran esta problemática.

En principio, es claro que nos encontramos ante un desdoblamiento de la función materna: por un lado tendremos la “maternidad genética” a partir de la aportación de

---

<sup>20</sup> GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. La fecundación In Vitro y la filiación. Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 256

la mitad de la información cromó somática y por el otro, “la maternidad gestacional” de quien cede su vientre.

#### **1.2.4 Ámbito sociológico**

Las motivaciones por las cuales una pareja decida contratar los servicios de otra mujer para que lleve adelante la gestación de un niño, pueden esgrimirse, en la mayoría de los casos, en la imposibilidad física de la mujer que contrata para llevar a término el embarazo o soportar el parto.<sup>21</sup>

A veces, quienes recurren a esta técnica, experimentan sus deseos de ser madres pero no están dispuestas a soportar los trastornos que el término de un embarazo acarrearía en sus actividades profesionales o, simplemente, no desean padecer las transformaciones físicas producidas temporaria o permanentemente a raíz de una gestación.

Asimismo, existen supuestos en los cuales, es una familiar cercana (abuela, hermana, cuñada, etc.) quien decide prestarle este servicio a su pariente. Por otro lado, se encuentran quienes están dispuestas a ofrecer su útero para esta tarea, algunas lo harán por un factor netamente económico, otras, en cambio, sólo albergarán un fin altruista, similar al de una donación de órganos o intentarán encubrir la culpa acaecida como consecuencia de la práctica de un aborto.

Esta cuestión de especial importancia, se plantea en el ámbito social en razón de la situación socio-política dentro de la cual el alquiler de vientres se desarrolla.

Si observamos el contexto histórico de esta práctica, comprobaremos que las mismas, no siempre se llevan a cabo sólo por una motivación altruista sino que, por el contrario, en muchos casos, la mujer que cede su útero recibe una

---

<sup>21</sup> <http://wwwrevista.persona.com.argo/cano/htm>, consultado el 16 de dicde 2005

contraprestación en dinero, además de los cuidados y gastos de manutención durante el embarazo.

Un ejemplo lo constituye la situación de jóvenes procedentes del este Europeo que, en Italia, son reclutadas por organizaciones mafiosas albanesas para que alquilen sus úteros por la suma de tres mil dólares.

Ante la solicitud de ayuda por parte de una mujer con deseo de maternidad, el médico, deberá conocer las motivaciones que se tienen para ello, como también las condiciones de vida de la persona interesada. En el caso de la mujer soltera o viuda deben analizarse circunstancias muy particulares, que aparejan importantes connotaciones éticas. Invocando el principio de autonomía o el derecho a la autodeterminación, la mujer sin esposo o compañero solicita el auxilio de la ciencia para lograr un deseo. Tener un hijo sin intermediación directa del varón, es decir, sin mediar el acto sexual, sin comprometer a otro. El fin buscado es gestar un hijo de su filiación; una reproducción extramarital.

A primera vista es un fin bueno, pero... Las normas y las costumbres aceptadas por nuestra sociedad prescriben que los hijos deben nacer de padres conocidos dentro de un hogar estable. No basta el simple deseo, la autodeterminación. Para tener validez ética deberá estar guiada por la razón y no ser producto de emociones o compulsiones; además, deberá tener en cuenta las normas de moral objetiva, es decir, las que prescribe la sociedad. Analicemos las variantes técnicas que podrían utilizarse para darle cauce al anhelo maternal de la soltera o la viuda y deduzcamos las implicaciones legales y morales que se derivarían de ellas.

1. **La fertilización manipulada** podría hacerse con óvulo de la interesada y espermatozoide de donante desconocido. El producto de tal unión asistida será ante la ley, es decir, ante la sociedad, un hijo sin padre. Sobra comentar la situación legal y emocional que en el futuro le esperara
  
2. **La fertilización** podría también hacerse con óvulo de la interesada y espermatozoide de donante conocido, pero que no autorizó el procedimiento. Sería entonces un hijo no reconocido, de padre conocido, con implicaciones asimismo legales y emocionales.
  
3. **Finalmente**, la fertilización podría hacerse con óvulo y espermatozoides de donantes desconocidos, obtenidos (comprados) en un banco de gametos, o simplemente la gestación tendría su inicio con la transferencia al útero de un embrión abandonado o cedido por una pareja cuya identidad sólo conocen los que manejan los registros del banco de embriones. Se trataría de una maternidad "de útero" únicamente, gestacional, o de una adopción *sui* géneris, pues, sin existir ningún vínculo de linaje o raíz genética, ese hijo adoptivo sería gestado y parido por la mujer adoptante. Con criterio pragmático, el proceso de gestación y parto, que expone a la madre a posibles riesgos, no siempre previsibles, puede considerarse útil, innecesario. Hubiera sido más lógica la adopción corriente de un neonato expósito, no autorizada en algunas legislaciones por tratarse de una madre que asume sola la responsabilidad de la crianza y la educación.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> SOTO LA MADRID, Miguel Angel. Biogenetica, Filiación y delito, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990 Pags.84,85,86,...

### 1.2.5 Maternidad subrogada o substituta

El término "maternidad subrogada", fue acuñado en 1981 por Noel Keane, un abogado de Dearborn, Michigan, que fue el primero en reclutar "mujeres criadoras" para atender la solicitud de parejas infértiles. Es esta una modalidad más de reproducción asistida que permite un comentario ético particular. Subrogar es "sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra". Quiere entonces decir que "maternidad subrogada" es la substitución del estado o la calidad de madre, dándosele aquí a madre la connotación de mujer gestante.<sup>23</sup>

En mi concepto, madre significa mucho más que matriz y que parto. El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre). Por eso sería mejor hablar de "gravidez subrogada" que de "maternidad subrogada", pues de lo que se trata es de prestar el útero, sustituir la matriz, para el embrión genético de otro, lo cual puede hacerse por altruismo o por comercio, y mediante súplica o por contrato. Se trata de una modalidad sui géneris de gestación que, como van las cosas, no será necesaria cuando los científicos se decidan a hacer realidad la ectogénesis integral.

La gravidez subrogada, no hay duda, es un proceso atípico, no sólo por llevarse a cabo en un recinto ajeno, sino también por estar alimentado el nuevo ser con sangre distinta a la de su genitora. El examen genético del hijo gestado subrogadamente muestra, de manera incontrovertible, que sus padres biológicos fueron los que aportaron los gametos. Pero, ¿no será posible que esa sangre de la madre de útero llegue a "marcar" en alguna forma a ese hijo adoptado durante nueve meses? La duda surge al examinar la interpretación revisionista de la ontogénesis, esbozada por

---

<sup>23</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, S.A.- Universidad Nacional Autónoma de México, México 1993.

A. Bedate y expuesta por el bioeticista y sacerdote jesuita Francés Abel al desarrollar la tesis del componente feto materno y su importancia en el status moral y biológico que pueda asignársele al ser humano en sus etapas más tempranas.

"La dotación genética del blastocisto -dice- y la del medio materno, son factores, ambos igualmente necesarios y cada uno de ellos por separado, insuficientes para la existencia del ser humano"<sup>24</sup>. Si bien es cierto que jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde el momento en que el óvulo es fecundado, también es cierto que jamás lo será si no se desarrolla precisamente en el útero y gracias a una estructura feto materno que es la placenta. Sin ella la palabra encarnación tiene muy poco sentido para el obstetra como tampoco tiene sentido que pueda hablarse de persona humana referido al cigoto como totalidad unificada. Este ser en el útero es condición sine qua non para que pueda existir un cuerpo anidado. Según sostiene Abel, es posible pensar que el cigoto no posee todas las informaciones necesarias para dirigir el desarrollo pre-embriionario y embriionario, ni aun en la forma potencial.

En el proceso de diferenciación se hace necesaria una interacción entre el sistema macromolecular de la madre y el del embrión, estableciéndose así una información recíproca. Si la información que recibe la madre del sistema macromolecular del embrión no es diferenciante pues el sistema materno ya está diferenciado, la que recibe el embrión, en cambio, puede tener carácter transformante pues su sistema se encuentra en diferenciación. Esta atractiva teoría busca afianzar el concepto de que para la constitución del ser humano es imprescindible la información extracigótica, que proviene de la madre.<sup>25</sup>

Luego de esta obligada digresión, retomo el tema. La gravidez subrogada puede también incluir el aporte, venta o cesión del óvulo, lo cual compromete genéticamente a la mujer substituta, dándole mayor complejidad social, ética y legal al asunto. En efecto, cuando no hay lazo genético es apenas un préstamo del medio

---

<sup>24</sup>JORGE Eduardo Córdoba y Julio SÁNCHEZ TORRES. *Fecundación humana asistida, aspectos jurídicos emergentes.*, Ed. Alverón, Ediciones Córdoba, República de Argentina 2000, p .56.

<sup>25</sup> Idem

ambiente y el hijo así nacido pertenece a los que aportan los genes, es decir, a los padres naturales.

En cambio, cuando al alquiler del útero se añade la cesión del óvulo, el lazo genético queda establecido entre la gestante substituta, o madre natural, y el que aportó el semen, o padre natural, pasando entonces a ser la esposa una madre de adopción, y la familia, si nos atenemos al concepto que atrás citamos, estaría compuesta no por tres sino por cuatro personas. Es lo que Robert Snowden llama “parentesco múltiple”

La gestación substituta con aporte de gametos isoconyugales puede estar motivada por razones médicas y sociales. Entre las primeras se cuentan la ausencia de matriz de la mujer interesada o el padecimiento de una enfermedad que no haga recomendable su asociación con el embarazo (por ejemplo, una cardiopatía o una nefropatía); entre las segundas se han mencionado causales invocadas por atletas, bailarinas de ballet, modelos, ejecutivas, es decir, profesionales no estériles físicamente pero para quienes un embarazo significaría el fin de su carrera o, por lo menos, un contratiempo impertinente.

Se trata, seguramente, de mujeres a quienes sus esposos, fértiles también, demandan un hijo y ellas están dispuestas a complacerlos pero sin someterse a la incapacitación del embarazo.

En esta circunstancia (supongo que de ocurrencia poco frecuente), se intuye que el hijo que dé a luz la mujer substituta no irá a tener el afecto ni los cuidados necesarios por parte de su madre genética, pues su papel profesional es lo que de verdad le importa, lo que impedirá que pueda cumplir a cabalidad el papel de perfecta casada. Ya lo decía Fray Luis de León en el siglo XVI:

"Es trabajo el parir y criar, pero entiendan (las mujeres casadas) que es un trabajo hermanado y que no tienen licencia para dividirlo. Si les duele el criar, no paran En efecto, la llegada de un hijo apareja una inmensa responsabilidad".<sup>26</sup>

Lo que sigue después del parto añade el catedrático de Salamanca es el puro oficio a la madre, y lo que puede hacer bueno al hijo y lo que de veras le obliga. Por lo cual téngase por dicho que esta perfecta casada que no lo será si no cría sus hijos, y que la obligación que tiene por oficio a hacerlos buenos, esa misma le pone necesidad a que los críe a sus pechos<sup>27</sup>

El alquiler o préstamo del útero ha dado lugar también a rechazo por parte de los movimientos feministas, pues se considera que las mujeres son manipuladas como si fueran ganados. Gena Corea, por ejemplo, dice en su libro *The mother machine* que la madre subrogada ha sido tenida simplemente como un recipiente del semen del hombre, como una incubadora, es decir, como un objeto. Se les paga por desempeñar una función biológica, la de gestar, olvidándose que ésta apareja sentimientos y afectos que dejan huella en la mujer. Para compensar el riesgo físico y afectivo propio del estado gestacional se ofrece dinero, lo cual ha venido configurando "la maternidad subrogada" como un oficio y hasta una profesión.

En los Estados Unidos de América se han creado agencias que contratan mujeres para esos menesteres, llegándose al colmo de pensar en importar jóvenes de Oriente (Corea, Thailandia y Malasia), lo que significa internacionalizar el negocio, las mujeres que se prestan para esa actividad suelen ser de clase media o baja, que se encuentran en dificultades económicas.

Hace diez años se les remuneraba con honorarios que llegaban fácilmente a los diez mil dólares, suma no despreciable, sin duda. Como vemos, este componente de comercialización o mercantilismo le añade un ingrediente negativo más, desfavorable moralmente, a la gestación substituta.

---

<sup>26</sup> FRAY LUIS DE LEÓN, *La perfecta casada*. Cantar de los cantares, poesías originales, Ed. Porrúa 1999, p.14 España

<sup>27</sup> Idem

Razón asiste a Serrano y Linares, de la Organización Panamericana de la Salud, cuando afirman que:

"la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado, y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre".<sup>28</sup>

Puede darse también la circunstancia de que la subrogación carezca del componente lucrativo y sólo se haga por altruismo.

En lo que respecta al Alquiler de útero. No menos problemas acarrear las prácticas utilizadas en países como Australia, Estados Unidos, Francia e Inglaterra, en lo que hace a la "maternidad por encargo" o alquiler de vientres mediante la introducción de un óvulo fecundado con espermatozoide de su pareja en el útero de una madre subrogada para que allí se lleve a cabo el embarazo, o que el semen del marido fecunde artificialmente, *In Vitro* al óvulo donado por otra mujer que luego llevará el embarazo y que luego del parto se compromete a hacer entrega del niño al matrimonio que lo alquila.

La necesidad de recurrir a esta práctica se da cuando la mujer que puede ovular, es decir, puede tener bien sus ovarios, sus trompas, no tiene en buenas condiciones su útero, es entonces cuando se requiere a una mujer cuyo útero si esta en condiciones propicias para que lleve adelante el desarrollo del embrión. Lo que sucede es que no

---

<sup>28</sup>GÓMEZ H: La inseminación y el problema médico: Gómez H. *Introducción al Derecho de Familia*. Librería del Profesional Bogota., 1981:P.293-299.

solo se da en este caso, lo cierto es que este tipo de maniobras posibilita a que el encargo de niños se extienda al hombre o la mujer solos, o parejas de lesbianas o de varones homosexuales.

En los países en los que se permite este tipo de prácticas, el alquiler es un contrato a título oneroso pero aún en el caso de que se tratara de un pacto a título gratuito, aunque no tuviese un precio pactado, tal como explica el Doctor Gustavo Bussert, en nuestro derecho carecía totalmente de validez , en virtud de que lo dispuesto por los ordenamientos legales, que establece la total ineficacia de los actos jurídicos cuyo objeto sea ilícito, como sería negociar sobre el estado de familia y de las personas

### **1.3 Técnicas de Reproducción Asistida <sup>29</sup>**

Los motivos que impulsaron a la medicina a profundizar el estudio de la fecundación humana fueron varios, pero fundamentalmente el de la esterilidad (en la pareja es el más importante de ellos. Los factores que la producen son múltiples, y su análisis excede nuestro trabajo, por lo que mencionaremos las etiologías más corrientes: ciclos anovulatorios, disturbios hormonales, alteraciones de la continuidad de las trompas de Falopio, anulación o disminución de la actividad espermática en el hombre, factores coitales, entre otros. Todos ellos plantearon la necesidad de recurrir a la fertilización asistida como un remedio o recurso subsidiario que permitiera a la pareja estéril la posibilidad de engendrar y dar a luz a un hijo.

Inseminación Artificial.- Es el acto médico por el que se introduce espermatozoides en el aparato genital de la mujer, en procura de la fecundación. Este procedimiento es artificial en cuanto a la manera de obtenerse el espermatozoide y por su introducción en el

---

<sup>29</sup> A menudo, se emplea el concepto de esterilidad o infertilidad instintamente para aludir a la incapacidad para reproducirse, aunque en verdad, no es preciso. Desde el punto de vista médico, la esterilidad, refiere a la imposibilidad de efectuarse la fecundación, siendo irreversible esta alteración (sería una esterilidad en sentido absoluto). En cambio, la infertilidad, expresa la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación, y por tanto, el desarrollo del embrión o feto (sería una esterilidad relativa).

cuerpo de la mujer; pero lo demás, la fecundación y el proceso posterior de multiplicación celular, es natural.

Esta técnica a su vez puede subclasificarse en *inseminación artificial homologa (IAH)* *Inseminación artificial heterologa (IAD)*, hay *inseminación artificial homologa* cuando el semen utilizado pertenece al esposo o pareja estable de la mujer. La *inseminación artificial heterologa* cuando el semen es aportado por un tercero no vinculado a la mujer, al que se recurre por esterilidad del marido o en supuestos de infertilidad de la pareja, cuando existe una alta probabilidad de transmisión hereditaria de ciertas patologías ( parejas con riesgo genético) , como hemofilia, síndrome de down, Senidad precoz, etc.

*Fecundación In Vitro* Es un proceso medico científico de varias etapas, tendiente a subsanar por problemas de esterilidad de la mujer, y que consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial; lograda la fusión y conseguido, por tanto, el embrión fuera del claustro materno, es luego trasplantado a éste para que el embarazo siga su curso natural.<sup>30</sup>

Lo complejo del proceso y su alto costo hacen necesarias la fecundación de varios óvulos y el implante de varios embriones, con el riesgo consecuente de embarazos múltiples, abortos y partos prematuros.

Dentro de la Fecundación In Vitro se ha desarrollado otra técnica consistente en que durante la misma intervención quirúrgica de extracción de óvulos se depositan estos conjuntamente con el semen en las trompas de la misma mujer; la transferencia intrauterina de gametos determina su denominación: FIVTIG.

---

<sup>30</sup> NICHOLSON Roberto "Esterilidad y Fertilidad en las paginas de la Biblia" Ginecología y Reproducción 1981 p. 39-296 Libsa

## Fertilización In Vitro (FIV)

No obstante que la expresión “fecundación asistida” es genérica y comprende técnicas muy diversas en cuanto a su trascendencia ética y jurídica, los problemas más graves se plantean con la técnica de la fecundación *In Vitro*

El término fertilización In Vitro se utiliza para referirse al proceder técnico del cual, se produce la fertilización extracorpórea del óvulo, dando los gametos propios de la pareja. Entre las objeciones que se han hecho a este proceder están:

1. Separa la creación de la vida, de la relación sexual.
2. La posibilidad de crear niños con defectos físicos o mentales, lo que en realidad no se ha comprobado.
3. De ser aprobado este proceder, se puede pasar a la aplicación de otras variantes de la FIV, muchas de las cuales son rechazadas por un gran número de personas.
4. Como la infertilidad no es una afección que ponga en peligro la vida, la aplicación de la FIV como modalidad terapéutica para una condición que no es médicamente riesgosa puede llevar al terreno médico otros problemas humanos básicos, a muchos preocupa la utilización de recursos para aumentar la natalidad en un mundo ya súper poblado.

Dando por conocidos o supuestos los aspectos técnico- científicos de la inseminación artificial en los seres humanos, habida cuenta especialmente de la dinámica que deriva de la posibilidad de congelar el semen, sin que este pierda su poder fecundante, y sobre todo de la evolución, que el plano científico supuso en 1978, el nacimiento de una niña mediante la técnica de la Fecundación *In Vitro*, abordamos sin mas preámbulo, el tratamiento jurídico que merecen estos hechos

1.- Inseminación con semen o espermatozoides del marido:

Inseminación homóloga entre los señalamientos que se han hecho a este proceder están:

- a) Su eficacia es cuestionable, sobre todo en casos de infertilidad masculina de causa no bien definida.
- b) La preocupación que la manipulación del semen pueda ser utilizada para la selección del sexo, separando los espermatozoides portadores del cromosoma X o Y, lo cual no se considera seguro ni ético.
- c) El riesgo de la "tecnificación" de la reproducción, al separar la procreación de su expresión sexual.

La inseminación de una mujer casada con el semen de su esposo no representa, en realidad, conflicto de orden jurídico. El nacido como resultado de ella, es hijo del matrimonio, su filiación y consecuente situación jurídica está previsto en la mayoría de las legislaciones. Existe una identidad entre la filiación consanguínea y la legal, la condición jurídica del menor esta reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar

Harry Krause opina que la sociedad, a través del derecho, no tiene porque interferir en una decisión que solo compete a los padres. Desde luego siempre que se hayan cumplido las normas mínimas que señalan los procedimientos adecuados y las personas capacitadas que deben intervenir.<sup>31</sup>

Como presupuesto para llevar acabo la inseminación artificial homologa, se requiere el consentimiento de la mujer, integrado con el del marido, en el caso de la mujer, unida en matrimonio o de la pareja estable.

## 2. Inseminación con semen o espermatozoides de donantes.

---

<sup>31</sup>HARRY D KRAUSE,, "Artificial Conception: *Legislative Approuche*", *Family Law Quarterly*, vol. XIX, núm. 3, 1985, pp. 186-206 y 197 Argentina Buenos Aires

3. Inseminación heteróloga.-Cuello calón opina que la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente biológico cuyo único fin es la fecundación. En México la inseminación heterologa no se tipifica como delito aún cuando no mediara el consentimiento del esposo. En la ley mexicana, el adulterio presupone la relación carnal con persona de distinto sexo que haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Sin relación sexual, la inseminación no se configura como adulterio, no como ningún otro delito. Pero no solo la inseminación no es considerada delito sino que esta permitida y regulada por la Ley General de Salud, siempre que esta se practique después de haber obtenido el consentimiento del esposo.
4. Las principales preocupaciones que surgen con este proceder son la introducción de gametos de terceras partes, y son:
  - a) La posibilidad de crear problemas psicológicos en el esposo, la mujer receptora y/o el donante, si este último es identificado o conocido.
  - b) El riesgo de transmisión de afecciones genéticas graves o enfermedades infecciosas por el uso de semen donado. El esposo también puede verse afectado.
  - c) La posibilidad de consanguinidad por el uso excesivo del mismo donante.
  - d) Los efectos psicológicos en los nidos. Este incluye la afectación de las relaciones interpersonales por la necesidad de querer mantener el secreto sobre el origen del niño. Puede haber afectación del niño si en forma accidental llegar a conocer su origen.

### **Variantes de la Fertilización In Vitro**

1. FIV con semen donado. Las críticas que se han hecho a este proceder son las mismas que las de la inseminación artificial heteróloga y las de

la FIV. Con la FIV con semen de donante surge además la duda acerca<sup>32</sup> de la paternidad si el semen del donante es utilizado después de haberse intentado la fertilización con semen del marido.

Zannoni, define a la inseminación artificial “como un método, que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer, en muchos casos la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser esta estéril... No superándose estos trastornos mediante tratamiento terapéutico puede recurrirse a la inseminación artificial con semen del marido”<sup>33</sup>:

Pero puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido la pareja decidiese recurrir a la inseminación artificial utilizando el esperma fértil de un tercero. En ese caso la inseminación no es solo una técnica o método para permitir la fecundación genéticamente conyugal, sino que, además *aporta un componente genético ausente en la pareja para fecundar.*

En otras palabras, el primer caso planteado (Inseminación Homóloga con semen del marido) los componentes genéticos –óvulo y espermatozoide fértil-existen en el marido y la mujer: La inseminación artificial solo – permítasenos la expresión- facilita su encuentro apto para lograr la fecundación. En el segundo caso, uno de los componentes genéticos de la fecundación –esperma fértil- esta ausente. La inseminación lo aporta, lo introduce “desde fuera” (inseminación heteróloga).

Ahora bien, tanto la inseminación artificial homóloga como la heteróloga participan de un carácter común: La fecundación se obtiene sin cópula o coito. El semen es inoculado mediante jeringas o caracteres y depositados en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino

---

<sup>32</sup> MACKENA, Antonio “Análisis crítico de la inseminación intrauterina” en Revista Latinoamericana y Fertilidad, Junio 2000, Vol 8. no 2.pp82 y ss.

<sup>33</sup> ZANNONI, Eduardo. *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina*. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978, p.58

### **1.3.1 Transferencia Intratubárica De Gametos**

#### **Donación de gametos y embriones**

La técnica de fecundación In Vitro y el trasplante de embriones posibilita la donación de óvulos, semen y embriones, de manera que los donantes biológicos pueden no ser los padres de la criatura producto de este procedimiento. Esta utilización de los gametos o embriones donados puede plantear serios problemas jurídicos, morales y éticos, tanto para los pacientes como para los médicos que intervienen en tales procedimientos de fecundación *in vitro* y trasplante de embriones.

El médico debe observar todas las leyes en vigor y todas las normas éticas impuestas por la Asociación Médica Nacional u otras organizaciones médicas pertinentes. El médico también debe tomar en cuenta y respetar los principios morales y éticos de sus pacientes, y abstenerse de utilizar los gametos o embriones donados, cuando ello pueda entrar en conflicto con las normas legales o éticas, o con los principios morales de los pacientes. El médico tiene el derecho de rehusar cualquier intervención que considere inaceptable.

Es importantísimo prever reglas éticas a fin de facilitar, en lo posible, la mejor relación de parentesco que debe establecerse entre los niños nacidos de estas donaciones de gametos o embriones y los padres receptores.

Además de este patrimonio genético, la donación de gametos o embriones puede transmitir otras enfermedades (VIH) al feto o a la madre. Es importante entonces un control eficaz de los eventuales donantes.

El anonimato del donante de gametos o embriones hasta donde lo permita la ley es importante, a fin de evitar cualquier conflicto en la relación niño/ pareja receptor donante. Este tipo de conflicto se puede producir al realizar una donación de alguien

conocido. En cualquier caso, es difícil establecer una relación entre las dos "madres" o los dos "padres" y el hijo concebido de ese modo. También puede haber un rechazo del niño hacia el donante de gametos o la madre gestadora.

Además, puesto que existe la posibilidad de la aparición posterior de anomalías genéticas o biológicas, en el donante y/o en el niño, inesperada al momento de la donación, debe ser posible descubrir al donante, al receptor y/o al niño, de acuerdo a reglas específicas, guardando el anonimato necesario que sólo el médico puede garantizar.<sup>34</sup>

El médico también debe limitar el uso repetido de gametos del mismo donante, a forma de disminuir el riesgo de eventuales uniones consanguíneas. La información científica actual calcula este riesgo como aceptable, siempre que un solo donante no engendre más de cinco seres humanos.

La adopción de embriones (también llamada por algunos "adopción para el nacimiento" o "adopción preanidatoria"), se refiere al hecho de que un matrimonio o incluso una mujer sola, adopten voluntariamente a uno o más embriones cuya madre genética no puede o no quiere acogerlos en su seno.

Normalmente se trata de embriones producidos en laboratorio con las técnicas de fecundación artificial y congelados temporalmente en la espera de darles un destino definitivo. La madre adoptiva accede a que los embriones, una vez descongelados, sean depositados en su útero con la esperanza de que aniden en él y puedan seguir adelante en su desarrollo natural hasta el nacimiento.

Normalmente se entiende que la mujer que los adopta para el nacimiento, está también, dispuesta a mantener la adopción después de nacimiento, ofreciéndoles cariño, un hogar, una educación, etc.

---

<sup>34</sup> ZANNONI, Eduardo. P. 66 Op Cit

Se dice que en este caso el medio es malo, porque se entiende, inadecuadamente que la adopción de los embriones sería una especie de "maternidad de alquiler" o "maternidad subrogada". En realidad, se trata de dos actos con un objeto y un sentido muy diversos:

1.- La maternidad subrogada consiste en llevar adelante la gestación de un embrión sustituyendo a la mujer que pretende ser después la madre del niño, y ese comportamiento es establecido de antemano, en el momento en que se programa la fecundación artificial. Aquí en cambio estamos hablando de una mujer que pretende simplemente salvar la vida de un ser humano del único modo en que es posible hacerlo; y se supone que normalmente será ella misma quien adopte al niño que nazca como su propio hijo.

2.- En el caso de la maternidad sustitutiva o subrogada, la mujer, efectivamente, está usando su cuerpo como si fuera solamente un instrumento. En el segundo caso, está usando su cuerpo para salvar la vida de un ser humano; se trata, por tanto, de un acto de solidaridad; y no hay nada de inmoral en recurrir a nuestra corporeidad para realizar un acto solidario y de amor; es precisamente esto lo que justifica moralmente que una mujer dé pecho a un bebé ajeno cuya madre no lo podrá alimentar, o que cualquiera de nosotros done un propio riñón para salvar la vida de otra persona.<sup>i</sup>

### **La Transferencia intratubaria de gametos (GIFT)**

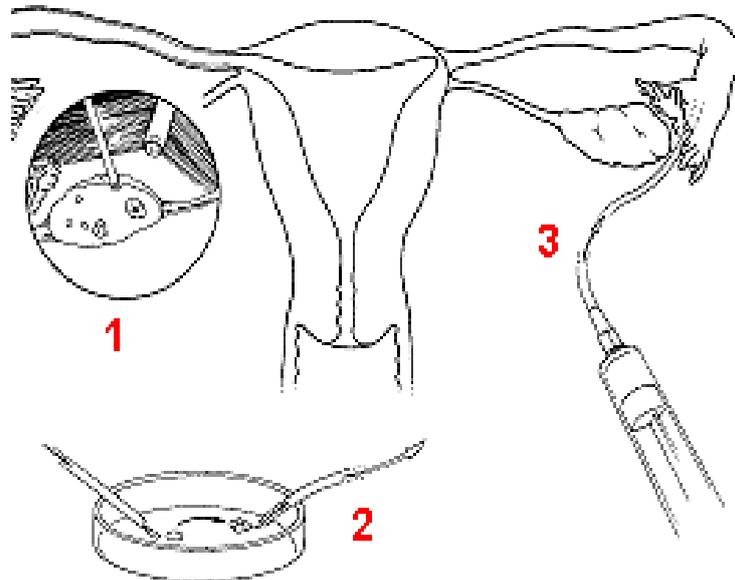
La GIFT consta de 4 etapas básicas:

- Estimulación ovárica controlada con seguimiento folicular. La estimulación se realiza con *gonadotrofinas* (hormonas que estimulan al ovario), para asegurar la obtención de un número óptimo de ovocitos maduros para el procedimiento. La cantidad y calidad de los ovocitos obtenidos mediante el esquema de inducción empleado es uno de los factores determinantes de las probabilidades de éxito del procedimiento.

- Captura de los ovocitos por punción ovárica directa (1) a través de una laparoscopia o minilaparotomía, o con control ultrasonográfico en caso de emplearse cateterización tumbaría por vía transuterina para el depósitos de los gametos en las trompas. Según el tipo de abordaje será el tipo de anestesia, pudiendo ser ésta general, bloqueo o local.
- Identificación de la madurez y calidad de los ovocitos en el laboratorio de Gametos (2)

Introducción a las trompas uterinas (por minilaparotomía, laparoscopia o histeroscopia) de los ovocitos de la paciente (o de una donante) mezclados con semen homólogo o heterólogo previamente capacitados (3).

Se utilizan hasta 3 ovocitos y 150,000 espermatozoides por trompa.



35

<sup>35</sup> LOYARTE DOLORESY ADRIANA E. "Procreación Humana Artificial" ED. Omega, Barcelona 1998.p. 412

La paciente puede ser manejada bajo esquemas de cirugía de estancia breve, con lo cual la estancia hospitalaria es de unas horas únicamente. Este método permite una tasa de éxito entre el 25 y 30%.

### **1.3.2.- Fecundación In Vitro**

Por Fecundación *In Vitro* debe entenderse, la fusión del óvulo y el espermatozoide, realizada en un instrumento de cultivo. De modo más genérico, puede definirse “como aquella técnica utilizada en las mujeres, consistente en la eliminación de la obturación existente en las trompas de Falopio, para introducir allí el óvulo fecundado previamente en el laboratorio para su posterior reimplantación en el útero”.

La fecundación *In Vitro* consiste en la extracción de los óvulos y fecundación de los mismos en el laboratorio, con la posterior colocación de los embriones resultantes dentro de la cavidad uterina.

Al igual que en el caso de la inseminación intrauterina, la mujer debe someterse a un tratamiento hormonal para estimular la ovulación. A continuación se realizará la extracción de los óvulos por vía vaginal ( con sedación profunda). El varón recogerá una muestra de semen y entonces se efectuará en el laboratorio la fecundación de los óvulos. Pasadas unas 48 horas se realizará la transferencia intrauterina de los embriones. Si existen embriones sobrantes, se congelarán para otro ciclo si en este no se consigue gestación.

Estará indicado en la obstrucción tubárica bilateral, en casos de factor masculino con número o calidad insuficiente de espermatozoides para realizar inseminación intrauterina, tras el fracaso de la inseminación intrauterina y en la endometriosis severa.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Fecundacion in vitro](http://es.wikipedia.org/wiki/Fecundacion_in_vitro), consultada el 17 de mayo del año 2006.

### **1.3.3 Inseminación Artificial**

Es la introducción de esperma en la vagina o útero de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual natural. Más académicamente puede conceptuarse, como cualquier procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo mediante cualquier artificio y, en definitiva, puede entenderse por dicha técnica, aquel proceso genético que prescinde de la unión sexual fecundadora y natural, reemplazándola por otro procedimiento.

Cabe distinguir a su vez, empleando la terminología más precisa de la Inseminación Artificial Homóloga, que tiene lugar cuando la mujer es fecundada con semen del marido, e Inseminación Artificial heteróloga, en el caso de que el semen proceda del varón distinto del esposo.

#### **Transervical**

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.

#### **Transcutáneo**

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 la cavidad uterina. Se dice entonces que cuando se ha utilizado este segundo método se han obtenido resultados negativos.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> RODRIGUEZ LUÑO, Ángel y LÓPEZ MONDEJAR, Ramón. *La fecundación In Vitro*. Editorial LIBSA, Madrid, 1986, Presentado en el congreso para Diputados de España, p. 35

### 1.3.4 Concepto de madre subrogada

Madre subrogada o sustituta: Llamamos madre subrogada o substituta a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Como se ha señalado, una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda mediante contrato. Ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo y procrean un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y, además, renuncia a sus derechos maternos filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.

Resulta conveniente para la recta comprensión del alcance de esta nueva problemática, dentro de las técnicas y practicas de la llamada “procreación asistida”, el destacar que surgió en los Estados Unidos de América en 1975, con un anuncio aparecido en un periódico de California solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente, a la demanda de una pareja infecunda y mediante remuneración. Y que ha sido en EUA donde está práctica de las *surrogates mothers* ha cobrado cierto auge; existiendo organizaciones que actúan como intermediarias.

La función de gestar un hijo para otros la pareja infecunda, puede llevarse acabo, no solo utilizando los gametos del varón, sino también, los de la mujer que asumirá la función de madre, bien por imposibilidad física de serlo en la realidad o tal vez por el simple deseo de eludir los inconvenientes o el peligro, que para ella pudiera suponer el embarazo. Se procede entonces a una fecundación *in vitro*, empleando los gametos que de la pareja que pretende el hijo, y el embrión humano será luego gestado, previa implantación por la madre sustituta o portadora.<sup>38</sup>

En EUA, bajo las coordenadas individualistas que habíamos visto imperaban en el Derecho de este país un vigoroso *right to privacy* frente al Power. La práctica de la *surrogathe mothers*, parece ha seguido su haciendo, su andadura. Muy recientemente encontró amplio eco en los medios de comunicación, la decisión de un

---

<sup>38</sup> Propuesta de normas internacionales para la investigación biomédica en sujetos humanos. 1990.

juez de Nueva Jersey atribuyendo la custodia de un niño al padre biológico, demandante frente a la madre que se había sometido a la inseminación artificial, mediando un contrato oneroso.

Esta práctica no es desconocida en la actualidad en Europa pero ha encontrado aquí fuerte oposición. Así en 1984 en Tribunal inglés accedió finalmente a que una mujer entregase el hijo que se había comprometido a gestar para otros por razones económicas, pero posteriormente la Ley de 16 de julio de 1985 trataría de evitar que en el futuro, intermediarios remunerados, promuevan este tipo de prácticas.

La maternidad subrogada, es la práctica que consiste en contar con los servicios de una mujer para que ésta lleve el embarazo con la intención de entregar el niño al nacer a la persona que lo ha "encargado".

Este procedimiento es rechazado porque es contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación; la maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable, ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres.

La experiencia del embarazo establece una relación profunda entre madre e hijo, éste recibe de aquélla no sólo la alimentación y el aire que respira, sino entre ambos se entretajan unos estrechos lazos afectivos difícilmente olvidable después del nacimiento.<sup>39</sup>

En la maternidad sustituta la gestación parece como degradada a una pura función de fabricación y privada de toda esa carga afectiva; además grupos feministas se han alzado contra este procedimientos por el peligro de explotación económica, dando como resultado la aparición de una nueva profesión de madres.

---

<sup>39</sup> CHAVEZ ASENCIO, Manuel. *La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas paterno Filiales*. 4ª edición, Ed. Porrúa, México, 2001, P.25

#### **1.4 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, esto es que cuando la inseminación artificial como técnica comienza a difundirse, principalmente en algunos países de Europa, en Israel y Estados Unidos.

El nacimiento en Inglaterra en 1978 del primer "bebé probeta" constituyó un momento culminante para la ciencia. A partir de ese momento, miles de parejas se han beneficiado con el empleo de esta y otras técnicas de reproducción asistida. En 1984 se realizó la primera transferencia de un embrión al útero de otra mujer que no era la madre genética en Los Ángeles (EUA) por Buston.

Todo esto ha traído como consecuencia que en los países en los cuales comenzaron a aplicarse tales técnicas surgieran numerosos problemas ético-legales, que han hecho necesario modificar las legislaciones existentes, o incluso la creación de nuevas leyes, que rigen diversos aspectos de la filiación, la herencia, la paternidad, el derecho de familia e incluso, el derecho a la vida.

Las tasas de infertilidad primaria encontradas eran bastante constantes en cada país y en general variaron entre 1, % y 3% en países asiáticos, 1,9% en Brasil y eran considerablemente altas en países africanos (12% en Camerún). Las tasas de infertilidad secundaria son difíciles de determinar pero parece que ellas aumentan con la edad y no fue posible distinguir entre infertilidad voluntaria e infertilidad no voluntaria. Las tasas en India, Tailandia y Vietnam estaban entre 7,5% y 15,3%, mientras que Pakistán era mucho más alta: en Brasil era muy alta en comparación con la baja prevalencia de infertilidad primaria.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> <http://www.unicef.org/spanish>. Consultado el 12 de enero de 2007

De todo esto podemos deducir como lo hace Vaquero Puerta que, un aspecto de la infertilidad que la hace socialmente relevante es su alta prevalencia.

Asumiendo una posición intermedia, creemos que, si bien se trata de un problema social en la dinámica interna de la pareja, la infertilidad pudiera constituir un serio problema de salud que los gobiernos, sin descuidar el destino de los recursos, y atendiendo al orden de prioridad que debe existir cuanto a los males que aquejan la salud de la humanidad, están obligados a solucionar

#### **1.4 Aspectos Éticos y Legales de la Reproducción Asistida**

##### *Aceptación legal*

Para comentar la aceptación legal será necesaria la referencia a distintos momentos históricos y a distintos estados y, desde luego, a los distintos tipos de inseminación.<sup>41</sup>

La década de los ochenta, como consecuencia del asunto de *Baby M.*, se ha caracterizado en los Estados Unidos por la necesidad de regular las situaciones producidas por el fenómeno de la maternidad sustituta o de subrogación.

En el año de 1987 existen proyectos de Ley en casi totalidad de los Estados, aunque tan solo Arkansas, Nevada y Louisiana tenían leyes ya aprobadas. En Arkansas su específica normativa prevé, que si una pareja contrata con una madre subrogada soltera, aquellos son los padres legales del niño y no la madre portadora.

En Nevada la Ley exige a la subrogación materna de la prohibición de pago que rige para la adopción.

A pesar de los esfuerzos realizados, pocos países han logrado un consenso interno que se traduzca en una legislación o una política nacional coherente. Al revisar las

---

<sup>41</sup> <http://www.portalmédico.org.mx>, consultado el 8 de enero e 2007

regulaciones y disposiciones vigentes en diversos países, así como las recomendaciones de comités y organismos internacionales, se comprueba que existen aspectos comunes en lo que respecta a la utilización de las técnicas actuales. Estos son:

1. El acceso a éstas técnicas debe estar limitado a parejas heterosexuales casadas legalmente, o que mantengan una unión estable.
2. Las instituciones y el personal médico que ofrecen estos servicios deben estar sujetos a supervisión y regulación sanitaria.
3. La paternidad y la maternidad deben estar determinadas por leyes que rijan para todos los nacimientos logrados mediante estas técnicas.
4. Las historias clínicas y la información deben conservarse con carácter confidencial.
5. La vida embrionaria *In Vitro* debe estar limitada a 14 días
6. El almacenamiento de gametos y embriones debe estar limitado en tiempo.
7. La implantación y/o la inseminación postmortem debe estar prohibida.
8. Las agencias o intermediarios para la subrogación deben estar prohibidas.
9. Previamente debe obtenerse el consentimiento de los participantes.
10. Las tecnologías reproductivas deben estar libres de comercialización.
11. No debe haber selección del sexo, excepto en caso de enfermedades hereditarias ligadas al sexo, ni tampoco selección eugenésica.

12. Prohibición absoluta de la manipulación genética por técnicas extremas de ingeniería genética (clonación, creación de quimeras partenogénesis, fertilización entre especies y otras).

A pesar del acuerdo general sobre estos aspectos, las características socioculturales, económicas y religiosas en cada Estado pueden crear divergencias cuanto a:

1. La cuestión de la remuneración de los donantes.
2. El acceso eventual del niño a la información sobre los donantes y el tipo de información (genética o nominativa)
3. La conservación de la información: el tipo, tiempo, y quien debe custodiarla.
4. La donación y conservación de los embriones, así como la experimentación con el material embrionario humano: quien tiene acceso a él, fines, duración en tiempo y otros aspectos.
5. Limitación en el número de niños por donante.
6. El diagnóstico genético del embrión.

De todo esto se desprende que, a la hora de establecer leyes y regulaciones que definan la política interna en materia de reproducción, cada Estado debe velar por que éstas no atenten o interfieran con la libertad y los derechos humanos básicos. Para esto han quedado determinados varios principios, independientemente de las variaciones políticas, culturales y religiosas, que pudieran servir de base a futuras regulaciones o acuerdos de carácter internacional, y que se resumen en:

1. El respeto por la dignidad humana.

2. La seguridad del material genético. La calidad de los servicios brindados. La inviolabilidad de la persona. La inalienabilidad del cuerpo humano. Los tres primeros constituyen mecanismos de protección de la persona, mientras que los restantes son un medio para asegurar el control sobre la libertad personal y científica, así como el respeto a la dignidad humana que es en sí el origen de todos los derechos humanos fundamentales.

### **1.5.1 Contexto Social en México de la maternidad subrogada**

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.

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.

En el caso de muchas parejas en las que el marido es infértil, es frecuente obtener espermatozoides 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*, este deberá tener la misma protección que el logrado por medios convencionales.

Para llevar a cabo una inseminación artificial es necesario un acuerdo de voluntades sobre el objeto que se pretende y las consecuencias que producirá. Existe una finalidad mediata y una inmediata, la inmediata es lograr una fertilización, la cual

presupone, si no se presenta ninguna situación adversa, la mediata: el nacimiento de un hijo.

La mujer otorga su consentimiento para que se manipule en su organismo, con la introducción de espermatozoides, pero también el consentimiento otorgado implica la aceptación de la maternidad del hijo procreado. El donador del semen acepta que su espermatozoides sea objeto de una inseminación artificial, pero no necesariamente acepta la paternidad del hijo que nazca como consecuencia de las técnicas genéticas, como sería el caso del donador anónimo.

El esposo o pareja estable de la mujer que se somete a la inseminación artificial acepta tanto la inseminación como la paternidad del hijo que nazca. Los profesionales que practican la inseminación también son actores que manifiestan su voluntad de llevar a cabo la inseminación y esta manifestación será útil para el caso de delimitar su responsabilidad en el acto.

Otorgado el consentimiento para llevar a cabo la inseminación, éste se convierte en irrevocable. Iniciado el procedimiento la gestación se continúa y ésta no podrá ser suspendida ni por la mujer, ni por su marido o, pareja y menos por el donador anónimo o por los profesionales que intervinieron en ella, a no ser que surgiera una necesidad médica que la justificara. De la misma manera que ni la mujer, ni su marido o pareja estable que haya otorgado su consentimiento pueden rechazar los lazos de filiación con el hijo que nazca.

El objeto de la inseminación artificial es lograr una fertilización y consecuentemente un nacimiento. Este acontecimiento implica el establecimiento de una filiación materna y, en el mejor de los casos, también paterna. Los efectos de hecho implican una modificación en la esfera jurídica de aquellos que intervinieron en la inseminación, por ello podemos afirmar que la inseminación artificial es un acto jurídico que debe estar cuidadosamente reglamentado por el derecho.

Como todo acto jurídico, la inseminación debe cumplir ciertas formalidades. El consentimiento debe otorgarse por escrito y con la expresión de su irrevocabilidad que asegure la no suspensión de la gestación, ni el rechazo a la filiación generada. El donador -que deberá ser anónimo- al momento de la donación, indicará que no desea establecer ningún vínculo con el menor que nazca y que no exigirá el reconocimiento de su paternidad.

Debido a las diferentes variables de la aceptabilidad legal de la inseminación artificial, habrá de establecerse las diferentes consecuencias jurídicas que la inseminación artificial puede producir.

El hijo nacido como resultado de una inseminación homóloga, es hijo del matrimonio, el esposo de la mujer inseminada fue el donador del semen y, por lo tanto, el padre natural. La situación de padre biológico y padre legal se identifica. La condición jurídica del menor, su filiación materna y paterna será reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar. Su situación de hijo producirá todas las consecuencias legales previstas en las legislaciones, entre ellas, patria potestad, alimentos y derechos sucesores.

En los casos de inseminación heteróloga, consentida por la mujer y por su esposo, la madre está unida al hijo por filiación biológica: en cambio, el marido que consintió la inseminación, establecerá una filiación de lo que la doctrina moderna denomina "voluntad procreacional", que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea. La aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de su esposa, es la fuente creadora del vínculo de filiación, independiente de la verdad biológica con todas las consecuencias legales, entre ellas la creación de un verdadero *status filii*, aún más, un *status familiae*.

La situación que podría generar problemas sería la posible inseminación de la mujer casada sin que el esposo hubiese otorgado su consentimiento. La sola voluntad de la mujer no debería bastar para que el marido asumiera la paternidad del menor, sin

embargo, la legislación actual en México no permite al marido desconocer al hijo nacido Artículo. 326 del Código Civil. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque esta declare que nos son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

Las normas de filiación son de orden público y de interpretación estricta, de modo que aún cuando el esposo demostrara la falta de su consentimiento, para la ley él será considerado como padre del menor que haya nacido dentro de esos plazos.

La Ley General de Salud, para el Distrito Federal en su artículo 466, sanciona al que practica una inseminación artificial sin el consentimiento del esposo, pero, en todo caso, la filiación del hijo en relación al esposo de la madre queda establecida.

Sin embargo, de acuerdo al análisis que hemos presentado de la inseminación como un acto jurídico, éste sólo se configura con la manifestación de la voluntad de los que en ella intervienen, tanto material como jurídicamente, y que son la mujer, su esposo, el donador anónimo y los profesionales. Si el esposo no manifestó su voluntad no debiera quedar vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participó, ni en forma natural, ni expresando su voluntad procreacional.

¿Es lícito el contrato de alquiler de vientres? Antes de arribar a una conclusión respecto del interrogante planteado, debemos analizar sí, efectivamente, el acuerdo de gestación para otro constituye un contrato en sentido jurídico.

Para nuestro ordenamiento jurídico, hay contrato cuando “varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos” (Artículos 1792 y 1793, del Código Civil párale Distrito Federal).

Según Diez-Picazo la idea de contrato puede aplicarse para designar todos los negocios jurídicos bilaterales de derecho privado, abarcando tanto los de derecho patrimonial como los de derecho familiar y sucesiones. Por tanto, para este autor, el acuerdo acerca de una maternidad subrogada será reputado contrato, más allá de las consideraciones respecto de su licitud o ilicitud.

Asimismo, el Artículo 1824 del Código Civil dispone:

“Son objeto de los contratos:

I.-La cosa que el obligado debe dar;

II.-El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”

Dice Zannoni que el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres. En igual sentido se pronuncia el jurista español Jaime Vidal Martínez para quien un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, así como también, a la legislación que, en el Código Civil de España (Art. 1271), consagra que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando, por ello, la nulidad del mismo.<sup>42</sup>

El equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora. El pacto en cuestión no podrá ser reputado como locación en virtud de que el cuerpo humano o partes del mismo no constituyen una cosa. En este sentido, opinan Medina

---

<sup>42</sup> ZANNONI EDUARDO , p.257 ss Op Cit

y Erades que el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio.

No obstante lo cual, resaltan que la disposición del mismo es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible y, en este sentido, el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público. Sin embargo, agregan los autores, lo que sí es indisponible e irrenunciable es el derecho a la patria potestad dado anticipadamente por la gestante.

Si encuadráramos este contrato en la modalidad que lo distingue como una locación de servicios, nos encontraríamos con que, al ser el objeto de la prestación de contenido ilícito, las partes no podrían demandarse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas, ni exigirse la restitución del precio pagado Artículo 1795 del Código Civil. El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”

De la misma manera, en caso de verificarse un acuerdo de tipo gratuito, no cabría posibilidad de asimilar esta figura a una locación de ninguna especie, y habríamos de concluir aceptando que estamos frente a un contrato innominado.

Con referencia al acuerdo establecido con el equipo médico, y en tanto el alquiler de vientres se encontrare amparado legalmente, la obligación sería de medios y no de resultados y, por tanto, no correspondería responsabilizar al facultativo cuando la implantación del embrión en el útero de la portadora no llegase a realizarse si el

profesional puede demostrar que ha actuado con toda la diligencia y tecnología a su alcance.

Desde luego, los galenos habrían de ser susceptibles de responsabilidad por los daños a la salud o fallecimiento de la madre o del niño si la actividad desplegada ha estado signada por impericia o negligencia. Sí, por el contrario, la ley hubiese prohibido estos contratos, la sanción en sede penal y administrativa se sumará a la civil inferida al nacido en caso de que este hubiere resultado dañado.

De tal suerte, el contrato de maternidad subrogada se presenta como de estilo innominado, con características muy particulares y diversas modalidades de desarrollo y contenido. Ello es así en aquellos países en los que ésta práctica es aceptada, el contenido del acuerdo implica cláusulas que garantizan, entre otros aspectos, que la portadora no deberá abortar; o que sí deberá hacerlo en caso de verificarse una malformación en el feto.

También se establecen, una serie de cuidados y normas de conductas que aquella deberá desempeñar a los efectos de cuidar que el embarazo llegue a buen término y evitar exponer al nasciturus a algún daño. El contenido económico contempla una serie de gastos devengados a consecuencia de los cuidados especiales dispensados a la subrogada y, por supuesto, un precio final en retribución por la cesión temporaria del útero y lo propio respecto de la agencia intermediaria.

No debemos olvidar que el corolario o última prestación en el tiempo, aunque primera en importancia, que rige este acuerdo, es la entrega de un niño, objeto por demás ilícito, suficiente de suyo para decretar la nulidad de esta figura contractual,

Para autores como Lledo Yague<sup>43</sup>, la nulidad de este tipo de pactos acarreará la necesidad de resolver los conflictos que del mismo derivan acudiendo a los principios

---

<sup>43</sup>LLEDÓ YAGÜE, "Breve discurso sobre bioética y derecho, *La revolución biogenética versus sistema familiar*", *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, vol. 3, núm. 2, pp. 341-367 Dikinson, Madrid 2004 Tomo V

generales aplicables a las obligaciones naturales. De manera tal que, si ha habido restitución no podrá exigirse lo pagado. Otro sector de la doctrina hispana considera que estos contratos contravienen la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad.

En el ámbito de la doctrina nacional, en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1989) se manifestó que:

“la disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro, es contraria a la moral y al orden público”.

Gustavo Bossert, en cambio, admite la licitud de este pacto cuando el mismo es gratuito, desconociendo, sin embargo, acción a los contratantes para reclamar el niño; siendo la obligación de quien presta su vientre de tinte puramente natural y, en consecuencia, no exigible judicialmente.

## **CAPÍTULO 2**

### **LEGISLACIÓN COMPARADA**

Constituyen ejemplos fehacientes de la problemática planteada, este es un principio de hermenéutica jurídica, consagrado en todos los Códigos Civiles, originados en el sistema romano-canónico, de tal suerte que los diversos países se vieron precisados a encarar una legislación acorde a la realidad.

Allí Donde existe una ley, sea del orden público o del orden privado, hay un bien jurídico protegido, un valor social material o moral, que el legislador desea tutelar. Hoy en día, además de los bienes jurídicos secularmente conocidos (la vida, la salud, el honor, el patrimonio, el Estado, etc.) la doctrina encara nuevos valores tutelables. Así se discute sobre el derecho al niño, entendido como el derecho que toda mujer tendría a procrear prevaleciéndose de las técnicas que la ciencia pone a su disposición

En varios países se ha tomado conciencia de que debía procederse a la regulación jurídica. El tema fue motivo de diferentes comisiones de estudios y de ordenamientos jurídicos. Una revisión del Derecho Comparado nos muestra que la legislación es escasa al respecto. El procedimiento que se utilizó fue el de crear comisiones multidisciplinarias de expertos – médicos, biólogos, abogados, religiosos, etc. Que pudiesen recomendar al poder legislativo.

#### **2.1 Comunidad Europea**

La experiencia en Italia nos presenta el singular caso de una mujer que dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad física (fundada en problemas de salud) de su madre para sobrellevar el embarazo y que deseaba tener un hijo de su nueva pareja. Acerca de este tema, la doctrina de ese país expresa que, en virtud de los principios instituidos en su Código Civil, la maternidad exige el presupuesto del parto y, por ello,

madre será quien ha llevado a cabo la gestación. Empero, algunos autores se inclinan por considerar tal a aquella mujer que ha deseado tener al hijo (maternidad psicológica) en franca oposición con quienes remarcan con la mayor de las trascendencias la relación que se establece entre madre e hijo durante la gestación, siendo esta circunstancia la que debe primar en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica.<sup>44</sup>

Recientemente, una jueza del Tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler. En el caso, nos encontramos frente a una mujer que debido a una malformación en su aparato genital se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque si podía producir ovocitos.

Ello así, en 1995 la pareja, mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un Código deontológico que prohibió expresamente la “maternidad subrogada”. Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones sean implantados en la madre sustituta. El fallo hizo lugar a la petición aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacían cuatro años que estaban congelados.

En suma, si bien la mayoría de los doctrinarios consienten a las parejas estériles, admitiendo que la ciencia les de una salida a su problema para procrear, existe otra mayoría que manifiesta una preocupación por las posibilidades de abuso y de desviación que comportan estos métodos. Entonces, se presenta la imperiosa necesidad de abordar a una legislación que establezca los límites éticos que tales prácticas deberían respetar.

---

<sup>44</sup> CAMPIGLIO Cristina “Prcreazione assistita” e famiglia nel diritto internazionale, pubblicazione de lla universita di pavia facota di giurisprudenza. P. 223 Italia 2000.

### 2.1.1 España

En el Derecho Español vigente los hijos habidos por mujer casada se atribuyen en línea de principio al marido. Si el hijo fue fruto de una inseminación artificial con semen de dador, al igual que si hubiese sido fruto de un adulterio, entendemos que el marido deberá impugnar la determinación legal que pudiera haberse efectuado, atribuyéndole una paternidad que no le corresponde.

La cuestión ofrece otras perspectivas cuando la mujer que se somete a la inseminación artificial utilizando semen de dador no esta casada. Se trata de remediar –alegan los defensores de estas técnicas- la infertilidad de la pareja estable o, también el problema de una mujer que, deseando ser madre no lo consigue por los medios naturales. Podría utilizar entonces el semen del hombre que mantiene con ella una relación no matrimonial, o el de un donante anónimo, contando con que el hijo será reconocido por el conviviente.

La doctrina española, al igual que sucede en otros países donde el tema se ha planteado, discute en que medida una futura regulación deberá acogerle supuesto de la pareja estable, e incluso el de la mujer sola, a la hora de admitir la práctica de estas técnicas genéticas.<sup>45</sup> Cuando una mujer sea cual fuere su estado civil, pretende someterse a estas prácticas genéticas. Otra cosa es, que se reclame el uso de esas técnicas que precisan, obviamente la previa “donación” de gametos masculinos, como un derecho de la mujer que, entendemos, no existe en la hora presente en nuestro ordenamiento positivo.

---

<sup>45</sup> "Algunas reflexiones jurídicas constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de la reproducción asistida", Revista de Derecho Político, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 26, 1988, p. 113

**Fecundación In Vitro:** La fecundación artificial, extracorpórea, *In Vitro* o “bebe probeta” es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre, fuera de su cuerpo, con el esperma del padre.

Nos hemos referido ya en repetidas veces a esta técnica revolucionaria, cuyo primer éxito data de 1978, capaz de suscitar una problemática sumamente heterogénea. Prueba de ello es el título, escasamente definitorio del voluminoso informe sobre fecundación *In Vitro* e inseminación artificial humana. Estima el citado informe, que debe controlarse la actuación científica para evitar abusos, pero que deben autorizarse cuantas investigaciones sean beneficiosas para combatir la esterilidad y tratar enfermedades específicas, legitimando para tales actuaciones los Centros o Servicios necesarios.<sup>46</sup>

En el Derecho Español, la razón por la que nos hemos detenido en considerar datos foráneos en este estudio referido al Derecho español estriba sencillamente, en que no sabemos qué, hasta la fecha, hechos semejantes en relación con las madres sustitutas se hayan producido en España.

Podríamos reforzar nuestra argumentación, aludiendo al tradicional respeto que el pueblo español ha sentido siempre por el hecho de la maternidad, reflejado en múltiples usos y también en normas jurídicas, hoy día, en el Artículo 39 de la legislación Española en el primer texto legal. Bastara poner de relieve – tal es al menos nuestra tesis – que las normas y los principios del Derecho Civil Español vigente son suficientes en la actualidad para regular los casos que pudieran presentarse y para disuadir, - lo que no es poco- del empleo de tales prácticas

Las nuevas formas de procreación se ofrecen en ocasiones con perfiles sorprendentes. Quizá entre los más significativos, la práctica, que parece ha dado de ser insólita en el mundo anglosajón, de hacerse inseminar la mujer con el semen de

---

<sup>46</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Comun y Foral. Tomo Quinto, Vol. Segundo, *Derecho de Familia*. 9ª ed., Reus, Madrid 1995.p. 603

un extraño, para que éste y su esposa dispongan de un hijo del que carecían, y otras de obtener la fecundación *In Vitro*, llevar a cabo la gestación de un embrión humano obtenido con la aportación del ovocito de otra mujer que no puede ser madre o no quiere soportar los riesgos o inconvenientes del embarazo, para entregar a esta y al padre genético el hijo que nazca.<sup>47</sup>

En el lenguaje de los medios de comunicación aceptado por un sector de la doctrina jurídica se habla de “madres de alquiler” y también de “alquiler de útero” o “alquiler de vientre”

El artículo 12º de la Ley Española, sobre Técnicas de Reproducción Asistida establece que “toda intervención sobre el preembrión, vivo, in vitro, con fines terapéuticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia para procrear”. El denominado Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP) permite detectar y en su caso desechar embriones portadores de enfermedades como la fibrosis quística, la hemofilia y las aneuploidías –alteraciones en el número de cromosomas–. Estos estudios de DGP están vetados en Suiza, Irlanda y Austria; y no se practican en Noruega, Polonia, Grecia y Alemania. En este último país, el Comité de ética se ha posicionado a favor de la aplicación de algunas pruebas genéticas de embriones.

En la madre patria rige al respecto la ley 35/1988, sobre técnicas de reproducción asistida, la cual se limita a prohibir la utilización de la maternidad sustituta, pero no se expide acerca de la solución jurídica que corresponde en los casos en que dicha circunstancia, pese a su prohibición legal sea realizada legalmente.

El artículo 10.2 de la ley española 35/1988 –primera ley sancionada en Europa respecto de la fecundación asistida-, establece que “la filiación de los hijos nacidos

---

<sup>47</sup> MARTINEZ –PEREDA RODRIGUEZ, J.M Y MASSIGOGUE BENEGIU, J.M. *La Maternidad Portadora, subrogada o de Encargo en el Derecho Español*. Ed.Dykinson, Madrid, 1994 p.203

por gestación de sustitución será determinada por el parto”. En este sentido, un sector de la doctrina de ese país considera que la portadora no podrá impugnar su maternidad ni por vicios del consentimiento, ni por cualquier causa referente al acuerdo de gestación para otra pareja. Asimismo, el hijo no tendría derecho a reclamar una filiación materna que ya consta y aparece declarada por la ley, ni impugnar la ya existente.

No obstante, también deben ser considerados aquellos supuestos –aunque minoritarios- en los cuales la mujer gestante ha sido inseminada con un óvulo ajeno en contra de su voluntad; o cuando el material genético ha sido extraído a la madre biológica sin el consentimiento de esta o con una finalidad diversa a la fecundación *in vitro*, e implantado en otro el útero.

En la hipótesis planteada en primer término, se podría admitir la legitimación de la gestante para impugnar su maternidad; en la segunda situación consideramos a la madre biológica como una tercera interesada y, por ende, legitimada a impugnar la presunción de maternidad por el hecho del parto y reclamar la misma para sí.

Para Vidal Martínez, si bien la legislación española resuelve a quien corresponde declarar madre, también sería factible prever que la maternidad de deseo pueda ser convertida en legal por los cauces de la adopción, siendo imprescindible el control judicial a los efectos de salvaguardar, fundamentalmente, el interés del niño. Similar opinión plantea la doctrina brasileña, refiriendo que “el mejor interés del niño” habrá de ser el que rija la decisión judicial, entendiendo por tal, el derecho a la vida y a la salud.<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup> VIDAL MARTINEZ, Jaime. *Las nuevas formas de procreación Humana*, Madrid, Ed. Civitas, 1988,p.180

### 2.1.2 Argentina

Hasta la fecha los especialistas se rigen por los lineamientos de la Sociedad Argentina de esterilidad y fertilidad, por un Código de Ética y en algunos casos por comités de ética organizados por centros especializados.

El último de los proyectos de Ley sobre nuevas tecnologías reproductivas que se encontraba aprobado con el acuerdo del senado, ya caducado, revestía carácter restrictivo en algunos aspectos.

Estimamos que el proyecto autorizaba la fecundación extracorpórea o In Vitro, sin dejar ser respetuoso de la persona humana, equiparándola en el derecho a la engendrada en el seno materno.

De este modo, se aprobaban los métodos artificiales para los casados y los convivientes de más de tres años. Se prohibía la utilización de material genético ajeno a la pareja casada o conviviente, de hecho, quedando así prohibida la donación de gametos y por lo tanto los bancos de esperma o de óvulos que puedan dar lugar a su comercialización.

Solo autorizaba la fecundación de óvulos humanos para reproducción en los casos de parejas infértiles o estériles, como último recurso cuando otras técnicas no hayan dado resultado se descarta así la técnica de reproducción solamente con fines científicos de investigación.<sup>49</sup>

El problema radica en que si consideramos que el óvulo fecundado es una persona humana porque la vida comienza desde la fecundación y por consiguiente su status

---

<sup>49</sup> VERNENGO, R. Sobre la producción de normas jurídicas y normas morales, en *Bioética, sociedad y derecho*. Buenos Aires, 1995; pág. 183 y ss. Ya la *Physis*

jurídico es ese independientemente del tipo de vida, ese embrión debe ser tratado como tal, y por ende su congelamiento.

Para la Organización Mundial de la Salud este último término “salud” connota no solo un bienestar corporal, sino también anímico y social. Es bien conocido en el ámbito médico que una esterilidad no deseada agobia considerablemente el ánimo de los matrimonios que la padecen sin haberla elegido libremente de los que no han optado por ella, sino que la soportan como una pesada carga y, por ello, deciden ir a la asistencia médica, como la mejor aliada en su lucha por vencerla.

La inseminación artificial forma parte de la medicina reproductiva desde hace ya mucho tiempo. Esto es comprensible, pues la medicina reproductiva toca campos tan vitales e íntimos que la valoración moral de las mismas esta muchas veces predeterminada por “cimientos morales” que impiden un análisis ético estricto.<sup>50</sup>

Desde el punto de vista jurídico, el caso aparentemente mas simple es la F.I.V. homóloga, la cual a primera vista no ofrece mayores complicaciones. En cambio la heteróloga conlleva una pesada carga de complicaciones jurídicas atinentes a temas sumamente delicados cada una de ellas con sus respectivas aristas éticas, como ser: banco de esperma; asignación de la paternidad; maternidad “sustitutiva”; inseminación artificial de la mujer sola, soltera, viuda o divorciada; donación y confidencialidad; derecho hereditario, entre otros.

Pienso que la herencia genética resulta un interés esencial al cual nadie puede estar obligado a renunciar, sin perjuicio de que muchos lo hagan voluntariamente, por diversos motivos, como ser religiosos, tal es el caso del sacerdote católico que se somete a las normas del celibato por su propia decisión; o los casos de matrimonios que por motivos profesionales renuncian a tener hijos, si la tenencia de los mismos obstaculiza las elevadas pretensiones de ellos en cuanto a su carrera, entre otros casos, pero no estamos hablando de que se pueda o quiera renunciar a la herencia

---

<sup>50</sup> Idem

genética, si no de que “no se puede obligar” a nadie a hacerlo . Nadie tiene derecho a obligar a otro a renunciar a ello.

Por otro lado, considero que tampoco el fin justifica los medios, es por ello que el deseo de tener un hijo debe satisfacerse sin lesionar los derechos de nadie, mucho menos los del hijo por tener. La herencia genética constituye un derecho básico innegable, pero aún siendo legítima.

En primer lugar quiero expresar que comparto lo que dice Dr. Gustavo Bossert, en el sentido de que la realidad nos demuestra que mientras en Buenos Aires, y otras ciudades del interior, como Osario, funcionan centros de salud, en los que se llevan acabo prácticas de asistencia a la procreación en un número considerable, la ausencia de reglamentación para este tipo de actividades , la ausencia de control sanitario , así como también de comités de bioética adecuadas para este tipo de prácticas, pueden comprometer la salud del niño que puede nacer a través de ellas. De ello surge la necesidad imperiosa de legislar.

La inseminación de la mujer soltera plantea otra problemática. ¿Tendrá derecho una mujer a someterse a una inseminación, ya sea con aportación genética de su pareja estable o de un donador anónimo? La Ley española sobre reproducción asistida la permite, siempre que la mujer sea mayor de edad y en plena capacidad para obrar, con independencia de su estado civil.

En Italia, aún cuando no se ha legislado al respecto, existe una proposición de Ley presentada en la Cámara de Diputados el 9 de mayo de 1986. En este documento se propone que la mujer mayor de edad, no vinculada por matrimonio, pueda recurrir a la inseminación artificial si convive con un compañero estable. La Ley sueca de diciembre de 1984, puesta en vigor en marzo de 1985, permite la inseminación de la mujer cuando esté casada o cohabite con el hombre en condiciones semejantes a las del matrimonio, siendo indispensable en todo caso, el consentimiento escrito del marido o compañero.

En cambio, en Francia los bancos de espermatozoides practican inseminación artificial únicamente a las parejas unidas en matrimonio y sólo cuando tenga por objeto remediar la esterilidad de la pareja. En la legislación mexicana no se impide a la mujer soltera, libre de matrimonio, capaz y mayor de edad, ejercer su derecho a recurrir a la inseminación artificial.

### **2.1.3 Francia**

El comité National d'Éthique ha rechazado la maternidad subrogada, recomendando que no se modifique la vigente legislación dando cabida a tal práctica. Según el texto publicado, el Comité propone mantener la aplicación de la legislación vigente y no adoptar medida legal alguna para legalizar tal forma de actuación contra la infertilidad porque contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la madre portadora y para cuantos intervienen en estas operaciones.

El Derecho francés mantiene como cuestión de orden público el principio de la integridad humana, con relación a la persona, los únicos contratos lícitos son aquellos que no atentan a la conservación de la persona (p. Ej. Transfusión de sangre o donación de espermatozoides), o bien aquellos que pudiendo atentar a dicha conservación se realizan con una finalidad curativa (p. Ej. contrato de donación de órganos de la Ley del 22 de diciembre de 1976). Las consecuencias técnicas de la ausencia del contrato lícito son:

La madre portadora puede reclamar la maternidad, si lo desea.

La pareja contratante no puede exigir legalmente al niño, ni tampoco reclamar indemnización por el incumplimiento de la entrega.

Si el niño nace anormal se asigna, con carácter forzoso, a sus verdaderos padres y solo puede ser internado en la Ayuda Social a la Infancia, de conformidad con la Ley

del 6 de julio de 1984 sobre derechos de las familias en sus relaciones con los servicios encargados de la protección de la familia y de la infancia.

## **2.2. Estados Unidos de América**

Algunos de los diversos Estados que compone la Unión han manifestado, la tipificación como delito de la entrega de dinero u otros bienes a cambio de la adopción de menores .Fundamentándose en una Ley de este tenor, un Tribunal en Michigan, expidió en el Doe vs Kelly. Negando el cumplimiento de la prestación pecuniaria reclamada por la madre gestante en calidad de contraprestación por el alquiler de su vientre, con excepción de los gastos originados por ello. También con base sobre esta premisa y en una ley específica que veda el consentimiento anticipado para conocer la adopción antes de que se produzca el nacimiento, el procurador general en Kentucky, considero en 1981 como ilegales los contratos de maternidad sustituta. Sin hacer referencia alguna a la validez del contrato. Se basaba tal resolución en que la Ley prohíbe pagar dinero a cambio de la entrega de un menor para la adopción.<sup>51</sup>

En el caso Srykowski versus Appleyard, tampoco se pronunció el Tribunal de apelación sobre la validez del contrato de maternidad subrogada.

En enero de 1981 manifestó en Kentucky, el Procurador General su tesis de la ilegalidad de tales contratos, apoyando dicha opinión en la propia política del Estado, contraria al pago de dinero como remuneración por la adopción de un menor y sobretodo en una específica y concreta Ley que veda el consentimiento para el convenio de adopción antes del nacimiento de la criatura. Manifestaciones parecidas realizó en junio de 1982 el Procurador General del Estado de Kansas.

---

<sup>51</sup> <http://revistapolis.cl/7oque.htm>

La opinión más común y generalizada es la conveniencia de aprobar una legislación especial que resuelva los complejos y variados problemas que suscita la maternidad subrogada.

El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé.

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M.

El 3 de febrero de 1988 el Tribunal Supremo de New Jersey dictó sentencia en el caso de Baby M. Num. A 39 1988 NJ, habiéndose celebrado la vista de dicho recurso el 14 de septiembre de 1987. Dicha resolución plantea la validez del contrato de maternidad subrogada. Como ya vimos, el ámbito del contrato puede sintetizarse así: Por unos honorarios de 10.000 dólares una mujer convino en ser inseminada artificialmente con el semen del marido de otra; acordando concebir esa criatura, gestarla, procrearla y entregarla al padre biológico y a su esposa.

Se establece en el contrato que la madre natural o biológica se separe permanente de su hijo, que será adoptado por la esposa del oferente del semen, y los

componentes de este matrimonio serán a todos los efectos los padres de la nueva criatura.

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

Más llamativo y resiente ha sido el caso de una mujer de cincuenta y tres años posmenopáusicas, que el día 28 de noviembre de 1992 dio a luz un niño de 2.9 kilogramos de peso, que es su propio nieto, cuyo notable suceso ha ocurrido en la localidad de Búfalo (Nueva Cork). La feliz abuela- madre, se ha tenido que someter a cuatro implantes de óvulos de su nuera, de treinta y tres años, que fueron fertilizados en un laboratorio con espermatozoides de su hijo.

Tres semanas antes de cumplir los nueve meses de gestación y mediante una cesárea, se ha logrado el nacimiento de un niño en perfecto estado de salud. Todo ocurrió porque la pareja había decidido años atrás someterse a una esterilización a través de una histerectomía.

Geraldine Wesolowski tuvo que tomar hormonas para reanudar el ciclo menstrual, se ha convertido así en una de las pocas mujeres de edad madura, que ha conseguido en los Estados Unidos dar a luz un bebé. El Director técnico de todo este proceso, William Cooper destacó a los medios de comunicación que todo lo que hace falta es

un útero, sin importar su edad. Una mujer de cincuenta y tres años ha dado a luz a su propio nieto tras cuatro implantes de óvulo de su nuera, todo ello como ha sido subrayado donosamente un comentario de prensa con un ligero toque de incesto clínico donde las técnicas genéticas trastocan parentescos y enredan hasta el laberinto filiaciones y genealogías.

En su momento para este niño que ha venido a este mundo habrá una explicación en su momento.<sup>52</sup>

Existen criterios, más flexible, en cuanto permite estos contratos cuando se celebran sin ánimo de ganancia, y siempre que la madre tenga derecho a quedarse con la criatura, después del nacimiento. En Gran Bretaña se permiten estos, siempre que sean gratuitos y que la pareja reclamante adopte al niño así concebido, siempre y cuando la madre lo entregue espontáneamente.

Una tercera postura que es la más amplia, tiene gran preponderancia en Estados Unidos, en donde hay grandes empresas que se encargan de la intermediación entre parejas interesadas y madres subrogadas. En algunos Estados se admite la validez de estos acuerdos y se deja librado al total arbitrio de las partes, constituyéndose en una especie de adopción alternativa. Y algunos autores hasta justifican la onerosidad de estos convenios, estableciendo que la gestación del niño es un servicio y que el dinero que se paga por ello, es la indemnización por el tiempo que la madre ha estado embarazada, por las fatigas y riesgos que ha sufrido.

En virtud de cierta jurisprudencia de Estados Unidos se ha determinado que el derecho a la intimidad, es el derecho del individuo, casado o soltero, de tomar decisiones que afectan fundamentalmente a la persona como la decisión de engendrar o parir un niño, libre de toda intervención gubernamental injustificada. Por lo tanto, el Estado no le puede prohibir a una pareja que al tomar la decisión de tener un hijo, elijan el método que ellos quieran, entre los cuales podría estar la maternidad

---

<sup>52</sup> Proyecto de Ley de la Reproducción Humana Asistida, 2/7/1997, Presidencia del Senado de la Nación.

subrogada. Esta decisión se tiene que tomar como parte de esta amplia garantía constitucional.

### **2.3. México**

La inseminación es un procedimiento destinado a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad para la procreación. La inseminación artificial procede cuando la inseminación natural no es posible por anomalía física del marido o de la mujer, por imposibilidad para la ascensión natural de los espermatozoides o porque el semen que penetra no es fértil. Lledó Yagüe manifiesta que la inseminación artificial debe ser considerada como una solución terapéutica "pero nunca como un medio alternativo de procreación *latu-sensu* para parejas infértiles y menos sin constituir pareja, como sujetos individualizados que pretendieran beneficiarse de las ventajas del procedimiento".

La inseminación artificial en ningún caso debe ser utilizada como sustituta de la relación sexual natural. Su justificación depende de una opinión médica que indique la imposibilidad de la pareja para procrear por los medios naturales. En la medida que la inseminación artificial se justifique, será aceptada por la sociedad.

Desde luego, cuando hagamos referencia a la aceptación de la inseminación artificial debemos distinguir, como lo plantea Calcerrada entre una aceptación científica, una religiosa y la legal de entre cada uno de los distintos tipos de inseminación que existen.

#### *1. Aceptación científica*

La comunidad científica acepta, puesto que ella misma ha creado, las prácticas inseminatorias. La inseminación artificial atiende a un problema médico, el de las parejas infecundas que, habiendo agotado otras medidas terapéuticas, deciden someterse a las técnicas que la ciencia ofrece para lograr la fertilización.

## *2. Aceptación religiosa*

La Iglesia católica acepta la práctica de la inseminación homóloga, pero considera a la heteróloga como una abominación y un desorden moral condenable. Pío XII se pronunció en el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos de 29 de septiembre de 1949, en el sentido de considerar la fecundación artificial fuera de matrimonio, pura y simplemente como inmoral. La procreación de una nueva vida no puede ser fruto sino del matrimonio. La fecundación artificial en el matrimonio producida por un tercero es igualmente inmoral y, como tal, debe reprobarse.

La instrucción vaticana ha manifestado: "Obtener gametos de una tercera persona para disponer de esperma o de óvulos constituye una violación del compromiso recíproco de los esposos y de una falta grave contra aquella propiedad esencial del matrimonio que es la unidad."

En cambio, para otras religiones, como la protestante, la inseminación artificial no produce ningún cuestionamiento.

### **2.3.1 Aspectos Constitucionales**

El Artículo 4º Constitucional establece "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos...", pero, como todo derecho este se extiende hasta donde no se vulnere otros derechos reconocidos.

El individuo comprendidos hombres y mujeres, pueden actuar con plena autonomía, en cuyo ámbito es soberano. En este supuesto, el derecho a la reproducción es una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos. Si embargo no es un derecho absoluto, es un derecho con límites, si bien, estos no son otros que los derivados del ejercicio de la propia libertad de los demás, el ejercicio de los propios derechos y el respeto a los derechos de los demás.

¿Hasta dónde el derecho a la reproducción es un derecho autónomo o en dónde empiezan los derechos de los demás? Ya se ha apuntado que el proceso inseminatorio interviene una variedad de sujetos que deben ser tomados en cuenta, amén de los derechos del nacido. Resulta imprescindible regular el reconocimiento jurídico de todos los sujetos que participen en la generación de un nuevo ser.

El artículo 4º constitucional consigna el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos. La Ley General de Salud se refiere a la inseminación artificial en forma tangencial, pero ante la presencia de los distintos intereses que confluyen ese acto, deben establecerse normas que regulen cuidadosamente la inseminación artificial. Si bien la legislación establece el derecho a la procreación, incluida la que se obtiene por medio de la inseminación, debe entenderse que ese derecho no es absoluto y habrá de regularse tomando en cuenta otros derechos y las especiales circunstancias de cada caso.

En primer término, las prácticas inseminatorias reunirán todas las condiciones técnicas que aseguren los óptimos resultados y no suponga graves riesgos para la salud de la mujer o sus posibles descendientes. Debe permitirse sólo cuando las circunstancias médicas la justifiquen, en todo caso, debe entenderse que la práctica de la inseminación artificial es una práctica excepcional contra la infertilidad de la pareja y no como una medida usual para traer niños al mundo.

Debe considerarse que el niño no es un medicamento prescrito contra la frustración que ocasiona la falta de un hijo, sino un sujeto de derechos tutelados jurídicamente. Desde el punto de vista del donante; esposo, pareja o de origen desconocido, la legislación habrá de asegurarse de no atribuir la paternidad a quienes no hayan manifestado su voluntad de establecer lazos de filiación y de reconocer los de quienes lo hubieren hecho.

La Administración Pública debe dictar normas para que en los centros médicos especializados en la materia, se garantice el respeto a las personas que intervienen en el proceso y se cercioren de las libres manifestaciones de voluntades.

La inseminación artificial habrá de someterse a normas precisas. Resulta necesaria la colaboración de los científicos y de los juristas, de modo que el derecho no limite el avance de las ciencias, pero que la ciencia no transgreda los derechos y libertades fundamentales de los individuos y que sólo se traigan al mundo, a través de la inseminación artificial, a niños en el mejor de los proyectos posibles.

El ejercicio de un derecho está vinculado al principio de igualdad. Todos los sujetos, en igualdad de circunstancias, deben tener los mismos derechos, La discriminación por razón de sexos está prohibida por la Constitución, en tal caso podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tiene derecho a la reproducción por medios de la inseminación artificial.

En el caso de la mujer, ella tiene derecho a ser inseminada con esperma ya sea de donador conocido o anónimo, pero en el caso del hombre ¿cómo se hará efectivo su derecho a la procreación?, ¿Tiene derecho a que se le proporcione un útero para que gaste su carga genética cuando sea soltero o, si es casado, y su esposa esté incapacitada médicamente para llevar a cabo una gestación?. "En un intento de mejorar la situación del hombre respecto a su derecho a reproducirse, debería defenderse su derecho a proveerse de la posibilidad de alquilar úteros para gestar hijos de su propia esperma" y sólo así podremos referirnos a un igual derecho a la reproducción, reconocido a hombres y a mujeres.

### **2.3.2 Ley General de Salud**

Desde el ámbito del derecho a la salud, apreciamos que la Ley General de Salud determina dentro de los objetivos de la planificación familiar el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción humana; por su parte, la regulación específica respecto de los

procedimientos de fertilización asistida atañen a la normatividad aplicable a la disposición de órganos y tejidos.

Los esfuerzos son bastos, pero los resultados legislativos no siempre reflejan la dinámica que requiere la sociedad y mucho menos la investigación científica; no obstante, la última reforma practicada a la Ley General de Salud en junio del año 2005 pasado, ya incluyó presupuestos para la utilización de técnicas de reproducción asistida, con la inclusión del concepto de células germinales como aquellas células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión, así como el concepto del preembrión, que se considera como el producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación.

Se norma con ello la posibilidad de su utilización para efecto terapéutico, de docencia o de investigación, al ser ampliado también el concepto de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos como el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, para los fines señalados.

Así, tenemos que la inseminación homóloga, es decir, aquella que se efectúa con el esperma del esposo aplicado a su esposa, no presenta ningún problema jurídico en particular, puesto que técnica mente se trataría de la disposición de componentes de tejidos para inseminación artificial que sigue la reglas generales aplicables para los trasplantes en la Ley General de Salud, asimismo la legislación civil tomará en cuenta que el hijo concebido mediante este método es producto de matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural.

Los problemas comienzan a surgir cuando la inseminación es heteróloga, es decir, aquella en la que se usa el semen proporcionado por un donante ajeno a la pareja o si ésta se realizó en una mujer soltera, viuda o divorciada, puesto que si bien es cierto, que por lo regular la disposición de órganos, tejidos y sus componentes se

realiza en personas ajenas al núcleo familiar del receptor, existe una regulación civil estricta por lo que hace a la filiación.

Impresionante nos resulta pensar que como abogados tengamos que defender a una pareja que haya celebrado contrato de maternidad subrogada en donde la madre que rentó su útero no quiera reconocer los compromisos pactados y no entregue el producto de la concepción, tomando en cuenta que el contrato sería inexistente por ser una materia que en nuestro país se encuentra fuera del comercio.

Por otro lado, el hijo concebido a través de inseminación heteróloga por una mujer soltera, viuda o divorciada, será ante la legislación civil, un hijo fuera del matrimonio que tendrá todos los derechos y obligaciones que a tal filiación corresponden. La mujer podrá reconocerlo expresamente registrarlo en el Registro Civil como suyo y de padre desconocido; el hijo adquirirá derecho a los apellidos de su madre; ésta ejercerá sobre él la patria potestad y madre e hijo tendrán recíprocamente derechos alimentarios y sucesorios.

El servicio de Planificación Familiar, cuyo Artículo 67 remite expresamente al artículo 4º constitucional, confirmando la libertad procreacional.

“Los servicios que se presten en la maternidad constituyen un medio para el ejercicio del Derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad.”

El artículo 466 de la Ley General de Salud “impone una pena privativa de libertad. Al que sin consentimiento de una mujer, si esta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación, si resulta 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.

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 asistida.

Cabe destacar el Código Civil del Estado de Tabasco, por ser un Código Innovador en nuestro país, acepta la maternidad subrogada y la reproducción post-moterm.

En México existen pocas normativas sobre el tema que hoy nos ocupa; dentro de ella podemos mencionar la Ley General de Salud, aspectos sobre la filiación en el Código Civil el Distrito Federal y algunos delitos mencionados en el Código Penal para el Distrito Federal.

Sin embargo a continuación haremos un breve resumen de algunas cuestiones reguladas en el Código Civil del Estado de Tabasco.

De acuerdo con esta normativa, las técnicas de reproducción asistida pueden ser utilizadas por los conyuges, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los conyuges.

El Concebido a través de estas técnicas es protegido aun que se encuentre en el útero materno. En cuanto a la filiación de los hijos, no se hará ninguna distinción a los nacidos a través de reproducción asistida y esta se dará por simple consentimiento de la misma, por lo que si se probare que el marido consintió en que su conyuge hiciera uso de dichos métodos, no podrá negar su paternidad .

Esto ocurre en los hijos nacidos del matrimonio como del concubinato.

El marido podría recurrir como causal de divorcio al hecho de que su mujer hubiera empleado algún método de concepción humana artificial sin su consentimiento.

El Código del Estado de Tabasco acepta la madre subrogada de la siguiente forma:

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se permitirá la maternidad de la madre contratante que la presenta ya que este hecho implica su aceptación, en los casos en que participe una madre subrogada deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata ya sea que esta última prevea o no el óvulo. Esto es cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión. La madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y este será considerado hijo legítimo de la mujer que contrato.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando este lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

En el caso de Tabasco correspondiente al Libro Primero, ya se regula esta figura de la madre subrogada o sustituta.

A continuación se hace mención de las disposiciones que se han regulado en cuanto al procedimiento administrativo en los juzgados al momento de realizar el trámite correspondiente al registro del nacido.

#### *TÍTULO OCTAVO. De la filiación.*

##### *CAPÍTULO IV. De las pruebas de filiación de los hijos cuyos padres no fueren cónyuges.*

Artículo 347 del Código Civil del Estado de Tabasco. Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.

Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

*CC. TABASCO. LIBRO PRIMERO. De las personas.*

*TÍTULO QUINTO. Del registro civil.*

***CAPÍTULO II. De las actas de nacimiento.***

**Artículo 92.** Deber de reconocer al hijo. Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentará en el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotará la hora, día, mes año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado.

Si el padre o la madre o ambos piden por sí o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar éste y se mencionará en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará únicamente el nombre del que lo presente.

*En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", "o" habido como*

*consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial ", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles.*

*El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la Entidad y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.*

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

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

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

### 2.3.3 Reglamento de la Ley General de Salud.

Es el Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 6 de enero de 1987, que entro en vigor el día siguiente de su publicación da la respuesta al incluir, en su capitulo IV a la “fertilización asistida”, definiéndola como aquella en la que la inseminación es artificial (homologa o heterologa) 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 también ser usado para personas no casadas, solteras o adúlteras. En nuestro país no existe impedimento legal alguno que prohíba la reproducción artificial de personas casadas o solteras.

Dicha ley y su reglamento significa un gran avance para regular las técnicas de reproducción asistida

Por reproducción asistida, se entiende. “La Fecundación del ovulo mediante semen introducido por métodos instrumentales, sin la relación sexual”<sup>53</sup>

El Artículo 40 fracción XI del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos se establece que la fertilización asistida “es aquella en que la inseminación artificial (homóloga o heteróloga) e incluye a la fertilización In Vitro <sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> VARGAS ALVARADO, Eduardo.” Medicina Forense y Deontología Médica”, Edit. Trillas, México. 1991.p.893

<sup>54</sup> Reglamento de la Ley General de Salud. Ed. Porrúa, s,a México 2005.p 45

### **2.3.4 Código Civil para el Distrito Federal**

En Nuestra legislación Civil podemos observar como de manera irrelevante se menciona y se prevé, aunque no de manera extensiva la figura de los métodos de fecundación asistida, dejando una gran laguna en la legislación, en virtud de que no existe información al respecto, de tal manera que no podríamos encuadrarla en alguna situación de tipo real porque no se ha legislado, simplemente se menciona pero no se detalla.

Tal y como se puede observar en el Código Civil, para el Distrito Federal

*LIBRO PRIMERO. De las personas.*

*TÍTULO QUINTO. Del matrimonio.*

*CAPÍTULO X. Del divorcio.*

*Artículo 267. Son causales de divorcio:*

*XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y*

La anterior enumeración de las causales de divorcio, es de carácter limitativo; por tanto, cada causal es de naturaleza autónoma.

### **2.4 Diversidad de Proyectos Legislativos en diversos Estados**

El 23 de febrero de 1997 el mundo supo que Ian Wilmut, un científico escocés, y sus colegas del Instituto Roslin habrían logrado clonar con éxito una oveja mediante un nuevo proceso. El núcleo de una célula somática completamente diferenciada habría sido transferido al interior de un óvulo fecundado enucleado, el cual habría continuado su desarrollo hasta convertirse en "Dolly", un animal aparentemente normal que contendría exclusivamente el material genético del ejemplar donante de la célula somática referida. Este experimento sería el primero en lograr un animal

completamente desarrollado a partir de la transferencia de material nuclear de una célula somática desde las tempranas experiencias con ranas.<sup>55</sup>

### **Impacto y Primeras Reacciones**

Ante el anuncio el presidente William Clinton dictó en esos días la prohibición del uso de fondos federales en la investigación de la clonación de seres humanos y encargó a la National Bioethics Advisory Comisión la redacción de un informe, dentro de los siguientes 90 días, sobre las derivaciones éticas y legales en torno de la clonación de seres humanos.

Los proyectos legislativos son abundantes, en todo el mundo y probablemente tomaría mucho tiempo enumerarlos. En los Estados Unidos, en el último año se han presentado varias propuestas legislativas, una de ellas presentada, justamente, por la Administración Clinton. Otras proponiendo reformas a la Ley de Salud Pública (prohibiendo la clonación de seres humanos) y a la Ley Penal, en este caso tipificando tres nuevos delitos: la clonación de un ser humano, la conspiración para clonar un ser humano, y la implantación de un cigoto humano en un animal.

Según lo propuesto será castigado aquél que *“cree o desarrolle un ser humano a través del reemplazo del núcleo de una célula de un cigoto humano con el núcleo de una célula somática diferenciada de cualquier persona por implantación del embrión resultante para su gestación”*, exceptuando del tipo penal los casos de experimentación terapéutica cuando *“de ésta no resulte la clonación de un ser humano”*.

Además de los Estados Unidos, un número de países ha tomado la iniciativa de prohibir la clonación. La Unión Europea y varios otros países, incluyendo Alemania, Dinamarca, Australia, España y el Reino Unido ya tienen leyes o están preparando leyes para prohibir la clonación humana. Por otra parte, Francia, Argentina, China y Japón han anunciado su intención de disuadir los esfuerzos de clonar humanos, tal

---

<sup>55</sup> <http://dialogue.adventist.org/articles/consultado> el 27 de diciembre e 2005

como lo han hecho los 40 países del Consejo de Europa y la Organización Mundial de la Salud.

En junio de 1997, los países integrantes del G7 –EU, Japón, Alemania, Inglaterra, Francia y Canadá- suscribieron una proclama mundial sobre clonación humana, y la Organización de la Industria Biotecnológica (BIO) –una organización que agrupa a unas 700 empresas- ha informado a la NBAC<sup>56</sup> Organización de la Industria Biotecnológica, que las técnicas de clonación son altamente difíciles de implementar y que sólo un reducido número de científicos en el mundo entero puede alcanzarlas. Tales científicos –según el informe- forman una pequeña comunidad, y se conocen muy bien entre ellos; y, de acuerdo a los testimonios de estos científicos –presentados a la NBAC- ninguno de ellos pretende dedicarse a la clonación de humanos en un futuro previsible. Pero no debemos olvidar las declaraciones hechas por Richard Seed acerca de que procederá a la experimentación en un futuro cercano.

Por su parte, el Comité de Bioética de la UNESCO emitió en noviembre de 1997 la Declaración sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos que en su artículo 11 estipula:

“Las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, tales como la reproducción de seres humanos por clonación, no deberán ser permitidas. Los Estados y organizaciones internacionales competentes están invitadas a cooperar en la identificación de tales prácticas y determinar, nacional e internacionalmente, las medidas apropiadas para asegurar que los principios sentados en esta Declaración sean respetados”.

A su vez el Grupo sobre Ética de la Comisión Europea en Bruselas se inclinó a prever las más fuertes condenas para la práctica de la clonación de seres humanos. Las técnicas de clonación humanas no serían aceptables para el Consejo de Europa.

---

<sup>56</sup> Organismo encargado de la formulación de políticas sobre el uso de tejidos y material humano en a investigación genética; sus consideraciones y recomendaciones eran esperadas con mucho interés por la comunidad científica en general y los investigadores en genética .

La Convención europea de Biomedicina y Derechos Humanos contiene los principios básicos para diseñar una prohibición en tal sentido, contra el posible uso de las nuevas técnicas biológicas y médicas de clonación humana.<sup>57</sup>

Las propuestas plantean, al decir de Raymond Fresko, un enfrentamiento de *nosotros* (gobierno y ciudadanos) versus *ellos* (científicos malvados) que parece haberse desarrollado respecto de la clonación desde que el Dr. Wilmut anunció que había clonado exitosamente una oveja. El escándalo y el estado de emergencia moral desarrollado entorno al nacimiento de Dolly, son el producto de esa actitud “*nosotros versus ellos*”.

Sin embargo poco se ha razonado sobre los posibles usos y abusos de los procedimientos de clonación y menos aún sobre qué es un procedimiento de clonación. Algunos científicos creen que la clonación de embriones humanos puede traer resultados positivos:

Puede permitir un mayor conocimiento sobre las causas de infertilidad, un avance en el tratamiento de los abortos espontáneos.

Puede permitir comprender el mecanismo por el cual la mórula se fija a las paredes del útero, lo cual posibilitaría el desarrollo de mejores y más efectivos contraceptivos, con menores efectos colaterales.

La experiencia a ganar a través de la experimentación en clonación permitiría una mayor comprensión y conocimiento de nuestra genética la que volcada a la creación de órganos animales, genéticamente alterados, puedan ser trasplantados con éxito a seres humanos, aumentando así la disponibilidad de piezas sin tener que depender de la muerte del donante en la mayoría de los casos.

El rápido crecimiento de la mórula es similar al desarrollo de las células cancerosas. Los investigadores oncológicos creen que si es encontrado un método para detener

---

<sup>57</sup> MAIRENA NAVARRO, Marco y ZAMORA MONTES, Ramón. *Aspectos médico legales de la clonación humana*. *Med. leg. Costa Rica*. [online]. sep. 2002, vol.19, no.2 [citado 27 Julio 2006], p.23-43. Disponible en la World Wide Web: <<http://www.scielo.sa.cr/scielo>.

la división de un óvulo fecundado, entonces una técnica para detener el crecimiento de un tumor canceroso podría ser hallada.

Los tratamientos para restaurar daños cerebrales o del sistema nervioso podrían ser logrados mediante la clonación. Los tejidos nerviosos dañados en los adultos no pueden regenerarse por sí mismos. No obstante, células matriciales podrían ser capaces de reparar el tejido, y debido a la gran cantidad de células matriciales requeridas, la clonación de embriones sería necesaria.

Padres que saben que serios defectos genéticos pueden ser transmitidos a su descendencia podrían utilizar la clonación. Un óvulo fecundado podría ser clonado para ser sometido a test genéticos preimplantacionales.

En la fecundación *In Vitro* convencional se intenta comenzar con muchos óvulos fertilizados a la espera de que uno de ellos, al menos, logre la preñez; pero algunas mujeres pueden proveer sólo unos pocos óvulos. A través de la clonación de embriones, cada huevo puede ser dividido en varios cigotos para su implantación, aumentando las chances de embarazo.

Una pareja heterosexual, en la cual el hombre fuera estéril, podría no obstante tener un hijo utilizando material nuclear de una célula somática del varón para desarrollar un embrión a partir de la implantación de dicho material en un óvulo enucleado de la mujer.

Por otra parte muchos individuos y organizaciones han expresado su consternación ante los procedimientos de clonación. Afirman que: Los tests genéticos preimplantacionales a clones humanos podrían derivar en la eliminación de los cigotos de cierto género o característica.<sup>58</sup>

Cuando los genes que determinan el sexo puedan ser detectados, los embriones de uno u otro sexo podrían ser discriminados.

---

<sup>58</sup> <http://www.bioetica.bioetica.org/doctrina30.htm>, consultado el 17 de mayo de 2006

Cualquier país podría financiar un programa similar a los del Tercer Reich alemán para reproducir a voluntad a ciertos individuos cuyas características se consideren adecuadas a los proyectos políticos: ejemplares sub-humanos para ser explotados, súper humanos para dirigirlos...

La clonación permitiría la reproducción sin intervención masculina –incluso de esperma- dejando al hombre en una posición de individuo de la especie totalmente prescindible.

La clonación en amplia escala atentaría contra la biodiversidad: detendría la evolución y podría causar la ruptura de la “estrategia evolutiva estable,” de la especie y provocar su extinción debido a la susceptibilidad a enfermedades para las que el reservorio genético reducido, homogéneo no tuviere defensas que instrumentar.

Se provocarían distorsiones en las relaciones familiares: un padre cuyo hijo fuera su clon, ¿sería su padre o su hermano gemelo?

Los aspectos legales de la clonación son muchos (la determinación jurídica del comienzo de la persona humana y la protección a otorgar a toda materia viva anterior o emergente) y constituyen puntos de tensión planteados por las ideologías, por intereses económicos y sociales, por manifestaciones de dimensión política, por una variedad de formas imaginarias y naturales que determinan el complejo y ambivalente estereotipo, en este caso, de la manipulación genética. Frente a ello, el derecho es llamado, por un lado, a conjurar las amenazas de lo que vendrá y, por el otro, a legitimar las nuevas adquisiciones de la genética y de su instrumentación.

### **Legislación: Contexto y Actores**

Cuando se analizan las posibilidades y el contenido de una reglamentación para las técnicas de clonación en seres humanos se reflexiona sobre el ámbito de aplicación donde habrá de darse dicha normativa y los sujetos centrales, protegidos y obligados, de la misma.

La clonación pertenece a la categoría de tecnologías capaces de provocar una discontinuidad desestructurante a la "schumpeteriana" en las posibilidades de los procesos biológicos, es evidente que estamos ante una innovación mayor que significa una ruptura respecto de la línea de mejoramiento incremental en las tecnologías tradicionales.

En los aspectos generales, la clonación no se distingue de otras tecnologías. En ese sentido, si en la visión schumpeteriana la innovación es una creación destructiva, todo el problema es saber dónde, cómo y qué se destruye y dónde, cómo y qué se crea. La clonación en seres humanos, innovación mayor, generaría toda una serie de productos y procesos que sustituirán a los tradicionales, abriendo nuevas brechas en los sistemas sociales.

Por ello, se debe insistir en el hecho de que no es posible plantearse el problema del impacto de la clonación sin tomar en cuenta el contexto económico, social, cultural y político en el cual se harán esas aplicaciones. La utilización de los recursos científicos y tecnológicos -producción y aplicación de nuevos conocimientos, transferencia de tecnología- depende en gran parte de las condiciones de organización social y política, y el cambio técnico no se puede disociar de la naturaleza de esas estructuras.<sup>59</sup>

Las performances tecnológicas recientes no pueden comprenderse ni aplicarse sin tomar en cuenta la originalidad de las relaciones sociales, culturales e institucionales subyacentes. El problema del desarrollo tecnológico pasa también, entonces, por una gran innovación en el aspecto político y sociocultural, innovación que no puede ser más que esencialmente idiosincrásica y que debe plasmarse en un modelo normativo que -al explicitar un horizonte de crecimiento y equidad social- jerarquice y estimule el desarrollo del respeto al ser humano, en todos los niveles de la sociedad.

Se debe tener en cuenta el impacto en el contexto institucional general que las actividades innovadoras pudieran acusar en razón de normativas de prohibición. A

---

<sup>59</sup> Idem.

este respecto, los dominios de la ingeniería genética y de las demás técnicas de la biotecnología presentan la particularidad de la activa intervención mixta de los investigadores universitarios, las universidades y los organismos públicos de financiamiento junto con empresas privadas.

En ese sentido, el problema crucial tal vez no resida en regimentar la capacidad científica y tecnológica, sino más bien en diseñar el contexto socio-político-institucional que llevará a la práctica la acumulación y creatividad tecnológica integral.

La actividad científica se da siempre de manera general dentro de una comunidad científica y, de manera particular, dentro de una organización y con la mediación de ésta (universidad, laboratorio, empresa...). Por ello, cuando se pretenda establecer regímenes de responsabilidad, debe tenerse a la vista el desenvolvimiento del contexto organizativo dentro de la cual se enmarca la actividad científica.

La ciencia es afirman Angel Castiñeira y Josep Lozano una *construcción compartida*,<sup>60</sup> construcción y no revelación, producto de intereses, de elecciones. Por ello, concluyen apuntando que el compromiso moral no se agota con el desarrollo de los bienes internos en las prácticas científicas, sino que, además, alcanza a la organización, como sujeto moral.

Perdida la imagen de la ciencia pura, objetiva, neutra y revelada su dimensión histórica y su vocación práctica que obliga a asumir riesgos y compromisos sociales; en fin, planteada como una conducta humana y asociativa, la actividad científica organizada puede y debe corresponder al conjunto de principios y valores aceptados dentro de la comunidad, con su pluralidad y segmentación.

El punto "médico" en el que el legislador debe situarse para dar forma a la sociedad, expresando lo que sea que la moral les exige a las instituciones y prácticas de la sociedad, debe encontrarse en el nivel de las estructuras sociales mismas.

---

<sup>60</sup> <http://www.bioetica.org/cuadernos/doctrina11.htm>, consulado el 22 de enero de 2005

¿Qué puede “realmente” ofrecer el Derecho?

a) Sin olvidar que el compromiso de mediar entre las pretensiones de justicia de los hombres y la estructura formal de legitimidad de la teoría jurídica para mantener su efectividad representativa de la realidad, choca tal como advierte Roberto Vernengo con el riesgo de que “la creación democrática de derecho no garantiza de por sí su legitimidad moral, así como no asegura de solución justa a todo caso; (así tampoco) la creación de normas morales mediante procedimientos discursivos democráticos no garantiza que las reglas resultantes posean validez universal, y

b) Dentro de la comprensión de que ni los genes, ni la naturaleza humana serán inmutables, pues la adquisición de los nuevos conocimientos alterará no sólo a la sociedad, sino los *deseos* del hombre mismo<sup>61</sup>

El derecho es la representación de la realidad tal y como la diseña el hombre cuando acuerda vivir en sociedad dentro de un territorio demarcado. Tal representación no está fijada de una manera inmutable por naturaleza, sino que ella misma es una respuesta a las necesidades socio-económicas del hombre, y es flexible ante cambios en esas necesidades. Habitualmente dichas respuestas están elegidas por los sistemas de control social ejercido por quienes se imponen en los procesos de decisión en la esfera político-jurídico-económica.

Los principios racionales necesarios para hacer una elección o para tomar decisiones dentro de las acciones posibles incluyen, de acuerdo a la teoría de la elección racional de David Gauthier,<sup>62</sup> algo que restringe de manera imparcial la acción del actor que persigue su propio interés, a ello llama el autor citado: principios morales. Pero tal elección podría estar errada por carecer (el actor, operador del sistema de control social) de: información, o consideración, o experiencia. Es decir, que los principios morales predominantes, conforme con esta teoría, podrían ser emergentes de determinaciones equivocadas.

---

<sup>61</sup> Idem

<sup>62</sup> Gauthier, David. *La Moral por Acuerdo*. Barcelona, 1994, p. 350, quien ve la teoría de la moral como parte de la teoría de la elección racional.

Esto no es ignorado por los operadores jurídicos –al menos no puede, honestamente, serlo-. Así fue reconocido en el ya mencionado Informe de la National Bioethics Advisory Commission,<sup>63</sup> cuyas más importantes conclusiones y recomendaciones fueron:

1.- “Debido a la insuficiente información acerca de la seguridad y efectividad de la aplicación en seres humanos de esta tecnología, y a los serios planteos éticos que presenta, se requiere un más amplio y cuidadoso debate público, se concluye que por el momento es moralmente inaceptable, tanto para el sector público como privado, tanto si se trata de investigación o experimentación clínica, intentar crear un ser humano a través de la técnica de transferencia de material nuclear de células somáticas. La Comisión, por lo tanto, recomienda la continuación de la moratoria federal y que se requiera al sector privado su adhesión voluntaria a la misma.

2.- “La Comisión asimismo recomienda que la legislación Federal al ser promulgada prohíba la creación de seres humanos mediante la transferencia de material nuclear de células somáticas, pero que dicha legislación incluya una cláusula de caducidad para asegurar que el Congreso pueda rever el tema después de un período específico en punto a determinar si la prohibición necesita ser mantenida o no.

3.- “La Comisión enfatizó que todo esfuerzo reglamentario o legislativo para implementar la prohibición de la clonación humana a través de la transferencia de material nuclear de células somáticas debe ser hecho cuidadosamente para no interferir en importantes áreas de investigación científica. Entendió que ninguna nueva legislación sobre la clonación de ADN humano o de estirpes celulares humanas era realmente necesaria, como así tampoco sobre la investigación en clonación de animales mediante la técnica de transferencia mencionada.

4.- “Debido a que las diversas tradiciones éticas y religiosas están divididas respecto de los temas involucrados en la clonación humana, la Comisión propuso un debate

---

<sup>63</sup> Cf. <http://www.biotech.bioetica.org.mx> consultado 28 de Julio e 2006

abierto y permanente de estos temas para permitir a la sociedad establecer políticas de largo plazo sobre esta poderosa tecnología genética”.

5.- Finalmente, la Comisión destacó las dificultades motivadas por la falta de conocimiento sobre genética y ciencias conexas a ella revelada por el público y los medios de comunicación masivos, por lo que recomendó vivamente al gobierno federal instrumentar planes de educación al público en esta área de la ciencia. Además, produjo un documento público con interesante información y señaló que sería importante que la comunidad científica continúe monitoreando los desarrollos de los debates parlamentarios en torno al Informe presentado.

Así también, la Moratoria propuesta por la Administración del presidente William Clinton pone de manifiesto la ignorancia actual sobre el tema y el riesgo de interrumpir valiosos logros científicos, sin dejar por ello de reconocer la necesidad de una autorregulación voluntaria.

“Reconociendo que los científicos han logrado recientemente mayores éxitos en los campos de la genética y de la bioingeniería;

“Atento a que los científicos escoceses han encontrado posible la duplicación genética de una oveja y que científicos americanos han declarado que intentarán clonar seres humanos dentro de los próximos dieciocho meses;

“Considerando que principios éticos y médicos podrían ser violados como resultado de estos logros del conocimiento;

“Asumiendo que los seres humanos no son omniscientes, que no comprendemos el “milagro de la vida” en su integridad, y que estamos hoy operando en un ámbito que no podemos comprender acabadamente;

“Establecemos una inmediata moratoria sobre la clonación humana, permitiendo como excepción –a previa demanda- la clonación de células humanas, no organismos completos, específicamente para propósitos de investigación científica”

Es probable que muchas de las iniciativas en pos de la prohibición de la clonación en seres humanos provengan no sólo de la ignorancia sino, asimismo, del temor a las consecuencias. El miedo a la tiranía es un elemento importante entre los integrantes de la sociedad y debe ser considerado; pero, la tiranía siempre utilizó y utilizará cualquier medio que esté a su alcance y, sin duda, no esperó que aparecieran la inseminación artificial, la enovulación, la ectogénesis y la clonación, y muchas personas no estarán dispuestas a desechar lo “bueno” que ciertas aplicaciones de la tecnología de la clonación puede proveer porque exista la “posibilidad” (lo cual es diferente de la certeza) de que se produzcan efectos dañosos o indeseables. En lugar de ello, su inclinación los lleva a limitar su aplicación, a plantear sus objeciones pero sin universalizar prohibiciones programáticas poco posibles de ser operativamente implementadas y fiscalizadas.<sup>64</sup>

Diseñar un estatuto que regule, sin tendencias ideológicas, la vital investigación biomédica es muy difícil y puede resultar prematuro.

En una sociedad libre, la propuesta de prohibir determinados actos y crear nuevos delitos debe demostrar, previamente y en términos seculares, que la conducta punible (prohibida) causa o puede causar un daño real y sustancial al público. Esto, hasta el momento, no ha sido demostrado en lo que respecta a la clonación de seres humanos.<sup>65</sup>

Los argumentos a favor de la penalización de la clonación, hasta la fecha, parecen caer dentro de una de tres categorías:

**Primera.**-La argumentación filosófica o teológica se ha apoyado en que la clonación interferiría con el plan de Dios o con el orden natural y que constituiría una afrenta a la dignidad humana. Como individuo se puede aceptar o rechazar estas proposiciones, pero como jurista se debe admitir que la penalización de una conducta determinada debe hacerse en términos de un daño tangible y concreto a

---

<sup>64</sup> ZAMUDIO Teodora “*Los conceptos de persona y propiedad, la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidades genéticas*”, en Cuadernos de Bioética N°0, Ed Ad Hoc, Buenos Aires. 1996.p. 96

<sup>65</sup> <http://www.biotech.bioetica.org.mx> consultado 28 de Julio e 2006

los intereses sociales por parte de aquella conducta. ¿Cuál es el daño concreto que la clonación causaría a la sociedad y/o sus miembros?. La respuesta aún no ha sido jurídica y científicamente fundada y discutida.<sup>66</sup>

**Segunda.**-El prejuicio de que la clonación puede causar un daño al ser humano creado a través de esta técnica. En particular, se teme que el individuo clonado podría ser dañado o deformado por los procedimientos de la clonación experimental; o que el ser clonado pueda ser creado con fines de explotación comercial, tal como ser “productor” de partes anatómicas para trasplantes de órganos. En verdad que el ser humano resultante de la clonación recibiría igual protección constitucional y legal en tanto ser humano; más aún, debería ser considerada más cuidadosamente las hipótesis de si el temor inspirado por la clonación es real, si son de naturaleza diversa a las inspirados por las nuevas tecnologías reproductivas o terapias genéticas; y si otros pasos y medidas más limitadas podrían ser sancionadas en referencia a áreas más específicas involucradas en la temática.

**Tercera.**-Algunas personas y autores han identificado los métodos de la clonación con una amenaza a la sociedad, a la civilización; algunos argumentos afirman que, por ejemplo, la clonación será utilizada como instrumento para la dominación racial y política. Estos y otros temores atribuyen a la clonación que, aún hipotéticamente, ésta podría ser usada masivamente. Tales suposiciones, dignas de historias de ciencia ficción, no parecen, ni remotamente, posibles en el presente; bien que si en el futuro pudieran concretarse, la legislación y otras medidas podrían ser tomadas, ajustadas a la realidad que entonces se plantee. Las medidas jurídicas contra las tiranías, como ya se mencionará, no dependen de la reglamentación de esta tecnología.

Las propuestas legislativas presentadas –tanto en el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica, como en otros países- prevén cláusulas de revisión periódicas para que las leyes sean actualizadas de acuerdo a los avances

---

<sup>66</sup> Informe preparado por Robert N. Swidler y Barry Gold para el Committee Chair of the Senate of the United States of America. <http://www.biotech.bioetica.org>. Consultado el 24 de febrero de 2007

tecnológicos y las necesidades concretas de cada momento histórico, no obstante no parecen suficientes para evitar problemas actuales al desarrollo científico en áreas conexas y que están siendo desenvueltos a costa de grandes costos.

Además, la redacción de una prohibición legal no es algo que pueda hacerse efectiva fácilmente. La tecnología puede ser desarrollada en cualquier lugar y para la reglamentación será difícil, sino imposible, alcanzarla.

Hasta la fecha, las respuestas legislativas y de los ejecutivos, en resguardo de los temas de la clonación demuestran que se necesita tener, como sociedad, una mejor comprensión pública y política del significado de los descubrimientos científicos.

### **Algunas imprecisiones terminológicas**

Algunos proyectos legislativos definen la clonación como *“la producción de una copia genética precisa de una molécula (incluyendo la de ADN), célula, tejido, planta, animal o ser humano”*. Esta definición abarca mucho más que la transferencia de material nuclear de células somáticas que es la técnica que se habría usado en el caso de la oveja “Dolly”. Dada esta amplia definición, las normas pueden estar sujetas a interpretaciones incongruentes cuando se las compare con otras normas y podría dar como resultado la prohibición de otras importantes áreas de investigación. En realidad, la prohibición que se busca es la de la *“transferencia de material nuclear clonado de células somáticas”*, el uso del vocablo general “clonación” está mal empleado en los proyectos y declaraciones.

Más confusión trae la declaración –en la mayoría de los proyectos- de ilegalidad del uso de la transferencia de material nuclear de células somáticas *con la intención* de introducir el producto de la transferencia en el vientre de una mujer o de cualquier otro modo, para “crear” un ser humano. ¿Existen, aquí, dos violaciones? Parecería que una violación podría ser el “introducir”, la otra podría ser el “crear” o, mediante otra interpretación podría ser que el “introducir” y el “crear” un ser humano fuesen equivalentes.

De acuerdo a tales normas puede entenderse que el “introducir” el producto de la transferencia de material nuclear de células somáticas dentro del vientre de una mujer es un modo de “crear” un ser humano. Si fuera ésta la interpretación ajustada, podría convertirse en una norma que estableciera o implicara que un embrión fertilizado en el vientre de una mujer es ya un ser humano, en contradicción con otras normativas que estipulan plazos precisos para el comienzo de la vida humana, o ser más rigurosas que las leyes que permiten el aborto.

Otra interpretación posible es la que considere que existen otras vías o métodos de creación de un ser humano además de la “introducción” de un huevo o cigoto en el vientre de una mujer. ¿Significa esto que un ser humano ya ha sido creado cuando un cigoto resulta de la fertilización externa al vientre materno, como en la fertilización *In Vitro*?

El uso de la palabra “intención” es problemático. La penalización se refiere a la transferencia de material nuclear de células somáticas “*con la intención de introducir el producto de esa transferencia en el vientre de una mujer*”. En su lugar, la norma debería referirse al acto final de la creación de un ser humano. Si concordamos en que la violación sólo tiene lugar por el acto de la transferencia de material nuclear de células somáticas con el objeto de crear un ser humano, entonces la “intención” debería ser relevante para calificar la culpa o el dolo de la acción, pero la *transferencia* y no la *intención de transferir* debería fijar el tipo penal. Sin una acción no debería haber violación, más allá de la “intención”. Este es el único camino para evitar resultados absurdos.

¿Qué evidencia sería necesaria para probar el requisito de la “intención” de un individuo? ¿Sería suficiente demostrar que una “introducción” o una “creación” han tenido lugar? Y ¿cómo se probaría la “intención” cuando el presunto infractor no es un individuo sino un ente ideal (por ejemplo, una universidad o una fundación)? ¿Qué evidencia sería necesaria para probar la “intención” de una persona jurídica? Al respecto, se debería considerar prohibir simplemente la creación de seres humanos

genéticamente idénticos a otro ser humano, vivo o muerto, como surge del protocolo de la Convención Europea de Bioética sobre este punto.

La corrección y precisión de los términos en cualquier proyecto es una cuestión crítica.

Desdichadamente la definición de la transferencia de material nuclear de células somáticas no es precisa. Algunos proyectos declaran ilegal el “*ejecutar o usar la transferencia de material nuclear de células somáticas*” para ciertos propósitos. La definición, no obstante, de una célula somática excluye células que son “células germinales (óvulos o espermatozoides)”, por lo tanto el proyecto usaría “la transferencia de material nuclear de células somáticas” para referirse a la transferencia del núcleo de una célula somática a un huevo o cigoto del que se ha removido el núcleo. Defectos en estas definiciones no sólo causan confusión sino que limitan la efectividad de las posibles e ineludibles cláusulas de salvaguardia de la investigación científica, en las que se hace referencia a esas definiciones.<sup>67</sup>

Todos estos temas deben ser considerados para fijar el mejor curso de acción a tomar en resguardo de la vida y de la libertad de los individuos y obviamente, aquéllos que deben tomar las decisiones necesitan tener toda la información pertinente. La educación sobre el tema más que la legislación es lo que constituye una urgente necesidad. En realidad, sin ella cualquier discurso legal no dejaría de ser una declaración sin garantía.

Este organismo tiene un rol fundamental en la formulación de políticas sobre el uso de tejido y material humano en la investigación genética; consecuentemente, sus consideraciones y recomendaciones eran esperadas con mucho interés por la comunidad científica en general y los investigadores en genética, en especial.

---

<sup>67</sup> El Poder Ejecutivo Nacional argentino emitió el Decreto 200/97 a comienzos de 1997, prohibiendo la clonación de material humano.

Hasta el momento se registraron nueve propuestas prohibiendo la clonación: de seres humanos, de las actividades científicas de investigación o de la asignación de fondos para la investigación y/o experimentación en clonación; y una promoviendo la creación de una comisión especial para el diálogo nacional en tópicos bioéticos, entre los cuales figura la clonación.

Se había identificado, en el pensamiento griego, con el estado natural y justo de toda cosa en la terminología médica; transferida al campo moral, esta concepción planteó la distinción y hasta la oposición entre la conducta justa por convención (con arreglo a la ley) y la conducta justa por naturaleza.

John Harris, profesor de filosofía aplicada en la Universidad de Manchester (Inglaterra) imagina una nueva estirpe humana creada en laboratorio con genes reforzados para hacerla inmune a enfermedades como el SIDA, la malaria y la hepatitis B (*Superwoman and Superman*). La baronesa Mary Warnock afirmaba en 1992, en *Science and Public Affairs*, que “si resultara posible erradicar para siempre las enfermedades del sistema inmunitario mediante terapia en la línea germinal, las ventajas inmediatas parecerían lo suficientemente grandes como para contrarrestar el argumento basado en la ignorancia”.

O, lo que es lo mismo, las constituciones, los procesos de toma de decisiones de las instituciones jurídicas (es decir, las reglas de funcionamiento) y las relaciones jurídicas que rigen el tamaño y alcance de los sectores socio-económicos.

Gauthier, David. *La Moral por Acuerdo*. Barcelona, 1994, quien ve la teoría de la moral como parte de la teoría de la elección racional.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> Informe preparado por Robert N. Swidler y Barry Gold Para el Committee Chair of the Senate of the United States of America.

Lo cual –copia idéntica de un individuo- nunca se podrá lograr por transferencia nuclear, pues la información genética del nuevo ser se compone no sólo del ADN nuclear de un progenitor sino de las mitocondrias y otros factores citoplasmáticos del ovocito. En consecuencia la semejanza genética entre el dador del núcleo y su “hijo” es menor que la de los gemelos univitelinos.

“Será ilegal para cualquier persona o entidad ideal, pública o privada, ejecutar o usar la transferencia de material nuclear de células somáticas con la intención de introducir su producido o transferirlo dentro del útero de una mujer o de cualquier otro modo crear un ser humano”.

Es importante considerar aquí que los organismos genéticamente modificados son patentables (Diamond v. Chakrabarty, (1980)), debe recalcar que las reivindicaciones protegidas no describen nuevos fenómenos naturales descubiertos por los científicos, sino por el contrario se refieren a “productos manufacturados no naturales o composiciones de materia... en definitiva un producto de la inventiva humana que posee un nombre, un carácter y un uso distintivo”. Esencialmente, tales organismos son patentables porque son producto de la invención humana y de la investigación, y no producidos por la naturaleza.

Por su parte, el tema de la investigación sobre el embrión fue extensamente estudiado en 1994 y 1995 en los Estados Unidos y los debates de aquel momento llevaron a la promulgación de dos proyectos con una amplia declaración sobre el financiamiento de la investigación en embriones. El presupuesto fiscal de 1998 del Instituto Nacional de Salud de los Estados Unidos incluye una declaración similar.

No se debe olvidar que la técnica de aprovechamiento de las primeras divisiones celulares (totipotentes) del cigoto para la formación de gemelos en los casos en que se disponen de pocas células germinales para intentar la fecundación *in vitro*, es – estrictamente hablando- una técnica clonación.

En *Davis v. Davis*, 842 S.W. 2d, 588 (Tenn.1992) cert. Den. 507 U.S. 911 (1993), el tribunal sostuvo la posición del padre divorciado de dos embriones congelados, considerando esencialmente que “la parte que desea evitar la procreación debería prevalecer”. En este caso fue particularmente importante que la otra parte tenía una considerable posibilidad de lograr la reproducción por otros medios más allá de los embriones congelados involucrados en la disputa. La corte hizo mérito de la imposibilidad práctica en la que daba el padre respecto del ejercicio de la patria potestad.

## CAPITULO 3

### Regulación Jurídica de los Contratos Civiles en México

Hemos dicho que es indispensable recordar, en este lugar, la definición y clasificación de las fuentes de las obligaciones según Pothier. Es indudable que esta clasificación y nociones son las establecidas por el código civil y, con posterioridad a este, por la escuela de la exégesis pero, es posible que los redactores del código civil y sus comentaristas no hayan interpretado rigurosamente todos los matices que presenta la exposición de Pothier; por otra parte, los autores de las teorías modernas sobre el acto y hecho jurídicos, evocan a Pothier por ello al principio de este estudio, debemos situar los conceptos del ilustre “Jurisconsulto de Orleáns” en forma tal, que posteriormente podemos utilizarlos.

Distinción según Pothier entre el convenio y el contrato esta distinción es esencial en la elaboración de la teoría del acto jurídico.

Un contrato es una especie de convenio para saber, pues lo que es un contrato es antes necesario saber lo que es un convenio. Un convenio o un pacto (dichos términos son sinónimos) es el consentimiento de dos o más personas para formar entre ellas algún compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo: la especie de convenio que tiene por objeto formar algún compromiso, es lo que se llama contrato. Los principios del derecho romano sobre las diferentes especies de pactos, y sobre la distinción de los contratos y los simples pactos, por lo mismo que no se fundan en el derecho natural, estando por el contrario muy alejados de su sencillez, no se admiten en nuestro derecho. Los que tengan curiosidad de conocerlos, podrán consultar el capítulo de pactis, sobre las pandectas, en donde se encuentran explicados.

De lo dicho resulta que, en nuestro derecho no se debe definir el contrato como lo hacen los intérpretes del derecho romano: *Conventio nomen habens a jure civiles vel causam* sino que debe definirse un convenio por la cual las dos partes

recíprocamente, o solo una de las dos, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, y hacer o no hacer tal cosa.

He dicho prometer y obligar pues solo las promesas que hacemos con intención de empeñarnos, y de conceder a quien se las hacemos el derecho de exigir su cumplimiento, dan materia para un contrato o un convenio. Otras promesas hay, que hacemos de buena fe, y con la voluntad actual de cumplirlas, pero sin intención de conceder aquel a quien las hacemos el derecho de exigir el cumplimiento; lo que sucede cuando aquel que promete declara al mismo tiempo que no se considera obligado; o bien cuando eso resulta de las circunstancias o cualidades de quien promete, y de aquel a quien la promesa es hecha. Por ejemplo, cuando un padre promete a su hijo que estudia derecho dejarle hacer durante las vacaciones, un viaje de recreo, si aprovecha sus estudios; es evidente que el padre, al hacer esta promesa, no tiene la intención de contraer con su hijo una obligación propiamente dicha.

Esas promesas si producen una obligación imperfecta, de cumplirlas, con tal de que no sobrevenga ninguna causa, que de haber sido prevista hubiera impedido hacerlas; pero por si mismas no crean obligaciones, ni por consiguiente un contrato.

El contrato encierra el concurso de voluntad de dos personas de las cuales, una promete alguna cosa a la otra, y esta acepta la promesa que se le ha hecho.

No puede haber obligación sin un derecho adquirido por la persona para quien es contratada; y contra la persona obligada de la misma manera que no puedo, por mi sola voluntad transferir a alguien un derecho sobre mis bienes, si su voluntad no concurre para adquirirlos, igualmente no puedo, por mi promesa, conceder derecho alguno a nadie contra mi persona, hasta que su voluntad concorra para adquirirlo, por la aceptación que haga de mi promesa.

La situación en la reglamentación del contrato en general, que era, para ellos, la expresión tipo de la noción de acto jurídico. Repetimos que tanto desde el punto de vista científico como desde el punto de vista práctico, es necesario separar estas

dos nociones, puesto que la de contrato, se absorbe en la de acto jurídico. En otros términos, la noción de acto jurídico sobrepasa la de contrato, puesto que se encuentra en materia de testamentos y legados.

De aquí la utilidad de poner de relieve, una vez por todas, con motivo del contrato, los elementos constitutivos, del acto jurídico en general, a reserva de precisar posteriormente las particularidades del acto jurídico constituido por los contratos, según los mismos artículos del código civil.

### **3.1 Tipos de Contratos**

El sistema contractual romano: Para entrar en el estudio de los contratos, es menester dejar aclarado el sentido de los términos convención, pacto y contrato.

La convención es el acuerdo de voluntades que recae sobre un negocio jurídico que tenga por objeto crear, modificar o extinguir algún derecho, destinado a producir efectos, es decir, a reglar los derechos de las partes. Era un negocio bilateral o multilateral por cuanto requería el concurso de dos o más voluntades. Constituye el género con respecto a los contratos.

Es también necesario para aclarar el verdadero sentido de la convención, establecer su contenido y alcance frente a otras expresiones análogas como pacto y contrato.

El pacto, se diferencia de la convención, ya que se refiere a aquellas relaciones que carecen de acción, ya que solamente engendran una excepción. Con el paso del tiempo, el pacto se fue asimilando al contrato al otorgarle acciones para exigir su cumplimiento.

El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades reconocido por el derecho civil, dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles. Estos llegaron a constituir una de las fuentes mas fecundas de los derechos de crédito. Estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica, cosa que también ocurría con algunos pactos que no entraban en la categoría de contratos, pero existía también un

gran número de convenciones o pactos que, a diferencia de los contratos, no estaban provistos de acción para exigir su cumplimiento y carecían de nombre.

El hecho de que la voluntad de las partes constituya el elemento fundamental de las convenciones, de donde se sigue que la convención forma ley entre las partes, y las obligaciones conforme a las disposiciones que contiene, este principio es reconocido por los romanos como de derecho natural, y por lo tanto admiten que toda convención no reprobada, hace nacer una obligación natural entre las partes contratantes, pero para que la obligación tuviese fuerza ejecutoria en el derecho de los quirites, era preciso que además tuviese una causa civil. Estos eran los contratos (contractus).

Para dar una definición bien completa de contrato, podemos decir:

"Es la convención que tiene una denominación especial (ejemplo. Compra venta, locación, etc.) O en su defecto, una causa civil obligatoria (como sería por ejemplo. La transmisión de la propiedad de una cosa: datio) y a la que el derecho sanciona con una acción".

La evolución del Contrato en Roma.<sup>69</sup>

Como se ha expresado anteriormente, no todo acuerdo de voluntades era considerado contrato, sino solamente aquellas relaciones a las que la ley atribuía el efecto de engendrar obligaciones civilmente exigibles.

En el derecho justiniano, el contrato es el acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra, incluyendo como tales a toda clase de negocio que tuviera por fin la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica.

---

<sup>69</sup> AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo *Contratos Civiles*, Ed., porrúa 1982 p.152 México

El nexum fue el primer contrato romano que se caracterizaba por las rígidas solemnidades que debían seguirse para su perfeccionamiento, como la pesada del cobre y la balanza y la presencia del librepens y de los cinco testigos.

Una derivación del nexum es la sponsio que era el contrato que consistía en el empleo de palabras sacramentales, como ¿spondes?, a lo que el obligado contestaba spondeo, sin necesidad del per aes et libram. Pero como este contrato podía llevarse a cabo entre ciudadanos, aparece la stipulatio para que también pudieran contratar los no ciudadanos, donde las partes podían interrogarse usando cualquier expresión, a lo que el obligado contestaba siempre: promitto. De esta manera nacieron los contratos verbales.<sup>70</sup>

**EL CONTRATO.** Es una especie de convenio. “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal), ahora bien, “los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos “(artículo 1763 del Código Civil, para nuestra entidad), por exclusión los que modifican o extinguen derechos y obligaciones se llaman convenios en sentido estricto, como se refiere a continuación:”

**CONTRATO.** Crea o transfiere derechos y obligaciones.

**CONVENIO. (STRICTO SENSU)** modifica o extingue derechos y obligaciones. **(lato sensu)** crea, transfiere, modifica y extingue derechos y obligaciones.

El contrato (lo mismo que todo convenio) es un acto jurídico bilateral, una manifestación exterior de voluntad, tendiente a la producción de efectos de derecho

---

<sup>70</sup> .FERRO M. CARAMES, *Curso de Derecho Romano*, pag.149 y Peña Guzmán y Arguello, *Derecho Romano*, Pág. 261, Ed. Cajica México 1994

sancionados por la ley, es una doble manifestación de voluntad: la de los contratantes que se ponen de acuerdo, como acto jurídico es pues bilateral (o plurilateral) pero a fin de evitar confusiones debemos advertir desde ahora que ya como contrato podría ser bilateral o unilateral según genere obligaciones a cargo de ambos contratantes o sólo a uno de ellos.

Los contratos los podemos clasificar en: civiles, mercantiles, laborales y administrativos, según la intervención de las partes en la celebración del contrato.

Son civiles; los que se conciertan entre particulares, o aun entre el particular y el Estado cuando éste interviene en un plano de igualdad, como si fuera un sujeto privado, por ejemplo, cuando el estado toma en arrendamiento la finca de un particular para instalar allí una escuela o una guardería el contrato será regido por el código civil.

Es mercantil, cuando las partes que en él intervienen están realizando un acto de comercio, los actos de comercio son los que están enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio.

La identificación de un acto de comercio lo podemos establecer con relación a:

- A.** Los sujetos que intervienen, lo será el efectuado por comerciantes o banqueros, a menos que se trate de un acto de naturaleza estrictamente civil.
- B.** Por objeto; si aquello a lo que se obliga el deudor es alguna cosa mercantil, como los buques o títulos de crédito, o si la operación se documenta en esa clase de títulos.
- C.** Por la finalidad del acto, si ésta consiste en una interposición en el cambio de mercancías o servicios. El sujeto cuya empresa es intermediaria entre el que produce o crea satisfactores y el que los consume es el típico comerciante.

Laborales y administrativos; corresponden al derecho público por ende, su esencial diferencia radica en la autonomía y libertad para establecer las bases de sus obligaciones.

Ahora bien, brevemente de igual forma analizaremos la bilateralidad y unilateralidad del contrato, siendo bilaterales o sinalagmáticos los que generan recíprocamente. Obligaciones para ambos contratantes, todos quedan obligados a conceder alguna prestación.

Unilaterales; son aquellos que solamente generan obligación a cargo de una de las partes y la otra no asume compromiso alguno, la ley los caracteriza así: "El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada", " El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente",

Entre ambas categorías se ha pretendido hallar una intermedia: la de contratos que son unilaterales en el momento de su celebración (pues al constituirse sólo obligan a una de las partes) y que se convierten en sinalagmáticos por actos posteriores (al sobrevenir un suceso que obliga a la otra). A éstos se les ha bautizado como sinalagmáticos imperfectos.

El contrato de prenda, constituido con la entrega de la cosa, sólo genera la obligación de acreedor prendario de restituir la cosa pignorada, no crea obligaciones a cargo del deudor que constituyó la prenda y por ello es un contrato unilateral.

### **Contrato Unilateral y Acto Jurídico Unilateral**

No es lo mismo acto jurídico unilateral que contrato unilateral, el primero ha sido integrado por una sola voluntad, como el testamento, en cambio el contrato se forma forzosamente por dos voluntades cuando menos y por ende, como acto jurídico siempre es bilateral (o plurilateral). La clasificación de los actos jurídicos en

unilaterales y bilaterales, se atiende al número de voluntades que intervienen en su constitución: basta una sola voluntad, el acto es unilateral; si son necesarias varias, bilateral o plurilateral.

### **Voluntad. (Consentimiento)**

La diferencia de los elementos de existencia de los de validez es un progreso de la técnica jurídica que permite explicar y sistematizar las diversas consecuencias producidas por la ausencia de alguno de ellos.

Requisitos esenciales de existencia.- El acto jurídico es la manifestación exterior de la voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley, como todo ser real o conceptual, precisa para su formación de ciertos elementos esenciales sin los cuales no existe: **LA VOLUNTAD, UN OBJETO POSIBLE HACIA EL CUAL SE DIRIGE ESA VOLUNTAD; Y, OCASIONALMENTE UNA MANERA SOLEMNE PARA EXTERIORIZAR ESA VOLUNTAD.**

Para la existencia del contrato, se requiere del consentimiento y del objeto que pueda ser materia del contrato, el contrato puede ser invalidado; por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, por vicios del consentimiento, porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito, y porque el consentimiento no se haya manifestado en la representación que la ley establece. (Artículo 1795 código Civil. D.F)

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley, desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o la ley, la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, además deben de revestir las siguientes formalidades:

**Capacidad.** Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley, la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en

provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.

**Representación.** El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado, ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley, los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos a no ser que la persona a cuyo nombre fueren celebrados, los ratifique antes de que se retracten por la otra parte.

**El Consentimiento.** Es el acuerdo de dos o más voluntades cuando las partes aceptan un mismo objeto y una misma condición para producir efectos jurídicos expresados por la ley o por las mismas partes, este puede ser expreso cuando se manifieste verbalmente, tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente, toda persona que propone a otro la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo.

Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente, el contrato se forma en el momento que el proponente recibe la aceptación, quedando ligado por su oferta, si se retira la oferta se tendrá por no hecha siempre y cuando el destinatario reciba la retractación antes que la oferta.

**Vicios en el consentimiento.** El consentimiento no es valido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo, el error de hecho o derecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, ahora bien, de presentarse un error de calculo, este sólo da lugar a que se rectifique la causa original, debe de entenderse por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes y por mala fe, la disimulación de error de

uno de los contratantes, si ambas partes se concurren con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones, es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato, así como también no es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia.

**Del objeto y del motivo de los contratos.** Son objeto de los contratos, la cosa que el obligado debe de dar, el hecho que el obligado debe hacer o no hacer, la cosa objeto del contrato debe de existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio, las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato, sin embargo no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento, el objeto del contrato debe de ser posible y lícito, 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.

En relación a la formalidad, se debe de indicar que no reviste tal circunstancia en los contratos, ya que lo preferente es la voluntad de las partes, salvo disposición expresa de la ley, como ya se indicó con anterioridad el contrato puede ser unilateral, cuando hay obligación sólo de una de las partes y la otra no quede obligada, bilateral cuando hay obligación recíproca, siendo un contrato oneroso cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y gratuito aquél en que el provecho es solamente de una de las partes.

Dentro del contrato se pueden establecer diversas cláusulas, como requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, y ante la omisión de ser puestas, se tendrán por establecidas, a no ser que sean renunciadas las de consecuencia natural, la nulidad del contrato importa la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta última no acarreará la nulidad del contrato, refiriendo que la cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal, el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no

ambos, a menos que se haya establecido la pena por simple retraso en el cumplimiento de la obligación.

De conformidad con tal disposición se reconoce la existencia de los Contratos Innominados, cuyos límites estarán determinados, entre otras cosas, en cuanto a sus requisitos esenciales de existencia, por las previsiones contenidas en el artículo 1794, 1803 y 1827 del Código Civil, a saber:

- 1) consentimiento de las partes;
- 2) objeto que pueda ser materia de contrato;
- 3) causa lícita. Y añade el mismo Código en el artículo 1830, que la causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público

No es posible por tanto, reducir los Contratos Innominados a un elenco o listado determinado. No siendo evidentemente exigible por atentar contra la esencia misma de la categoría atribuirles denominaciones particulares, aún cuando existan calificaciones expresas para algunos, por ejemplo: el contrato de suministro o el contrato de descuento bancario. Todo lo cual conserva similitud, con la concepción y tratamiento que la jurisprudencia dio en Roma a esta categoría justiniana de los llamados Contratos Innominados.

Existe, pues, en nuestro derecho una regulación o disciplina particular para los contratos Innominados, y pienso que no debe existir, por la naturaleza elástica y rica en opciones que la vida de los negocios ofrece a los contratantes.

El Código Civil italiano en su Art. 1322 es, a nuestro juicio, más contundente que nuestro Código Civil, al consagrar sin dubitación el principio de la libertad contractual, o autonomía de los sujetos, que sirve de fundamento a la noción moderna de contrato. Al efecto señala:

"Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato en los límites impuestos por la ley". Las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular con tal que sean dirigidos a alcanzar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico

Primero que nada debemos partir del concepto jurídico de Contrato: Se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a regular sus derechos.

Contrato: Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.<sup>71</sup>

Para Vidal Martínez es el: "Acuerdo de voluntades entre dos o mas personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones; y también documento escrito destinado a probar una convención".

Los contratos han de ser celebrados entre las personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o a las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes en iguales términos que la Ley.

### **3.1 Nominados**

Son aquellos que reglamenta la ley, determinando sus consecuencias, señalando sus elementos, y en su caso la forma de terminación.

Los contratos nominados o típicos, cuyo contenido ha sido disciplinado o estructurado expresamente por el legislador, sea en el Código Civil, como la compraventa, el arrendamiento y demás contratos analizados en este curso; o en

---

<sup>71</sup>BORJA SORIANO MANUEL *Teoría General de las Obligaciones*. Ed. Porrúa S.A Tomo I México 1974, p.34

otras leyes como el contrato de edición, en la Ley Federal de Derechos de Autor, el de Estacionamiento en el ,Reglamento de Estacionamientos Públicos

### **3.2.1 Arrendamiento**

El contrato de arrendamiento es aquel por virtud del cual una persona llamada arrendador se obliga a conceder temporalmente el uso o goce de un bien a otra persona llamada arrendatario, quien se obliga a pagar como contraprestación un precio cierto.

El arrendamiento puede clasificarse como mercantil, administrativo o civil.

#### **Características**

1.- El arrendamiento es un contrato translativo de uso y goce. Si el contrato se celebra sólo respecto del uso de la cosa, el arrendatario podrá disponer de ella conforme a lo convenido o a lo que sea conforme a la naturaleza de la cosa; si se celebra también respecto del goce, el arrendatario podrá hacer suyos los frutos o productos normales de la cosa, pero no de sus partes y menos de toda la cosa, pues en caso contrario ya no sería un contrato de arrendamiento sino un contrato diverso translativo de dominio.

Así se puede dar en arrendamiento una huerta y conceder sólo el uso, y en ese caso podrá el arrendatario pasear por ella, organizar ahí una comida, sacar fotografías, filmar una película, etc. Si se concede el uso y goce el arrendatario tendrá además de las facultades anteriores, la que podrá disponer de los árboles o de otras partes de la cosa, ya que si tuviera tales facultades dispondrá de esos bienes no como arrendatario sino como comprador, permutante u otra calidad que le confiera el dominio del bien, porque el arrendamiento nunca transmite el dominio de la cosa objeto del contrato.

2.- La concesión del uso y goce siempre debe ser temporal. Con base en consideraciones de orden económico, la ley impone la necesidad de la temporalidad en este contrato para impedir la propiedad de manos muertas y facilitar la posibilidad de circulación de la riqueza. Un arrendamiento perpetuo o de muy larga duración, le restaría valor a la cosa y frenaría lógicamente su circulación en perjuicio del propietario y de la comunidad.<sup>72</sup>

3.- Es un Contrato siempre oneroso<sup>73</sup>. El arrendador al conceder el uso o goce de un bien, siempre debe ser a cambio de un precio, ya que si falta este último elemento, no podría jurídicamente referirse aun arrendamiento; podría tratarse de un comodato, o de otra figura, pero no de arrendamiento. Además el precio debe ser cierto, lo que significa que no debe ser ficticio y además poderse precisar y valorar económicamente, ya que de otra manera se estaría en presencia de un contrato innominado o de un tipo diferente de contrato.

4.- Por último el contrato de arrendamiento siempre regula una conducta específica del arrendador en beneficio del arrendatario. El poder jurídico de disposición que tiene el arrendatario respecto de la cosa arrendada nunca es directo e inmediato, sino que se ejerce a través de la conducta impuesta al arrendador. Lo anterior significa que el arrendador debe conceder el uso y goce, entregar la cosa, no estorbar el derecho del arrendatario, conservar la cosa etc.<sup>74</sup>

Clasificación: El contrato de arrendamiento es *bilateral*, porque genera obligaciones para ambas partes contratantes; *oneroso* porque origina provechos y gravámenes recíprocos; *formal* porque la ley exige para su validez la forma escrita; *consensual* en oposición a real porque para su perfeccionamiento no se requiere de la entrega de la

---

<sup>73</sup> LOZANO NORIEGA, Francisco, cuarto curso de Derecho Civil Contratos. Ed. Asociación Nacional del Notariado 5ª Edición, México 1990 p.164

<sup>74</sup> Es característica del contrato de arrendamiento la temporalidad. Si se establece una locación perpetua, deja de ser arrendamiento para convertirse en otro contrato, singularmente censo enfitéutico."Puig Peña, Federico, Tratado de Derecho Civil Español. Ed Revista de Derecho Privado. Tomo IV, Vol., II, Madrid, 1973, Pág.224

cosa, sino solo el consentimiento de las partes; *principal* porque no requiere para su existencia o validez de un contrato o de una obligación válidos previamente existentes; *nominado*, por la amplia regulación que hace de él la ley y es por último un contrato *de tracto sucesivo*, porque las obligaciones de las partes no pueden cumplirse en un solo acto sino que requieran necesariamente de un lapso más o menos largo.

### 3.1.2 Comodato

Para el Derecho Romano el comodato era considerado como la convención por la cual una persona (comodante) entregaba gratuitamente a otra (comodatario) el uso de una cosa no fungible, asumiendo la obligación de devolverla en el lugar y tiempo convenidos. Era también llamado préstamo de uso.<sup>75</sup>

Era un contrato real que se perfeccionaba por la entrega de la cosa, era sinalagmático imperfecto ya que no engendraba sino accidentalmente obligaciones a cargo del comodante, gratuito, y de buena fe por la amplitud de facultades del juez para juzgar.

La *datio* convierte al comodatario en detentador de la cosa, la propiedad y la posesión siguen vinculadas al comodante, por lo tanto puede dar en comodato quien no es propietario, y así el ladrón mismo.

Quien recibe la cosa debía estar facultado para usarla o servirse de ella.

El objeto del contrato era una cosa no fungible, mueble o inmueble.

Si el comodatario hiciera un uso abusivo del bien prestado, su actitud era delictual y se hacía apacible de las acciones que acarrearía el hurto. Debía devolver la cosa tal como la había recibido, con todos los frutos y productos. Él era responsable por dolo y culpa.

---

<sup>75</sup> SANCHEZ CORDERO, José Antonio, Introducción al Derecho Romano II, UNAM, México 1981, p. 87

El comodante podía ejercer la *actio commodati directa* para que la otra parte devolviera la cosa objeto del contrato. El comodatario estaba autorizado a hacerse rembolsar hasta los gastos extraordinarios efectuados para la conservación de la cosa, y tenía así la *actio commodati contraria*, y podía retener en su poder la cosa prestada (*ius retentionis*) hasta que se le indemnizara por los gastos realizados.

Se diferenciaba del mutuo porque mientras el comodatario solo adquiría el uso de la cosa prestada que seguía siendo propiedad del comodante, el mutuario adquiría la propiedad de la misma, la podía consumir, y además el comodato era una convención gratuita y el mutuo llegó a convertirse en un contrato oneroso. Además, el comodatario tenía una acción contraria y el mutuario carecía de esta defensa.

Nota esencial del comodato es su gratitud, ya que en otro caso no habría comodato sino arrendamiento, pero, aunque gratuito, se distingue de la donación ya que solo atribuye un uso temporal de la cosa.

El contrato de comodato es aquel por virtud del cual una persona llamada comodante se obliga a conceder en forma gratuita y temporal el uso de una cosa no fungible a otra llamada comodatario, quien se obliga a restituirla individualmente al término del contrato.

### **Características**

1.- El comodato es un contrato translativo de uso, no transfiere ni el dominio ni el goce del bien. Si hubiese esa transferencia existiría posiblemente otro contrato pero no el de comodato.

2.-La concesión del uso siempre es temporal. La ley no establece limitaciones para pactar el plazo que convengan las partes y solo indica que termina con la muerte del comodatario. Si no se pacta plazo el comodante puede exigir restitución de la cosa cuando le parezca.

3.- Es un contrato siempre gratuito y por lo tanto implica una libertad por parte del comodante.

4.- El objeto del contrato deben ser bienes no fungibles; esto es, que el comodatario no se libera de su obligación de restituir, sino entregando precisamente los bienes recibidos y no otros, aún cuando sean de la misma especie y calidad.

5.- El Comodato siempre regula una conducta específica del comodante en beneficio del comodatario. El poder de disposición no es directo respecto de la cosa, sino que se ejerce a través de la conducta del comodante, quien debe conceder el uso y entregar la cosa.

Estas características son las que diferencian a este contrato de otras figuras jurídicas a fines.

**Clasificación.-** El contrato de comodato es bilateral, porque genera obligaciones para ambas partes contratantes; Es gratuito ya que solo genera provechos para el comodatario y gravámenes para el comodante; consensual en oposición a real y a formal, porque se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, sin depender de la entrega de la cosa y porque la ley no impone necesariamente ninguna formalidad para la validez del contrato; principal, porque tiene existencia por sí mismo y no depende de un contrato diverso u obligación preexistente; nominado por la regulación que de él hace la ley, y de tracto sucesivo, porque las prestaciones de las partes se ejecutan o cumplen en un plazo determinado, mientras conserve la posesión de la cosa el comodatario, lo que significa que las prestaciones no pueden cumplirse en un solo acto.

### 3.1.3 Promesa

Hoy en día ha tomado fuerza entre las gentes el hecho de realizar promesas de contrato, que no son otra cosa que prometer celebrar un determinado contrato a futuro, recayendo sobre todo en las compraventas de diversos y diferenciados artículos, destacando el relativo a casas, con el ingrediente de que en muchos de los casos el promitente vendedor y comprador desconocen las características y consecuencias legales de una promesa, que de cumplirse o no, produce efectos jurídicos tan importantes unos como los otros.

Resulta conveniente destacar en primer término que la promesa de contrato tiene una atención en la codificación civil, es decir no está sujeta nada más al arbitrio de las partes contratantes, sino que está reglamentada.

El contrato de promesa es aquel por virtud del cual una o ambas partes se obligan a celebrar un contrato determinado en cierto tiempo.

Del concepto anterior se desprende:

- 1.- Que la promesa es un contrato, lo que implica el acuerdo de voluntades de los contratantes para crear la obligación de celebrar un contrato determinado en cierto tiempo.
- 2.- El contrato de promesa puede ser unilateral o bilateral ya sea que solo un contratante se obligue a celebrar el contrato o que ambos se obliguen recíprocamente a celebrarlo; y
- 3.- Que el contrato que se obligan las partes o una de ellas a celebrar, debe determinarse en la promesa.

El contratante que se obliga a celebrar el contrato se llama promitente y aquel a cuyo favor se obliga, beneficiario. Si la promesa es bilateral ambos tendrán el carácter de promitentes y beneficiarios.

### **Características**

1.- El contrato de promesa tiene una función jurídica y no económica. A través de él, solo se origina el derecho personal consistente en la creación de una obligación y por lo tanto no crea derechos reales ni genera efectos traslativos o hace referencia a la utilización de servicios.

2.- Este contrato solo produce efectos de generar una obligación de hacer . El objeto del contrato es la conducta manifestada como una prestación, un hacer y nunca como un dar o un no hacer.

3.- La obligación de hacer que se genera siempre y únicamente será la de celebrar un contrato determinado en cierto tiempo. Pero existen otras finalidades que no pueden alcanzarse en forma directa o inmediata con una sola acción, sino que es necesario primero obtener un compromiso de alguien, conseguir que ese alguien se obligue hoy y después, conseguir que este cumpla con su obligación, para alcanzar la meta definitiva propuesta.

### **Clasificación**

Este contrato puede ser bilateral o unilateral, ya sea que solo una de las partes o ambas se obliguen a celebrar un contrato determinado por ellos. Es un contrato formal, en atención a que la ley exige que en todo caso deba constar por escrito. Si se considera un provecho el que recibe el beneficiario de la promesa por la obligación asumida por el promitente, será oneroso si ambas partes contraen la obligación y gratuito si sólo una de ellas se obliga a la celebración del contrato sin recibir contraprestación, pero técnicamente por no tener ese contrato una función o finalidad

económica, no procede calificarlo como oneroso o gratuito. Es un contrato principal porque no requiere la existencia de una obligación previa para su existencia o validez.

**Artículo 2245.** La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido.

### **3.3 Contratos Innominados o Atípicos**

1.- **Los contratos nominados o típicos.** Cuyo contenido ha sido disciplinado o estructurado expresamente por el legislador, sea en el Código Civil, como la compraventa, el arrendamiento y demás contratos

2.- **Los contratos innominados o atípicos.** Cuyo contenido no ha sido disciplinado expresamente por el legislador aunque algunos de ellos tengan ya su nombre en la doctrina (como el contrato de exposición, el de lactancia, el de educación, el de estabulación, el de publicidad, el de plantación, el de “claqué”, el de escuela de animales, el de Transporte en coche cama, el de suministro, el de excursión en comitiva, el contrato parasocial, et.), y algunos otros sean simplemente mencionados por su nombre por el legislador, tal como ocurre con el contrato estimatorio.

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

Así mismo, en los contratos innominados o atípicos no existen normas legales que disciplinen su contenido, el cual puede llenarse o modelarse libremente por voluntad de las partes, en ejercicio también de la libertad contractual. Pero en estos contratos se plantea el problema de cómo llenar las lagunas dejadas por las estipulantes omisas de las partes, por no existir en el caso normas supletorias o dispositivas a propósito de esos contratos, así como el problema de cómo interpretar estos contratos a falta de preceptos especiales que los reglamenten e integren.

**Unión Alternativa,** Cuando se celebren dos contratos para que si se realiza un hecho determinado, subsista uno de tales contratos y quede sin efectos el otro (ejem. El arrendamiento de una casa y la compra de dicha casa).

**Subcontrato.** Se ha considerado en forma destacada una especie de unión de contratos con dependencia unilateral, en la relación que se da entre el contrato básicos y el subcontrato derivado de él, por que aquel puede sustituir de manera totalmente independiente del mencionado subcontrato, no así este último, que no puede sobrevivir en forma autónoma, sino vinculado unilateralmente al contrato originario.

El subcontrato es un contrato nuevo, pero no es autónomo y, por ello no puede sobrepasar, ni en duración, ni en extensión al contrato –base. Aunque el subcontrato es un contrato sucesivo, en virtud de que en el tiempo y, sobre todo, lógicamente esta siempre precedido por el contrato básico; sin embargo en el sub contrato coexisten.

### 3.3 Innominados

En el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales.

De conformidad con tal disposición se reconoce la existencia de los Contratos Innominados, cuyos límites estarán determinados, entre otras cosas, en cuanto a sus requisitos esenciales de existencia, como son:

- 1) consentimiento de las partes
- 2) objeto que pueda ser materia de contrato; y
- 3) causa lícita.

No es posible por tanto, reducir los Contratos Innominados a un elenco o listado determinado. No siendo evidentemente exigible por atentar contra la esencia misma de la categoría atribuirles denominaciones particulares, aún cuando existan calificaciones expresas para algunos, por ejemplo: el contrato de suministro o el contrato de descuento bancario. Todo lo cual conserva similitud, con la concepción y tratamiento que la jurisprudencia dio en Roma a esta categoría justiniana de los llamados Contratos Innominados.

No existe, pues, en nuestro derecho una regulación o disciplina particular para los Contratos Innominados, y pensamos que no debe existir, por la naturaleza elástica y rica en opciones que la vida de los negocios ofrece a los contratantes.

El Código Civil, italiano en su Art. 1322 es, a nuestro juicio, más contundente que nuestro Código Civil, al consagrar sin dubitación el principio de la libertad contractual, o autonomía de los sujetos, que sirve de fundamento a la noción moderna de contrato. Al efecto señala:

"Las partes pueden libremente determinar el contenido del contrato en los límites impuestos por la ley. Las partes pueden también concluir contratos que no

pertenezcan a los tipos que tienen una disciplina particular con tal que sean dirigidos a alcanzar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico”.

### **3.3.1 Incumplimiento de los Contrato**

Del Incumplimiento De Las Obligaciones, El Código Civil para el Distrito Federal en su Artículo 1275, establece lo siguiente: “El que falta al cumplimiento de una obligación, sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable de los daños y perjuicios que cause al interesado en ella, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito, a los que aquél de ninguna manera haya contribuido”.

Artículo 1276.- El que se hubiere obligado a prestar algún hecho y dejare de prestarlo, o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste.

Si la obligación no dependiere de plazo cierto, solamente correrá la responsabilidad desde el día en que el deudor sea requerido de pago judicialmente.

En las obligaciones de dar se observará también lo dispuesto en este artículo.

Artículo 1277.- La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones.

Artículo 1278.- Es nulo el pacto en que se renuncie para lo futuro el derecho de exigir la responsabilidad que proviene de dolo. Nadie está obligado al caso fortuito, sino cuando ha dado causa o ha contribuido a él, o cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad.

Artículo 1279.- La responsabilidad de que trata este capítulo, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de ambos en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.

Artículo 1280.- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación.

Artículo 1281.- Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de la obligación.

Artículo 1282.- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Artículo 1283.- Si la cosa se ha perdido o ha sufrido un deterioro tan grave, que a juicio de peritos no pueda emplearse en el uso a que naturalmente esté destinada, el dueño debe ser indemnizado de todo el valor legítimo de ella.

Artículo 1284.- Si el deterioro es menos grave, sólo el importe de éste se abonará al dueño al restituirse la cosa.

Artículo 1285.- El precio de la cosa será el que tendría al tiempo de ser devuelta al dueño, excepto en los casos en que la ley o el pacto señalen otra época.

Artículo 1286.- Al estimar el deterioro de una cosa, se atenderá no sólo a la disminución que él causó en el precio absoluto de ella sino a los gastos que necesariamente exija la reparación.

Artículo 1287.- Al fijar el valor y el deterioro de una cosa no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable

destruyó o deterioró la cosa con el objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se hagan, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1104 de este Código.

Artículo 1288.- La responsabilidad por incumplimiento de una obligación puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.

Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento, no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario. El interés legal será del nueve por ciento anual.

Artículo 1289.- La responsabilidad a que este capítulo se refiere, prescribe con la obligación cuya falta de cumplimiento la produce<sup>76</sup>

Para tal efecto consideramos importante que una vez que se hayan reunido los requisitos para la celebración de un contrato se establezca una pena convencional en cuanto a que cualquiera de las partes involucradas en este acto pueden llegar a incumplirlo, en virtud de la cual una persona para asegurar la ejecución de un primer compromiso, por ejemplo si me prestan un caballo para viajar en el me comprometo a regresarlo sano y salvo, o pagar cincuenta pistolas para el caso de que no lo devolviera, estaríamos hablando de una cláusula penal

### **3.2.2 Indemnización por Incumplimiento del Contrato**

La indemnización de daños y perjuicios que puede solicitar el trabajador respecto a actos del empresario requiere que se demuestre una clara relación de causalidad entre la conducta incumplidora de la empresa y el daño producido al trabajador en forma, al menos y salvo lo que se verá respecto del daño moral, de quebranto

---

<sup>76</sup> <http://www.tsjyuc.gob.mx>, consulado el 16 de Diciembre de 2005

patrimonial. Claramente se ve este requisito demostrado en el siguiente supuesto en que se declara que el trabajador se vio obligado a litigar contratando los servicios de un abogado, ya que la empresa le sometió a una no ocupación durante prolongado tiempo, utilizando taxis para los traslados de los reporteros y marginando a éste en el cuarto de los reporteros, sumada a la arbitraria reducción de su antigüedad y salario, además de producir menoscabo de su formación y promoción profesional. Por todas estas circunstancias, el tribunal declaró que esta conducta implicaba una seria desconsideración a su dignidad manifestada ante sus compañeros de trabajo, y que constituía una vulneración de los derechos que reconoce el Art. 4.2 del Estatuto de los Trabajadores como básicos en la relación de trabajo <sup>77</sup>

Las disposiciones sobre indemnización de daños y perjuicios en la Convención de Viena (artículos 74 a 77), son comunes tanto para compradores como vendedores, ocupando una posición central dentro del esquema general de los derechos y acciones en los casos de incumplimiento contractual.

En principio, nada se opone en la Convención a que las partes pacten una cláusula penal que se añada a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento. Así por caso, se puede pactar que la parte perjudicada por el incumplimiento tendrá derecho a una compensación monetaria -por ejemplo, que tendrá derecho a que se le resarza el 10% del precio del contrato o cualquier otra suma especificada.

El problema se presenta cuando esta cláusula penal es abusiva y la parte que niega su aplicación pretende una reducción de la indemnización de los daños y perjuicios; caso en el que cabría la aplicación del principio de la razonabilidad. <sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> <http://es.geocities.com>, consultado el 18 de enero de 2007

<sup>78</sup> BEJÁRANO SÁNCHEZ, Manuel. *Derecho de las Obligaciones*. 3º Ed. Editorial Harla México 1997 Pag.87

### 3.4 Problemas Jurídico-familiares dentro del contrato

El código Civil en materia de filiación opta en 1889 por los criterios mantenidos por la generalidad de las legislaciones de corte napoleónico, dando un trato diferenciado a la filiación legítima y a la ilegítima, desatendiendo al propio derecho histórico menos severo.

La determinación de la filiación legítima se caracteriza por un sistema de presunciones con valor prácticamente irrefutable: hijo legítimo era el nacido de madre casada cuyo padre era el marido de ésta si se reprimió después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días de su separación.

La filiación ilegítima perdía esa automaticidad, si era natural se afirmaba legalmente por medio de la declaración paterna o materna, llamada reconocimiento, y por sentencia. Sin embargo, al tratar de definir la idea de filiación se ha dicho, aun en ese contexto, que es la relación entre venerantes y generados. Constituye un hecho natural porque esta basada *en la procreación* y uno jurídico, porque produce consecuencias jurídicas. Aunque no siempre se ha dado esta coincidencia

#### 3.4.1 Filiación

La filiación “es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos”.<sup>79</sup>

El Vocablo filiación del Latín *filius*, hijo comprende “el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia” de allí que la procreación constituya el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídica paterno-filial.”.

---

<sup>79</sup> DÍEZ-PICAZO ASI Y GULLÓN, *Sistema*, Lv 6, pág. 281. Véase también BLASCO GASCÓ, *Derecho de Familia*, 1980 México cit. págs. 403 y sigs.

La vinculación jurídica establecida en la relación filial, coincide a mayoría de veces con la verdad biológica: La ley vincula lo que la propia naturaleza relaciona, sin embargo en numerosas ocasiones el nexo biológico entre los progenitores y sus hijos no existe. A pesar de ello, la ley puede reconocer una vinculación jurídica entre aquéllos, vinculación fundada en el superior “interés familiar” a proteger.<sup>80</sup>

Eso es lo que sucede, por ejemplo, en el caso de la adopción en donde no hay coincidencia entre la realidad biológica y la jurídica. Pero también puede darse el caso inverso: una vinculación jurídica entre progenitor e hijo, como sucede cuando un menor recién nacido es abandonado, o tiene padre desconocido, casos en los cuales se puede determinar la filiación – vínculo jurídico- por no poderse probar el nexo biológico aunque este exista como bien se ha señalado.: El vínculo paterno-filial constituye un estado civil basado principalmente, en el vínculo consensual de la adopción.

Nuestro Código Civil, en su articulado original creaba numerosas categorías de hijos, teniendo en cuenta el origen de ellos: legítimos e ilegítimos, y dentro de esta última sacrilegios, incestuosos adulterinos y naturales a su vez dicha clasificación traía aparejada una diferenciación de los efectos jurídicos de la dispar filiación, creando injustos distinguos en los derechos de los hijos, estos víctimas inocentes de su origen. El lento “aggiornamento” social y legislativo hizo necesario un replanteo.

Y así llega la gran reforma al código producida en 1984, por medio de la Ley 23.264, conocida como la Ley de Filiación y Patria Potestad, por la cual la República Argentina da cumplimiento a los condicionamientos derivados de las anteriores ratificaciones de la convención de Bogota de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969. Así el nuevo Código Civil elimina los distinguos entre ambas categorías de hijos, matrimoniales y extramatrimoniales. Con respecto a los efectos jurídicos derivados de ellas.

---

<sup>80</sup> Idem.

La máxima del derecho romano que expresa “Mater semper certa est”, consagrando, de este modo, la atribución de la maternidad por el hecho del parto, ha sido conmovida cuando la ciencia posibilitó que sea una mujer extraña a la autoría genética la que llevase a cabo la gestación y el trabajo de parto.

El ordenamiento jurídico argentino, al igual que el de la mayoría de los Estados occidentales, ha adoptado este adagio para determinar la maternidad y, nuestro Código Civil, lo recoge en el artículo 242 (Ley 23.264) cuando expone: “La maternidad quedará establecida, aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”.

Ahora bien, el alquiler de vientres presenta una distorsión respecto del presupuesto biológico en virtud de que la mujer que da a luz no es quien aportó el óvulo; y en cuanto al presupuesto psicológico, podría discutirse si el elemento volitivo –voluntad procreación al sólo se halla presente en “quien ha deseado un hijo” (circunstancia que puede coincidir o no con la madre genética), o, por el contrario, también es verificable en la mujer que prestó su vientre para la gestación y que, luego de experimentar la relación materno-filial establecida durante el período del embarazo, siente al niño como propio y se niega a cederlo a la pareja contratante.

La elucidación jurídica reside en determinar a cual de las dos mujeres debe atribuirse la maternidad.

El artículo 10.2 de la ley española 35/1988 –primera ley sancionada en Europa respecto de la fecundación asistida-, establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. En este sentido, un sector de la doctrina de ese país considera que la portadora no podrá impugnar su maternidad ni por vicios del consentimiento, ni por cualquier causa referente al acuerdo de gestación para otra pareja. Asimismo, el hijo no tendría derecho a

reclamar una filiación materna que ya consta y aparece declarada por la ley, ni impugnar la ya existente.<sup>81</sup>

No obstante, también deben ser considerados aquellos supuestos –aunque minoritarios- en los cuales la mujer gestante ha sido inseminada con un óvulo ajeno en contra de su voluntad; o cuando el material genético ha sido extraído a la madre biológica sin el consentimiento de ésta, o con una finalidad diversa a la fecundación *in Vitro*, e implantado en otro útero. En la hipótesis planteada en primer término, se podría admitir la legitimación de la gestante para impugnar su maternidad; en la segunda situación consideramos a la madre biológica como una tercera interesada y, por ende, legitimada a impugnar la presunción de maternidad por el hecho del parto y reclamar la misma para sí.

Para Vidal Martínez si bien la legislación española resuelve a quien corresponde declarar madre, también sería factible prever que la maternidad de deseo pueda ser convertida en legal por los cauces de la adopción, siendo imprescindible el control judicial a los efectos de salvaguardar, fundamentalmente, el interés del niño. Similar opinión plantea la doctrina brasileña, refiriendo que “el mejor interés del niño” habrá de ser el que rija la decisión judicial, entendiendo por tal, el derecho a la vida y a la salud.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> La Ley 35/1988 preveía la críoconservación de los preembriones humanos sobrantes de la fecundación *in Vitro* (FIV). Según su artículo 11, «los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se críoconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años», a expensas de que sean solicitados por las parejas progenitoras o sean donados a otras parejas que lo soliciten. Una vez superado el plazo de los cinco años, la norma no especifica cuál debería ser el destino de los preembriones críoconservados no transferidos. **de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.**

<sup>82</sup> VIDAL MARTINEZ, Jaime. Las nuevas formas de Reproducción Humana. Ed. Civitas, España 1988.p. 268y sig.

También puede constituir una disyuntiva la determinación de la paternidad. En efecto, si la portadora es casada e inscribe al hijo como propio, actúa la presunción de paternidad consagrada en el artículo 243 de nuestro código civil del D.F: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución...”

No obstante, aquel podría entablar la pertinente acción de impugnación de estado, de acuerdo con lo prescripto en el artículo 258 y demostrar que el gameto masculino fecundante no le pertenece.

Una segunda hipótesis se configura cuando la mujer comitente aporta su óvulo y el marido de la gestante su espermatozoides. En este caso juega la presunción de maternidad por el hecho del parto a favor de la gestante y se presume padre al marido de esta – quien, además es padre biológico-, podrá la madre biológica impugnar la maternidad de la portadora, nos inclinamos por la respuesta afirmativa en tanto aquella será tenida por tercera interesada.

Desde luego, el hijo podrá impugnar en todo tiempo la maternidad atribuida por el parto y reclamar la maternidad genética.

Como podemos observar, los nacidos a consecuencia de estas técnicas, padecerán la conmoción de no poder establecer de modo claro quiénes serán declarados sus padres.

Empero, más grave aún resulta la circunstancia de hallarse en juego el derecho personalísimo a la identidad, proyectado en su faceta de no vulnerar al individuo la posibilidad de conocer su verdadera autoría genética. Nótese que nos referimos exclusivamente al derecho de acceder al emplazamiento en el estado de familia mediante la atribución de una filiación determinada (ello encontraría solución echando mano a una ficción jurídica que atribuyese el título de padre o madre a cualquiera de los reclamantes según el criterio adoptado: padres comitentes o madre sustituta) sino, a la incuestionable prerrogativa de todo humano a conocer con

certeza la verdad acerca de si mismo y su origen; a saberse descendiente de otros y poderlos identificar; finalmente, a rechazar acceder a ese conocimiento pero por decisión propia y no por imposición de una sociedad que ha osado “fabricarlo y armarlo” cual un rompecabezas.

### **Elementos de la Filiación.**

La filiación de una persona se compone de elementos múltiples, el primer punto por establecer es el parto de la pretendida madre: tal mujer ha tenido un parto en tal época; por tanto esto supone conocido a la vez el hecho del parto y su fecha.

En segundo lugar es preciso establecer la identidad del hijo que esa mujer dio a luz, esta identidad supone necesariamente que hay concordancia entre la fecha del parto y la edad del reclamante y además que no hubo sustitución de un infante por otro.

Cuando se confiesen o prueben estos dos puntos, la maternidad, es decir, la filiación con respecto a la madre, una vez establecida la filiación materna puede pasarse a la paterna ¿Quién es el hombre autor del embarazo de la madre? La cuestión de paternidad solo puede plantearse cuando la filiación materna sea ya conocida; no puede pensarse en buscar el padre de un hijo cuando no se sabe quién es la madre. En consecuencia, existe una falta de método en la ley que se ocupa de la filiación paterna antes de haber tratado la materna.

La filiación, tomada en el sentido natural de la palabra, es la descendencia en línea recta; comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por cual alejado que sea; pero en el lenguaje del Derecho la palabra ha tomado un sentido mucho mas estricto, y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo.

### 3.4.2 Sucesiones

En el Derecho mexicano, la Ley ejerce una función SUPLETIVA de la voluntad del de cujus. Sucesión legal tiene una significación puramente negativa: es la que no se basa en la voluntad del causante.

En derecho mexicano la sucesión presidencial se rige, pues por acto de última voluntad, recordemos que el plazo para denunciar un intestado es imprescriptible.

Hay diversas teorías para explicar la sucesión intestada:

A) La escuela de DERECHO NATURAL: El orden de la sangre, dice el orden divino, afirma Doma; el orden natural. Al hombre lo hizo Dios nacer en el seno de una familia.

B) La doctrina biológica de LAPOUGE. Para ésta la herencia tiene la misma causa que el fenómeno de la reproducción del individuo: los descendientes de un individuo son desmembraciones sucesivas de su ser. Pero esta teoría no explica la sucesión de los descendientes ni la de los colaterales.

C) Grocio, Pufendorf, Stuart Mill y Glasson, dan como fundamento la afectación presunta del de Cuius: La ley presume la voluntad tácita del de Cuius. Esta teoría esta de acuerdo con el Derecho Romano de las novelas, y con los principios dominantes de los códigos Italiano, Español, Portugués y Romano.<sup>83</sup>

Notemos por nuestra parte, a demás, que la personalidad de un individuo no puede cesar bruscamente, pues vive no solo para sí ,sino para los demás: es necesaria la

---

<sup>83</sup> [www.JSMill.com/SP](http://www.JSMill.com/SP), consultado 26 de mayo de 2006

sucesión para continuar la vida económica y jurídica del difunto. La sucesión intestada se explica también por los deberes del individuo para con la sociedad y para con los parientes mas próximos.

La sucesión intestada o legítima (como también decimos hoy) tiene lugar cuando él causante no otorgó testamento, o él otorgado no es válido o ninguno de los instituidos llegan a ser herederos. Es lo que expresan las instituciones de Justiniano. Muere intestado aquel que no ha sido roto o inútil, o no ha producido ningún heredero.

En Roma esta sucesión estaba ordenada teniendo como base los vínculos de parentesco que unían a los miembros del grupo familiar.

Este principio basado en el parentesco sufrió profundos cambios y son una manifestación de los principios dominantes en la sociedad y época en que fueron adoptados ya que las XII Tablas se refieren a un pueblo cuya base social es la familia agnaticia.

Sabemos que la agnación abarca al "Pater Familias" con todos aquellos integrantes que se encontraban bajo su potestad, como en el caso de los adoptados, adrogados, la mujer casada cum-manu y lógicamente los descendientes: hijos, nietos, bisnietos, etc. Es decir, que es una modalidad de la sociedad patriarcal, y fue mérito del derecho pretoriano la modificación, y finalmente el viejo sistema romano de la agnación fue modificado, y finalmente el imperial y el de Justiniano que corresponden a una sociedad y época en que la familia cognaticia fundada ya no es en las relaciones de potestad, sino en los vínculos de la sangre constituye la célula del organismo social, viéndose en las Novelas 118 y 127, un sistema totalmente nuevo.

Esta transformación operada en el derecho sucesorio, hace que las fuentes nos señalen que con posterioridad al Edicto del Pretor, en época de los emperadores Adriano y Marco Aurelio, de los Antoninos; se permitió que la madre heredara a sus hijos y viceversa por disposición de los "senadoconsultos Tertuliano y Orficiano"

La evolución va a continuar en el año 389 D.C con la Constitución Valentiniana, por la que se les reconoció el carácter de herederos a las nietas con respecto a su abuelo materno. Más tarde va a ser en el 498 D.C (Cod. 50, 30, 4) cuando la Constitución Anastasiana otorga la investidura de heredero a la hermana y hermano del causante emancipados en pie de igualdad con los hermanos agnados con prioridad a los más lejanos.

Finalmente va a ser Justiniano como ya lo dije en las Novelas 118 y 127 el que va a fijar la plena vigencia del vínculo consanguíneo o de sangre con un total desconocimiento de la desaparecida familia agnaticia.

Este va a ser a grandes rasgos todo el orden que va a figurar en los ordenamientos legislativos occidentales hasta nuestros días.

Realizada esta breve reseña de la evolución histórica del vínculo de sangre, nos referimos al sistema sucesorio imperante durante la vigencia de la Ley de las XII Tablas que por ser el más primitivo se basaba en el vínculo agnaticio o civil.

La Tabla V. 4 y 5 dice: "Si intestato moritur, tui suus heres necescit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentile familiam habeto". Es decir; si muere intestado un pater familias sin herederos suyos, tome la familia el agnado más próximo, si no hubiese agnado, a los gentiles.

De acuerdo a este pasaje tenemos en el derecho romano primitivo el siguiente orden sucesorio:

Primero: Los sui o herederos suyos, eran herederos suyos y necesarios el hijo o la hija, el nieto o la nieta, sin interesar que los líberi sean sanguíneos o adoptivos. Sin embargo, el nieto o la nieta y el bisnieto o la bisnieta están en el número de los sui-heredes; únicamente en el caso de que la persona que los precede haya dejado de estar bajo la patria potestad, ya fuere por haber muerto o por otra razón como por ejemplo por la emancipatio. En efecto si la época de la muerte del "de cuius", el hijo

estuviera bajo potestas, el hijo habido de este hijo no puede ser "sus heres" y eso mismo lo tenemos dicho respecto a los otros líberi de grado ulterior.

También son herederos suyos, nos sigue diciendo Gayo, la mujer "in-manu", es decir, la mujer que está sometida al poder del marido, porque ocupa el lugar de hija, y la nuera sujeta al poder del hijo, la cual es considerada como nieta. Pero ésta última solo será heres sui en el caso de que el hijo bajo cuyas manos está, no se encuentre bajo la potestas del pater al tiempo de la muerte de éste. Lo mismo decimos de la mujer de éste sometida a la manus del nieto, ya que ella está ocupando entonces el lugar de bisnieta.

Considera también Gayo herederos suyos a los hijos "póstumos" que de haber nacido en vida del padre, estarían bajo su potestad.

No están comprendidos bajo esta categoría los hijos emancipados y las hijas que han contraído matrimonio "cum-manu" pues están sometidas a la familia del marido.

Por consiguiente, cuando existe un hijo y al mismo tiempo nietos y bisnietos de ambos sexos descendientes de varón, todos son llamados a la herencia sin que el más próximo excluya a los otros, porque es justo que dichos nietos sucedan en el lugar del padre en la parte de herencia de éste; igualmente sucede en el caso de bisnietos y bisnietas en cuyo caso se dividirá la herencia por estirpes y no por cabezas.

Segundo: El segundo orden sucesorio estaba dado por el agnado o los agnados más próximos y nos dirá: Son los que están unidos por una cognación legítima, aquella por la cual el vínculo se crea por las personas del sexo masculino.

Justiniano nos dice al respecto : Son agnados, los cognados unidos por el sexo masculino, los cognados por su padre; por ejemplo, el hermano nacido del mismo padre, su hijo y el hijo de este hijo. En cuanto a los cognados unidos por el sexo femenino no son agnados sólo cognados por derecho natural.

Posiblemente a fines de la República se limita la sucesión de las mujeres a las hermanas consanguíneas del causante.

En este orden hereditario, el agnado más próximo excluye al más remoto; y si concurren ambos del mismo grado, la partición entre ellos se efectúa por partes iguales y por cabeza.

Si el agnado más próximo renuncia a la herencia o muere antes de la aceptación, los del grado siguiente no tienen derecho alguno.

Tercero: La última categoría dentro de las XII Tablas está constituida por los gentiles o sea por los integrantes de la misma gens del "de cuius".

Sólo en los tiempos primitivos heredan los gentiles. Gayo afirma que el ius gentilicium cae completamente en desuso, lo que significa que en la época imperial la sucesión gentilicia había desaparecido totalmente.<sup>84</sup>

### **3.4.3 Acción de impugnación de la maternidad**

El hijo podrá impugnar en todo tiempo la maternidad atribuida por el parto y reclamar la maternidad genética.

Como podremos observar, los nacidos a consecuencia de estas técnicas, padecerán la conmoción de no poder establecer de modo claro quienes serán declarados sus padres. Empero, más grave aún resulta la circunstancia de hallarse en juego el derecho personalísimo a la identidad, proyectado en su faceta de no vulnerar al individuo la posibilidad de conocer su verdadera autoría genética.

Nótese que no me refiero exclusivamente al derecho de acceder al emplazamiento en el estado de familia mediante la atribución de una filiación determinada (ello

---

<sup>84</sup> MONTER DUHALT, Sara. "Derecho de Familia". Ed. Porrúa, S.A., México 1998, p. 380

encontraría solución echando mano a una ficción jurídica que atribuyese el título de padre o madre a cualquiera de los reclamantes según el criterio adoptado: padres comitentes o madre sustituta) sino, a la incuestionable prerrogativa de todo humano a conocer con certeza la verdad acerca de sí mismo y su origen; a saberse descendiente de otros y poderlos identificar; finalmente, a rechazar acceder a ese conocimiento pero por decisión propia y no por imposición de una sociedad que ha osado “fabricarlo”.

El derecho que toda persona tiene de reclamar el respeto de sus semejantes a causa de su condición humana (dignidad), constituye aplicándolo a la maternidad subrogada, la prerrogativa de ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por sus propios padres. El mero hecho de la manipulación del sujeto, transformándolo en cosa resulta en detrimento del desarrollo de su personalidad, preestableciéndolo como objeto de un contrato, organizando arbitrariamente el tiempo y lugar en los que debe nacer, supuesto de congelamiento del embrión que luego será implantado en la madre sustituta.

Todas estas alternativas que produce la ciencia, influirán, sin dudas, en el desarrollo psico-emocional de la personalidad y en el derecho a conocer la propia identidad. La libertad del “ser” ha sido avasallada desde el comienzo de la vida del sujeto mediante la utilización de técnicas que devienen en “un modelo para armar”: padres biológicos (que incluso pueden ser anónimos), madre portadora (con quien el nasciturus ha tenido una relación físico-psicológica) y padres del “deseo”.

La procreación artificial puede ser homóloga, cuando el semen proviene del marido; y heteróloga, cuando procede de un donante, es decir, de una persona ajena a la pareja, y por lo general anónimo.

La inseminación artificial y fecundación In Vitro homólogas, desde el punto de vista jurídico, no presentan inconvenientes respecto de la determinación de la filiación del hijo nacido por este método. La paternidad debe ser atribuida al marido.

Se trata de un hijo legítimo, ya que la técnica ha sido utilizada por 2 personas capaces, con su consentimiento, y además coincide la paternidad biológica con la legal.

Por lo tanto, si se intentase una acción de impugnación de paternidad, a la mujer le bastaría aportar, la prueba de la fecundación con el semen del marido, que éste ha dado su consentimiento y que la concepción se realizó dentro de los plazos legales.

Distinto es el caso de la fecundación asistida heteróloga, ya que se tiende a atribuir una paternidad distinta de la biológica, pues interviene un donante

La maternidad, generalmente, no plantea problemas ya que es la misma persona la que aporta el óvulo y también del mismo cuerpo de donde nace el niño.

En la filiación matrimonial se presume la paternidad legal, por tratarse de un hijo nacido después de la celebración del matrimonio o dentro de los 300 posteriores a su disolución. El artículo. 243 de la ley 23.264 establece: <sup>85</sup>“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o la separación de hecho de los esposos...”; ello es así, pues se presume que el hijo dado a luz por una mujer casada tiene como padre a su esposo. Sin embargo, como esta presunción es iuris tantum, puede ser desvirtuada por cualquier medio de prueba (Art. 253 C.C.). Lógicamente, en el caso que nos ocupa, biológicamente el marido no es el padre del hijo que ha nacido dentro del matrimonio, por lo que de intentar una acción de impugnación de paternidad la misma prosperaría.

Por ello es necesario, diferenciar si la fecundación asistida fue realizada con o sin el consentimiento del marido. Es importante para la determinación de la filiación y el

---

<sup>85</sup> CODIGO CIVIL. BUENOS AIRES, 25 DE SETIEMBRE DE 1869- LEY VIGENTE -

ejercicio de las acciones correspondientes, la decisión de que el niño naciera, y esta decisión debe emanar del acuerdo consensuado de la pareja.

Si la fecundación fue ejecutada sin el consentimiento del marido tiene la posibilidad de impugnar con éxito su paternidad, ya que no sólo falta el presupuesto biológico, sino también el volitivo, es decir, la decisión del acto procreacional para que ese ser naciera.

Si la fecundación asistida fue realizada con el consentimiento del marido, como aquí se trata de un sistema de filiación diferente, ya que no tiene sustento en su origen biológico, la paternidad del nuevo ser se determina por este acto de voluntad.

Se podría presentar el caso que, una vez dado el consentimiento el marido se arrepintiera. ¿Tiene derecho a impugnar la paternidad? Consideramos que no, por la teoría de los propios actos “nadie puede borrar con el codo lo que escribió con la mano”, y menos aún cuando se está frente a la determinación de la filiación de un nuevo ser.

No se puede invocar la ausencia de vínculo biológico, pues desde el inicio fue descartado. El marido tuvo la voluntad procreacional, aceptó la donación de semen, consintió el uso de la técnica que se implementó, por lo tanto debe asumir las consecuencias jurídicas de su decisión.

En consecuencia, si hubo consentimiento, la paternidad debe atribuírsele al marido, y por supuesto la filiación es matrimonial.

## **CAPÍTULO 4. PROPUESTA LEGISLATIVA PARA LA REGULACIÓN DE LA FIGURA “MADRE SUBROGADA”**

### **4.1 Derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el contrato de la madre subrogada**

Es necesario reconocer que la maternidad sustituta no es la forma idónea de lograr la maternidad y la paternidad. Además también exige la intervención del jurista y del legislador para que se cumpla la función del derecho, ya que dicho deseo de las parejas provoca que empleen los medios que actualmente la ciencia ofrece, por lo que es necesario que el sistema de derecho positivo mexicano se actualice, a fin de reconocer y regular las prácticas de reproducción para proporcionar la protección y seguridad necesaria, y se cumpla con la garantía constitucional de cuidar que las personas tengan la familia que deseen, siendo que la ciudadanía pueda obtener servicios de salud óptimos, así como que los niños tengan la protección y respaldo necesarios para un eficaz desenvolvimiento social.

Es importante señalar que, como se mencionó anteriormente, nuestra legislación civil requiere de cambios, debido a los constantes avances científicos y tecnológicos, los cambios morales de la sociedad. Por ello, se requiere que la legislación se actualice y adecúe a la realidad social.

Las buenas costumbres cambian de época a época y diferentes entre un grupo social y otro, razón por la cual es difícil que el derecho creé un catálogo de conductas determinadas de acuerdo a un lugar y tiempo. Por lo tanto, señalar que un hecho o abstención va en contra de las buenas costumbres, en determinado momento puede resultar complicado, ya que está sujeto a los juicios de los integrantes de determinado grupo social y por tanto, lo que a unos a unos les puede parecer ilícito, a otros no.

Si analizamos que las leyes y reglamentos están formados por hipótesis que integran una norma jurídica obligatoria para los miembros de una comunidad, que se obtuvieron como resultado de la evolución de la sociedad a la que pertenece, podemos señalar que es necesario el desarrollo de dichas normas al ritmo y bajo las condiciones que la misma sociedad plantea.

Lo anterior permite manifestar que las normas jurídicas evidentemente están inyectadas de moral, o dicho de otra manera, de buenas costumbres, lo que en muchas ocasiones ha impedido que se desarrolle el derecho, representando paradigmas que impiden ver la realidad social y las posibilidades que los seres humanos podemos utilizar para alcanzar el bien común y un mejor nivel de vida.

Para analizar las posibilidades de crear un convenio voluntario entre dos mujeres en la que una sea el vehículo a través del cual la otra pueda ser madre y a su vez se le brinde la seguridad al hijo que se procrea, es necesario, en primer lugar, tener la idea de romper con los paradigmas que nos impiden ser asertivos en nuestros pensamientos y en la forma en que apreciamos la realidad y, en segundo lugar, debemos tener en mente que el derecho debe estar en constante evolución y adecuarse a las necesidades de los integrantes del grupo social que vigila siendo su deber establecer las condiciones y límites necesarios.

Por último, cabe señalar que en un convenio. Entre la mujer testadora y la pareja que aporte el material genético, para la práctica de la maternidad subrogada, deberá, cumplir con los siguientes requisitos:

- 1.-Nombre completo de la mujer gestadora.
- 2.- Domicilio.
- 3.-Edad.
- 4.-Tipo Sanguíneo.
- 5.-Resultado de los análisis de compatibilidad entre la mujer gestadora y la pareja que aporta el pre- embrión.

- 6.- Estado Civil
- 7.- Grado de parentesco con la mujer que aporta el material genético
- 8.- Ocupación
- 9.- Nombre y domicilio del Conyuge, concubina o concubinario si tuviere.
- 10.- Si fuese soltera, nombre y domicilio de sus padres y, a falta de estos, de alguno de sus familiares más cercanos.

#### **4.2 Modelo del contrato de la figura “la madre subrogada”**

Ha aparecido una nueva figura dentro del ámbito del derecho de familia, gracias a las técnicas de reproducción asistida, (madre sustituta o subrogada), o sea, la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Esto ha dado lugar a que aparezca una nueva figura contractual, con gran difusión sobre todo en Estados Unidos.<sup>86</sup>

Esta contratación puede tener dos variantes: la primera modalidad es aquella en donde la madre subrogada sólo presta el servicio de incubación y parto, siendo la llamada madre portadora o gestadora. En este caso el embrión de una pareja, obtenido por el procedimiento de la fecundación *In Vitro*, es implantado en el útero de otra mujer, que es la madre contratada, la que se obliga a llevar adelante el embarazo y a dar a luz al hijo, así como a entregarlo a dicha pareja.

La segunda modalidad hace referencia a la situación en que una mujer se hace inseminar con semen de un hombre cuya mujer es estéril, y se compromete a entregar el hijo luego del nacimiento de éste. En este caso, además de portadora, es la madre genética del niño. El hijo que nace de una madre contratada, se inscribe en el Registro Civil a nombre de ella, y si ésta es soltera, lo reconoce el padre que aportó el semen. Luego, la esposa de este último, adopta a la criatura, con el previo

---

<sup>86</sup> LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana. *“Procreación humana artificial: un desafío bioético. Aspectos biomédicos, aspectos bioéticos y aspectos jurídicos”*. Ed. Depalma. Buenos Aires, 1995. Pág. 358

consentimiento de sus progenitores. Si la mujer que dio a luz fuese casada, ella y su marido deberán dar su consentimiento para que el niño sea adoptado por la pareja.

Sin embargo, existe una situación más complicada, es cuando en ambos casos se recurre al semen de un tercero donador, o al óvulo de una donadora, ya que en estas situaciones desaparece el ligamen genético con los comitentes, quienes asumirían el carácter de progenitores sociales.

Este gran avance científico y tecnológico conduce a esta posibilidad en que distintos sujetos colaboren entre sí, y se aleja de la regla tradicional sobre la reproducción sexual en la relación conyugal, permitiendo llegar a una relación genitor-hijo, sin que exista entre ellos ningún ligamen biológico.

La ley francesa 94-654, para evitar estos inconvenientes, exige que el embrión deba ser producido por gametos provenientes de al menos uno de los miembros de la pareja.

Con respecto a la validez de estos contratos, la doctrina se divide en tres posturas: La primera prevalece en la Europa continental y en México, y también se manifiesta en los proyectos referidos al tema, es prohibiendo estos contratos y declararlos nulos de nulidad absoluta, ya sean gratuitos u onerosos.

El informe Warnock de Gran Bretaña de 1984, realiza algunos reproches de carácter ético a esta situación; entre ellos hace referencia a que es perjudicial, ya que distorsiona la relación entre madre e hijo, los lazos de sangre y afectivos, así como la responsabilidad de la madre en la crianza y en la educación del niño, al permitírsele a la mujer llevar adelante un embarazo con el propósito posterior de renunciar a su hijo.

Una mujer no puede ser jurídicamente obligada a separarse de su hijo; además, la idea de pensar que la mujer utiliza su vientre en busca de un provecho económico

atenta contra la dignidad humana, y lógicamente es degradante para un, el hijo haber sido concebido por dinero.<sup>87</sup>

De esta manera también se está fomentando la explotación de la mujer en este sentido, como una nueva forma de manipulación del cuerpo. Por tal motivo se han comparado estos convenios con los contratos de prostitución, en donde la mujer da en locación su cuerpo.

En conclusión, podemos decir que este tipo de contratos son nulos de nulidad absoluta, sean gratuitos u onerosos, porque hacen de la mujer y del hijo un objeto. Para la mujer esto constituye un préstamo de su cuerpo, pone a disposición de terceros. Se ha considerado que este tipo de convenios se asemeja a la locación de obra, ya que el objetivo es lograr un resultado: un hijo. Y para el niño, este convenio implica un pacto por el cual su madre se compromete a abandonarlo a su nacimiento.

Otra razón por la cual se considera nulo, este contrato, es que se refiere a materia indisponible. Se dispone de la persona humana, de la maternidad, del estado del hijo, de la patria potestad, a la que se renuncia anticipadamente, antes de nacer el hijo, transgrediendo las norma jurídicas que establecen el carácter personalísimo de este atributo al progenitor, irrenunciable e intransferible, y que está fuera del comercio.

Un segundo criterio, más flexible, es cuando el contrato se celebra sin ánimo de ganancia y la madre tiene derecho a quedarse con la criatura, después del nacimiento. En Gran Bretaña, dichos contratos se permiten siempre y cuando sean gratuitos y siendo que la pareja reclamante adopte al niño así concebido, que la madre biológica lo entregue espontáneamente.

Una tercera postura que, tiene gran preponderancia en Estados Unidos de Norteamérica, es aquella donde hay grandes empresas se encargan de la

---

<sup>87</sup> INFORME WARNOCK. op.cit., recordando el caso Baby M. Pub. La Revista Family Law repòrter, vol 13, Ed. 7 de abril 1987

intermediación entre las parejas interesadas y madres subrogadas. En algunos Estados se admite la validez de estos acuerdos y se deja al total arbitrio de las partes, constituyéndose en una especie de adopción alternativa. Y algunos autores hasta justifican la onerosidad de estos convenios, estableciendo que la gestación del niño es un servicio y que el dinero que se paga por ello, es la indemnización por el tiempo que la madre ha estado embarazada, por las fatigas y riesgos que ha sufrido.

En virtud de cierta jurisprudencia de Estados Unidos se ha determinado que el derecho a la intimidad es el derecho del individuo, casado o soltero, de tomar decisiones que afectan fundamentalmente a su persona, como la decisión de engendrar o parir un niño, libre de toda intervención gubernamental injustificada. Por lo tanto, el Estado no le puede prohibir a una pareja que al tomar la decisión de tener un hijo, elijan el método que ellos quieran, entre los cuales esta la maternidad subrogada. Esta decisión se tiene que tomar como parte de esta amplia garantía constitucional.

Podemos encontrar precedentes jurisprudenciales, tendiendo en cuenta las dos variantes que puede presentar la maternidad subrogada, y el conflicto que se presenta cuando la madre subrogada se niega a entregar al niño.

Como ejemplo de la primera variante podemos citar el caso de Melissa Stern, mejor conocido como Baby M., resuelto por el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey, Estados Unidos, luego de tres largos años de pleito. El señor Stern para solucionar la infertilidad de su esposa, requirió los servicios de una corporación de Nueva York para la búsqueda de la persona que realizaría los servicios de maternidad. Pagó la suma de US\$ 7.500 por esta búsqueda, y una vez ubicada la mujer, de nombre Mary Beth Whitehead, se convino con ella, quien era casada, y por US \$ 10.000 se haría inseminar con semen del Sr. Stern, asumiendo la obligación de gestar el embrión hasta el parto, y una vez que naciera la criatura se la entregaría al señor Stern, contra el pago de la suma convenida, para que fuera adoptada por su esposa, Mary

Beth Whitthead a todos los derechos de madre, así mismo su esposo renunciaba a los derechos de padre

Sin embargo, la madre genética, al día siguiente de haber entregado a la criatura pidió que se la devolvieran para tenerla con ella, por una semana debido a la crisis emotiva que atravesaba. Los Stern, accedieron y no vieron a ver a la niña, por lo que iniciaron una contienda a través de los medios masivos de comunicación escritos, orales y televisivos.

El juez de primera instancia declaró la validez del contrato, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, y se condenó a la madre gestante a entregar la niña al comitente, Stern. Apelado el fallo, el tribunal declaró la invalidez del contrato y su inexigibilidad, debido a que no se puede renunciar a la maternidad por una suma de dinero y, además, porque el pago de esa suma implicaba la compra del hijo, violando las disposiciones de la ley de adopción.

En consecuencia, declaró que la madre subrogada es la madre legal de la criatura, reconoció asimismo la paternidad biológica del Sr. Stern y, considerando su excelente situación económica, le entregó la guarda de la niña por convenir mejorar los intereses de ésta, estableciendo un derecho de visitas a favor de la madre.

Por otra parte, y como ejemplo de la segunda variante está el caso Calvert, un embrión formado con el semen del señor Mark y el óvulo de su esposa Crispina Calvert, el cual fue implantado en el útero de Anna Jonson, convirtiéndose una vez nacido el niño sería entregado al matrimonio Calvert. Anna estuvo de acuerdo en renunciar a todos sus derechos de madre, y a cobrado por su servicio la suma de US\$10.000, en cuotas, siendo que la última se abonaría seis semanas después del nacimiento del niño, sin embargo, las relaciones entre las partes se deterioraron.

Anna exigió que se le abonara la totalidad de la suma convenida antes del parto, pero los Calvert promoviéndole una demanda solicitando que se les declara padres legales del niño que aún no había nacido, Anna contra demandó para que a su vez

se les reconozca como madre de la criatura. El niño nació el 19/9/90 y probada la paternidad genética de los Calvert, se les entregó provisoriamente el niño, estableciendo un régimen de visitas a favor de Anna.

El juez de primera instancia resolvió que los Calvert eran los progenitores genéticos, biológicos y naturales, y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible. La Cámara de Apelaciones confirmó el fallo, como también la Suprema Corte del Estado de California, declarándose que: una mujer que suscribe un acuerdo de gestación sustitutiva, no está ejerciendo su propio derecho a tomar decisiones en materia de procreación, está conviniendo en proveer un servicio necesario y profundamente importante, sin ninguna expectativa de que vaya a criar al niño como propio

Por otra parte dentro del derecho argentino, este contrato sería indudablemente nulo por aplicación del Art. 953 del Código Civil de Argentina y de nulidad absoluta por estar de por medio el interés social y el orden público, sea oneroso o gratuito. Por lo tanto, no se podría reclamar las sumas pagadas a cuenta del precio, ni a la madre subrogada ni a la agencia intermediadora, como tampoco exigir la entrega del hijo, aún ofreciendo pagar el saldo adeudado. Por otra parte, la madre contratada tampoco podrá reclamar el pago del saldo del precio, si después de la entrega del hijo, ésta no le fue abonada. Las obligaciones supuestamente contraídas por las partes, carecen de total validez, ya que son contrarias a la moral y a las buenas costumbres.

Y si se presentara un conflicto de esta índole, se debe aplicar la norma que establece que la maternidad se determina por el parto (Art. 242 del Código Civil). Por lo tanto, será madre la gestante que dio a luz, haya o no aportado su óvulo.

Para el caso de que la madre gestante no haya aportado el elemento genético, la situación da lugar a tres opiniones distintas:

- a) Según la doctrina mayoritaria, el Art. 242 del Código Civil de Argentina, establece una presunción iuris tantum, la que siempre se puede impugnar “por no ser la mujer madre del hijo que pasa por suyo”; según el Art. 261 del mismo Código Civil, si la madre sólo aportó la gestación y el parto, la mujer a la que le pertenecía el óvulo, y toda otra persona que manifieste interés legítimo (Art. 262 del Código Civil) podrán accionar para que prevalezca el principio de la verdad biológica, según el cual el padre que aportó el elemento genético, es la que formó el nuevo ser, y así de esta manera desplaza a la madre portadora.

Si la madre portadora es casada, y es vencida en la acción de impugnación de la maternidad, cae también la filiación matrimonial no sólo con respecto a la madre, sino también respecto al padre, ya que si no fue concebido el hijo por la esposa, no rige la presunción de paternidad del marido.

b) Otra postura es la que sostiene los efectos plenos y definitivos de la maternidad por el parto, con lo cual ninguna persona, ya sea la madre genética, la que alumbró, ni ningún otro interesado, podrá impugnar la maternidad. La regla del Art. 242 de Argentina se considera una presunción absoluta, que no admite prueba en contrario. La maternidad por el parto se tiene por definitiva.

c) Así mismo hay quienes consideran que la maternidad determinada por el parto es inimpugnable por los padres genéticos, quienes pretenden demostrar que ellos son los padres biológicos, desconociendo la maternidad de la portadora, porque para ello deberían invocar el pacto por el cual la receptora aceptó la implantación del embrión y se obligó a la entrega del hijo. Por esto se estaría invocando un convenio de objeto inmoral y contrario a las buenas costumbres, lo que estaría totalmente prohibido por el Art. 953 del Código Civil de Argentina

Los que si podrían impugnar la maternidad, son el esposo de la gestante que no dio su consentimiento y demás interesados que invoquen un interés legítimo. Apoya esta postura Bossert y Zannoni.<sup>88</sup>

Para tratar de resolver el amplio alcance de la norma del Art. 242 del Código Civil de Argentina, respecto a que se establece como presunción absoluta que el parto determina la maternidad o bien que se puede impugnar, habría que aclarar el texto del precepto. Y éste en forma muy clara dispone que la maternidad se determine por el parto, aunque el hijo se haya concebido con material genético de otra mujer.

Estas dudas no se plantean cuando la madre contratada aporta además del vientre, el óvulo, en cuyo caso la maternidad no se podrá impugnar. En cuanto al aportante biológico, su participación a través del aporte carece de importancia jurídica, ya que no está legalmente establecido el vínculo biológico ni tampoco tiene ningún derecho-deber por su aporte genético con respecto al niño.

En todo caso, lo que se requiere es que el progenitor reconozca al hijo. Si la contratada fuese soltera, el progenitor podrá reconocerlo como hijo extramatrimonial suyo. Pero si fuese casada, el padre biológico deberá previamente impugnar la paternidad del marido, y recién ahí reconocer el hijo, de acuerdo a lo que establece el Art. 250, segundo párrafo: “no se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación establecida”.

Pese a esto, la legitimidad activa para la impugnación de la filiación paterna matrimonial que inviste esta persona, está discutida, en virtud del Art. 259 del Código Civil de Argentina ya que la limitaría sólo al marido de la madre, al hijo y a los herederos del marido. Aunque hay un criterio amplio que le reconoce tal legitimación.

---

<sup>88</sup> BOSSERT, GUSTAVO-ZANNONI, Eduardo, Regimen Legal de filiación y de patria potestad, Ley 23.264. Ed. Astrea.

En cuanto a la capacidad y derechos de los individuos y de las parejas de disfrutar de una vida sexual y reproductiva, satisfactoria, saludable y sin riesgos, con la absoluta libertad de decidir de una manera responsable y bien informada sobre el número y espaciamiento de los hijos.

Hemos considerado la Fertilización In Vitro como un procedimiento de gran ayuda, ya que independientemente de facilitar los procesos reproductivos. Tiene la capacidad de favorecer el fenómeno reproductivo.

El avance tecnológico y el aumento en la demanda de servicios han conducido a nuevas indicaciones, lo que ha generado controversias ; la efectividad de la técnica en el humano es aún limitada, pero se ha incrementado en los últimos años.

Sin embargo también estamos conscientes de que la maternidad subrogada se enfrenta a grandes problemas tales como.

\*A un procedimiento limitado, a un grupo de especificote mujeres con ausencia de útero.

\*Aparición del dilema de la filiación

\*Riesgo a la salud de la portadora

\*No existe legislación para establecer la filiación y la celebración de un contrato de maternidad subrogada.

“La libertad es la gran madre de la ciencia y de la virtud, una nación será grande en ambas, en proporción directa a su grado de libertad”

(Thomas Jeferson)

Sin embargo y pese a todos los obstáculos a los que nos hemos encontrado a continuación se presenta el siguiente proyecto de: contrato.

## **CONTRATO DE MADRE SUBROGADA O SUSTITUTA**

CONTRATO DE LA MADRE SUBROGADA QUE CELEBRAN POR UNA PARTE \_\_\_\_\_, A QUIEN EN LO SUCESIVO SE LE DENOMINARÁ “LA SUBROGADA” Y DE OTRA PARTE \_\_\_\_\_ LA CONTRATANTE, EN SU CARÁCTER DE “MADRE Y PADRE”, RESPECTO DEL MENOR QUE SE MENCIONA MÁS ADELANTE Y DE ACUERDO A LO QUE SE CONTIENE EN LAS SIGUIENTES DECLARACIONES Y CLÁUSULAS:

### **DECLARACIONES**

#### **DECLARA LA SUBROGADA**

Ser mayor de edad, con plena capacidad jurídica para contraer derechos y obligaciones, con domicilio ubicado en la calle de \_\_\_\_\_ col. \_\_\_\_\_ en \_\_\_\_\_.

Que es su deseo celebrar el presente contrato de subrogación por un plazo que se considera forzoso señalado en las cláusulas del presente contrato

#### **DECLARA LA MADRE Y EL PADRE**

Ser mayores de edad, y encontrarse debidamente capacitado para obligarse en los términos del presente contrato.

Conocer el estado físico y jurídico de la madre subrogada, y que se le ha hecho mención de las cantidades que mensualmente debe cubrir por gastos de alimentación.

EXPUESTO LO ANTERIOR, LOS COMPARECIENTES OTORGAN LO QUE SE CONTIENE EN LAS SIGUIENTES:

## CLÁUSULAS

**PRIMERA.-** “LA SUBROGADA” da en PRESTAMO a la “CONTRATANTE” su Matriz, poniéndose a disposición de la contratante, bajo este último concepto al momento de firma del presente contrato.

**SEGUNDA.-** “LA CONTRATANTE” pagará por concepto de remuneración la cantidad de \_\_\_\_\_ \$\_\_\_\_\_ mensuales, en el domicilio de “LA SUBROGADA” o de su representante legal debidamente acreditado.

**TERCERA.-** El presente contrato de SUBROGACIÓN, tendrá una duración de NUEVE MESES forzoso para ambas partes, contados a partir de la fecha de firma del presente contrato.

Ambas partes convienen en que en el momento en que venza la vigencia y se de cumplimiento al objeto de este instrumento, “LA SUBROGADA” entregará a la “LA CONTRATANTE” al nacido, sin que para ello se requiera de resolución judicial,

**CUARTA.-** Queda expresamente prohibido a la “SUBROGADA” alterar su salud, o realizar cualquier acto perjudicial para el menor siendo esta una causa de rescisión del presente contrato.

**QUINTA.-** “LA CONTRATANTE” no podrá realizar actos que vayan en contra de lo establecido por el presente contrato

**SEXTA.-** “LA CONTRATANTE” recibe el uso de la Matriz, en condiciones perfectas de funcionalidad, reuniendo los estándares de higiene y salubridad exigidos por Ley, obligándose a devolverlo en el mismo estado en que lo recibe al momento en el que se termine, rescinda o convengan a

las partes entregar el mismo, obligándose a cubrir una compensación de aquellos estragos que en forma accidental ocasionen a LA SUBROGADA.

**SEPTIMA.-** “LA SUBROGADA” está consciente por así habersele explicado, que no existe duda alguna en que su responsabilidad no termina sino hasta el momento en que “LA CONTRATANTE” se dé por recibido a su entera satisfacción del menor.

**OCTAVA.-** Las partes que intervienen en el presente contrato, se someten a la jurisdicción y Tribunales de la Ciudad de México Distrito Federal, en todo lo relacionado al cumplimiento del mismo.

**NOVENA.-** Las partes señalan como sus domicilios para oír cualquier tipo de notificaciones, emplazamientos o recibir documentos los siguientes:

“LA SUBROGADA”: \_\_\_\_\_

“LA CONTRATANTE” \_\_\_\_\_

**DÉCIMA PRIMERA.-**Las partes señalan como pena convencional para el caso de que algunas de ellas incumplan con lo establecido con el presente contrato, o cualquier disposición relativa al mismo, el importe de \$100.00 /00 M.N, quedando facultada “LA CONTRATANTE” para ejercer cualquier medio legal que existiere.

**DECIMA SEGUNDA.-** Leído por ambas partes el presente contrato, lo firman ante la presencia de los testigos que se señalan al calce en cada una de sus hojas y al final en esta última, a los días \_\_\_\_ del mes \_\_\_\_ de 200\_\_\_\_, en la ciudad de México, Distrito Federal, manifestando que no existió dolo, violencia, lesión, o algún otro tipo de vicio en el consentimiento en la realización del mismo.

---

LA PORTADORA  
(SUBROGADA)

---

LA CONTRATANTE

---

“TESTIGO”

---

“TESTIGO”

#### **4.1.2 Propuesta para la Creación De un extracto Legislativo, en torno a la maternidad subrogada.**

Es cierto que la subrogación de la maternidad no está contemplada en ninguno de nuestros códigos, pero eso no impide que éste se este llevando a cabo en nuestro país; también es probable que en algún momento alguna de las partes, inconforme con el actuar de su contraparte, vuelva a hacer su reclamación por la vía judicial aunque, ¿debería un juez desechar la demanda por el hecho de considerar que este tipo de contratos no tienen existencia jurídica en nuestro país? Desde luego que no, pues si atendemos a lo dispuesto por el Artículo 14 párrafo cuarto de nuestra Carta Magna, en los juicios del orden civil, el juzgador estará obligado a resolver las controversias que se le presenten, de acuerdo a la letra de la ley o a su interpretación jurídica, y en su efecto, conforme a los principios generales del derecho.

Al hablar de la validez de una operación de este tipo, donde podemos ubicar todas las oposiciones que al respecto se hacen a la subrogación de la maternidad y como ya se mencionó, no basta con determinar que estos contratos son inexistentes para considerar resuelto el problema, pues aun en este último caso, el acuerdo de voluntades puede existir, aún sin ser reconocido por el derecho y manifestarse en forma de una adopción ya que es un acto jurídico perfectamente realizable; por ello es importante determinar si un procedimiento de esta naturaleza, que tenga como objetivo dar cumplimiento a un contrato de maternidad subrogada, debe ser declarado nulo por carecer de alguno de sus elementos de validez.

Desde luego que para celebrar cualquier acto jurídico, se debe tener capacidad de ejercicio y haber ausencia de vicios en la voluntad, pero las principales objeciones son aquellas relativas a la licitud de su objeto, motivo o fin.

Es pertinente aclarar que sólo la conducta humana puede ser calificada de lícita o ilícita, no así los objetos, y el objeto de este tipo de acuerdos es la renuncia de la madre subrogada, respecto de sus derechos maternales, a favor de una tercera persona. Algunas personas, con la finalidad de justificar estos arreglos, han afirmado que su objeto lo constituye una actividad de la madre subrogada que se presta a gestar a un bebé por otra persona, de ahí que usualmente se le designe como arrendamiento de útero o de vientre; dicha afirmación resulta falsa, si tomamos en cuenta que la subrogada, en la mayoría de los casos, es la madre biológica de la criatura. Ahora bien, en aquellos casos en que la madre subrogada no aporta su óvulo para la fecundación, sino que esta última se lleva a cabo a través de la fertilización In Vitro, para después realizar su implante en el útero, se acerca más a este razonamiento, pero es necesario recordar que de acuerdo con nuestra legislación civil, la maternidad es determinada por el parto y la identidad del hijo, por lo que necesariamente debemos concluir, que aún en estos casos, legalmente se considerará como madre del bebé a la mujer que llevó a cabo la gestación, por lo que para dar cumplimiento a un acuerdo de subrogación de la maternidad, deberá renunciar a sus derechos maternales a favor de una tercera persona.

Es necesario regular la reproducción humana asistida, ya sea para aprobarla para prohibirla. Sin embargo, nuestro país carece de normatividad jurídica al respecto, y si no se regula tampoco se prohíbe, lo que significa, siguiendo aquel principio general de derecho, que todo aquello que no está prohibido... ¡está permitido!. Así, al no existir, en nuestro país, normas que regulen o prohíban estas técnicas de reproducción, se debe sobre entender, que la realización de las mismas no implicarían ningún tipo de sanción.

En principio, nuestro Código Civil debe adecuar su normativa para que las previsiones de Vélez Sarfield,<sup>89</sup> en el siglo pasado, abarquen las situaciones que

---

<sup>89</sup> Vélez Sarsfield político argentino, autor del Código Civil de Argentina de 1869, la mayor parte del cual aún continúa vigente.

plantea la modernidad. Creemos que resta todavía mucho camino por andar, al respecto. La diversidad de criterios legislativos y políticos no asegura, por ahora, que la futura legislación sobre procreación humana asistida recoja el criterio proteccionista que propugnamos; por lo que resulta menester continuar la lucha a favor de una afirmación de los principios que se han señalado a lo largo de este trabajo.

El artículo 162 del Código Civil del Distrito Federal, extendiendo aún más la garantía individual, reconocida en su artículo cuarto constitucional, señala que :

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número de espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

La reforma es acertada, al reconocerse como derecho de índole familiar, la libertad de procrear, lo que significa también, su congruencia con los artículos primero de la Constitución y segundo del Código Civil del Distrito Federal, al manifestarse la igualdad de todas las familias, independientemente de su situación económica, a acceder a los tratamientos de reproducción asistida, cuando sus circunstancias biológicas naturales no se los permitan.

Por otra parte, el mismo precepto normativo, abre la posibilidad de que la fecundación asistida se reglamente mediante otra ley.

### **Causal de divorcio**

El artículo 267 del Código Civil del Distrito Federal, en su fracción XX, establece como causal de divorcio la siguiente:

---

“El empleo de métodos de *fecundación asistida*, realizada sin el consentimiento de su cónyuge”.

El anterior artículo tiene relación con lo dispuesto en los numerales 146 y 162 del citado Código, en virtud de que el acto de procreación debe ser un acto consensado entre los cónyuges, razón por la cual, si uno de los cónyuges no fue consultado al respecto, la ley le permite ejercitar la acción de divorcio.

Sin embargo, consideramos que dicho precepto normativo puede ser discutible ética, religiosa y moralmente, pues si bien es cierto, la ley tutela la libertad de los cónyuges a decidir cuándo y cómo procrear, también lo es, que se deja sin protección alguna al producto de la fecundación, lo que significa, dejar a un futuro niño con una familia disuelta, en contravención a las diversas disposiciones jurídicas de orden nacional e internacional que protegen a la infancia.

Por otra parte, la ambigüedad en la cual está reglamentada dicha causal de divorcio, deja deficientemente reglamentada, cual es la situación de estado familiar que guarda el menor producto de la fecundación asistida, junto con su padre formal, entendiéndose por éste al actor que sin externar su consentimiento para la reproducción asistida, acuda al Juez de lo Familiar a ejercitar la acción de divorcio en contra de la esposa que empleó las técnicas de procreación asistida.

Debe discutirse la conveniencia de reformar o no, o en su caso derogar, la causal de divorcio establecida en la fracción XX del artículo 267 del Código Civil, toda vez que con la misma, deja en estado de indefensión al producto de la fecundación asistida, al predestinarle la disolución de su familia, e inclusive, hasta el desconocimiento de la paternidad, en contravención a los preceptos legales consagrados en el orden jurídico nacional, como en los tratados internacionales.

El legislador debe elaborar una ley que reglamente las técnicas de fecundación asistida, de manera seria y responsable, consultando a todas las partes interesadas en ella (filósofos, religiosos, juristas, políticos), sin incurrir con la elaboración de la ley, en un acto de demagogia irresponsable, que en vez de generar seguridad jurídica, produzca lo contrario.

No existe una ley que regule la actividad de reproducción asistida en México, ni un organismo que se encargue de certificar la capacidad de este tipo de especialistas por su parte, el presidente de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, José Ángel Córdoba Villalobos, quien agrega y reconoce que:

“La infertilidad que padecen cerca de 2.3 millones de personas en el país es un problema de salud pública” y ante la aparición de diversos centros hospitalarios de reproducción asistida en territorio nacional “se requiere de una legislación adaptada a las necesidades actuales”.

Mariana Dobernin Gago, especialista en biotécnica y legislaciones en materia de reproducción asistida, explica que en España están reguladas tres técnicas: fecundación in vitro, inseminación artificial y congelación embrionaria. En esta experiencia no marca que tenga que ser una pareja la que recurra a estas técnicas, sino una mujer, siempre y cuando cuente con la capacidad para ello. Además, permite la donación de óvulos y esperma, siempre y cuando sea gratuito, al tiempo que se guarda la identidad del donante y, por último, la legislación no tendrá diferencias entre los hijos nacidos por estas técnicas y los nacidos naturales.

La también coordinadora de la carrera de Derecho en la Universidad Iberoamericana, añade que en España está prohibida la selección de sexo de los embriones, salvo en casos de enfermedades ligadas al sexo como la hemofilia y cualquier daño que sufra el producto al ser transferido al útero tiene una consecuencia penal.

En Alemania, comenta, se cuenta con una legislación totalmente restrictiva; por ejemplo, todo lo que es donación de óvulos y la fecundación de más de tres óvulos está prohibido, con lo que se evitan los embarazos múltiples. Asimismo la figura de la maternidad subrogada no está permitida.

En el Reino Unido, por el contrario, la legislación es más abierta. Cuenta con un Consejo de Fertilización Humana, organismo que determina cuáles clínicas son las más idóneas para realizar las técnicas de reproducción asistida. “El Consejo es el que otorga los permisos y las licencias a los centros que crea convenientes”, precisa. Esta legislación permite la donación de óvulo y esperma, acepta la maternidad subrogada siempre y cuando no haya un precio de por medio o adicional por el embarazo, situación diferente a Estados Unidos, donde sí es aceptado el pago a la mujer como una prestación de servicio.

Tanto en Alemania como en España está permitida la investigación de los embriones desde el día de la fecundación hasta el día 14, que es cuando empieza a nacer la línea primitiva o la línea cerebral, de ahí que esté autorizada la clonación o crear embriones humanos únicamente para fines de estudio.

#### **4.1.3 Problemática Social**

Recordemos que según los tratadistas, el objeto inexistente no es contemplado en la ley, porque simplemente su realización es imposible. El objeto inexistente no es aquel que está prohibido, sino simplemente el que por su misma naturaleza o por la existencia de una norma jurídica no puede realizarse. Atendiendo a lo antes dicho, podemos concluir que este tipo de contratos son inexistentes, pues su objeto es jurídicamente imposible, toda vez que la disposición de los derechos maternales no son disponibles a través de un contrato. Lo cierto es que esta afirmación no resuelve la problemática que rodea a estos acuerdos, pues el hecho de que se determinara judicialmente que un contrato de este tipo es inexistente, no impide por si mismo su celebración, y aún en el caso de que se hiciera la determinación judicial de esa

inexistencia, no hay que olvidar que un nuevo ser se está formando, y es importante tomar en cuenta sus intereses al plantear una solución.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 18, dispone que el silencio, obscuridad ó insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces ó tribunales para dejar de resolver una controversia. De tal forma, el juez estaría obligado a dar trámite y resolver conforme a dichas disposiciones.

Desde luego, que esto tampoco significa que se encuentren legitimados en nuestro derecho, pero ya plantea la necesidad de hacer una regulación específica al respecto, aunque también pudiéramos resolver no hacerlo, y dejar a criterio de los jueces resolver al respecto; aunque si aspiramos a una seguridad jurídica en la forma de proceder, sería importante inclinarse por la primera de las opciones, sin importar en qué sentido fueran las medidas que se tomaran.

## CONCLUSIONES.

La misión del legislador debe encaminarse a llenar los vacíos existentes en materia de Reproducción Humana Asistida y complementar las pocas leyes que actualmente existen al respecto puesto que es fundamental que la ley evolucione al mismo tiempo que progresan las ciencias médicas y científicas, sobre todo cuando nos enfrentamos a descubrimientos y proyecciones científicos sumamente importantes para el Desarrollo Humano, con repercusiones a nivel social, económico, cultural y ecológico.

La reproducción humana puede ser natural o artificial. La primera de ellas es la unión íntima sexual de hombre y mujer, mientras que en la segunda no existe coito alguno, sino la intervención de terceras personas, que mediante técnicas científicas logran la fecundación, ya sea dentro de la matriz de la madre o fuera de ella, (In Vitro).

La reproducción humana asistida es la creación de un ser humano mediante la participación de terceras personas y, el empleo de técnicas permitidas legalmente.

Entre las dificultades jurídicas que existe para regular la fecundación humana asistida, se encuentra la descripción de la naturaleza jurídica del espermatozoides y del óvulo, si se tratan de derechos reales o personales, si son cosas o personas; la situación jurídica respecto al “donante” del “material biológico”, el parentesco, la filiación, así como la intervención del Estado en la prestación del servicio de reproducción asistida, entre otros aspectos.

Entre las tendencias jurídicas de la regulación normativa de la fecundación artificial, se encuentran la necesidad de regular la reproducción humana asistida, su utilización únicamente para fines de procreación y para mujeres o parejas estériles, el deber de información y confidencialidad tanto de los padres que deseen procrear como de los donadores portadores del “material biológico”, la reafirmación de la filiación existente en el Código Civil desconociéndose cualquier otra, la organización de los bancos de gametos y preembriones, con tiempos máximos de crioconservación, la permisión

restringida de la fecundación posmortem, así como la prohibición de la maternidad subrogada.

El Código Civil del Distrito Federal vigente, regula deficientemente la fecundación asistida, al establecerse sin justa causa, el empleo de técnicas de reproducción asistida sin el consentimiento del cónyuge como causal de divorcio en agravio al ser fecundado. De igual forma, hace lo mismo al no reglamentarse adecuadamente, las formas mediante las cuales se deba dar el consentimiento expreso para la utilización de las técnicas de reproducción asistida, así como la falta de términos a partir de la muerte del cuius, para que la cónyuge supertiste, fecunde posmortem.

Creemos necesaria una legislación en la que se regule esta temática, ya que actualmente estas técnicas se llevan a cabo sin otra normativa que las que emanan de las leyes de fondo, las cuales no fueron dictadas pensando en regular ni estas técnicas, ni las controversias y posibles ilícitos que pudieran surgir de su implementación.

La legislación que se sancione en un futuro sobre fecundación asistida, deberá comprender los derechos personalísimos del embrión, sea que se encuentre en una probeta o ya implantado en el útero y que se derivan de las reglas constitucionales vigentes en nuestro país, brindando una amplia protección jurídica contra todo ataque a estos derechos, desde el momento de la concepción, in vivo o in vitro.

Finalizando, debemos recordar la necesidad de reconocer primacía a los intereses de los verdaderos protagonistas de estas técnicas de reproducción humana asistida: los de la persona por nacer y los de la mujer que se somete a dichas prácticas por cuanto es sobre su cuerpo donde se desarrollan las mismas. Una legislación, de carácter restrictivo, que respete estos pilares será la más compatible con los principios que animan nuestro ordenamiento jurídico.

---

---

## GLOSARIO

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

**CLONACIÓN.** Producción de individuos idénticos. Se realiza retirando el núcleo de un óvulo no fecundado y se sustituye por el núcleo de una célula sexual del organismo adulto que se quiere copiar.

**CLONACIÓN REPRODUCTIVA:** A la técnica consistente en la extracción del núcleo de una célula somática diferenciada para introducirlo al interior de un óvulo al que previamente se le ha extraído su núcleo, para el desarrollo de uno o varios individuos genéticamente idénticos.

**CONCEPCIÓN.** Fusión del óvulo y el espermatozoide

**CRIOCONSERVACIÓN.** Mantenimiento de un organismo congelado

**EMBRIÓN.** Célula que cubre una serie de etapas, desde la formación del cigoto, hasta su transformación en feto, si llega a implantarse en el útero y desarrollarse.

**ESPERMATOZOIDE.** Célula reproductora o gameto masculino producido por los testículos.

**ESTERILIDAD:** A los problemas reproductivos consistentes en la incapacidad de una pareja para tener células germinales (óvulo y espermatozoides) que realicen en forma adecuada la fertilización.

**ESTABLECIMIENTO AUTORIZADO:** Al establecimiento autorizado por la Secretaría de Salud del Distrito Federal para realizar la práctica de técnicas de reproducción

---

asistida, o para resguardar células germinales en los Bancos constituidos para tal efecto.

**FECUNDACIÓN.** Fusión del óvulo con el espermatozoide.

**FERTILIDAD.** Capacidad de reproducirse.

**FERTILIZACIÓN O CONCEPCIÓN:** Al momento de la fusión del espermatozoide en el óvulo, prerequisite básico para el desarrollo de un ser humano.

**GAMETO.** Célula reproductora o germinal. El Gameto masculino se llama espermatozoide y el femenino óvulo.

**GEN o GENE.** Unidad básica de la herencia, compuesta por ADN, que ocupa un lugar determinado en un cromosoma.

**GENÉTICA.** Es la ciencia que trata de explicar la forma en que las características de un ser vivo, son transmitidas a otros de generación en generación; cómo se conservan las similitudes, y cómo surgen las diferencias. La base de esta ciencia, son las leyes de la herencia, pero no la herencia jurídica que ahora se estudia, sino de la herencia biológica.

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

**GESTACIÓN:** Al periodo de tiempo que transcurre desde la fertilización del óvulo (en caso de realizarse in vivo) o desde la implantación del embrión en el útero de la mujer (si la fertilización se realiza in vitro), hasta el momento del alumbramiento

---

**INFERTILIDAD:** *A los problemas reproductivos consistentes en la incapacidad para obtener un hijo vivo a pesar de que haya acontecido la fertilización y la implantación.*

**INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.** Introducción del espermatozoides en el aparato genital de una mujer para cualquier medio distinto de la relación sexual.

**INSEMINACIÓN IN VITRO CON TRANSFERENCIA DE EMBRIONES:** A la técnica a través de la cual, se produce la fertilización extracorpórea del óvulo, utilizando las células germinales propias de la pareja (homóloga) o provenientes de donantes (heteróloga), para la posterior transferencia del embrión así obtenido en la cavidad uterina de la mujer de la pareja solicitante o de la gestadora subrogada, en su caso.

**LEY:** Norma de derecho emanada del Estado, de forma escrita y con un procedimiento solemne, se alude con el a las reglas que regulan los fenómenos de la naturaleza, a las normas específicamente jurídicas.

**ÓVULO.** Célula reproductora o gameto femenino producido en los ovarios.

**PAREJA SOLICITANTE:** Al matrimonio que por alguna causa de esterilidad o infertilidad, busca lograr la concepción y el desarrollo de un embarazo mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida o de subrogación de vientre.

**SUBROGACIÓN DE VIENTRE:** A la técnica por medio de la cual el embrión es gestado en el vientre de una tercera persona que presta su cuerpo para anidarlo y llevar a término el embarazo, comprometiéndose a entregar el niño a la pareja solicitante en el momento mismo del alumbramiento.

**SEMEN.** Líquido producido por los testículos que contiene en suspensión los espermatozoides.

---

**TROMPAS DE FALOPIO.** Tubo muscular a lo largo del cual el óvulo se traslada desde el ovario al útero, y en el cual es fecundado.

### **BIBLIOGRAFIA.**

- 1.- ANTONI VANRREL, Joan, Calaf Joaquim y otros. *Fertilidad y Esterilidad Humanas*. Tomo I, 2ª edición , Ed. Masson, Barcelona- México 1999
- 2.- ALPI CESARE. *La madre suplente como un acto humanitario. Tomo I* Ed. Masson, Barcelona- México 2000
- 3.- BEJÁRANO SÁNCHEZ, Manuel. *Derecho de las Obligaciones*. 3º Ed. Editorial Harla
- 4.- CHÁVEZ ASECIO, F Manuel. *La Familia en el Derecho*. Vol. I.- Derecho de la Familia y Relaciones Jurídicas Elementales (1994). Vol. II.- CHIERRI PRIMAROSA Y ZANNONI, Eduardo. *Prueba de ADN, 2ª Ed..Astyrea Buenos aires Argentina 2001*
- 5.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Derecho Civil*. 14"(df; ed. México, Porrúa, 1995
- 6.- GOMEZ DE LA TORRE VARGAS Maricruz. *La fecundación In Vitro y la filiación,Ed. Jurídica de Chile, 1993*
- 7.-GONZALEZ TREFIJANO, Pedro José.*Algunas Reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho de la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida. Madrid 1988*
- 8.-GUTIERREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho Sucesorio Inter Vivos y Mortis Causa*.
- 9.-HURTADO OLIVER XAVIER.*El Derecho a la vida ¿y la muerte? 2ª edición,Ed. Porrúa. México 2000*

- 
- 10.- IBARROLA, Antonio De. "Derecho de familia. 3ª. Edición", Editorial Porrúa, México, 1990
- 11.- LEVIS-STRAUS, CLAUDE "Las estructuras elementales del parentesco", Editorial Paidós, Barcelona, 1969.
- 12.- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. México, Porrúa, 1988.
- 13.- MARLOW, Lenard. "Mediación Familiar", Grancia, España, 1999.
- 14.- MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, Derecho de Familia, 3era. Edición Actualizada, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1995.-
- 15.- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de familia. 4ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.
- 16.- QUESADA GONZÁLEZ, MARÍA CORONA. Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad: la exceptio plurium concubentium. 1. ed. Madrid: Tecnos, 1993. 263 p. 346. 17 35p
- 17.- RODRÍGUEZ LUÑO, ANGEL. La Fecundación in vitro. -- 1. ed. -- Madrid : Ediciones Palabra, 1986. 184 p. 612.63 R74f
- 18.- SOTO LAMADRID, MIGUEL ÁNGEL. Biogenética filiación y delito : la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho. -- 1. Ed. -- Buenos aires: Editorial Astrea de A. y R. Depalma, 1990. 573 p. 612.63
- 19.- VIDAL TAQUÍN, Carlos H. Régimen de bienes en el matrimonio, 3ª. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.
- 20.- ZANNONI, EDUARDO A., *Tratado de Derecho de Familia*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.

21.- ZANNONI, EDUARDO A. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina : proyecciones jurídicas.* --1. ed. -- Buenos Aires : Ed. Astrea

22- FUNDACIÓN BBV-DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA. *Código de Leyes sobre Genética.* Universidad de Deusto. Bilbao España. 1997.

23- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La Fecundación In Vitro y la Filiación.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1993.