



**UNIVERSIDAD AMERICANA DE ACAPULCO**  
"EXCELENCIA PARA EL DESARROLLO"

---

**FACULTAD DE DERECHO**

INCORPORADA A LA  
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
CON CLAVE DE INCORPORACIÓN 8852-09

**"EL CONTRATO DE LA MATRIZ PARA  
UN EMBRIÓN AJENO. MATERNIDAD  
SUSTITUIDA"**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

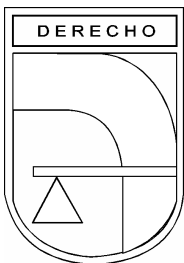
**LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA:

**ROGELIO QUEVEDO MENDOZA**

DIRIGIDA POR:

**MTRO. JAVIER SIERRA AVILÉS**





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.

## AGRADECIMIENTOS

Gracias Señor, porque me permitiste  
alcanzar una de mis metas trazadas...  
porque Señor me has dado salud así  
como también me permites amar a todos  
mis seres queridos. Gracias Señor.

A mis padres con todo mi Amor y  
cariño por enseñarme e inculcarme  
el Amor a Dios y al prójimo, y poner  
en practicas todos los valores que  
que rigen en mi vida.

A mi madre ROSY que con su apoyo  
Esfuerzo, alegría y virtudes me guió  
con todo su corazón desde que nací  
en el camino de la vida.

A mis hermanos, Vero, Pery, Richard y  
Rosy Ivonne, por su Amor y alegría y apoyo  
Con todo mi corazón

A Paty Gpe, Paty y Mario, con cariño gracias,  
Por su apoyo que Dios los bendiga por siempre  
Ya que solamente les puedo decir Gracias.

Gracias también a la Universidad Americana de Acapulco  
Y todo el equipo que la integran, por su colaboración  
Y que recuerdo con orgullo y esperando poner en alto  
su nombre.

Gracias a la Facultad de Derecho y a todos y cada uno  
De sus catedráticos por su gran entrega y profesionalismo  
En la enseñanza que nos dieron al trasmitirnos todos los  
Conocimientos para ponerlos en practica en nuestra vida  
Como profesionistas del derecho.

A todos mi compañeros y amigos que a lo largo de  
La carrera me demostraron su afecto y cariño  
Gracias.....

## INDICE

	Pág.
<b>INTRODUCCIÓN</b> -----	1
 <b>CAPITULO PRIMERO:</b>	
REPRODUCCIÓN NATURAL. INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN EN LOS SERES HUMANOS -----	4
1.1. EL PROCESO REPRODUCTIVO NATURAL -----	4
1.2. DEFINICIÓN DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL -----	8
1.3. EL PROCEDIMIENTO TÉCNICO DE LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL -----	11
1.4. DESARROLLO HISTÓRICO -----	13
 <b>CAPITULO SEGUNDO</b>	
ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUSTITUIDA -----	18
2.1. CONCEPTO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUSTITUIDA -----	18
2.2. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS CONTRATOS NOMINADOS -----	20
2.2.1. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA -----	20
2.2.2. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO -----	22
2.2.3. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES -----	24
2.3. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD	

SUSTITUIDA	-----	26
2.4. ELEMENTOS DE EXISTENCIA	-----	29
2.5. ELEMENTOS DE VALIDEZ	-----	34
2.5.1. CAPACIDAD DE LAS PARTES	-----	34
2.5.2. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO	-----	37
2.5.3. OBJETO, MOTIVO O FIN LÍCITO	-----	41
2.5.4. VOLUNTAD EXTERIORIZADA CONFORME A LA FORMA EXIGIDA POR LA LEY	-----	47
2.6. EFECTOS DEL CONTRATO	-----	49
2.6.1. OBLIGACIONES DE LAS PARTES	-----	50
2.7. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	-----	55
2.8. TERMINACIÓN DEL CONTRATO	-----	58
2.8.1. LA NOVACIÓN	-----	58
2.8.2. LA DACIÓN EN PAGO	-----	59
2.8.3. LA COMPENSACIÓN	-----	60
2.8.4. LA CONFUSIÓN	-----	62
2.8.5. LA REMISIÓN	-----	63

### **CAPÍTULO TERCERO**

FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS DE MADRE SUSTITUTIVA	-----	65
--	-------	----

3.1. ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUSTITUTIVA EN RELACIÓN A LA FILIACIÓN DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD Y DE LA PATERNIDAD EN ALGUNOS SUPUESTOS	-----	65
---	-------	----

3.2. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN APLICABLES A LOS PRECEPTOS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN RELACIÓN A LOS SUPUESTOS DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA MATERNIDAD SUBSTITUTA -----	82
--	----

## **CAPÍTULO CUARTO**

OPINIONES Y CUESTIONAMIENTOS MORALES Y RELIGIOSOS -----	92
4.1. CRITERIOS DE MORALIDAD SOBRE LA FECUNDACIÓN IN VITRO -----	92
4.2. ACTITUD DE LA IGLESIA CATÓLICA -----	96
<b>CONCLUSIONES Y PROPUESTAS -----</b>	<b>108</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA -----</b>	<b>116</b>
<b>OBRAS Y PÁGINAS CONSULTAS POR INTERNET--</b>	<b>120</b>
<b>LEGISLACIÓN -----</b>	<b>121</b>

## INTRODUCCIÓN

Durante los últimos cuarenta años, los avances y descubrimientos científicos, particularmente en los campos de la medicina y la genética, han posibilitado que la utilización de técnicas de reproducción alternativas, hasta hace poco inimaginables, sean hoy una realidad.

Indudablemente estos progresos constatan la capacidad creadora del ser humano y, en primer plano, constituyen grandes satisfacciones. Pero, paralelamente, con el dinamismo de los descubrimientos tecnológicos, surgen incertidumbres e inquietudes sociales ostensibles, relacionadas con la gama de posibilidades resultantes de la utilización de estas técnicas.

La disponibilidad en la práctica de óvulos fecundados, permite al investigador una amplia manipulación para fines terapéuticos, experimentales, genéticos, etc., que sin duda resultan altamente benéficos, tanto individualmente como para la humanidad. Sin embargo, y en virtud de lo delicado del material empleado, surge una diversidad de cuestiones que hacen que se susciten temores y dudas en relación con los alcances sociales, morales, éticos y jurídicos de este tipo de técnicas.

No parece haber duda que los avances tecnológicos deben continuar, pero esta intervención respecto a los orígenes y transmisión de la vida humana, debe obedecer a las directrices que forman las normas de una comunidad, para evitar así la colisión de los derechos humanos y la dignidad del individuo con la sociedad que constituyen.

Cosa que en opiniones reconocidas por expertos en la materia, adecuadamente informados, y en ausencia absoluta de tendencias

ideológicas o políticas, pero dentro de una racionalidad que no busque sino el interés general, se debe legislar conforme a la ética, a la moral y obedeciendo a la naturaleza, ausente de la influencia del hombre, debido a que el derecho es generalmente rebasado por los avances científicos. Es precisamente cuando la ciencia cursa por delante del derecho, donde se crea un vacío jurídico frente a problemas concretos que deben llenarse de inmediato, a efecto de no ubicar al individuo en un estado de indefensión.

Ahora bien, la teoría clásica sostiene que la persona humana existe desde la concepción hasta la muerte, durante la vida el individuo tendrá derechos y deberes y el Estado tendrá la obligación de proteger a los desvalidos, coordinar los esfuerzos individuales y, ante todo cuidar la integridad física de los individuos que lo forman; por lo tanto, tal relación Individuo - Estado es fácilmente aceptada pues nadie negará que los principales bienes protegidos por la ley son la vida y la libertad.

En tal tesitura se plantea que el Estado no solo debe proteger a la persona, también debe proteger al llamado proceso de la vida, dentro del cual se da el nacimiento o la interrupción voluntaria de la misma y, tal proceso natural rechaza su manipulación genética.

El presente trabajo pretende mostrar lo que se presenta como una realidad que señala la urgencia, ya de una legislación, ya de una interpretación legal, capaces de asistir la correcta evaluación por parte de la población en los problemas que presenta el dinamismo de la ciencia, a efecto que ésta responda de conformidad con el derecho mismo.



Para tal efecto, la presente investigación se divide en cuatro capítulos donde se define el concepto de inseminación y fecundación en los seres humanos, para posteriormente analizar la posibilidad de un contrato de maternidad sustituta y la regulación del mismo. La filiación de los hijos de madres substitutas forma parte del tercer capítulo, donde se analizan las consecuencias de los contratos de maternidad substituta de conformidad con lo dispuesto por el Código Civil vigente para el Estado de Guerrero y los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

También a través de la presente investigación, expondremos la utilización de estas técnicas que ya no son solamente empleadas como alternativas a los problemas de esterilidad, sino que, entre otras cosas, proporcionan felicidad y estabilidad a las parejas en su matrimonio, toda vez, que pueden recurrir a tratamientos para poder tener familia. Asimismo los criterios éticos y religiosos, por considerarlos fundamentales en la materia.

## **CAPITULO PRIMERO**

### **REPRODUCCIÓN NATURAL, INSEMINACIÓN Y FECUNDACIÓN EN LOS SERES HUMANOS.**

#### **1.1. EL PROCESO REPRODUCTIVO NATURAL**

El proceso reproductivo natural comienza con el intercambio sexual, también conocido como el coito, al cual podemos definir como todas aquellas actividades corporales entre el macho y la hembra tendientes a la unión del óvulo y espermatozoide.

En el caso de los seres humanos, el órgano masculino (pené) se erecta a raíz de la excitación sexual y es introducido en el órgano femenino de la mujer (vagina). La fricción del pene con las paredes vaginales causa una excitación o paroxismo sexual en la mujer, llamado orgasmo; en el caso de hombre, la enérgica expulsión de fluidos (semen) por el pene es llamada eyaculación y es el resultado de las contracciones musculares coordinadas tanto en el hombre como en la mujer.

El volumen de semen eyaculado durante el coito es de tres a cinco mililitros, se deposita por lo general en la región superior de la vagina, junto al cuello, y es trasladado principalmente por contracciones musculares del tracto reproductor femenino hacia el útero y de ahí a los oviductos.

La fecundación, o unión del óvulo con espermatozoide, se efectúa cuando el núcleo del espermatozoide o gameto masculino, se fusiona

con el núcleo del óvulo, o gameto femenino, para constituir el cigoto, generalmente esta fecundación se realiza en el tercio superior de los oviductos y en un medio fluido, quedando los espermatozoides suspendidos en las propias secreciones glandulares que constituyen el semen; por su parte, los óvulos están suspendidos en los conductos del órgano reproductor femenino, el óvulo, antes de la fecundación, está rodeado por una capa de células foliculares, llamada zona pelúcida, que ha de ser atravesada por el espermatozoide para que se produzca la fecundación.

De los millones de espermatozoides que se depositan en el aparato reproductor femenino, sólo uno es necesario para la fertilización del óvulo, sin embargo, los demás espermatozoides rodean al óvulo liberando enzimas que desprenden la capa de la corona radiada del óvulo, que impide el paso del espermatozoide al óvulo, tales espermatozoides, viven aproximadamente 48 horas dentro del aparato reproductor femenino, el óvulo, en cambio, permanece fértil de 10 a 15 horas después de la ovulación; por lo tanto para que la fecundación ocurra, debe realizarse el coito máximo 48 horas antes de la ovulación, o bien, entre 10 y 15 horas después de la misma. Ahora bien, si el espermatozoide fecunda al óvulo, al momento del contacto, éste se desplaza entre las células foliculares del óvulo y la zona pelúcida del mismo, liberando así su casquete acrosomático y posteriormente el espermatozoide hace contacto con la membrana celular del óvulo y se fusiona con las membranas, pasando lentamente al interior del citoplasma, perdiendo su cola en el proceso.

Por otro lado, describimos que al unirse los núcleos del óvulo y del espermatozoide, la célula contiene ya cuarenta y seis cromosomas, quedando completa la fecundación, ya el huevo fecundado continúa su desarrollo mientras desciende por el oviducto hasta llegar al útero,

durante tres o cuatro días el óvulo fecundado sigue sufriendo divisiones celulares. Cabe señalar que es en esta etapa de multipartición celular cuando, por diversas circunstancias, pueden de una sola célula crearse dos o más, que crecerán independientes la una de la otra, dando como resultado mellizos o trillizos idénticos.

En tanto una vez en el útero, el óvulo flota en el líquido intrauterino, continuando con su división celular y recibiendo nutrientes; este periodo de tiempo corresponde a los días que median entre el decimocuarto y el vigésimo primero del ciclo menstrual. Mientras el óvulo es fecundado y comienza su desarrollo inicial, el tapizado uterino está simultáneamente en proceso de preparación por el estrógeno y la progesterona momento en el que se entra a la etapa donde se presentan diversas opiniones que consiste en la implantación del óvulo fecundado en el útero materno.

Hemos encontrado que la mayoría de los científicos, como los médicos John y Evelyn Billings, opinan que dicha implantación se concretiza entre el séptimo y el noveno día después de la ovulación; otros autores, Raúl Armenta y Sebastián Ceballos,<sup>1</sup> afirman inclusive que puede ser hasta el decimocuarto día posterior a la ovulación, todas estas consideraciones que pudieran no parecer relevantes a la investigación realizada, cobrarán gran importancia cuando hayamos de dilucidar acerca del momento en que empieza la vida.

Algunas corrientes afirman que sólo podemos hablar de vida humana hasta el momento en que el óvulo fecundado se implanta en el útero. Esta opinión es sustentada por algunos tribunales europeos, como el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, en

---

<sup>1</sup> [www.billings-org.com](http://www.billings-org.com).

sentencia del 25 de Febrero de 1975, que a la letra dice: “Según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día catorce que sigue a la fecundación” otros, en cambio, como el Tribunal Constitucional Español en sentencia del 11 de abril de 1985, manifiesta: “La vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual, una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte”.

Para que el proceso anteriormente descrito se lleve a cabo es necesario que el hombre y la mujer cumplan con los siguientes requisitos:

- a) El hombre debe de producir y madurar un número satisfactorio de espermatozoides móviles normales.
- b) El pene debe tener conductos permeables y la suficiente potencia para eyacular los espermatozoides de la uretra a la vagina.
- c) El espermatozoide debe de alcanzar el cuello uterino, atravesar el moco cervical y ascender a lo largo del útero y oviductos en un tiempo apropiado para encontrar el óvulo.
- d) La mujer deberá ovular y el óvulo debe tener un acceso a un oviducto permeable.
- e) El huevo fertilizado deberá moverse hacia el útero, encontrar un endometrio preparado para su implantación, implantarse, desarrollarse normalmente y producir en su porción trofoblástica una glucoproteína gónadas trópica, capaz de substituir el cuerpo lúteo.

Para concluir con el tema del proceso reproductivo natural; sólo bastará señalar que el óvulo se convierte en un conjunto de células

que rodean una cavidad central llena de líquido, que se conoce con el nombre de blastocisto. Esta masa celular interna ha de convertirse en el feto cuando se implante en el endometrio.

## **1.2. DEFINICIÓN DE INSEMINACION ARTIFICIAL Y DE FECUNDACION ARTIFICIAL.**

El dinámico desarrollo del ser humano en el campo de las ciencias naturales, lo ha llevado no solo a investigar, sino a participar con y de ella; en este caso nos referiremos al desarrollo y utilización de técnicas de reproducción asistida, alternativas a la reproducción natural en los casos de esterilidad en la pareja humana.

Este proceso es conocido con el nombre de “Inseminación Artificial”. Etimológicamente, la palabra inseminación proviene del latín in, que significa dentro, y de semen, semilla, es decir, la llegada del semen al óvulo. El Diccionario de la Lengua Española<sup>2</sup> define a la inseminación artificial como el “procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera, distinto a la cópula sexual”. Para entender el significado de inseminación artificial como un instrumento utilizado por la ciencia, hemos de recurrir a las definiciones de diversos especialistas en la materia, así la complejidad de este concepto, nos llevará a conocer distintos tipos y concepciones que sobre el particular existen.

Marciano Vidal define a la inseminación artificial como “aquella intervención médica a través de la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través de un acto sexual normal sino de

---

<sup>2</sup> Real Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Segunda Edición. [www.espasa.com](http://www.espasa.com).

manera artificial, con el objeto de procurar la fecundación”<sup>3</sup>.

Para Tony Misfud, la inseminación artificial es el “proceso de la colocación del semen en el útero, a través del cervix por medio de un tubo angosto y una jeringa”<sup>4</sup>. Aunque más técnica, esta definición nos muestra la manera en que la inseminación artificial conduce a la fecundación.

Como podemos observar fecundación, según el Diccionario de la Lengua Española, es la unión del elemento reproductor masculino y femenino, para dar origen a un nuevo ser. Por lo tanto, fecundación artificial, fecundación in Vitro o fecundación extracorpórea se refiere al ámbito de la fecundación y a los medios técnicos empleados para obtener fecundación y el subsecuente desarrollo intrauterino.

Vidal afirma que, el nombre de fecundación artificial no es adecuado ya que al hablar de inseminación, nos referimos, estrictamente, a una manipulación técnica consistente en la introducción del esperma masculino en la vagina o el útero femenino, sin embargo, no deja de reconocer que existen términos más exactos como el de espermateisfora instrumental, pero de difícil uso. Hemos de aclarar que no es posible emplear los términos, inseminación artificial y fecundación artificial, como sinónimos y para tal efecto definiremos a la fecundación como lo señala Vidal: “Se entiende por fecundación artificial un conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención de óvulos hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero (propio o adoptivo) para el ulterior desarrollo de la célula

---

<sup>3</sup> Vidal, Marciano. Moral de la persona, moral de actitudes. Tomo II, Colección EAS. Ed. PS. 5a. ed. Madrid, España. p. 333.

<sup>4</sup> Misfud. Tony. Moral de discernimiento, el respeto de la vida humana. Tomo II. Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación. Santiago de Chile. 1985. p. 99.

germinal fuera del seno materno”<sup>5</sup> y Misfud, en cambio, abunda y dice que por fecundación in Vitro se entienden dos procesos sucesivos: “en primer lugar, la fusión del óvulo y del espermatozoide fuera del útero materno y; posteriormente, su implantación en el útero de la mujer”<sup>6</sup>.

De lo apuntado anteriormente podemos concluir que hay que distinguir entre inseminación artificial y fecundación artificial; ya que en la primera la maternidad es cierta porque el óvulo es de la madre; mientras que la maternidad en la fecundación artificial puede ser incierta, ya que se puede ignorar quien es la proveedora del óvulo que se fecunda, en el caso de la inseminación heteróloga.

El Doctor Guttmacher<sup>7</sup>, define la inseminación artificial como el proceso médico - técnico consistente en la introducción a los genitales femeninos de esperma, mediante una forma diversa al normal ayuntamiento de sexos. La infusión del esperma puede ser por inyección, por vía cervical o por vía vaginal; Al hablar de inseminación artificial en los seres humanos, debemos de hacer referencia a aquella imposibilidad de la pareja para la práctica del coito; toda persona incapaz para el acto conyugal es incapaz de procrear, más no toda persona capaz para el coito es apta para procrear; es decir, no todas las parejas son capaces de fecundarse, existen dos tipos de impotencia:

- a) Impotencia coeundi, que es la impotencia propiamente dicha, en la cual hay imposibilidad absoluta para el coito e;
- b) Impotencia generandi, mejor conocida como esterilidad, donde

---

<sup>5</sup> Vidal, Marciano. Op. Cit. p. 341.

<sup>6</sup> Misfud, Tony. Op. Cit. p. 100.

<sup>7</sup> Guttmacher, Alan (1898 - 1966) Médico - Físico. Primer promotor de control de Natalidad, Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com)



no es posible la procreación por diversas razones como la eyaculación anormal, la falta de algún elemento del líquido espermático, la estriñes vaginal, la frigidez o la inhospitalidad cervical entre otras.

A grandes rasgos podemos hablar de dos tipos de inseminación:

- a) Inseminación homóloga o auto inseminación, la cual se practica dentro del matrimonio, inseminando a la esposa directamente con el semen de su cónyuge.
- b) Inseminación heteróloga o heteroinseminación, que resulta de inseminar a una mujer casada con semen de una persona que no es su esposo; o bien, a una mujer soltera con semen de un donante desconocido (hipótesis objeto de nuestro estudio).

### **1.3. EL PROCEDIMIENTO TECNICO DE LA FECUNDACION ARTIFICIAL.**

Es indiscutible que el nacimiento de un ser humano de laboratorio constituye un gran paso científico, pero un paso científico que nos está cambiando el modo de entender la vida, el misterio que encerraba el momento de la fecundación de células humanas ha sido franqueado por la ciencia y por la técnica; es precisamente el aspecto técnico de la fecundación artificial, lo que hemos de desarrollar en el presente capítulo, para tal efecto señalamos los pasos a través de los cuales se lleva a cabo la fecundación artificial:

- a). El primer paso para el autor Javier Gafo<sup>8</sup>, denominado

---

<sup>8</sup> Gafo, Javier . (1936 - 2001) Filósofo y Teólogo de origen Español. Pionero de la Bioética. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com).

“estimulación ovárica”, consiste en la obtención del óvulo de manera espontánea o provocada, con la ayuda de hormonas inductoras de ovulación, que son fácilmente aceptadas, los ovarios responden a esta estimulación individualmente, es decir, madurando un solo óvulo como ocurre en el proceso natural; pero también puede suceder que maduren varios óvulos, todo esto en un espacio de treinta y seis horas.

b). El segundo paso se desarrolla a través de un microsistema de lentes que permite localizar el óvulo, practicando una pequeña incisión en la cavidad abdominal, los cirujanos comprueban la correcta ovulación y formación de folículos, para proceder a su extirpación, con un sistema especial conectado a bombas y jeringas eléctricas, en condiciones de vacío, un líquido molecular cae constantemente sobre el óvulo; por otra parte el ambiente de la cavidad abdominal es regulado con bióxido de carbono, oxígeno y nitrógeno con el fin de controlar la acidez, que puede alterar los gametos, a través de una fina aguja, revestida de una especie de teflón, se succiona el óvulo hacia un recipiente al vacío que contiene un líquido de constitución molecular y bioquímica muy parecido al de las trompas de Falopio.

c). Tercer paso: una vez obtenido el semen, los espermatozoides son lavados y puestos a prueba para ver si tienen la capacidad de penetrar la zona pelúcida del óvulo, si estos pasan la prueba, se colocan en el mismo recipiente del óvulo y comienza el proceso de observación periódica.

d). El cuarto paso inicia cuando un espermatozoide logra penetrar el óvulo y, han de pasar cuatro horas para que la célula fecundada se divida a su vez en cuatro células, es entonces cuando las paredes del útero son lo suficientemente fuertes para volver a

---

introducir el óvulo fecundado en el útero.

Técnicos en la materia opinan, que la reimplantación del óvulo puede hacerse en un término que va de cuatro a sesenta horas después de la fecundación; sin embargo, la práctica ha demostrado que a mayor tiempo, disminuye la posibilidad de adhesión al útero. Si el óvulo fecundado se fija correctamente a las paredes del endometrio, este seguirá su normal desarrollo embrionario, no basta el poner en contacto un óvulo con un espermatozoide para que se produzca la fecundación; la mayor dificultad estriba en lograr la implantación en el momento justo, es decir, cuando la sincronización entre el endometrio uterino y el desarrollo del embrión sea perfecta, la técnica aún ha de ser perfeccionada, por lo tanto los resultados del procedimiento arrojan hoy en día un treinta por ciento de éxito, y las distintas posibilidades de aplicación del proceso son ocho, dependiendo éstas de las causas de esterilidad. La duración aproximada de este proceso es de dieciséis horas, con un costo estimado de tres mil dólares por cada intento.

#### **1.4. DESARROLLO HISTÓRICO.**

La fecundación artificial en reproducción de vegetales y en algunos seres del reino animal, ha sido denominada “artificial” al momento de intervenir métodos no naturales y precisamente en las plantas es muy antigua, por ejemplo el hombre la ha utilizado para que los dátiles dieran fruto, cosa que no puede ser sin su intervención.

A continuación presentaremos un esquema histórico de la evolución en los métodos de la inseminación artificial, dado por Charles T. Gerber:<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Gerber, citado por Quintero Monasterios, Rubén. Inseminación Artificial Humana. Su valor en el tratamiento de la infertilidad. Universidad central de Venezuela.

Año de aplicación del método	Formas de llevarse a cabo
Año 220 Antes de Cristo: (Talmud)	Algunas especulaciones acerca de la posibilidad de que una mujer hubiese sido accidentalmente fertilizada con agua de un baño.
Año 1200: Rabi	Igualmente la posibilidad de que una mujer haya sido fertilizada al dormir sobre una sábana impregnada por el eyaculado de un hombre.
Siglo XIII: Armand de Vernueil	Intento de inseminación, no exitosa, con la mezcla de varios espermias humanos.
Años 1300 - 1322: Jeque árabe	Inseminó una raza pura de yeguas de su enemigo con semen de caballos enfermos de inferior calidad.

En el mismo contexto desde 1322 los árabes utilizaron métodos artificiales para inseminar caballos de raza; sin embargo, no hay pruebas fehacientes de que los árabes hayan practicado la inseminación artificial humana.

En 1661, Malphigi y Bibbiena intentan sin éxito inseminar de manera artificial los huevos de gusanos de seda<sup>10</sup>.

---

Organización del Bienestar Estudiantil, Caracas, Venezuela.1974. pp. 36 y 37.

<sup>10</sup> Malphighi, Marcello. (1628 - 1694)Fisiólogo Italiano. Descubridor de las Papilas

La primera noticia de inseminación de seres humanos data de 1725, cuando el Doctor Waltheim, inicia su investigación<sup>11</sup>.

El camino era difícil, y no fue sino hasta 1777, aproximadamente, que Lázaro Spallanzani<sup>12</sup>, obtiene resultados positivos, experimentando con ranas, perros y otros mamíferos, comprobando así que la generación espontánea no existía y que para que se produjera la fecundación y la reproducción, era necesaria la unión de un óvulo con un espermatozoide. No obstante el abate italiano no tuvo éxito en los seres humanos.

La primera inseminación artificial en humanos realizada en forma exitosa se atribuye a diversos investigadores; se cree que este privilegio corresponde a John Hunter<sup>13</sup>, que logra la primera inseminación artificial a fines del siglo XVIII, en una mujer al verter cuidadosamente el espermatozoide de un tercero, distinto de su marido, en el órgano interno de la mujer (útero).

La consagración de la inseminación artificial se consigue en el año de 1866, en los Estados Unidos de América, al inyectarse un espermatozoide móvil (aquel que no ha sido tratado por ningún proceso científico tendiente a su almacenamiento, como la congelación) en el útero femenino, en forma directa; este logro se

---

Gustativas. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com)

<sup>11</sup> Waltheim, Stig. (1695 - 1762) Botánico de origen Finlandés. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com).

<sup>12</sup> Spallanzani, Lázaro (1729 - 1799) Fisiólogo Italiano, uno de los fundadores de la biología experimental. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com).

<sup>13</sup> Hunter, John. (1728 - 1793) Anatomista y Cirujano Escocés. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com).

atribuye al Doctor Mario Sims<sup>14</sup>.

Ya en 1871, se exponía en la Facultad de Medicina de París, el procedimiento para lograr la inseminación en forma artificial, en la cátedra del Doctor Gigon<sup>15</sup>.

Fue hasta 1884 que el Doctor Pancoast,<sup>16</sup> realizó la primera inseminación heteróloga, es decir, insemína a una mujer con semen de un donante distinto de su marido, iniciándose también el problema jurídico sobre la paternidad del nasciturus (niño que esta por nacer) .

Existe aun, una larga lista de investigadores tanto franceses como alemanes que practicaron estos procedimientos reproductivos, entre los que podemos nombrar a Thouret, Girault, Gérard, Döderein, Stöeckl y Fräenkel<sup>17</sup>. Sin embargo, aun no era posible hablar de un éxito sistemático en la práctica de la inseminación artificial, ya que el margen de fracasos en la experimentación, era elevado. Para darnos una idea del número de experimentos realizados y de los éxitos obtenidos, diremos que en 1911, Roelheder, realiza 65 experimentos y obtiene resultados positivos en 31 de ellos, es decir, solo el 47.6% de éxito. En 1927, Schorochowa, obtiene 37.5 de éxito al lograr la inseminación artificial en 33 de 88 experimentos practicados<sup>18</sup>.

No es hasta 1940, cuando en la Universidad de Harvard el Doctor John Rock, logra por primera vez en la historia de la medicina, inseminar en

---

<sup>14</sup> Sims, Mario. Creador de la corrección quirúrgica vesicovaginal. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com).

<sup>15</sup> Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com)

<sup>16</sup> Sims, Mario. Creador de la corrección quirúrgica vesicovaginal. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com)

<sup>17</sup> Thouret y otros. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com)

<sup>18</sup> Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com)

un laboratorio un óvulo con un espermatozoide; pero su éxito fue relativo, ya que no utiliza ningún medio especial para la incubación del huevo fecundado en el tubo de ensaye, y por lo tanto, éste no logra subsistir<sup>19</sup>.

Diez años más tarde, se logran en Francia, Inglaterra y Estados Unidos un promedio de 900 embarazos artificiales anuales. Años más tarde, en Bolonia, se logró mantener durante tres semanas un embrión en un laboratorio, y aunque hay noticias de que en 1966 se consiguió mantener vivo un embrión durante seis meses, no es sino hasta ocho años más tarde, cuando el médico inglés Douglas Bevis, comunica al mundo la existencia de tres niños nacidos producto de la fecundación artificial implantados posteriormente en el útero materno.

Este método en los seres humanos no es nuevo, pues, se dio a conocer de forma universal con el nacimiento en 1978 de la “primera niña de probeta”, Louis Brown<sup>20</sup>, nacida en el Reino Unido, mediante la fecundación in Vitro con transferencia de embriones cuya fecundación se realiza en un laboratorio utilizando gametos de sus padres legales, siendo los autores de este suceso los Doctores Edwards, Bavister y Steptoe., y es en nuestros días cuando este procedimiento se ha convertido en una opción común en el tratamiento terapéutico contra la esterilidad humana.

---

<sup>19</sup> Rock, John (1890 - 1984) Médico Nortamericano. Investigador en infertilidad. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com).

<sup>20</sup> Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com)

## **CAPITULO SEGUNDO**

### **ANALISIS JURIDICO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUSTITUIDA**

#### **2.1. CONCEPTO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUSTITUIDA.**

El Código Civil del Distrito Federal de 1884, definió en su artículo 1272, al contrato, lisa y llanamente, como un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen alguna obligación. Por su parte el Código Civil de nuestro Estado de 1928, también consideró al contrato a través de su artículo 1793 como una especie de convenio. Actualmente nuestro Código Civil del Estado de Guerrero (C.C.E.Gro.) por medio de sus artículos 1660 y 1661 describen al Convenio de la siguiente manera “Convenio será el negocio jurídico por el cual dos o más personas crean, transfieren, modifican, conservan o extinguen obligaciones o derechos” y “los convenios que crean o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos” descripciones obligatorias que deben tomarse para entender al jurista español Alfonso de Cossio, como lo cita el maestro Sanchez Medal que reza: “el contrato es fuente de obligaciones”, así mismo, el maestro citado afirma al citar a Josserand, estas obligaciones no están limitadas sólo a los bienes, “sino que se extiende a las personas y a la familia, pues en el orden extrapatrimonial el matrimonio y la adopción son también contratos”<sup>21</sup>.

Con respecto al cuerpo humano como objeto de los contratos el mismo autor señala: por regla general no pueden ser objeto de contrato la persona humana, los derechos de la personalidad, el cuerpo humano o

---

<sup>21</sup> Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Ed. Porrúa, 8a. ed. México, p. 3.



las partes de éste (amparo 2435/70 de María del Carmen Mendoza Vargas, 29 - X - 1970, pp.23 y 24 informe de 1970 de 3o. de Sala de la Suprema Corte), pues como afirma Mazeaud, el hombre sólo es depositario y no dueño de su cuerpo (concepción cristiana de la vida)”<sup>22</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de maternidad sustituida, proviene de un contrato innominado, el cual se rige conforme a lo dispuesto por el artículo 1657 del Código Civil vigente para nuestro Estado, mismo que refiere “Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales del negocio jurídico; por las estipulaciones de las partes y en lo que fueren omisas, por disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentos en este Ordenamiento”. Por ello ubicaremos al contrato objeto del presente estudio dentro de la legislación vigente y de los principios generales del derecho. Para Colin y Capitant “el contrato o convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos, contratando las partes; pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla”<sup>23</sup>.

Tomando el estudio de la maternidad sustituida, debemos afirmar que ésta se lleva a cabo a través de un contrato por medio del cual las partes crean derechos y obligaciones recíprocos, en base a la libertad de contratación fundada en la autonomía de la voluntad.

Para configurar el “contrato de maternidad sustituida”, deben considerarse los factores extrajurídicos y los elementos que lo

---

<sup>22</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pág. 39.

<sup>23</sup> Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa, 10a. ed. México, p. 111.

conforman al mencionado contrato, es decir, para que exista tal contrato se requiere de los siguientes elementos:

- a) Una mujer imposibilitada para la gestación, más no forzosamente para la concepción.
- b) Una mujer, dispuesta a llevar a cabo la gestación del producto a través de una fecundación asistida, de manera onerosa o gratuita.
- c) En caso de que los solicitantes se encuentren imposibilitados para proveer sus gametos reproductivos, se requerirá, además, de los donantes de óvulo y/o espermatozoide.
- d) El acuerdo de voluntades de las partes. en lo referente a los gravámenes y beneficios

Reuniéndose los elementos referidos, podemos definir en nuestra opinión que el contrato de maternidad sustituida como el acuerdo de dos o más voluntades en virtud del cual una persona llamada gestante se obliga para con otra, llamada solicitante, a ser inseminada artificialmente, en un centro técnico autorizado para tal efecto, y gestar cuidadosamente al producto de la inseminación y devolverlo al “solicitante”, cuando este nazca vivo y viable.

## **2.2. ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS CONTRATOS NOMINADOS.**

### **2.2.1. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA.**

El contrato de compraventa es un contrato por virtud del cual una parte, llamada vendedor, transmite la propiedad de una cosa o de un derecho a otra, llamada comprador, la cual se obliga a pagar un precio cierto y en dinero. De la definición podemos precisar que el contrato de

compraventa es un contrato traslativo de dominio que se perfecciona y obliga a las partes cuando se ha convenido sobre la cosa y el precio; artículo 2207 del Código Civil para el Estado de Guerrero, a continuación veremos los elementos que lo configuran:

El primer elemento esencial se observa a través del consentimiento; por el que ambas partes se obligan, una a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y la otra a pagar un precio cierto y en dinero.

El segundo elemento de existencia del contrato es el objeto, como lo establece el artículo 1593 de nuestro Código Civil.

Con respecto a los elementos de validez, cabe mencionar que el contrato de compraventa no requiere ninguna formalidad, salvo que recaiga en bienes inmuebles, en cuyo caso, su venta se hará en escritura pública, si su valor es superior a trescientas setenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Estado de Guerrero, al momento de la operación (artículos 2249, 2250 C.C.Gro.), por lo tanto será consensual la compraventa de muebles.

En cuanto a las obligaciones de las partes conforme al artículo 2219 del C.C.E.Gro. para el vendedor son:

- a). Entregar al comprador la cosa vendida.
- b). Garantizar las calidades de las cosas.
- c). Responder en caso de evicción.

Por su parte, el comprador debe cumplir con todo aquello a lo que se haya obligado y, especialmente, debe pagar el precio en el tiempo, lugar y forma pactados (artículo 2293 C.C.Gro).

### **2.2.2. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.**

El contrato de arrendamiento es un contrato en virtud del cual una persona, llamada arrendador, concede el uso y goce temporal de una cosa a otra persona, llamada arrendatario, a cambio del pago de un precio cierto (artículo 2298 C.C.Gro.).

El presente contrato es regulado principalmente en el Derecho Romano, a través del arrendamiento de cosas. En el Derecho Francés o en el Derecho Español se regulan, a la fecha, el contrato de arrendamiento por prestación de servicios, o por obra determinada.

Como todo contrato, en el de arrendamiento, sus elementos esenciales son el consentimiento y el objeto que puede recaer sobre cualquier cosa, ya sea corpórea o incorpórea, siempre y cuando no se trate de cosas consumibles al primer uso, estrictamente prohibidas por la ley y estrictamente personales (artículo 2333 C.C.Gro.), cabe aclarar que el precio, en el contrato en cuestión, no debe forzosamente consistir en una suma de dinero, ya que el C.C.E.Gro, señala en su artículo 2399 que: “La renta o precio del arrendamiento puede consistir en una suma de dinero o en cualquier otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada”.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció en amparo 2132/84, de fecha 29 de Junio de 1985, que cuando se trata de una renta consistente en dinero, solamente puede ser cierta, sin embargo cuando consistiere en “cualquier otra cosa equivalente, además de ser cierta, debe ser determinada”<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pág. 239.

Al referirse Rojina Villegas”<sup>25</sup>, a los elementos de validez de dicho contrato señala que tienen capacidad para arrendar todas aquellas personas que tengan “plena propiedad o la facultad de conceder el uso o goce de los bienes ajenos”, entre estos se encuentran las personas que cuentan con la siguiente capacidad de ejercicio y el siguiente sentido:

- a). Los propietarios;
- b). Los que por un contrato tienen el uso o goce de un bien, facultados por la naturaleza del contrato para transmitir ese uso o goce.
- c). Los que por virtud de un derecho real pueden conceder el uso o goce de los bienes ajenos.
- d). Los expresamente autorizados por la ley en calidad de administradores de bienes ajenos, para celebrar arrendamientos.

El arrendamiento debe otorgarse por escrito cuando la renta exceda de cien pesos anuales (artículo 2331 C.C.Gro). Por lo tanto, es un contrato formal y solo excepcionalmente consensual.

En cuanto a las obligaciones de cada una de las partes del contrato de arrendamiento son las siguientes:

- Arrendador:
- a) Entregar al arrendatario la cosa arrendada, con todas sus pertenencias y en estado de servir.
  - b) Conservar la cosa arrendada en el mismo estado durante el arrendamiento, haciendo para ello todas las reparaciones necesarias.
  - c) No estorbar ni embarazar de manera alguna el uso de la cosa arrendada.

---

<sup>25</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 218.

d) Garantizar el uso o goce pacífico de la cosa por todo el tiempo del contrato.

e) Responder por el pago de daños y perjuicios que sufra el arrendatario, derivados de los contratos o vicios ocultos de la cosa, anteriores al arrendamiento.

Arrendatario:

a) Satisfacer la renta en la forma y tiempo convenidos

b) Responder de los perjuicios que la cosa arrendada sufra por su culpa, por negligencia de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios.

c) Servirse de la cosa solamente para el uso convenido y conforme a la naturaleza y destino de la misma.

### **2.2.3. EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES**

“Es el contrato por el que una persona llamada profesionalista o profesor se obliga a prestar determinados servicios que requieren una preparación técnica y a veces un título profesional, a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario”<sup>26</sup>.

El servicio profesional que presta el profesionalista puede consistir en actos materiales, jurídicos o simplemente hechos propios de una determinada profesión.

---

<sup>26</sup> Idem. Pág. 30.

Para ser considerado como un profesionalista y, parte del contrato de prestación de servicios profesionales, se requiere del título respectivo para el ejercicio de la profesión, o bien, que sea perito en el arte en que presta el servicio. Además de título es necesario su registro y la expedición de la patente o cédula respectiva por la Dirección General de Profesiones.

Por lo expuesto hasta este momento, podemos concluir que el supuesto que nos ocupa no puede encuadrarse como el acuerdo entre una profesionalista, “la gestante”, y sus clientes, “los solicitantes”, ya que la primera carece de reconocida competencia, capacidad profesional o habilidad técnica, que son cuestiones determinantes en la contratación de un profesionalista.

Por tanto, consideramos que el contrato de maternidad sustituida es un contrato innominado, que reúne, en un mismo acuerdo de voluntades, diversas obligaciones, ya sean de dar (“la gestante” debe entregar al niño al nacer), de hacer (“la gestante” debe someterse al procedimiento técnico de la inseminación artificial y, “los solicitantes” proveer los elementos y los medios necesarios para la inseminación, en caso de ser posible, y para la fecundación, además deben adoptar al niño al momento de nacer), o de no nacer (“la gestante” deberá abstenerse de todas aquellas conductas que puedan afectar el normal desarrollo del nasciturus; asimismo, tampoco podrá interrumpir el embarazo), y ninguna de estas obligaciones encuadra dentro de los contratos regulados por nuestra legislación.

### **2.3. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUSTITUIDA.**

En principio diremos que se trata de un contrato de Derecho de Familia y no de un contrato de naturaleza mercantil, ya que no lo podemos encuadrar dentro de aquellos actos que el artículo 75 del Código de Comercio reputa como actos de comercio. Además, forma parte del “conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares”<sup>27</sup>.

Ahora clasificaremos al contrato de maternidad sustituida de acuerdo con la clasificación tradicional que utiliza la doctrina y el derecho positivo. Siendo un contrato bilateral, en oposición a unilateral, ya que genera obligaciones recíprocas, tanto para la “gestante” como para “los solicitantes” (artículo 1668 C.C.Gro).

A primera vista parecería que se tratara de un contrato oneroso, que genera provechos y gravámenes tanto para “la gestante” como para los solicitantes (artículo 1669 C.C.Gro), pero la onerosidad o cargas de un contrato radica en que los beneficios son para ambas partes, al igual que los gravámenes, al respecto comenta Manuel Bejarano Sánchez: “En el oneroso hay un sacrificio recíproco y equivalente; en el gratuito, el sacrificio sólo es de una de las partes y, la otra no tiene gravamen alguno, sino sólo beneficios. Ello no implica necesariamente que no tenga obligación: puede tenerla, pero ella no representa un sacrificio o gravamen”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Ed. Porrúa. México, DF. 1987. Pág. 280.

<sup>28</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Ed. Harla. México, DF. 1980. Pág. 34.



Por otro lado, la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, establece en su artículo segundo que la donación de los gametos y preembriones será un contrato gratuito. Por lo tanto, “la gestante” no puede cobrar remuneración alguna por la fecundación del embrión que le es inseminado artificialmente, aunque tiene la obligación de someterse al procedimiento de la inseminación, tomar los cuidados necesarios durante el embarazo y entregar al niño al nacer. En tanto “los solicitantes” también contraen obligaciones, como son el proveer los medios necesarios para la fecundación, satisfacer las necesidades de “la gestante” durante el embarazo y adoptar al niño al nacer.

Por lo tanto no acogemos esta última consideración y señalamos que el contrato de maternidad sustituida en nuestra opinión debe de ser oneroso, ya que estamos a favor de que la “gestante” cobre una remuneración por la gestación del embrión que le es fecundado artificialmente y, por lo tanto, los beneficios y gravámenes son para “los solicitantes” al igual que para “la gestante”, por lo tanto ambas partes tienen obligaciones que cumplir. Al considerar al contrato como oneroso le son aplicable los artículos 1670, 1671 y 1672 del Código Civil para el Estado de Guerrero que clasifica a los contratos onerosos en conmutativos y aleatorios, según la certeza o falta de la misma respecto a los provechos o gravámenes del contrato.

En principio podemos afirmar que nuestro contrato se perfecciona por el sólo acuerdo de las partes (artículo 1631 C.C.Gro) y, que por lo tanto se trata de un contrato consensual en oposición a real y formal. “En oposición a los contratos reales, se citan los consensuales; pero es necesario precisar el alcance de este término, porque también se usa en oposición a los contratos formales. Cuando se dice que un

contrato es consensual, en oposición a real, simplemente se indica que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo. En cambio, cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a formal, se considera que existe por la simple manifestación verbal o tácita del consentimiento, sin requerir una forma escrita, pública o privada, para la validez del acto”<sup>29</sup>. No obstante, por la naturaleza de las obligaciones que engendra el contrato de maternidad sustituida, consideramos que éste debe darse por escrito, mediante escritura privada.

Se trata de un contrato de tracto sucesivo, en oposición al de ejecución inmediata, debido a que el cumplimiento de las prestaciones que genera el contrato se realiza desde la fecundación artificial del óvulo y del espermatozoide, hasta la entrega del niño inseminado artificialmente por “la gestante” a “los solicitantes”.

Es un contrato principal, en oposición a accesorio, ya que el contrato de maternidad sustituida existe por sí mismo, y no depende de ningún otro contrato y persigue una finalidad jurídica distinta a la que podría buscar el contrato con los donantes de los gametos o de la clínica que realice el proceso.

Asimismo se trata de un contrato innominado o atípico e “*intuitu personae*”, ya que “la gestante” es elegida por su capacidad, tanto física como psíquica, para llevar a cabo la gestación normal del embrión.

Finalmente diremos que, conforme a la clasificación utilizada por el maestro español José Castán Tobeñas y de la cual se vale el maestro Rafael Rojina Villegas en su Compendio de Derecho Civil, consideramos que el contrato de maternidad sustituida se encuadra

---

<sup>29</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 15.

dentro de los contratos de custodia, ya que “la gestante” debe comportarse como la depositaria del embrión durante su gestación y responderá por los daños que se causen al mismo por excesos o malos tratos.

#### **2.4. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.**

- a) *El consentimiento* es el acuerdo de dos o más voluntades que buscan la producción o la transmisión de derechos y obligaciones; agregamos que se requiere que estas voluntades tengan una manifestación exterior.

Ahora bien, para que se forme el consentimiento y que las partes convengan acerca del objeto materia del acuerdo de voluntades, se requiere de “dos emisiones de voluntad sucesivas, de dos declaraciones unilaterales”<sup>30</sup>: la oferta o policitud y la aceptación; es a partir de la integración del consentimiento de ambas voluntades, cuando nace el contrato y empieza a producir efectos legales así lo describe el artículo 1602 C.C.Gro.

En el mismo sentido el maestro Rafael Rojina Villegas, citando a De Gásperi, define la oferta como: “la voluntad seria y definitiva de constituirse deudor respecto de otros”<sup>31</sup>. resultado la aceptación a manera de la manifestación unilateral de voluntad de aprobar lo que se ofrece.

A tales expresiones el Código Civil en Guerrero reza a través de sus

---

<sup>30</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. p. 51.

<sup>31</sup> Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. Volumen I. Ed. Porrúa. 5a. Edición. México, DF. 1985. Pág. 272.

artículos 1601, 1602 y 1805 que: “el acuerdo de voluntades puede hacerse de forma expresa o tácita”, “puede ser bien entre presentes, en cuyo caso el contrato se perfecciona en el momento en que se acepta la oferta” o entre ausentes, situación en la que oferente queda obligado hasta el vencimiento del plazo”.

Por otro lado, puede suceder que el acuerdo de voluntades sea sólo aparente y que realmente no haya consentimiento entre las partes, esto sucede “cuando las partes sufren un error respecto a la identidad del objeto y en los contratos simulados.”<sup>32</sup>. En estos casos y al faltar uno de los elementos de existencia hace que el contrato sea inexistente.

*b) El objeto* es el otro elemento de existencia de los contratos; En primer término debemos distinguir el objeto directo de el objeto indirecto de los contratos; así el crear o transmitir obligaciones en los contratos corresponde al directo, mientras que el segundo es la cosa o el hecho que constituyen el objeto de la obligación que crea el contrato, por lo tanto: “en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto la cosa o el hecho relacionados con dicha conducta”<sup>33</sup>; o bien que “el Objeto inmediato del contrato es, en realidad, la obligación que por él constituye; pero como ésta, a su vez, tiene como contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, se identifica ordinariamente al objeto del contrato a todas las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o hacer” <sup>34</sup>. El artículo 1622 del C.C.Gro. establece que son objeto de los contratos: la cosa que el

---

<sup>32</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. p. 273.

<sup>33</sup> Idem. Pág. 287.

<sup>34</sup> Castán Tobeñas. José, citado por Rojina Villegas, Rafael. Ibidem. Pág. 287.

obligado debe dar y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. A continuación presentamos diversas obligaciones tanto de dar, de hacer o no hacer:

1. Las obligaciones de dar pueden consistir en la traslación del dominio de cosa cierta, en la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta, en la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta o bien en la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida (artículo 1777 C.C.Gro.) las obligaciones de dar deben reunir ciertos requisitos para que el contrato exista, esas características según el artículo 1623 C.C.Gro. son:

- a) El objeto debe ser físicamente posible, es decir, las cosas que no existen o que no pueden llegar a existir en la naturaleza son físicamente imposibles, por lo tanto, los contratos cuyo objeto caiga en esta clasificación son jurídicamente inexistentes. Sin embargo, las cosas que no existan en la naturaleza al momento de la celebración del contrato, pueden ser objeto de los contratos, ya que se trata de cosas futuras que están destinadas a existir. Por lo tanto, los contratos cuyo objeto sea de existencia futura cierta y factible, tienen un objeto posible y por lo tanto válido de acuerdo al artículo 1628 C.C.Gro.
  
- b) La cosa debe ser jurídicamente posible y para ello debe reunir dos requisitos: primero.- la cosa debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie, esto es, debe ser posible distinguir perfectamente la especie y la cantidad del objeto materia del contrato, o bien “basta que el contrato contenga los elementos que permitirán ulteriormente llegar a

una precisión bastante completa<sup>35</sup>, ya que“ la indeterminación de la cosa impide la formación del consentimiento y si las partes no se han puesto de acuerdo sobre el objeto del pacto<sup>36</sup> el contrato será inexistente.

- c) La cosa debe estar en el comercio, las cosas pueden estar fuera del comercio bien por su naturaleza, aquellas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente; o por disposición de la ley, las que ésta declara irreductibles a propiedad particular (artículos 653, 654 y 665 C.C.Gro).

Ahora bien, hay que distinguir entre la in comerciabilidad (cualidad de no comerciable) de un determinado bien y su inalienabilidad (cualidad de inalienable-que no puede enajenarse por disposición legal), la primera es lo referente al bien no comerciable por el solo hecho del interés del particular, y la segunda por disposición de la ley; Al respecto nos dice el ilustre jurista Manuel Borja Soriano, citando a Ferrara: “in comerciabilidad no es sinónimo de inalienabilidad, porque si las cosas fuera del comercio son inalienables, la inversa no es verdadera, pudiendo una cosa estar prohibida de enajenación y, sin embargo, encontrarse en propiedad privada. La in comerciabilidad es sustracción al régimen jurídico privado en la totalidad de sus relaciones, incapacidad de formar parte del patrimonio. Así, hay cosas que están en el patrimonio individual, pero de las cuales la transmisión está impedida o limitada, sea en interés general, sea en interés de determinadas personas especialmente protegidas o por razones particulares<sup>37</sup>. El hecho o la abstención objeto de los contratos debe reunir, también, los anteriores requisitos, es decir, posibilidad tanto

---

<sup>35</sup> Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. Pág. 143.

<sup>36</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. Pág. 69.

<sup>37</sup> Ferrara, citado por Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. Pág. 144.

física como jurídica de existir según los artículos 1624 y 1625 C.C.Gro. siendo las siguientes:

*En la posibilidad física de existir* el hecho debe ser compatible con una ley de la naturaleza que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

*Para la imposibilidad física* de las obligaciones de hacer debe conceptuarse en términos absolutos cuando el hecho vaya contra una ley de la naturaleza que constituye un obstáculo insuperable para su realización<sup>38</sup>. Esto es, la prestación o la abstención deben ser imposibles para todas las personas y no sólo para el obligado (artículos 1626 y 1794 C.C.Gro).

En cuanto a la posibilidad jurídica de existir. Un hecho jurídicamente imposible es aquel que no puede existir porque es incompatible con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. “La imposibilidad jurídica no es trasgresión de la ley, sino lo que según la ley no puede existir porque es contrario a los supuestos lógico - jurídicos de la misma. Para que un efecto legal se produzca, la ley ha establecido de modo absoluto ciertas condiciones que preliminarmente deben integrarse para lograr el efecto mismo<sup>39</sup>. “Lo ilícito es lo posible prohibido; en cambio, lo imposible jurídicamente hablando, es aquello que no llega a realizarse, porque la norma de derecho supone ciertos supuestos necesarios, que de no observarse en el acto, aún cuando tenga aspecto material, no tendrá existencia jurídica” .<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Rojina Villegas, Rafel. Op. Cit. Pág. 293.

<sup>39</sup> Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. Pág. 145.

<sup>40</sup> Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. Pág. 145.

## **2.5. ELEMENTOS DE VALIDEZ**

Toca ahora estudiar los requisitos de validez del contrato de maternidad sustituida. Según el artículo 1594 del Código Civil para el Estado de Guerrero, el contrato puede ser invalidado por:

- 1) Incapacidad legal de las partes.
- 2) Vicios del consentimiento.
- 3) Tener un objeto, motivo o fin ilícito.
- 4) Porque el consentimiento no se manifieste en la forma establecida por la ley.

### **2.5.1. CAPACIDAD DE LAS PARTES.**

La capacidad es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Hay dos especies de capacidad: capacidad de goce (posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones) y capacidad de ejercicio (posibilidad de ejercer los derechos y exigir el cumplimiento de las obligaciones personalmente); por lo tanto la palabra incapacidad puede referirse a personas privadas de ciertos derechos o bien a personas que, teniendo todos sus derechos, no tienen el libre ejercicio de ellos.

“Hay incapacidad de goce cuando un derecho, concedido a la generalidad de las personas, le es negado a cierta categoría de ellas o a determinada persona”<sup>41</sup>. Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley (artículo 1595 C.C.Gro., por lo tanto sólo tendrán incapacidad de ejercicio las personas a las que la ley les da ésta categoría expresamente (artículo 40 C.C.Gro):

---

<sup>41</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. Pág. 125.



- a) Los menores de edad.
- b) Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos.
- c) Los sordomudos que no sepan leer y escribir.
- d) Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

La capacidad es un elemento de validez de los contratos, sin el cual éste se encontraría viciado de nulidad relativa. En el contrato de maternidad sustituida se requiere que ambas partes sean capaces de contratar, así, tanto “la gestante” como “los solicitantes” deben ser mayores de edad y estar en pleno goce de sus derechos (artículo 6, inciso 1, Ley sobre Técnicas de Reproducción Española)<sup>42</sup>.

Por otro lado, por tratarse de un contrato “intuitu personae”, hay que considerar ciertas características especiales en los contratantes, sin las cuales estos no celebrarían el contrato. Entre estas características personales habría que considerar las siguientes:

En “la gestante”:	En los “solicitantes”
1) Desarrollo físico adecuado que le permita gestar sanamente al producto.	1) Que deseen someterse al procedimiento técnico de la inseminación artificial. 2) En caso de ser ellos los

<sup>42</sup> Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, publicada en el Boletín Oficial del Estado Español el 24 de noviembre de 1988. Número 282.

<p>2) Un estado físico y mental que le permita someterse al procedimiento técnico de la fecundación artificial.</p> <p>3) En el caso de que “la gestante” fuera también la proveedora del óvulo, sería necesario que ésta no padeciese determinadas enfermedades hereditarias.</p> <p>4) La “gestante” tendrá los derechos de madre biológica y legal sobre el niño nacido si en el ultimo momento los solicitantes rechazan a aquel.</p>	<p>que proveyeren el óvulo y el espermatozoide, sería necesario un estado de salud adecuado, para evitar la transmisión de enfermedades contagiosa como el v.i.h o que puedan ocasionar deficiencias o deformidad al producto, requisito indispensable en “los donantes”.</p> <p>3) El pago de una retribución por gestación, que tendrán que cubrirle a la “gestante”.</p> <p>4) Que se encuentren en posibilidades y en la disposición de cubrir los gastos médicos, surgidos por la inseminación artificial realizada en un centro técnico especializado, así como durante el embarazo y el parto.</p> <p>5) La voluntad firme de reconocer al niño una vez que nazca, aunque ellos no sean los proveedores del óvulo y espermatozoide.</p>
---	--

## **2.5.2. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.**

Los vicios del consentimiento son:

El error, éste es una falsa apreciación de la realidad y puede presentar tres distintos grados:

*Primero.* Error Nulidad: es el que recae sobre el motivo determinante de la voluntad y produce la nulidad relativa del contrato (artículo 1608 y 1609 C.C.Gro.).

*Segundo.* Error Indiferente: es el que recae sobre circunstancias accidentales, que no trascienden en la celebración del contrato.

*Tercero.* Error Obstáculo: es aquel que impide la celebración del contrato ya que recae sobre aspectos trascendentales para la formación del acuerdo de voluntades, por lo que produce la inexistencia del contrato.

Al ser el contrato de maternidad sustituida un contrato “intuitu personae”, el error sobre alguno de los contratantes, en especial sobre “la gestante”, produce la nulidad del contrato, ya que recae sobre un motivo determinante de la voluntad (artículos 2137, 2138, 2139, 2140, 2141 del C.C.Gro).

El dolo y la mala fe. Se entiende por dolo en los contratos, cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido (artículo 1613 C.C.Gro).

Manuel Borja Soriano, citando a Días Ferreira, nos dice: I. El dolo y la mala fe, tienen los mismos efectos jurídicos, distinguiéndose apenas en que el dolo es, por decirlo así, activo y la mala fe pasiva”; II. El dolo y la mala fe, importan siempre, premeditación, y propósito de engañar o de no desengañar, cuando el error ha nacido naturalmente”<sup>43</sup>.

Al igual que el error, y como agente del mismo, el dolo y la mala fe, solo vician de nulidad al contrato que lo padece si recaen sobre el motivo determinante de la voluntad y que de conocerlo el contratante no habría celebrado el contrato, en este caso estamos en presencia del llamado “dolo principal” (artículo 1613 y 1614 C.C.Gro); pero hay otras especies de dolo que no producen nulidad del contrato, éstos son:

*El dolo incidental*, son aquellas sugerencias que no determinan la voluntad del contratante, aunque este haya aceptado condiciones más desventajosas de las que hubiese aceptado sin el vicio.

*Dolo bueno*, consiste en las exageraciones notorias que utilice alguno de los contratantes como propaganda.

*Dolo recíproco*, cuando ambas partes en un contrato proceden con dolo (artículo 1614 C.C.Gro).

Por lo que respecta a este vicio del consentimiento, podría darse si “la gestante” otorgara su consentimiento engañada, ignorando el procedimiento al que se va a someter o bien ignorando los riesgos para la descendencia y el embarazo derivados de la edad inadecuada

---

<sup>43</sup> Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. Pág. 221.

o de otras circunstancias personales. Por lo que respecta a esta consideración, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Española, publicada en el Boletín Oficial del Estado Español el 24 de noviembre de 1988 establece en su artículo 6, inciso 2, que las mujeres que se sometan a estas técnicas de “reproducción asistida” deberán ser informadas sobre los riesgos que corren en su salud para evitar el error y el engaño.

En relación a “los solicitantes” habría dolo si estos fuesen engañados diciéndoles que “la gestante” reúne las características físicas necesarias para desarrollar un embarazo normal y un parto sin complicaciones para el niño, cuando en realidad esto no fuese cierto.

En ambos casos el contrato de maternidad sustituida estaría viciado de nulidad relativa, con los efectos que este produce (artículos 2137, 2138, 2139, 2140, 2141 del C.C.Gro).

- a) La violencia, hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado (artículo 1618 C.C.Gro).

Lo que vicia un contrato celebrado por violencia, ya sea física o moral, que provenga de uno de los contratantes o de un tercero interesado o no en el contrato (artículo 1617 C.C.Gro), es el temor, que limita la voluntad al suprimir la libertad de contratación.

Al igual que en los demás contratos, en el contrato de maternidad sustituida los contratantes deben de prestar su consentimiento libres

de toda coacción, y de no ser así, el contrato estaría viciado de nulidad relativa (artículos 2137,2138,2139,2140,2141 y demás relativos del C.C.Gro).

- b) La lesión, Demontés, citado por el maestro Borja Soriano, define la lesión como “el perjuicio que un contratante experimenta, cuando en un contrato conmutativo, no recibe de la otra parte un valor igual al de la prestación que suministra. Este perjuicio nace, pues, de la desigualdad de los valores, y el daño que causa parece un atentado a la idea de justicia” <sup>44</sup>.

El vicio de lesión solamente se presenta en los contratos bilaterales y onerosos, y consiste en la desproporción exagerada entre las prestaciones recíprocas que se deben las partes. El Código Civil vigente para el Estado de Guerrero regula la lesión en su artículo 17, que a la letra dice:

“Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios. El derecho concedido en este artículo dura un año”. Así podemos apreciar que el contrato de maternidad sustituida viciado de lesión en cuanto a las prestaciones de las partes está afectado de nulidad relativa (artículos 2139, 2140, 2141 del C.C.Gro).

---

<sup>44</sup> Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. Pág. 228.

### **2.5.3. OBJETO, MOTIVO O FIN LICITO.**

El objeto de los contratos, es decir, el contenido de la conducta del deudor, debe reunir dos requisitos: ser posible y ser lícito (artículo 1624 C.C.Gro).

El motivo o fin es el motivo que induce a los contratantes a celebrar el contrato, y éste, al igual que el objeto del mismo, debe ser lícito. Esta es la llamada “causa final” de la obligación, que no hay que confundir con la “causa eficiente” que es la fuente de las obligaciones, esto es, el contrato.

El motivo o fin que debe ser lícito, es: “El que fue el motor principal del acto y, además; el que trascendió a la atmósfera del contrato y pudo ser conocido, pues no se podría pretender la anulación de un negocio jurídico por motivos inmorales o ilícitos que nunca afloraron al exterior (por haber sido mantenidos en secreto en el ánimo del autor), aunque hubieran podido ser supuestos o imaginados por los demás”<sup>45</sup>. Por cuanto al concepto de ilicitud, Rafael Rojina Villegas dice al respecto : “Si es ilícito todo aquello que se ejecuta en contra de la ley, para nuestra materia, el objeto del contrato sería ilícito, sólo cuando fuera en contra de una ley de interés público, prohibitiva o imperativa, o en contra de las buenas costumbres”<sup>46</sup>.

Existe un tipo de norma, cuya violación no produce la nulidad del contrato que la padece; nos referimos a las leyes supletorias o permisivas, cuya finalidad es la reglamentación de los contratos en aquello en que las partes hayan sido omisas, por lo tanto, tratan de

---

<sup>45</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. Pág. 115.

<sup>46</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 296.

suplir la voluntad de los contratantes, por lo que no puede considerarse como ilícito el acto que se ejecute en contravención a estas normas. El Código Civil para el Estado de Guerrero admite los actos complejos en los que es posible decretar la nulidad de ciertas consecuencias jurídicas, y admitir la validez de otros efectos. Esta hipótesis de nulidad parcial se reconoce cuando existe independencia en las convenciones, de tal manera que la nulidad de determinadas cláusulas en el contrato no afecta a otras independientes, que no son ni consecuencias, ni pactos accesorios <sup>47</sup>.

Como quedó establecido anteriormente, el objeto de nuestro contrato es una prestación de hacer, que según establece el artículo 1624 del Código Civil para el Estado de Guerrero, debe ser posible y lícito, por lo que toca ahora determinar si el contrato de maternidad sustituida es un contrato lícito y por lo tanto válido, o si por el contrario, es ilícito y consiguientemente, nulo. El orden público está integrado por “aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada” <sup>48</sup>. Por lo anterior deducimos que las normas de orden público no siempre se encuentran escritas o codificadas, bien pueden hacerse valer por existir en el ánimo de las personas o por tratarse de una serie de principios impulsores de las conciencias.

En relación con las madres sustituidas la cuestión está en determinar

---

<sup>47</sup> Idem. Pág. 300.

<sup>48</sup> Lledo Yague, Francisco. El Alquiler de Úteros y el Problema de las Madres Substitutivas o por Encargo, en la Filiación a finales del Siglo XX. Problemática planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana. II Congreso Mundial Vasco. Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. Ed. Trivium. Madrid, España. 1988. Pág. 330.



si jurídicamente se tiene el derecho de concebir a un ser humano para después abandonarlo y ceder sus derechos de “madre gestante”, en beneficio de una mujer estéril que está privada de la posibilidad de la concepción, aunque haya proveído sus elementos reproductivos, y al respecto nos comenta Labrousse Riou que: “El Derecho Objetivo, como el conjunto de normas que rigen a la sociedad, rehúsa consagrar el derecho para una mujer estéril de pedir a otra que procrea un hijo y después lo abandone; ya que el Derecho Objetivo no puede ponerse al servicio de un interés individual”.<sup>49</sup>

En el supuesto de que “los solicitantes” proveyesen el óvulo fecundado, hay autores que opinan que se trata de un contrato lícito, ya que “la gestante” no renuncia a un hijo propio, sino de la pareja que aportó sus gametos. Por otro lado, también puede considerársele como un acto en el cual “la gestante” dispone de su propio cuerpo, y por lo tanto debe considerarse válido, aunque en este punto cabe señalar que no es sólo un acto por el cual “la gestante” hace libre uso de su cuerpo, ya que a través de este acto se pone en peligro una vida humana: la vida e integridad física del nasciturus.

Dejando a un lado la doctrina y las meras suposiciones, la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Española, considera este tipo de contratos como válidos y por lo tanto obligatorios para las partes, salvo las siguientes consideraciones que se transcriben a través de sus articulados siguientes:

#### Artículo 2.

1. Las técnicas de Reproducción Española se realizarán solamente:
  - a. Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan

---

<sup>49</sup> Idem. Pág. 336.

riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.

- b. En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.

2. Es obligada la información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los Centros o Servicios Sanitarios donde se realicen.

3. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.

Artículo 3. Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto de la procreación humana.

Artículo 4. Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerando científicamente como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

Artículo 5. La donación nunca tendrá carácter lucrativo comercial.

Artículo 10. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que

renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

Artículo 11. No se autorizará la crioconservación de óvulos con fines de Reproducción Asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación.

Artículo 12. Toda intervención sobre el preembrión, vivo, in Vitro, con fines diagnósticos, 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 transferencia para procrear.

Artículo 14. Los gametos podrán utilizarse independientemente con fines de investigación básica o experimental.

Artículo 17. Los preembriones abortados serán considerados muertos o no viables y en ningún caso deberán ser transferidos de nuevo al útero y podrán ser objeto de investigación y experimentación en los términos de esta Ley.

Además, la Ley en cuestión establece en su artículo 20 sanciones por lo que la misma considera infracciones “graves” o “muy graves”.

Por lo expuesto hasta este momento, podemos observar que la Ley Española sobre la materia no trata de resolver problemas de fondo, y se limita a regular el procedimiento, sin realmente analizar las cuestiones que se suscitarán con la práctica de este tipo de técnicas reproductivas. El aspecto sobre los problemas de filiación que contempla este tipo de prácticas y que es regulado por esta Ley, será analizado en el próximo capítulo.

Siguiendo al artículo 1625 del Código Civil para el Estado de Guerrero, es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, por lo que toca ver ahora si nuestro contrato va en contra de las segundas. Para Jellineck “el derecho es un mínimo ético, porque dentro de las normas morales, en un momento dado, se consideran indispensables para la convivencia moral un conjunto mínimo de ellas, que se elevan a la categoría de jurídicas, y respecto de las cuales el Estado, es decir, el poder público, administra la sanción”<sup>50</sup>.

Pero hay que distinguir entre una moral individual y la moral social, ya que la primera no vicia de nulidad un acto jurídico, no así la moral social, aunque aquí habría que distinguir aquellas normas de moral social que no son indispensables para la convivencia de una comunidad, y que consiguientemente “El poder público no las juzga necesarias ni las protege, decretando una sanción, cuando son violadas. Sólo aquellas normas de moral social que tienen una misma finalidad con las jurídicas, esto es garantizar las bases para lograr la convivencia social, deben tener una sanción cuando son violadas”<sup>51</sup>. Manuel Borja Soriano considera, acertadamente, que la inmoralidad de un acto no está, generalmente, en su objeto sino en su causa, y por lo tanto los juzgadores deben considerar el fin inmoral de los contratantes para decretar la nulidad del acto que estos celebren. Así el concepto de “buenas costumbres” es el acatamiento espontáneo de los principios morales aceptados en una sociedad determinada en un momento determinado.

Por su parte el 2o. Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en ejecutoría del 18 de marzo de 1976 a través del

---

<sup>50</sup> Jellineck, Citado por Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 300.

<sup>51</sup> Idem. Pág. 301.

amparo en revisión 20/76, define las buenas costumbres como: “La concepción ética que predomina en nuestro medio cultural y que informa nuestra legislación, por ejemplo, la observancia de la monogamia y la fidelidad en el matrimonio, y a la inversa, constituyen actos reprobables, o se califican malas costumbres, en mayor o menor grado, el adulterio, el incesto, la prostitución, el lenocinio y el homosexualismo, y también la incitación directa o indirecta a tales actos”<sup>52</sup>.

Consideramos como un principio de Justicia y Buenas Costumbres la obligación ética de dar a cada una de las personas lo que verdaderamente necesita o corresponde, en consecuencia con lo que se considera correcto y apropiado desde el punto de vista moral; Consecuentemente de este principio puede suscitar el surgimiento de problemas éticos, que últimamente se presentan con gran frecuencia en la práctica médica, como lo es la práctica de técnicas de reproducción asistida y de fecundación in Vitro y que están en relación directa con tales adelantos tecnológicos de carácter diagnósticos y terapéuticos. Así pues, el alto costo de estos recursos obliga, a ser utilizados de manera selectiva y es entonces cuando surge el conflicto de decir quienes deben beneficiarse de ellos y quiénes no.

#### **2.5.4. VOLUNTAD EXTERIORIZADA CONFORME A LA FORMA EXIGIDA POR LA LEY.**

La regla general para la validez de contratos civiles no depende de la forma en que las partes hayan manifestado su consentimiento, ya que estas se obligan en la forma y términos que aparezca que quisieron obligarse. No obstante, cuando la ley exija determinada forma para un contrato, la validez de éste, se encontrará condicionada, a que el

---

<sup>52</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pág. 43.

mismo revista la forma legal (artículos 1631 y 1632 C.C.Gro).

Los actos jurídicos pueden clasificarse, según la manera en que se manifiesta la voluntad de las partes, y esta manifestación exterior de la voluntad es, en muchos casos, no sólo un elemento de validez de los mismos actos, sino un requisito indispensable para su legal existencia.

Conforme a lo anterior, los contratos pueden ser:

a) *Consensuales*, aquellos para cuya perfección basta con el solo consentimiento de las partes.

b) *Formales*, aquellos en los cuales la voluntad debe expresarse de una determinada manera, so pena de estar viciados de nulidad relativa. Es decir, en este tipo de contratos cabe la confirmación del mismo, hecha en la forma omitida (artículos 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142 y demás relativos del C.C.Gro).

c) *Solemnes*, aquellos donde la ley establece expresamente la manera bajo la cual el consentimiento debe manifestarse, es un elemento constitutivo del contrato, es decir, la forma es un elemento necesario para su creación (*solemnitatem causa*).

Como ha quedado establecido anteriormente, consideramos, que el contrato objeto de nuestro estudio debe encuadrarse dentro de los contratos formales cuando dicho contrato sea previsto por la ley, ya que el objeto del mismo debe constar de manera fehaciente, sin embargo, bien podría tratarse de un contrato consensual, que se perfecciona por el mero acuerdo de voluntades de las partes.

En el mismo sentido la Ley Sobre Técnicas de Reproducción

Española, considera a este contrato como gratuito, formal y secreto, ya que en su artículo 5o., inciso 4o. establece que “el contrato se formalizará por escrito entre el donante y el Centro autorizado”. Además, la formalidad no se limita simplemente a “la gestante”, a los “solicitantes” y a los “donantes”, sino que se extiende al consentimiento del marido de “la gestante” (artículo 6o., incisos 3o. y 4o. Ley Sobre Técnicas de Reproducción Española).

## **2.6. EFECTOS DEL CONTRATO.**

Los contratos legalmente celebrados obligan a las partes que en él intervinieron, no sólo a lo expresamente pactado, sino a todo aquello, que conforme a la naturaleza del contrato es acorde con la ley, la costumbre y la buena fe. Así podemos ver que “el primer efecto de la obligación es que el deudor debe ejecutarla y el acreedor puede exigirle su ejecución”<sup>53</sup>. lo cual establece que, una vez que las partes han celebrado un contrato, este acuerdo de voluntades tiene fuerza de ley entre las mismas; es decir, “ninguna de las partes puede sustraerse al deber de observar el mismo contrato, sino que han de cumplirlo y respetar la palabra dada en lo pactado (Principio pacta sunt servanda)”<sup>54</sup>.

Otro efecto de las obligaciones, que va de la mano con el anterior, es la intangibilidad del contrato, ya que una de las partes no puede, unilateralmente, extinguir o modificar el contrato (artículo 1593 C.C.Gro). Por tratarse el contrato de maternidad sustituida de un contrato bilateral, que genera obligaciones para todas las partes que en el intervienen, en este inciso trataremos de analizar las consecuencias, con respecto a las partes, que produce este contrato,

---

<sup>53</sup> Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. Pág. 419.

<sup>54</sup> Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pág. 85.

es decir, ¿cuáles son las obligaciones que adquieren las partes al celebrar o intervenir en un contrato de esta naturaleza?; así como ¿cuál es la obligatoriedad del contrato mismo?

### **2.6.1. OBLIGACIONES DE LAS PARTES.**

La consecuencia general de todas las obligaciones es el pago o cumplimiento, por lo tanto, este es también una forma, y la más común, de extinción de las obligaciones. Conforme al artículo 1929 del Código Civil para el Estado de Guerrero, pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido. El cumplimiento de la obligación debe hacerse del modo que las partes hubiesen convenido, pero nunca, excepto en virtud de lo expreso entre las partes o por disposición de la ley, podrá cumplirse parcialmente (artículo 1939 C.C.Gro). El pago debe consistir en “la cosa, hecho o abstención que es objeto de la obligación; así como el total de ella (cosa idéntica a su integridad). Este principio es el de la identidad en la substancia del pago”<sup>55</sup>; lo anterior quiere decir que el acreedor no puede ser obligado a recibir en pago una cosa diversa a la pactada.

Así el caso el pago debe hacerse en el momento en que se haya pactado, entonces es exigible el cumplimiento de la obligación. Ahora bien, puede suceder que en el acto o contrato no se fije época de pago, entonces debemos tomar en cuenta la obligación de que se trate, sea de dar o de hacer. Tratándose de obligaciones de dar, el acreedor solamente podrá exigir su cumplimiento pasados treinta días

---

<sup>55</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. Pág. 300.



de la interpelación hecha judicial o extrajudicialmente, ante notario o dos testigos. Sin embargo, si la obligación fuere de hacer, el pago debe hacerse cuando lo exija el acreedor, a condición de que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación (artículo 1942 C.C.Gro).

Según lo dispuesto por el artículo 2082 del Código Civil para el Estado de Guerrero, el lugar de pago es, salvo pacto en contrario, el domicilio del deudor. No obstante si se han designado diversos lugares para efectuar el pago, el acreedor elegirá en cual de ellos se realice. El lugar también puede variar si así lo impone la naturaleza misma de la obligación que debe cumplirse o bien por las circunstancias. Los diversos gastos que se deriven del cumplimiento de la obligación serán por cuenta del deudor, salvo pacto en contrario.

La siguiente cuestión a resolver es quién debe efectuar el pago. En principio, puede ser hecho por el deudor. o bien por su representante o por un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, sea porque tenga un interés jurídico de la obligación, o porque obre ignorándolo el deudor y aún en contra de su voluntad (artículos 1932, 1933, 1934, 1935 C.C.Gro). No obstante, si la obligación consiste en la prestación de un servicio, el artículo 2064 del Código Civil para el Estado de Guerrero establece lo siguiente:

“La obligación de prestar algún servicio se puede cumplir por un tercero, salvo el caso en que se hubiere establecido, por pacto expreso, que la cumpla personalmente el mismo obligado, o cuando se hubieren elegido sus conocimientos especiales o sus cualidades personales”.

Por otro lado, el pago debe hacerse al acreedor, a su legítimo representante o, en su caso, a quien estuviese en posesión del crédito

(artículos 1935,1936,1937, 1938 primer párrafo, C.C. Gro.).

Como se ha comentado, la forma normal de cumplir las obligaciones es por medio del pago. Pero puede suceder que éste no se de, ya sea porque el acreedor no lo acepte, o bien porque el deudor no quiera o no pueda hacerlo. En estas situaciones lo que procede es la consignación en pago, en el primer caso, y la ejecución forzada por medio del secuestro, del embargo, del pago de daños y perjuicios e inclusive utilizando medidas de apremio aplicadas por autoridades judiciales, en el segundo caso.

Visto a grandes rasgos, las características principales del cumplimiento de las obligaciones, pasaremos a analizar, en concreto, las obligaciones de las partes de un contrato de maternidad sustituida.

a) Obligaciones de la gestante:

*Primero.* Someterse a un procedimiento de inseminación artificial, sin importar de donde provengan los elementos para efectuar dicho proceso técnico.

*Segundo.* En su caso, aportar el óvulo que deberá ser fecundado por el semen, bien del “solicitante” o de un “donante” desconocido.

*Tercero.* Gestar al nasciturus, tomando las precauciones y cuidados necesarios para su normal y saludable desarrollo, absteniéndose de todos aquellos actos que puedan perjudicar la salud física y mental del niño.

*Cuarto.* Someterse a todos aquellos estudios y análisis médicos, tanto para determinar si se encuentra en las condiciones idóneas para ser

usuaria de las técnicas de reproducción asistida, como durante el embarazo, para que éste se desarrolle en forma normal.

*Quinto.* No interrumpir voluntariamente el embarazo.

*Sexto.* Una vez nacido el niño, entregarlo a la “pareja solicitante”.

*Séptimo.* Si hubiese donado su óvulo, deberá consentir en que la esposa del “solicitante”, si éste hubiese aportado su semen, adopte el niño. En caso de que el semen proviniese de un “donante anónimo”, debe permitir que la “pareja solicitante” adopte al niño.

*Octavo.* Si la “gestante” estuviese casada, su marido debe ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad del niño, y en el acta de nacimiento se asentará el nombre del “solicitante”.

b) Obligaciones del padre genético. Suponemos, en este caso, que el “padre genético” es también el “solicitante”, que por consiguiente tiene las siguientes obligaciones:

*Primero.* Proporcionar el semen para fecundar artificialmente el óvulo ya sea que este provenga de “la gestante”, de una “donante anónima”, o bien de su esposa.

*Segundo.* Una vez que nazca el niño, debe reconocerlo.

*Tercero.* Debe proveer los medios necesarios para probar que el niño no es hijo genético del marido de la “gestante”, para obtener la sentencia de desconocimiento de paternidad, en su caso.

*Cuarto.* Dar su consentimiento para que su esposa adopte al niño.

c) Obligaciones de la mujer solicitante.

*Primero.* En caso de ser posible, aportar el óvulo que deberá fecundarse artificialmente, para posteriormente ser inseminado a “la gestante”.

*Segundo.* Adoptar al niño cuando nazca.

d) Obligaciones de la pareja solicitante:

*Primero.* Sufragar los gastos originados por la fecundación artificial y posterior inseminación a “la gestante”, en un centro técnico especializado.

*Segundo.* Proporcionar todos los medios necesarios a “la gestante”, para que ésta pueda desarrollar un embarazo saludable.

*Tercero.* Reconocer y recibir como propio al niño producto de la inseminación artificial; asimismo deben obligarse en caso de presentarse un embarazo múltiple o de que el niño nazca con defectos o malformaciones.

e) Obligaciones de los donantes anónimos. En caso de que los medios necesarios para realizar la fecundación proviniesen de “donantes” extraños a “la gestante” y a “los solicitantes”, éstos tendrán las siguientes obligaciones:

*Primero.* La donación nunca tendrá un carácter lucrativo o comercial.

*Segundo.* Los donantes deberán someterse a los estudios médicos

necesarios a fin de establecer si se encuentran en condiciones idóneas para donar sus elementos reproductivos.

*Tercero.* La donación deberá ser anónima.

*Cuarto.* Los donantes deben renunciar, expresamente, a los derechos derivados de su filiación con los niños nacidos por métodos de reproducción asistida.

Adicionalmente a estas obligaciones, pueden pactarse otras, considerando situaciones específicas e intereses propios de las artes, siempre y cuando dichas obligaciones no contravengan disposiciones de orden público, ni las buenas costumbres, así como tampoco la seguridad del niño.

## **2.7. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.**

Cuando el deudor no paga y la obligación se hace exigible por tener un plazo determinado, o bien, porque se cumplan los requisitos legales para ello, se incurre en mora, que tiene en derecho las siguientes consecuencias: 1a. Dar lugar a la acción llamada rescisoria (en los contratos), con el pago de daños y perjuicios (indemnización compensatoria). 2a. Exigir el cumplimiento exacto de la prestación no cumplida. 3a. Originar la indemnización llamada moratoria; es decir, el pago de los daños y perjuicios que se causen al acreedor por el retardo en el cumplimiento de la obligación”<sup>56</sup>.

Al respecto el artículo 1823 del Código Civil para el Estado de Guerrero establece que “la facultad de resolver las obligaciones se

---

<sup>56</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 289.

entiende implícita en las recíprocas, para el caso que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe”, y da la opción al afectado de escoger entre el cumplimiento forzoso de la obligación, si esto fuere posible, o bien la rescisión del contrato, con el pago de los daños y la indemnización de los perjuicios en ambos casos, como compensación por la inejecución de la obligación. Entendemos por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por el incumplimiento de la obligación; y por perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita, que le correspondiere por el cumplimiento de la obligación (artículos 1759, 1760 y 1794 C.C.Gro).

Por tratarse nuestro contrato de una obligación de hacer, nos remitiremos a lo que al respecto establece el Código Civil vigente para el Estado de Guerrero.

Si el obligado a prestar un hecho, es decir “la gestante” no lo hiciere, los acreedores afectados, es decir “los solicitantes”, tendrían derecho a exigir que la prestación se realizase por otra persona, a costa de la responsable (artículo 1794 C.C.Gro). Pero en este caso debemos aplicar lo dispuesto por el artículo 2064 del Código Civil del Estado de Guerrero, que establece la excepción a la obligación de pago, por parte del obligado a prestar un servicio, cuando éste se hubiere elegido por sus cualidades personales. Sin embargo, la parte que incumple debe resarcir los daños y perjuicios que cause a su contraparte conforme a los principios que establece el artículo 2104 del Código Civil Para el Estado de Guerrero, que son los siguientes:

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

- 2.- Si la obligación no dependiere de plazo cierto, esta será exigible

cuando haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación, y así lo solicite el acreedor.

Si “la gestante” se rehusase a entregar al niño, una vez que éste hubiere nacido, y por tratarse de una obligación de dar, debemos aplicar el artículo 1823 ( C.C.GRO) por lo que “los solicitantes” podrán exigir la entrega forzosa del niño, si optaran por una ejecución forzosa de la obligación mas si decidieran rescindir el contrato, tendrían derecho a exigir la devolución de todo lo que éstos hubiesen proporcionado a “la gestante” para que ésta cumpliera correctamente con su obligación. Pero no debemos olvidar que en ambos casos se deben reparar los daños y perjuicios causados.

“Hay veces en que el incumplimiento de la obligación no es imputable al deudor, porque éste se ve impedido de cumplir a causa de un acontecimiento que está fuera del dominio de su voluntad, que no ha podido prever o que aún previéndolo no ha podido evitar. A un acontecimiento de esta naturaleza se le llama en Derecho caso fortuito o fuerza mayor”<sup>57</sup>. Las características del caso fortuito (acontecimiento de la naturaleza) y de la fuerza mayor (hechos del hombre), son la imprevisibilidad, la generalidad y la imposibilidad absoluta y definitiva de ejecutar la obligación.

En caso de que la obligación en el contrato de maternidad sustituida no se cumpliera por imposibilidad física de “la gestante” por caso fortuito o fuerza mayor, ésta quedaría liberada de su obligación, y por lo tanto tampoco estará obligada al pago de los daños y perjuicios causados (artículos 1785, 1786 C.C.Gro).

---

<sup>57</sup> Borja Soriano, Manuel. Op. Cit. Pág. 473.

## **2.8. TERMINACIÓN DEL CONTRATO.**

Para concluir con este, nuestro segundo capítulo, veremos las causas de extinción del contrato en cuestión, además de la nulidad, del caso fortuito o de la fuerza mayor y del pago, que por ser el modo normal de cumplir con las obligaciones y, por lo tanto de extinguirlas, ha sido ya analizado al tratar sobre los efectos de las obligaciones.

### **2.8.1. LA NOVACIÓN.**

“Hay novación en un contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua” (artículo 2084 C.C.Gro).

De la definición dada podemos mencionar que es elemento indispensable para la novación la existencia de una obligación, y que esta obligación sea válida, ya que de no ser así, la novación también sería nula (artículo 2087 del primer al segundo párrafo C.C.Gro).

Este principio no se aplica si la obligación principal está viciada de nulidad relativa, ya que el propio Código de la materia establece, en su artículo 2234, que la novación es un modo de cumplimiento voluntario de la obligación, y por lo tanto implica la ratificación tácita de la obligación viciada de nulidad relativa.

“La novación produce un doble efecto; extingue un crédito y crea otro. Un solo acto realiza este doble resultado. Por tanto, no puede obtenerse uno de estos efectos sin el otro; entre ellos existe una estrecha solidaridad, de modo que nada se consigue si por cualquiera causa uno de ellos deja de realizarse; una deuda se nova únicamente para reemplazarla por otra y ésta sólo se crea para subsistir a



aquella”<sup>58</sup>. Para que exista la novación es indispensable la existencia de un elemento nuevo, es decir, que debe haber una novación bien en los sujetos o en el objeto.

En cuanto a la novación subjetiva tanto del acreedor (solicitantes) como del deudor (gestante), creemos que no opera en el contrato de maternidad sustituida, ya que por tratarse de una obligación personalísima, en la que, como ya hemos visto, no es posible que la obligación se cumpla por otras personas mas que por los obligados originales y en la que además está de por medio el nacimiento y vida posterior de un ser humano<sup>59</sup>.

Por lo que toca a la novación objetiva, creemos que ésta es imposible ya que la conducta de “la gestante deudora” no puede ser otra más que la de gestar al niño, y entregarlo a “los solicitantes acreedores” cuando éste nazca.

### **2.8.2. LA DACIÓN EN PAGO.**

“Hay dación en pago cuando el acreedor recibe de su deudor una conducta diversa de la que es objeto de la obligación, como cumplimiento de ésta”<sup>60</sup>.

El Código Civil para el Estado de Guerrero no dedica un capítulo a la regulación de la dación en pago, si no que lo hace como una forma del pago al establecer en su artículo 2095 que “la obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en

---

<sup>58</sup> Planiol, citado por Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 614.

<sup>59</sup> Cabe señalar como excepción, el caso del fallecimiento de los “solicitantes”, en cuyo caso podríamos aceptar la novación de éstos por las personas que los mismos indicasen en su testamento.

<sup>60</sup> Bejarano Sánchez, Manuel. Op. Cit. Pág. 457.

lugar de la debida” y establece que para que se de la dación en pago, se requiere forzosamente de la autorización del acreedor, ya que éste no puede ser obligado a recibir en pago algo diverso de lo debido (artículo 1939 C.C.Gro). Por lo tanto, al ser la dación en pago una modalidad del pago en sí, es también una forma de extinguir las obligaciones.

En el contrato de maternidad sustituida, no consideramos que pueda operar la dación en pago, ya que como se analizó anteriormente, la obligación de “la gestante“, al ser una obligación de hacer, no puede ser ejecutada por otra persona, y por lo que toca a la entrega del niño al nacer a “los solicitantes” no creemos que la obligación de “la gestante” se extinga con la entrega de otro “objeto”, diverso del pactado, y en tal caso deberá resarcir los daños y perjuicios a la parte afectada.

### **2.8.3. LA COMPENSACIÓN.**

“Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho” (artículo 2090 C.C.Gro).

Como se ve, la compensación es un medio de extinguir obligaciones recíprocas para evitar un desplazamiento inútil de dinero o bienes fungibles, ya que sería contrario a la rapidez de las transacciones que el deudor pagará a su acreedor, para que éste a su vez, siendo deudor del primero, le hiciera un nuevo pago. Además, la compensación se justifica por una razón de equidad, en virtud de que sería injusto exponer al deudor a que pagara a su acreedor, quedando este

expuesto a los peligros de la insolvencia, quiebra o concurso”<sup>61</sup>.

Se requieren cinco condiciones para que opere la compensación, y estas son las siguientes:

1. La reciprocidad de la obligación, es decir, que una misma persona reúne la calidad de deudor y de acreedor de otra persona.

2.- La fungibilidad de sus objetos, al respecto establece el artículo 2090 del Código Civil para el Estado de Guerrero que la compensación sólo opera cuando ambas deudas consisten en una cantidad de dinero, o cuando siendo fungibles las cosas debidas, son de la misma especie y calidad, siempre y cuando se hayan designado en el contrato.

3.- La liquidez de las dos deudas, una deuda es líquida cuando su cuantía se ha determinado o puede determinarse dentro de un plazo de nueve días (artículo 2090 primer y segundo párrafo C.C.Gro).

4.- La exigibilidad del crédito, es decir, que su pago no puede rehusarse conforme a derecho (artículo 2090 primer párrafo del ordenamiento legal invocado).

5.- La embargabilidad del crédito extinguido por la compensación. Al respecto establece el maestro Borja Soriano citando a Planiol que “no siendo la compensación sino un procedimiento abreviado de pago, no es, pues, posible contra los derechos que, considerados como activos, son inembargables y no pueden servir para pagar los acreedores”.

El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor. El artículo 2091 del

---

<sup>61</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 629.

Código Civil para el Estado de Guerrero, establece que los casos en que no opera la compensación, y nosotros ubicaríamos a la obligación derivada del contrato de maternidad sustituida en la fracción quinta de dicho artículo, que a la letra establece lo siguiente:

*Artículo 2091.- La compensación no tendrá lugar:*

*V. Si la deuda fuere de cosa que no puede ser compensada, ya sea por disposición de la ley o por el título de que procede, a no ser que ambas deudas fueren igualmente privilegiadas”.*

La obligación de gestar al nasciturus no puede ser sustituida por otra obligación de igual naturaleza; además, como se vio anteriormente, para que opere la compensación se requiere que la deuda sea líquida, y en este caso ni la obligación de gestar al niño, ni la obligación de entregarlo al nacer son valubles en dinero, ya que estamos hablando de la vida de un ser humano, cuyo valor es inestimable económicamente.

Por lo tanto, no creemos que el contrato de maternidad sustituida pueda terminar por la compensación.

#### **2.8.4. LA CONFUSIÓN.**

“La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. La obligación renace si la confusión cesa” (artículo 2206 C.C.Gro).

Al reunirse la calidad del deudor y de acreedor en una misma persona, se extinguen el crédito y la deuda.

Se presentaría la confusión en un contrato de maternidad sustituida, en el caso de que “la gestante” y la “madre solicitante” fuesen una misma persona en virtud de la renuncia de “la solicitante” original a adoptar al niño al nacer, y la aceptación de “la gestante” de quedarse con el niño. En este caso también tendríamos que analizar la postura del “padre solicitante” y del marido de “la gestante”, situación que no es objeto de nuestro estudio.

#### **2.8.5. LA REMISIÓN.**

“Cualquiera puede renunciar a su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe” (artículo 2106 C.C.Gro). Según el Diccionario de la Lengua Española, remitir es perdonar, eximir o libertar de una obligación. “Si se acepta que la remisión es un acto jurídico bilateral, el perdón de la deuda podría revocarse entretanto las partes no celebran el convenio respectivo, en cambio, si se considera que opera por simple declaración unilateral de voluntad, desde el momento en que se haga tiene el carácter de irrevocable y extingue la deuda. En la doctrina se discute si la remisión es un acto jurídico unilateral o bilateral. Planiol opina que se trata de un negocio bilateral”.<sup>62</sup>

“Se discute también si la remisión es por naturaleza un acto a título gratuito o si puede ser oneroso. Según Ruggiero, puede ser también a título oneroso, aunque a menudo se afirma que el perdón que concede el acreedor implica el *animus donandi*.”

---

<sup>62</sup> Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Pág. 653.

En nuestro concepto, dados los términos que emplean los artículos 2106 y 2108 del Código Civil en vigor para el Estado de Guerrero, la remisión es un acto a título gratuito, pues en el primer precepto se dice que “cualquiera puede renunciar a su derecho”, lo que equivale a una renuncia a título gratuito, y a mayor abundamiento, en el segundo artículo citado, se habla de que “la condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias, pero la de éstas deja subsistente la primera”, de tal manera que el término condonación también implica una remisión a título gratuito. Lo mismo debe decirse para el término perdón a que se refiere el artículo 2109 C.C.Gro).

Por ser la remisión el medio liberatorio por excelencia, no vemos por que “los solicitantes” no puedan remitir o perdonar a “la gestante” su obligación de entregarles al niño al nacer. Pero por lo que respecta a su obligación de gestarlo, y específicamente si se trata de la interrupción voluntaria del embarazo por parte de “ la gestante “, consideramos que no se le puede eximir de esta obligación, ya que nos encontraríamos frente a un caso de aborto, penado tanto por la ley como por la moral.

## **CAPITULO TERCERO**

### **FILIACIÓN DE HIJOS NACIDOS DE MADRE SUSTITUTA**

#### **3.1. ANÁLISIS DE LA CONSECUENCIAS DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUSTITUTIVA EN RELACIÓN A LA FILIACIÓN. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD Y DE LA PATERNIDAD EN ALGUNOS SUPUESTOS.**

En este tercer capítulo analizaremos, lo que para nosotros es el problema medular de las consecuencias que producen los contratos de maternidad sustitutiva. Nos referimos a la filiación entre el niño inseminado artificialmente en el vientre de “la gestante” y ésta, “los solicitantes” y en su caso los donantes de óvulo y/o espermatozoide.

Es importante determinar qué es lo que busca o persigue el Derecho en la relación de filiación y al respecto nos dice el doctor Rojina Villegas citando a Antonio Cicu: “El derecho en su función de garantía hace de su intervención en esta esfera un verdadero deber público pero como este deber se origina en la existencia de aquel vínculo a que hemos aludido tiene que asegurarse primeramente de la realidad del mismo. Precisamente por esto ha de comprobar no el simple hecho de la procreación sino el vínculo estable y duradero que de ella deriva. No se trata aquí de averiguar cómo se ha formado históricamente el núcleo familiar ni por qué se nos presenta tan variado en su composición y en su ordenamiento.

Interesa solamente hacer notar cómo dada la misión paterna y el consiguiente vínculo espiritual, una vez que sean sentidos aquélla y

éste no sólo por la madre sino también por el padre y la madre que transforma la unión sexual en unión de vida en matrimonio.

Ahora bien, cuando la unión estable entre cónyuges y entre padres e hijos sea reconocida socialmente, como el medio más apropiado para la actuación de la misión de referencia, el derecho que la quiera garantizar debe referirla a su necesario supuesto que no es otro que la existencia de una unión estable y por consiguiente afirmar y garantizar primordialmente ésta.

Así se explica que no siempre que se da una procreación el derecho reconoce la filiación, es decir, relación jurídica entre padre e hijo. Puesto que efectivamente por la dicha función de garantía, la filiación interesa al derecho sólo cuando se nos presenta como vínculo estable destinado a actuar los deberes familiares, una filiación fuera de tal vínculo fuera de la familia constituida por el matrimonio no podría ser tomada en consideración por el derecho. Quien opine de este modo advertirá fácilmente qué difícil problema es para el legislador el de la filiación originada en la unión extra - matrimonial. Los que con fundamento del deber del padre no solo ven más que el hecho de la procreación, si no que tendrán en su momento la obligación de reconocer la condición de hijos y estar estos en la posición misma ante la ley en lo referente a los derechos que se les otorga a los hijos legítimos.

Pero el legislador que considera a la familia legítima como el ambiente necesario para la mejor obtención de los fines que quiere garantizar, se ve obligado a evitar que la condición dada a los hijos no legitimados pueda tener como efecto perjudicarla, disminuir su estimación social o debilitar los impulsos que origina su formación <sup>63</sup>. El diccionario de la

---

<sup>63</sup> Cicu Antonio citado por Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo



Lengua Española vigésimo segunda edición 2004, define la filiación como “la procedencia de los hijos respecto a los padres”. Jurídicamente la filiación puede tener diversos aspectos; uno amplio que comprende los lazos jurídicos existentes entre ascendientes y descendientes sin limitación alguna de grado o de línea; y otro aspecto estricto que implica la relación jurídica entre padre, madre e hijo, relación que crea derechos y obligaciones para todas las partes.

No podemos negar que los hechos jurídicos de la concepción, la gestación y el nacimiento de un ser humano producen consecuencias jurídicas; es por ello que el derecho les atribuye personalidad jurídica al ser concebidos (artículo 25 C.C.GRO); sólo que ésta queda sujeta a una condición resolutoria negativa, es decir, el nacimiento del niño vivo y viable (artículos 495 al 583 C.C.GRO), ya que de no darse este supuesto se destruirían todas las consecuencias creadas hasta el momento. Estas consecuencias que se atribuyen al embrión humano por el simple hecho de la concepción y de la gestación difieren sustancialmente de aquellas consecuencias que se le atribuirán a partir del nacimiento, es a partir de este momento que puede hablarse de filiación. Así podemos ver que: “el estado jurídico de la filiación podrá iniciarse sólo a partir del nacimiento y siempre respecto de los seres viables; pero si este hecho inicia, el estado jurídico de la filiación, no necesariamente lo constituye, porque si no se combina con los otros hechos jurídicos que vendrán a implicar el trato la fama y el uso de apellido paterno o materno sólo estará ante un fenómeno biológico del que no necesariamente tendrán que desprenderse las distintas consecuencias que sólo a través del tiempo y por otros hechos complementarios vendrán a integrar el estado jurídico de la filiación”<sup>64</sup>.

---

Segundo. 7a. Edición. Ed. Porrúa S.A. México DF. 1987. Pág. 592.

<sup>64</sup> Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. 20a. Edición. Ed. Porrúa S.A. México DF. 1984. Pág 454.

A continuación procederemos a establecer los principios generales de la filiación y los medios con los que ésta se prueba conforme a los preceptos establecidos por la doctrina y por el Código Civil multicitado, para finalmente determinar la filiación, en algunos supuestos, tanto maternalmente como paternalmente de los hijos nacidos de madres sustituidas, es decir, de “gestantes” contratadas por “solicitantes” mediante un acuerdo de voluntades que fue analizado en el capítulo anterior.

De acuerdo a la doctrina existen tres tipos de filiación y estos son:

1. *Filiación Legítima*. Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres, de lo que podemos deducir los siguientes principios:

a) El hijo legítimo tiene por madre a la mujer que lo concibió durante el matrimonio y por padre el marido de ésta.

b) El marido es padre legítimo siempre que el hijo nazca durante los 180 días posteriores a la celebración del matrimonio y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo.

c) El hijo nacido en el periodo antedicho ostenta (respecto al padre) una legitimidad que no puede ser destruida con pruebas tendientes a demostrar que en el caso concreto de que se trate la gestación fue más breve o más larga a la fijada por la ley: solamente podrá ser destruida tal legitimidad probando la imposibilidad del marido para engendrarlo. A esto tiende la acción de desconocimiento de la paternidad.

d) El hijo nacido fuera del periodo predicho no es sin más ilegítimo,

sino que se presume legítimo en tanto no se impugne su estado aparente de legitimidad. Si nació antes del momento inicial del periodo o sea dentro de los 180 días que siguen a la celebración del matrimonio habrá que afirmar, que tal hijo no fue procreado por el marido de la mujer. Sin embargo por el favor legitimitatis, la ley lo presume legítimo, pero se otorga al marido el derecho de negar su paternidad sin necesidad de prueba, bastando el hecho de no haber sido concebido dentro del matrimonio (artículo 501 C.C.Gro.).

A esto tiende la acción de denegada paternidad, que es la misma acción de desconocimiento. Si nació después del momento terminal del periodo, o sea después de los 300 días siguientes a la extinción del matrimonio (Artículo 503 C.C.GRO.), la legitimidad queda sin más excluida, pero precisa hacer constar la ilegitimidad y a ello tiende la acción de contestación de la legitimidad<sup>65</sup>.

2. *Filiación Natural*. Es el vínculo jurídico creado entre el hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio.

3. *Filiación Legitimada*. Es la que corresponde a los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio y son reconocidos antes, durante o después de su celebración por los padres. Por lo tanto, podemos establecer los siguientes supuestos en caso de la filiación legitimada:

a) Los hijos que nazcan después de los 180 días de la celebración del matrimonio de los padres. Estos hijos se consideran legitimados por ministerio de ley, ya que se presume que el marido es padre del niño nacido dentro del mencionado lapso, si éste no ejercita la acción contradictoria de paternidad.

---

<sup>65</sup> Ruggiero citado por Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Op. Cit. Pág. 593.

c) Lo hijos que nacen antes de la celebración del matrimonio de sus padres, se consideran como hijos del matrimonio, siempre y cuando sus padres los reconozcan expresamente antes o durante la celebración de su matrimonio (artículo 496 C.C.Gro).

Sin embargo, cabe señalar que en la legislación señalada no existe diferencia alguna entre hijos legítimos, naturales y legitimados ya que éste les reconoce los mismos efectos y consecuencias jurídicas de un estado de derecho. Al respecto la misma normatividad establece en su exposición de motivos lo siguiente:

“Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres y que se vean derivados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen”.

Por su parte la ley se basa primordialmente en la naturaleza, a fin de establecer el vínculo jurídico de la filiación y nos da los siguientes elementos naturales: el origen del óvulo y del espermatozoide, intrínsecamente relacionados con la concepción, la gestación y el nacimiento de un ser humano. De los anteriores elementos se desprende la esencia de la filiación. La legislación no encuentra obstáculo y los supuestos se adecuan si el producto es resultado lógico - natural en donde ésta se encuentra basada. Expuesto lo anterior, podemos concluir que resulta imposible crear una legislación únicamente basada en las leyes naturales, en virtud de que el proceso de inseminación y fecundación artificial altera directamente el curso de

la naturaleza.

Como señalamos en el Capítulo Primero del presente trabajo, la vida humana comienza desde el momento de su concepción y es a partir de entonces que el individuo entra bajo la protección de la ley, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25 del Código Civil para el Estado de Guerrero, que a la letra dice:

“La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”. El primer punto de análisis de la filiación, respecto de la inseminación y fecundación artificial es, la determinación referente a la procedencia de los gametos (óvulo y espermatozoide). A través del cual se derivan dos supuestos:

1. Gametos provenientes de ambos solicitantes.
2. Gametos provenientes de uno o más donantes.

En cuanto al primer supuesto hace más sencilla la determinación de la filiación en virtud de que concurren menos partes y, además “los solicitantes” proveen naturalmente los gametos que darán origen a una nueva vida. El papel de la “gestante” se vuelve secundario, ya que su función es la de “gestar” un producto totalmente ajeno a su cuerpo. El problema surge de la relación directa entre el producto y “la gestante” a lo largo de nueve meses donde se da uno de los cuatro elementos naturales de la filiación: la gestación.

En el caso del segundo supuesto, donde los gametos pueden provenir de otro u otros sujetos, nos encontramos con que una persona pueden

concurrir diversos elementos de la filiación, es decir, el donante de gametos tienen precisamente este elemento de la filiación: el óvulo o espermatozoide. Por otra parte si en “la gestante” concurren el elemento óvulo y gestación, nos encontramos que en ésta se presentan dos elementos naturales, esenciales, de la filiación.

Al desarrollar el punto anterior ha quedado claro el elemento natural de la gestación, el cual puede darse en:

- a) La gestante inseminada artificialmente, que a su vez es donante de óvulo y, es la madre natural del producto.
- b) La gestante inseminada artificialmente por gametos de un tercero que puede o no ser la madre natural del producto.

Por su parte, el nacimiento del producto, se encuentra en el tercer elemento de la filiación, y que ha de darse siempre por medio de “la gestante”, la cual se atribuye, dependiendo de los supuestos, hasta tres elementos naturales de la filiación, por el momento.

Por último, el cuarto elemento natural de la filiación es la concepción, y ésta puede darse en diversas formas:

1.- En un laboratorio, el cual no constituye sujeto activo en la relación, aún cuando mantenga su esencia de elemento de la filiación<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> El Laboratorio es una persona moral, que dentro de nuestra hipótesis que tendría, que darse el supuesto, una responsabilidad de carácter civil. es decir la de alimentos. Es imposible que una persona moral adquiera derechos de patria potestad sobre una persona física, pero si sería posible que su responsabilidad *civil lo obligase al pago de elementos*.

2.- En la gestante, supuesto que nos lleva a el resultado de los cuatro elementos naturales constitutivos de la filiación de una persona.

Aún cuando nos parezca alarmante la anterior clasificación al reunir los cuatro elementos naturales en una persona que no ha de ser la madre, es de deberse a que la clasificación se ha establecido conforme a las leyes naturales. Esta concepción no es natural y por ello, como ya apuntamos en el Capítulo Segundo, es indispensable la mediación de un contrato donde ocurran elementos propios de un proceso científico y no natural, como la voluntad de engendrar un producto. En “la gestante”, donde concurren los cuatro elementos, hay una voluntad o ánimo distinto al de la filiación del producto.

Por lo anteriormente expuesto, hemos de establecer, en primer término, los elementos de la filiación en relación a la inseminación artificial.

La voluntad es el primer elemento que mueve a “los solicitantes” a buscar la manera de realizar su fin. De no existir la intención, por parte de “los solicitantes” de tener un hijo, no se requerirán donantes, gestante, médicos, laboratorios, etc., ni se activaría el mecanismo médico-jurídico que hemos venido analizando a lo largo del presente trabajo. El lucro que mueve a la gestante en un principio a gestar al producto y el avance científico, son los móviles que llevan al laboratorio a realizar este proceso. Hasta este momento hemos negado la posibilidad de que medie un contrato en la inseminación y fecundación artificial; hemos negado incluso la posibilidad de ir en contrasentido a las leyes naturales, pero no podemos negar que el hecho existe y es por ello que tenemos la obligación, tanto jurídica como moral, de proteger a un nuevo ser, que al igual que los nacidos naturales, incestuosos y adulterinos, tienen derechos y pueden

encontrarse en un medio tan antinatural como su concepción. Por eso, en México, como en todo el mundo, debemos de proteger al individuo en contra de los intentos de la ciencia, que aunque un día para Aldous Huxley fueron una utopía, hoy una realidad.

La filiación resultante de una inseminación y fecundación artificial envuelven a muchas personas, tanto físicas como morales. Las físicas se obligarán tanto en lo referente a patria protestad como a alimentos; mientras que las personas morales sólo pueden obligarse por alimentos. El punto clave se encuentra en la determinación de la filiación directa, es decir, los padres que hayan de encargarse de la tutela del hijo. Resulta evidente que para cada caso concreto existe una respuesta; sin embargo, la Corte Norteamericana resolvió en relación al siguiente caso:

En 1985, William Stern, bioquímico, y su esposa Elizabeth, pediatra, convinieron con Mary Beth Whitehead, mujer casada, un contrato de maternidad sustituida. Las personas mencionadas se conocieron a través del Centro de Infertilidad de Nueva York (Infertility Center of New York). Los señores Stern escogieron a la señora Whitehead después de revisar y rechazar las solicitudes de aproximadamente 300 mujeres, pues fue la candidata que reunía todas las cualidades.

El contrato celebrado entre las partes establecía que se le pagaría a la madre sustituida la suma de diez mil dólares U.S., más gastos médicos. Cabe señalar que la madre Whitehead nunca aceptó el pago, al Centro de Infertilidad se le pagó la cantidad mencionada. Una vez que nació la criatura, la señora Whitehead se la llevó a su casa y tres días más tarde la recogieron los señores Stern. Al día siguiente, la señora Whitehead fue a casa de éstos últimos y logró que le entregaran a la niña; dos semanas después, al acudir la pareja Stern a buscar a la niña, la señora Whitehead se negó rotundamente a



entregarla. (ABA Journal. Chicago, Illinois. E.U.A. 1 de junio de 1987). Durante el mes siguiente, los señores Stern recobraron la custodia temporal de la niña a través de una orden judicial. Entretanto se resuelve el caso ante los Tribunales competentes por el señor Juez Harvey Sorkow, que reconoció la validez del contrato y por lo tanto le otorgó la custodia de la niña a los Stern, se permitió a la señora Whitehead visitarla en un hogar para niños de la comunidad dos horas dos veces por semana.

A partir de que los padres no son sujetos determinados debemos establecer en primer término quién es la madre, si “la donante” o la “gestante”. Nuestro Código Civil vigente señala en su artículo 25 que la vida comienza al momento de la concepción, que desde ese momento se es una persona y se tiene capacidad, al considerar al concebido como nacido para todos los efectos que le favorezcan; todo esto sujeto, como dijimos anteriormente, a una condición resolutoria negativa. Por su parte, la gestación permite al embrión comenzar, conservar y desarrollar su nueva vida.

Como establecimos anteriormente, el nacimiento es el hecho jurídico que determina la filiación. Paralelamente al aspecto natural observado por nuestra legislación vigente, nos encontramos también con la posibilidad de establecer la filiación ajena a un proceso biológico, es decir, la filiación puede obtenerse por disposición legal, tal es el caso de la adopción.

Lo anterior, pareciera más sencilla la determinación de la filiación donde media un proceso de inseminación y fecundación artificial, siempre y cuando los sujetos, objeto de esta relación, se encontrarán en un total acuerdo de voluntades. Podríamos establecer una infinidad de inimaginables sujetos, pero nuestra conclusión debe ser tan amplia

y, a la vez, precisa que sea capaz de abarcarlos a todos.

Con una apreciación la filiación es una necesidad esencial del ser humano, imposible de establecerse por un acta del Registro Civil o por una sentencia; la filiación más que basarse en una adecuación jurídica, se fundamenta en el derecho inherente del nacido a la vida. De tal forma, que como ya hemos apuntado no es ésta una salida tangencial a un hecho real. La Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ha creado los artículos necesarios para cubrir, de una forma artificial, cuantas posibilidades puedan darse; sin embargo, la única reforma propuesta por nosotros al Código Civil vigente para el Estado de Guerrero, consiste en que toda resolución referente a la filiación de los hijos nacidos de madres substitutas siga criterios en favor del hijo, ya que es difícil determinar la verdad biológica, además habría que tratar de conservar las siguientes condiciones:

- 1.- Siempre habrá de resolverse en favor de la conservación de la familia, como núcleo social.
- 2.- Todo solicitante que requiera los servicios de un laboratorio, deberá demostrar, fehacientemente, su matrimonio civil con la solicitante, así como su imposibilidad para procrear.
- 3.- Los donantes deberán, en todo momento, renunciar expresamente al conocimiento de la utilización del producto de su donación.

Lo anterior a efecto de determinar como se establece la filiación de los hijos nacidos de madres substitutas, de conformidad con lo dispuesto por el Código Civil para el Estado de Guerrero y demostrar como nuestra legislación vigente es capaz de resolver los conflictos surgidos en relación a la filiación.

Ahora bien, cuando los hijos nacen por fecundación artificial con gametos masculinos de un tercero donante, a una mujer casada, el marido de ésta no es el padre biológico del producto, sin embargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 498 del Código Civil opera la presunción de que son hijos de los cónyuges los nacidos dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio. Para el caso de que el marido pretendiese impugnar la paternidad, deberán de estipularse los siguientes preceptos antes de efectuarse la fecundación artificial:

- 1.- La inseminación artificial deberá realizarse previo consentimiento del marido, que legitime el uso del semen de un tercero para la fecundación dentro del matrimonio.

El profesor Chávez Asencio señala al respecto que se requiere una modificación al Código Civil del Distrito Federal, y de cada una de las demás Entidades, para que “habiendo previo consentimiento del marido mediante la suscripción del contrato correspondiente, la filiación se considere dentro del matrimonio”<sup>67</sup>.

- 2.- Para el caso de que no mediare consentimiento del marido, nos encontraríamos en presencia de un acto unilateral en contra de la voluntad del cónyuge, y para tal efecto recurriríamos al artículo 326 del Código Civil, donde se señala que el marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que dentro de los meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal a su

---

<sup>67</sup> Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Paterno - Filiales. Ed. Porrúa, S.A. México, DF. 1987.

esposa.

Es de considerar a la decisión de ser inseminada artificialmente como adulterio; sin embargo, al no haber ayuntamiento sexual con persona distinta de su marido, nos encontramos solamente ante la injuria grave para con el marido, que viola el deber de fidelidad y le permite ejercitar la acción establecida en el artículo 16 Ley de Divorcio del Estado de Guerrero que establece:

Son causales de divorcio:

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro”.

El maestro Jorge Mario Magallón, define a las injurias graves como “la expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”<sup>68</sup>.

Para finalizar con este supuesto, debemos situarnos en la hipótesis de que el donante de semen pretenda reconocer su paternidad; únicamente para los casos en que el marido desconozca al hijo, el donante puede reconocerlo y, consiguientemente el hijo sería considerado como fuera del matrimonio. No obstante, si el marido reconoce al hijo como suyo, sólo cabe invocar lo establecido por el artículo 374 del Código Civil que a la letra dice:

*“El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya*

---

<sup>68</sup> Magallón Ibarra, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. Ed. Porrúa, S.A. México, DF. Pág. 395.

*declarado que no es hijo suyo”.*

A continuación, toca estudiar uno de los puntos claves del presente trabajo, esto es, la filiación de los hijos nacidos de madres substitutas, que son contratadas por una pareja para la gestación de un producto que le es inseminado artificialmente. El incólume precepto que establece que la maternidad siempre es cierta parece derrumbarse ante nuestros ojos y deja de ser un dogma, para convertirse en una simple posibilidad, al momento en que una mujer se compromete a gestar y a parir un producto que es fecundado con gametos de otra pareja; Nos enfrentamos, como hemos venido señalando, con una disociación entre lo natural y lo científico, y la interrogante es ¿quién es la madre?, si seguimos un método de consanguinidad para establecer la maternidad, nos encontramos con que madre es aquella que proporcionó el gameto; si tomamos en cuenta el parto, consideramos como madre a aquella que alumbró al producto.

Resulta innegable que dos mujeres colaboraron en el nacimiento del nuevo ser. Absurdo resultaría establecer el porcentaje de colaboración entre una y otra, a efecto de determinar una especie de filiación por mayoría. Impera establecer quién es la madre en sentido jurídico, y para tal efecto, tomando en cuenta las conclusiones de diversas doctrinas, tales como la italiana que versa en favor de aquella que dio a luz al producto, es decir, “la gestante”; y la norteamericana que, por el contrario, concede todos los derechos a “los solicitantes”, hemos resuelto la siguiente tesis:

Debemos abstraernos de todo sentimentalismo y tratar de ser lo más objetivos posibles, a fin de establecer una cuestión tan importante como la de a quién corresponden los derechos en

cuanto a madre del producto, derivado de la práctica de este tipo de técnicas reproductivas; ya que en cuanto a los derechos en relación al padre, ya ha quedado claramente establecido que estos corresponden, bien al marido de la mujer inseminada artificialmente, si de ella proviene el óvulo fecundado con semen de un donante tercero y el primero otorga su consentimiento expreso para que se realice la fecundación e inseminación artificial; o bien al donante del gameto masculino en caso de que la mujer sea soltera o su marido impugne su paternidad.

Si nos encontramos frente al supuesto de una mujer casada que es contratada para gestar un producto que le es inseminado artificialmente, el marido puede o no desconocer la filiación del producto siempre y cuando la ejercite “el solicitante” si éste proveyó el gameto para efectuar la fecundación *in Vitro*, ya que de lo contrario se presumiría que el hijo es nacido del matrimonio de “la gestante” y su cónyuge. Lo que importa en estos momentos determinar es a quién corresponden los derechos en cuanto a madre del producto, a fin de establecer los lazos de filiación.

Consideramos que sobre la madre biológica del producto, es decir, la que provee el óvulo que ha de ser fecundado, y si ésta coincide bien con “la gestante”, en ésta última deben recaer los derechos, obligaciones y responsabilidades jurídicas propias de la maternidad.

En caso de que el gameto fecundado proviniese de una donante, tercera a la relación, ésta debe permanecer en el anonimato y en ningún momento ejercitar derechos en cuanto a la maternidad biológica, debido a que, desde nuestro punto de vista, ella no tiene ningún interés jurídico ni moral en el nacimiento del niño.

En este supuesto, es decir en el que el óvulo que ha de ser fecundado artificialmente provenga de una donante tercera, consideramos que los derechos en cuanto a la maternidad, deben corresponder a “la gestante” si es que ésta se encuentra unida en legítimo matrimonio, además de contar con los medios tanto morales como económicos para brindar al niño una vida normal, ya que creemos que se encuentra vinculada al producto por un lazo mucho más intenso, que es de haberle dado la vida y proveído a su desarrollo durante el embarazo.

No olvidamos el interés de “la solicitante” que es el nacimiento del niño y en la esperanza de que éste pase a formar parte importantísima de su familia, y que éste fue el motivo principal, aunado a su imposibilidad de procrear, lo que la impulsó, junto con su marido, a activar el mecanismo técnico y jurídico de la inseminación artificial en una mujer distinta a ella. Pero consideramos que hay otros mecanismos, previstos por la ley y moralmente aceptados, para suplir algunas deficiencias de la naturaleza, sin que se ponga en tela de juicio la seguridad jurídica y la tranquilidad de un ser humano.

No obstante, si entre “la gestante” y “los solicitantes” media un acuerdo de voluntades que, como ya hemos apuntado en repetidas ocasiones, no consideramos válido y, “la gestante” pretendiese obtener una contraprestación por la gestación y el parto, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, la consideramos apta para ejercer los derechos maternos sobre el niño, ya que sólo será para ella un medio de obtener un ingreso, utilizando para ello su propio cuerpo y no tiene ningún interés en el bienestar del producto, en cuyo caso los derechos en cuanto a madre corresponderán a “la solicitante”.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho hasta este momento, debemos tratar de brindar al producto de la fecundación e inseminación artificial, todos los efectos favorables en relación a derechos de alimentos y derechos sucesorios, mismos que envolverán a todas aquellas partes que hayan intervenido en el procedimiento, incluyendo al laboratorio o centro técnico que realice la operación, ya que no creemos justo desligarlos de la responsabilidad en que incurren para con un ser inocente por la práctica de este tipo de experimentos y que su responsabilidad se limite al resultado favorable, técnicamente, de su intervención.

Por lo que toca a apellidos y patria protestad, estos puntos deberán resolverse en estricta observancia de lo que resulte más adecuado para el niño y siempre sobre la base del bienestar familiar, como núcleo de la sociedad.

### **3.2. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN APLICABLES A LOS PRECEPTOS DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN RELACIÓN A LOS SUPUESTOS DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA MATERNIDAD SUBSTITUTA.**

*Alimentos, derechos de hijos legítimos y naturales. no es preferente el derecho de aquellos respecto de los últimos.*

El artículo 303 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales, que establece la obligación de los padres de dar alimentos a los hijos, no distingue entre los legítimos y naturales reconocidos y el artículo 389 del mismo Código, entre los derechos que concede a estos últimos, incluye el de ser alimentados por sus progenitores, que los hubieran reconocido, sin estipular que sobre el derecho de ellos tenga prelación el de los legítimos.



Sexta época, Cuarta Parta: Vol. LXXXVI, Pág. 9. A.D. 4478/62.

Bernardo Encarnación Rodríguez. 5 votos.

*Alimentos. obligación de proporcionarlos.*

La petición de alimentos se funda en un derecho establecido por la ley, y no en actos contractuales y consecuentemente quien ejercita la acción únicamente debe acreditar que es el titular de derecho para que aquella prospere.

Séptima época, Cuarta Parte: Vol. 3 , Pág. 48. A.D. 7592/68.

José Merced Durón. 5 votos.

*Divorcio, adulterio como causal de.*

Es preciso reconocer una distinción entre el adulterio como causal de divorcio y adulterio como delito sancionado por la Ley Penal; si bien ambos implican la existencia de relaciones sexuales entre el cónyuge culpable y persona diversa del esposo, el adulterio tipificado como delito requiere, como elemento constitutivo, haber sido en el domicilio conyugal o con escándalo; más la simple relación sexual entre el cónyuge demandado y un tercero constituye causal de divorcio, justificativa de la disolución del vínculo matrimonial. porque éste sólo puede subsistir, para el legislador, mediante una vida en común, basada en la fidelidad de los esposos.

Quinta Época: Tomo CXXVIIIU, Pág. 810. A.D. 5152/22.

Rufino Fernández Ocaña. Mayoría de 3 votos.

*Divorcio, injurias como causal de.*

De conformidad con la jurisprudencia 156 del Apéndice de 1965, del Semanario Judicial de la Federación, para que las injurias constituyan causal de divorcio se requiere que éstas se hayan proferido con la intención de vejar, menospreciar, humillar o desprestigiar al ofendido,

causándole un grave perjuicio ante la sociedad en su posición y dignidad; y el hecho de haber omitido la esposa su apellido de casada en diversos actos, no constituye una injuria grave, si la omisión no fue absoluta, y usó su nombre de casada en varios documentos, como el pasaporte y en la solicitud de inscripción escolar de sus hijos, y la finalidad que persiguió en los actos en que usó el nombre de soltera no fue la de humillar, vejar o menospreciar a su marido, ni le causó daño grave en su dignidad y posición social.

Séptima Época, Cuarta Parte: Vol. 16, Pág. 16 A.D. 2678/69.

Eduardo Fernández Escartín. Unanimidad de 4 votos.

*Divorcio. concepto de injuria.*

Para los efectos del divorcio por la causal de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el juez al dictar la sentencia de divorcio. En la inteligencia de que la injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma casuística, por lo que pueden constituir injuria:

La expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profieren o ejecutan, para humillar y desprestigiar al ofendido.

Quinta Época:

Suplementos de 1956, Pág. 273. A.D. 6345/50.

Laura Bandera Araiza de Arce. 5 votos.

Tomo CXXVII, Pág. 410. A.D. 1868/55.

Amalia de la Cerda de la Garza. 5 votos.

Sexta Época, Cuarta Parte:

Vol. XX, Pág. 120. A.D. 6655/57.

Guillermo Ortega Becerra. 5 votos.

Vol. XX, Pág. 96. A.D. 1319/58.

Moisés González Navarro. 5 votos.

Vol. LII, Pág. 117. A.D. 1851/61

Pedro A. Velásquez. Unanimidad de 4 votos.

Esta tesis apareció publicada con el número 213, en el Apéndice 1917 - 1985, NOVENA PARTE, Pág. 338.

*Divorcio, injurias graves como causal de.*

La gravedad de las injurias, como causa de divorcio establecida por la fracción XI del artículo 16 Ley de Divorcio para el Estado de Guerrero, debe ser calificada por el juzgador, pues sería contrario a los más elementales principios de la técnica jurídica, que quedará a la apreciación de los interesados.

Quinta Época:

Tomo LXIII, Pág. 4137. Quintero Efraín.

Tomo LXVII, Pág. 1044. Casarín W. Alfredo.

Tomo LXVIII, Pág. 2089. Torres Crescencio.

Tomo LXXIII, Pág. 3609. López Portilla de Lazcano Felisa.

Tomo LXXV, Pág. 1548. Voight Martha.

Esta tesis apareció publicada con el Número 219, en el Apéndice 1917 - 1985, NOVENA PARTE, Pág. 350.

*Filiación. maternidad. prueba.*

La circunstancia de que determinada mujer haya comparecido ante el oficial del Registro Civil, junto con el padre del menor, a presentarlo para su inscripción y haya firmado el acta sin indicar no ser la madre, implicó aceptación de la maternidad. En efecto, de no haber sido la madre lo habría advertido así, en cuanto la presentación de un menor para su registro puede perjudicar a la mujer en su honra y en su familia de una manera innecesaria, si no precisa la calidad con la cual hace

esta presentación. Además cuando los comparecientes no son los padres, están obligados a explicar las circunstancias que conocen respecto al nacimiento del menor, pues el artículo 81 del Código Civil del Distrito Federal de 1884, previene que toda persona que encontrase a un niño recién nacido o en cuya casa o propiedad fuera expuesto alguno, deberá presentarlo al juez del estado civil, con lo vestidos, papeles o cualesquier otros objetos encontrados en él, y declarará el tiempo y lugar en que lo haya encontrado, así como las demás circunstancias que en el caso hayan concurrido. Si en la especie la mencionada señora ninguna manifestación hizo, debe presumirse fundadamente la maternidad, tanto más cuanto el acta de nacimiento tiene por objeto probar el parto en relación con la madre y la paternidad respecto del padre, y es tal la eficacia de la partida de nacimiento como medio probatorio de la filiación, que la acredita aún cuando contenga irregularidades u omisiones que no pueden inculparse al menor sin que resulte la injusticia notoria de la privación de su estado y de los derechos inherentes a él.

Sexta Época, Cuarta Parte: Vol. XXVI, Pág. 144. A.D. 281/57.

Sucesión de Adelaida Ortiz viuda de Hernández. 5 votos.

*Filiación natural. medios reconocidos para su establecimiento, con relación al padre.*

De conformidad con el artículo 360 del Código Civil vigente, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece, con relación al padre, bien, primero, por el reconocimiento voluntario, o bien, segundo, por una sentencia que declare la paternidad, para lo cual el artículo 382 del mismo ordenamiento concede la acción de investigación en los cuatro casos que limitativamente enumera el propio precepto. Pero el mismo Código agrega un tercer medio -el legal- de establecimiento de la filiación natural en su artículo 383, al estatuir que se presume hijos del concubinato y de la concubina: I, los nacidos después de ciento

ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; y II, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina. Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima establece el artículo 324 del propio ordenamiento, ya que conforme a éste, se presumen hijos de los cónyuges: I, los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y II, los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. Entonces, pues, cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida en común del concubinato y de la concubina o bien después de los 180 días de iniciado el concubinato, es evidente que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural legalmente establecida y que, por lo mismo, ya no hay necesidad de investigar, puesto que, como acaba de decirse, legalmente, se encuentra ya establecida por expresa presunción de la ley civil en su invocado artículo 383, del mismo modo en que tratándose de los hijos legítimos lo hace, según también ya se vio, el artículo 324. Y si ello es así, es claro que el hijo goza de una posesión de estado que no puede arrebatarle sino por sentencia ejecutoria dictada en juicio contradictorio en que se destruya dicha presunción, siendo ésta la razón por la que el artículo 352 establece al respecto, la protección del juicio plenario, y el 353 concede acción interdictal al hijo a quien se pretendiera despojar o perturbar en dicha posesión; en la inteligencia de que aunque estos dos últimos preceptos se refieren expresamente a los hijos nacidos de matrimonio, debe, sin embargo establecerse que igualmente protegen a los hijos naturales, por virtud del bien conocido principio de aplicación analógica de que, donde existe la misma razón legal, debe existir igual disposición de derecho.

Sexta Época, Cuarta Parte: Vol VII, Pág. 208. A.D. 2848/56.

Ignacio Flores Álvarez. Mayoría de 3 votos.

*Filiación natural. sistema mexicano en el derecho comparado (investigación de la paternidad)*

El Derecho Mexicano, en cuanto al sistema de filiación natural se refiere, sigue la tradición francesa, que, como se sabe, es diferente al sistema alemán e inglés, dado que en este último la filiación natural se establece exclusivamente por el reconocimiento voluntario y nunca por sentencia que declara la paternidad mediante el ejercicio de la acción de investigación; el sistema alemán es un sistema abierto de libre investigación, en que se permiten todas las vías legales para el ejercicio de esa acción, sin limitación alguna; y el francés, aunque autoriza la investigación, lo hace solamente en ciertas hipótesis, limitativamente determinadas, y algunas veces restringiendo los medios de prueba, y que es precisamente el nuestro. De ahí que el artículo 1717 del Código alemán textualmente disponga que “como padre del hijo ilegítimo, en el sentido de los párrafos 1708 a 1716, vale quien haya cohabitado con la madre dentro del tiempo de la concepción, a no ser que también otro haya cohabitado con ella dentro de ese tiempo. No se toma sin embargo en consideración -sigue diciendo el artículo - una cohabitación si, según las circunstancias, es notoriamente imposible que la madre hay concebido al hijo a consecuencia de esta cohabitación.

Como tiempo de la concepción vale el tiempo comprendido - agrega el precepto - desde el día 181 al 302 antes del día de nacimiento del hijo, con inclusión tanto del día 181 como del 302”; por eso el Código Civil suizo, que pertenece al mismo grupo germánico, en su artículo 314 establece que “la paternidad se presume siempre que se pruebe que entre los 300 y los 180 días antes del nacimiento, el demandado haya cohabitado con la madre del niño”; y que “esta presunción cesa si los hechos establecidos permiten suscitar serias dudas sobre la

paternidad del demandado”. En cambio, entre nosotros, que según se ha dicho, seguimos el sistema francés, la investigación de la paternidad no es abierta o libre, sino limitada a los cuatro casos a que se refiere el artículo 382 del Código Civil, o sea que sólo está permitida: I, en los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la concepción; II, cuando el hijo se encuentra en posesión de estado de hijo del presunto padre, III, cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre viviendo maritalmente; y IV, cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre. Sin embargo, si es evidente que en la redacción de este precepto - 382 - nuestro Código se ajustó al sistema francés de investigación limitada, también lo es que en la del 383 siguió el sistema alemán - artículo 1717 del BGB -.

Como lo dice García Téllez en sus Motivos y Concordancias, en cuanto a que estatuyó los casos en que se establece presuntamente la filiación natural y no ya aquellos en que se permita investigarla, equiparando así la situación de los hijos que se presumen hijos del concubinato y de la concubina - el citado artículo 383 - con la de los hijos que se presumen hijos de los cónyuges -artículo 324-.

Sexta Época, Cuarta Parte: Vol. VII, Pág. 225 . A.D. 2848/56

Ignacio Flores Álvarez. Mayoría de 3 votos.

#### *Hijos adulterinos, reconocimiento de los.*

Es indudable que el artículo 374 del Código Civil, que establece que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, contiene una disposición de orden público, pero no en términos tan amplios y absolutos que no admita excepción, pues es evidente que si el fundamento filosófico, la ratio legis, de tal artículo, no puede ser otro

que el muy loable de evitar el desquiciamiento de la familia frente a este fin de orden superior, nuestro legislador no puede pasar por alto la circunstancia impuesta por la realidad de una mujer casada que no vive con su marido pueda procrear un hijo con un hombre distinto y a cuyo hijo no podrá negársele el derecho de ser reconocido por su verdadero padre, siendo precisamente por ello que el artículo 63 del Código Civil dispone que “cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido (cuando no viva con él, si podrá ser reconocido el hijo por su verdadero padre), en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el oficial del registro asentar como padre a otro que no sea el marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”.

Por tal motivo, armonizando los comentario preceptos con el artículo 62 del mismo código, el hijo de una mujer casada si podrá ser reconocido por otro hombre distinto del marido, cuando aquella no viva con éste, pues el temor al escándalo que el reconocimiento podría extrañar y que es la razón de la prohibición, ya que no puede existir, si se tiene en cuenta que en todo caso el escándalo se produjo con la separación misma de los cónyuges.

Sexta Época, Cuarta Parte: Vol. XXI, Pág. 97. A.D. 7168/57.

Amalia Escalona viuda de Romero. 5 votos.

Sexta Época, Cuarta Parte: Vol. XXI, Pág. 97. A.D. 7168/57.

Amalia Escalona viuda de Romero. 5 votos. Vol. CXXXIV, Pág. 45 A.D. 8954/66.

Antonio Chávez Ávalos. Unanimidad de 4 votos.

Séptima Época. Cuarta Parte: Vol. I, Pág. 57. A.D. 9197/67.

Ángel González Gutiérrez. 5 Votos.

*Hijos, formalidades para el reconocimiento de.*

El reconocimiento de un hijo es un acto de carácter personalísimo que



debe hacerse en forma expresa.

Séptima Época, Cuarta Parte: Vol. 37, Pág. 26. A.D. 2427/71.

Leonardo Ruiz. Unanimidad de 4 votos.

*Patria potestad, irrenunciabilidad de los derechos derivados de la.*

Los derechos que derivan de la patria potestad no son renunciables, pues las disposiciones legales que la rigen son de indiscutible interés público de acuerdo con lo que previene el artículo octavo del Código Civil.

Sexta Época, Cuarta Parte: Vol. LXVIII, Pág. 110. A.D. 8824/61.

Rodolfo Martínez Ramírez. Unanimidad de 4 votos.

## CAPITULO CUARTO

### OPINIONES Y CUESTIONAMIENTOS MORALES Y RELIGIOSOS.

#### 4.1. CRITERIOS DE MORALIDAD SOBRE LA FECUNDACIÓN *IN VITRO*.

Como en todos los temas, existen varias posturas, múltiples criterios que deben ser analizados lo más objetivamente posible. Estos criterios pueden encontrarse en total desacuerdo, por lo que de una u otra manera tenemos que extraer lo más relevante de ellos, y tratar de aplicarlos a nuestra tesis.

El sacerdote Jesuita Richard McCormick señala “Si bien para los médicos la transmisión de la vida consiste en una acción técnica, la moral la considera una obra de humanidad donde entran en juego las dimensiones más profundas del ser humano. Por lo anterior, la moral concibe este tema desde una gran variedad de aspectos; uno de ellos, que por cierto es el único que también concierne a los técnicos, es el del grado de riesgo abortivo surgido a raíz de la inseminación artificial. El elemento de experimentación y manipulación propio de este tratamiento encierra ya una incertidumbre “.

El citado sacerdote, Richard McCormick<sup>69</sup> señala cuatro problemas éticos involucrados en la fecundación *in Vitro*:

---

<sup>69</sup> McCormick, Richard. Sacerdote Jesuita.

[www.shc.edu/theolibrary/resources/mccormick](http://www.shc.edu/theolibrary/resources/mccormick).

- 1) Tecnologización del matrimonio, en donde se afirma que si la fecundación es resultado del acto sexual, entendido este último como unitivo y procreativo, se debe de rechazar la fecundación *in Vitro*, en virtud de que ésta no cumple con elementos anteriores.
- 2) El aborto y el desperdicio de cigotos; en el tratamiento de la fecundación *in Vitro* se fertilizan un cierto número de óvulos, pero sólo uno de ellos es utilizado, y los demás óvulos fecundados se deshacen. Si partimos de la base de que la vida comienza desde el momento de la concepción, podemos afirmar que todos estos cigotos desechados constituyen un aborto, penalizado por la ley y reprobado por la Iglesia. No obstante, algunos médicos afirman que normalmente se pierden un gran número de óvulos fecundados en un proceso natural de embarazo. Con lo que concluimos que no se puede reproducir todo lo que acontece en la naturaleza, ya que aún cuando todos los seres humanos mueren, la privación de la vida va en contra de la misma naturaleza humana.
- 3) El daño al producto. Algunos creen que el tratamiento que hace posible la fecundación *in Vitro* puede implicar ciertos riesgos físicos y psicológicos para el nasciturus, que aún cuando mínimos resulta éticamente incorrecto imponérselos.
- 4) La prolongación fuera del matrimonio. Esta última afirmación de McCormick se refiere a la participación de un tercero en la fecundación *in Vitro*, que hace inevitable su presencia a lo largo de la vida del producto.

Pensamos que existen otros tipos de criterios que debemos tener en cuenta. Si empezamos desde la situación de la esterilidad, hemos de plantear que ésta es una carencia no sólo biológica, sino de pareja y

vida social; y ante esta situación, tanto la inseminación como la fecundación artificial representan una opción viable. No obstante, las técnicas de reproducción inducida no son la única posibilidad disponible, ya que no consideramos la procreación como la única finalidad del matrimonio.

No podemos olvidar la argumentación sobre la moralidad de la acción con que se efectúan las prácticas para impedir la esterilidad. Esta argumentación puede darse desde dos aspectos:

- a) Argumentación deontológica, en la cual se considera la “acción en sí”, el significado técnico o material del acto en relación a una norma fija y universal dada por el orden natural, que es la objetivación normativa de las exigencias del ser humano.
- b) Argumentación teológica, donde se toman en cuenta además de la materialidad del acto otros elementos, como sus consecuencias y finalidades.

En general, podemos decir que existen cuatro criterios iluminativos acerca de la valoración moral de la fecundación *in Vitro* siendo los siguientes:

- 1.- Cualidad específicamente humana del embrión; este aspecto hay que considerarlo a efecto de respetar el valor de la dignidad humana en prácticas como la congelación, la selección de embriones y la pérdida de los mismos.
- 2.- Peligros para el nuevo ser engendrado, aspecto que fue analizado anteriormente al hablar sobre el daño causado al producto.
- 3.- Implicaciones de carácter social, en cuanto que hay que

tomar en cuenta los aspectos jurídicos, económicos y culturales que traen consigo este tipo de prácticas.

- 4.- Valores genéricos de la procreación humana; el hijo es un don, es un valor para los padres; sin embargo, en también un valor en si mismo y la paternidad está en función del hijo. No debemos caer en el error de considerar a la ciencia como un valor en sí misma y por lo tanto creer que todo hallazgo científico puede substituir los valores humanos, como tales.

Ahora bien, dentro de las prácticas de fecundación artificial, hay ciertas intervenciones que se consideran como manipulativas, y como tales deben ser reprobadas; entre estas prácticas existen las siguientes:

- Prácticas de experimentación.
- Prácticas de observación científica.
- Prácticas de congelación y conservación de embriones humanos.
- Prácticas de selección técnica de los embriones más aptos.

Quienes no conceden al embrión cualidad de vida humana, consideran este tipo de prácticas como valiosas para el progreso científico, y consiguientemente la justifican y la aceptan. Sin embargo, quienes sostenemos la postura contraria, esto es, que el embrión ya posee todas las cualidades inherentes a cualquier ser humano, afirmamos que las prácticas manipulativas son acciones que reducen la vida humana a un simple medio para lograr progresos científicos, que como tales afectan en lo más profundo de la dignidad humana del nasciturus.

Una visión estática condena estos procesos, ya que los considera como una separación entre la dimensión unitiva y procreativa del

matrimonio. Por su parte, los moralistas que no consideran inmoral la inseminación homóloga, aprueban la fecundación *in Vitro* siempre y cuando la reproducción natural resulte imposible y encuentre solución técnica, entre estos autores se encuentra F.J. Elizari<sup>70</sup>; por otro lado, hay quienes rechazan totalmente esta práctica por los elementos de experimentación y manipulación que implican.

#### **4.2. POSTURA DE LA IGLESIA CATÓLICA.**

Lejos de cualquier fanatismo y dentro de la mayor objetividad posible, hemos decidido estudiar la postura religiosa, desde el punto de vista de la Iglesia Católica, aún cuando la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es muy clara al señalar en su Artículo 130 que la Iglesia no es considerada como persona para efectos jurídicos y por lo tanto no tiene ingerencia alguna en la elaboración, no sólo de ésta, sino de cualquier legislación. Sin embargo, no podemos negar que aún cuando nuestro sistema jurídico no reconoce la existencia de la Iglesia, ésta ejerce una gran influencia en el pueblo mexicano.

Ya desde nuestras primeras clases de Teoría de Derecho I, observamos que existen principios universales que comparten la moral y el derecho. Por lo tanto, la influencia eclesiástica ha de ser entendida no como la que puede tener la institución en sí, sino como los valores y principios inculcados en la mayoría de los individuos de una sociedad.

Por otra parte, los principios y valores universales son inmutables, de tal suerte que las diferentes religiones encuentran a grandes rasgos, y sin ahondar en ello, puntos de absoluto contacto.

---

<sup>70</sup> Elizari, F.J. Bioética. Madrid:Ediciones Paulinas. Pág.345. 1991.

Comenzando a exponer, el Papa Pio XI, en su Encíclica Casti Connubi, Sobre el Matrimonio Cristiano. cita a San Agustín, quien nos dice cuales son los bienes concedidos por Dios al verdadero matrimonio: “La prole, la fidelidad y el sacramento”<sup>71</sup>. Estos tres capítulos forman una síntesis de la doctrina del matrimonio cristiano, pues como bien señala el mismo Santo: “En la fidelidad se tiende a que, fuera del vínculo conyugal, no se unan otro con otra; en la prole a que ésta se reciba con amor, se críe con la benignidad y se eduque religiosamente; en el sacramento a que el matrimonio no se disuelva y a que el repudiado o repudiada no se una a otro ni aún por razón de la prole. Esta es una como regla del matrimonio, con la cual o se embellece la fecundidad de la naturaleza o se reprime el desorden de la incontinencia”<sup>72</sup>.

Apunta la Casti Connubi que la prole ocupa el primer lugar de entre los bienes del matrimonio. El Creador enseñó al hombre a crecer, multiplicarse y llenar la Tierra, la prole nace por virtud de Dios, por su divina bondad y omnipotencia; y lo mismo dice con frase enérgica el Código del Derecho Canónico: “El fin primario del matrimonio es la procreación y educación de la prole”.

La misma Encíclica señala que aún cuando alguna madre se encuentre en peligro de muerte, es sólo Dios quien pagará sus sufrimientos, pues la madre que no se sacrifica comete crimen gravísimo con el que atenta contra la vida de la prole, aún cuando esté encerrada en su seno, y se señala al respecto: “Ya se cause muerte a la madre, ya a la prole si esta no es por la voluntad de Dios, será contra el precepto Creador y a la voz de la naturaleza que clama: ¡No

---

<sup>71</sup> S. August. De Bono Conjug. Cap. XXIV, n. 32.

<sup>72</sup> S. August. De Gen. ad. litt, Lib. IX, Cap. VII, n. 32.

matarás!”.

De lo anterior, podemos señalar que para la Iglesia, es en efecto, igualmente sagrada la vida de ambos y nunca tendrá poder ni siquiera la autoridad pública, para destruirla. Señala Pío XI, que de tal poder contra la vida, se quiere deducir, neciamente, el derecho de vida o muerte.

La Iglesia es tajante en este aspecto y señala el Obispo de Hipona, que aún cuando los medios sean lícitos u honestos la Ley Divina prohíbe hacer males para que vengan bienes, como en el mismo sentido nos indica la Enciclopedia de Paulo VI, “*Humanae Vitae*”, que a la letra dice: “No es lícito, ni aún por razones gravísimas, hacer el mal para conseguir el bien, es decir, hacer objeto de un acto positivo de voluntad lo que es intrínsecamente desordenado y por lo mismo indigno de la persona humana aunque con ello se quisiese salvaguardar o promover el bien individual, familiar o social”<sup>73</sup>.

Este mismo documento reconoce las alegrías, dificultades y angustias al momento de transmitir la vida. Reconoce que en la actual sociedad se han verificado grandes cambios que la Iglesia no puede ignorar y acepta que el hombre ha conseguido progresos estupendos en el dominio de la naturaleza que le han permitido extender su dominio a su mismo ser, es decir, a su cuerpo, la vida social, a las leyes que regulan la vida y transmisión de la misma.

El hombre debe de tener conocimiento y respeto de sus funciones y limitaciones, de tal suerte que no debe intervenir en la voluntad de Dios, alterando la naturaleza. En este mismo sentido se inclina el Papa

---

<sup>73</sup> Paulo VI. *Humanae Vitae*. Ediciones Paulinas. 24a. Edición. México, DF. 1988. Pág.13.



Juan Pablo II, quien en su Encíclica “Familiaris Consortio” afirma que la propia institución del matrimonio se ordenan a la procreación y a la educación de la prole. Continúa diciendo que el amor conyugal, conduce a los cónyuges “al recíproco conocimiento que les hace una sola carne”<sup>74</sup>, el cual les hace colaboradores de Dios mediante el don de la transmisión de la vida.

Sin embargo el Pontífice afirma que: “Cuando la procreación no es posible, no por esto pierde su valor la vida conyugal. La esterilidad física, en efecto, puede dar ocasión a los esposos para otros servicios importantes a la vida de la persona humana, como por ejemplo la adopción, las diversas formas de obras educativas, la ayuda a otras familias, a los niños pobres o minusválidos”<sup>75</sup>, y continua afirmando que la fecundidad del amor conyugal no se limita a la procreación sino que se amplía y se enriquece con todos los frutos de la vida moral, espiritual y sobrenatural que el padre y la madre están llamados a dar a los hijos y, por medio de ellos, a la Iglesia y al mundo.

Quisiéramos aquí hacer una pequeña pauta para analizar lo anteriormente expuesto, a fin de aclarar lo manejado hasta el momento, y nos referimos al concepto, de Derecho Matrimonial Canónico de los fines de la institución matrimonial, estos fines no son propiedad ni esencia del mismo matrimonio, mas si lo configuran y estructuran, es por ello que ya desde el siglo XVI. El Derecho Canónico, establece la terminología, el número de fines y jerarquía de los mismos.

Así el primer documento oficial que habla de los fines de la institución

---

<sup>74</sup> Cfr. Ge. 2, 24.

<sup>75</sup> Juan Pablo II. Exhortación Apostólica “La Familia en los Tiempos Modernos”. Ediciones Paulinas. 18a. Edición. México, DF. 1988. Pág.25.

en cuestión, es el Codex del 17, que en el canon 1013 establece: “La procreación y educación de la prole es el fin primario del matrimonio; la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es su fin secundario”. Al respecto escribe García Barberena: “En sentido propio sólo hay un fin en el matrimonio, el primario pues sólo especifica la unión conyugal; los fines secundarios lo son en cuanto participan de la razón que corresponde al fin primario, sólo son fines de participación, en cuanto que sirven al fin primario cobrando así una cierta colaboración finalística, pero son realidades accesorias”<sup>76</sup>. Esto es, el matrimonio estaba ordenado a la procreación, era condición esencial para la celebración del mismo la capacidad de poner los actos propios de la generación y que no se excluyera el derecho - deber de procrear, aunque una vez celebrada no se pudiera tener hijos, no por ello el matrimonio era nulo.

La crítica mas fuerte contra la concepción del Codex del 17, la elabora el autor alemán H. Doms, quien en 1935 niega la existencia de fines primarios y secundarios del matrimonio al afirmar que el fin del mismo era el amor o el mutuo perfeccionamiento de los esposos, y para sustentar sus tesis de varios argumentos estos se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- a) Argumento biológico: la cópula conyugal no es de suyo y siempre procreadora, pero siempre es unitiva de los cónyuges.
- b) Argumento psicológico: los novios se casan no por el amor de los hijos que aún no tienen, sino porque se aman, o sea, porque piensan compartir la vida en amor.

---

<sup>76</sup> T. García Barberena, citado por Molina Meliá, Antonio y Olmos Ortega, Ma. Elena. Derecho Matrimonial Canónico, Sustantivo y Procesal, Ed. Civitas. 2a. Edición. Madrid, España. 1987. Pág 70.

- c) Argumento teleológico: los viejos y los estériles no puede tener hijos, y sin embargo se casan.
- d) Argumento ontológico: el matrimonio es la vida de dos en uno: dos en una sola carne (persona). El matrimonio en sí mismo, haya o no haya hijos, tiene sentido<sup>77</sup>.

La postura de la Iglesia Católica cambia en su manera de concebir los fines del matrimonio y el Concilio Vaticano II, en la Constitución *Gaudim et Spes*, hace hincapié en el aspecto personalista de la institución matrimonial al señalar que ésta no ha sido instituida únicamente para la procreación de los hijos “sino que la propia naturaleza del vínculo indisoluble entre las personas y el bien de la prole requieren que también el amor mutuo de los esposos mismos se manifieste, progrese y vaya madurando ordenadamente<sup>78</sup>”.

El nuevo Código Canónico de 1983, que deroga el canon 1013, ya ni siquiera habla de fines del matrimonio. El canon 1055 dice que el matrimonio “se ordena por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de los hijos”.

Como podemos observar ya no se considera como fin esencial del matrimonio la procreación y educación de la prole, sino que hoy también se considera como indispensable el bien de los cónyuges, que aún cuando el canon no nos da una definición del mismo, debemos entender como tal la ayuda mutua y la lucha contra la concupiscencia; pero además implica el consorcio de toda vida, tanto en lo corporal y en lo físico, como en lo espiritual, en lo moral y en lo sobrenatural. Y confirma la Constitución *Gaudim et Spes*: “Aún cuando falte la prole, frecuentemente deseada, no por eso el matrimonio deja de existir

---

<sup>77</sup> H. Doms, citado por Molina Meliá, Antonio y Olmos Ortega Ma. Elena. Op. Cit. p. .

<sup>78</sup> *Gaudim et Spes*, n. 50. Idem. Pág. 72.

como institución y comunión de vida y conservar y su indisolubilidad”<sup>79</sup>  
Al establecer el canon 1055 que el matrimonio se ordena por su índole natural a la procreación y educación de los hijos, impone a los cónyuges la exigencia de no excluir mediante un acto positivo el derecho y el deber que tienen ambos contrayentes de poner los medios necesarios para la procreación, más si el matrimonio es estéril, no por ello se dirime el matrimonio. Y es por esto, que los canonistas hacen una clara distinción entre la “*spes prolis*”, que si es rechazada por los cónyuges se considera el matrimonio como nulo; y la prole “*in se ipsa*” que no es necesaria para la validez del matrimonio.

A continuación, presentamos un breve resumen sobre las manifestaciones de la Iglesia Católica respecto, ya no a los fines del matrimonio, sino a las prácticas tanto de la inseminación artificial como de la fecundación “*in Vitro*”.

La Encíclica *Mater et Magistra* señala: “En esta materia hacemos una grave declaración: la vida humana se comunica y se propaga por medio de la familia, la cual se une en el matrimonio único, que para los cristianos ha sido elevado a la dignidad del sacramento. Y como la vida humana se propaga a otros hombres de una manera consciente y responsable, se sigue de aquí que esta propagación debe verificarse de acuerdo con las leyes sacrosantas, inmutables e inviolables de Dios, las cuales han de ser respetadas y conocidas por todos. Nadie, pues, puede lícitamente usar en esta materia los medios o procedimientos que es lícito emplear en la genética de las plantas o de los animales”<sup>80</sup>.

En el IV Congreso Internacional de Médicos Católicos celebrado el 29

---

<sup>79</sup> Gaudim et Spes, n. 50. Idem. Pág. 72.

<sup>80</sup> Juan XXIII. *Mater et Magistra*. No. 193.

de septiembre de 1949, el Papa Pío XII dijo que la práctica de la fecundación artificial no puede ser considerada únicamente desde un punto biológico y médico, sino también hay que tomar en cuenta el aspecto moral y jurídico del mismo. Condena fuertemente la fecundación artificial fuera del matrimonio, ya que la procreación de un nuevo ser sólo puede darse dentro del ámbito del matrimonio como lo prescribe la ley divina, ya que solamente en éste se protege la dignidad de los cónyuges, y principalmente de la mujer.

Considera igualmente inmoral la fecundación heteróloga, dentro del matrimonio con el elemento activo de un donante, ya que los esposos tienen un derecho recíproco sobre sus cuerpos, que no pueden ceder, para engendrar una nueva vida. Y concluye el Pontífice: “Aunque no se pueda a priori excluir nuevos métodos por el sólo motivo de su novedad, no obstante, en lo que toca a la fecundación artificial, no solamente hay que ser extraordinariamente reservado, sino que hay que descartarla absolutamente. Al hablar así no se proscriben necesariamente el empleo de ciertos métodos artificiales destinados únicamente, sea a facilitar el acto natural, sea a hacer llegar a su fin el acto natural normalmente llevado a cabo.

Que no se olvide: sólo la procreación de una nueva vida, según la voluntad y el plan del Creador lleva consigo hasta un grado admirable de perfección la realización de los fines perseguidos. Ella es, a la vez, conforme a la naturaleza corporal y espiritual y a la dignidad de los esposos, fiel desarrollo normal y feliz del niño <sup>81</sup>.

Asimismo el Papa Pío XII, en su discurso en el Congreso de Comadronas Católicas, en 1951, condena la inseminación artificial, ya

---

<sup>81</sup> Pío XII. IV Congreso Internacional de Médicos Católicos.

que el acto conyugal, es en sí mismo, una acción personal entre los cónyuges que no se limita a la transmisión de los genes, ya que de ser así se traduciría al hogar conyugal en un laboratorio experimental.

Por otro lado, tanto en el Segundo Congreso Mundial de la Fertilidad y Esterilidad en 1956, como en el Congreso Internacional de Hematología celebrado en 1958, se reprueba la práctica de la inseminación artificial por ser contraria a ley natural y a la ley católica.

Para concluir este capítulo, quisiéramos exponer una opinión más actualizada sobre la posición de la Iglesia Católica respecto a la inseminación artificial, la fecundación *in Vitro* y el uso de los embriones humanos con fines científicos, de diagnóstico, terapéuticos e incluso comerciales. Nos referimos a un documento publicado por la Congregación para la Doctrina de la Fe, en abril de 1987, titulado “Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”. La investigación científica es una manifestación palpable del control del hombre sobre ciertos aspectos de la naturaleza, importantes recursos que el hombre pone a su servicio para promover su desarrollo físico e intelectual; mas es un error buscar en la ciencia y en la técnica un indicador de la existencia y del progreso de la sociedad. La ciencia y la técnica exigen el respeto absoluto de los criterios fundamentales de la moralidad, deben estar al servicio del ser humano, ya que de este reciben su finalidad y la conciencia de sus límites.

La Carta de los Derechos de la Familia declara terminantemente que “la vida humana ha de ser respetada y protegida de modo absoluto desde el momento de su concepción”. El Magisterio sostiene que desde el momento de su concepción, el hombre adquiere su individualidad y sus características propias, y es desde entonces que

debe ser respetado y, por lo tanto, se le deben reconocer sus derechos, especialmente el derecho inviolable del respeto a su propia vida.

En cuanto a las intervenciones terapéuticas sobre embriones humanos, éstas sólo son aceptadas si tienen como única finalidad el respeto a su vida y a su dignidad de seres humanos, la mejora en sus condiciones de salud o su propia supervivencia. Por lo tanto debe desprenderse que toda investigación que implique un riesgo para la dignidad del embrión o para su integridad física, será ilícita.

Debemos utilizar el mismo supuesto en cuanto a la manipulación de los embriones humanos obtenidos mediante la fecundación *in Vitro*, estos son igualmente seres humanos y sujetos de derechos, por lo tanto deben de ser respetados. A continuación expondremos una síntesis sobre la postura de la Iglesia Católica en relación a los temas tratados:

a) Inseminación y fecundación artificial homóloga.

La Iglesia Católica condena estas prácticas dentro del matrimonio en los casos en que la intervención médica y técnica substituyan al acto conyugal, pues como hemos indicado anteriormente, se disocia el aspecto procreativo y el aspecto unitivo del mismo. Sin embargo, no se condena la intervención técnica, si ésta tiene como única finalidad facilitar a que el acto conyugal logre la procreación.

Asimismo se condena la experimentación y deshecho de embriones humanos que estas prácticas implican. Por lo tanto, “se quiere lícitamente la fecundación cuando se realiza tal, al término de un acto conyugal de suyo idóneo a la generación de la prole, al que se ordena

el matrimonio por su propia naturaleza y por el cual los cónyuges se hacen una sola carne. Pero la procreación queda privada de su perfección propia, desde el punto de vista moral, cuando no es querida como el fruto del acto conyugal, es decir, del gesto específico de la unión de los esposos”<sup>82</sup>.

b) Inseminación y fecundación artificial heteróloga.

Estas prácticas, sostiene la Iglesia Católica, van en contra de la fidelidad de los esposos, de la unión del matrimonio, del derecho del hijo a ser concebido y traído al mundo por y en el matrimonio.

La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo y lo priva de una relación filial que puede afectar su identidad personal. Constituye una ruptura entre la paternidad genética, la gestacional y la responsabilidad educativa, que al alterar fuertemente las relaciones y la estructura familiar, afectan a la sociedad civil en su núcleo. “El deseo de tener un hijo y el amor entre los esposos que aspiran a vencer la esterilidad no superable de otra manera, constituyen motivos comprensibles; pero las intenciones subjetivamente buenas no hacen que la fecundación artificial heteróloga sea conforme con las propiedades objetivas e inalienables del matrimonio, ni que sea respetuosa de los derechos de los hijos y de los esposos”<sup>83</sup>.

c) Maternidad Sustituida.

“La maternidad sustituida representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la

---

<sup>82</sup> Congregación para la Doctrina de la Fe. Instrucción sobre el Respeto a la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación. No. 115. Ed. Obra Nacional de la Buena Prensa, A.C. México DF. 1987. Pág. 9.

<sup>83</sup> Congregación para la Doctrina de la Fe. Op. Cit. Pág. 20.



maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo al ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen. “Todo ser humano ha de ser respetado por sí mismo, y no puede quedar reducido a un puro y simple valor instrumental en beneficio de otros”<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Ibidem. Pág. 13.

## CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

- 1.- La vida humana comienza desde el momento de la concepción (unión del óvulo y espermatozoide), y es desde entonces que debe entrar bajo la protección de la ley.
- 2.- Hay que distinguir entre inseminación artificial y fecundación artificial; entendemos por inseminación artificial el proceso médico-técnico consistente en introducción, a los genitales femeninos, de esperma, mediante una forma diversa al normal ayuntamiento de sexos; y por fecundación artificial un conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención de los gametos reproductores hasta su implantación en el útero, para su ulterior desarrollo.
- 3.- La fecundación artificial es un modo de reproducción en los seres humanos y en algunos animales, sin embargo, este tipo de prácticas no es la forma común de reproducción en los seres humanos y es por ello que, en nuestros tiempos, se ha convertido en una opción común en el tratamiento terapéutico contra la esterilidad humana.
- 4.- La maternidad sustituida se lleva a cabo a través de un contrato, por medio del cual las partes crean derechos y obligaciones recíprocos, en base a la libertad de contratación, fundada en la autonomía de la voluntad.
- 5.- Definimos al contrato de maternidad sustituida como el acuerdo de dos o más voluntades en virtud del cual, una persona llamada “gestante”, se obliga para que otra llamada “solicitante”, a ser inseminada artificialmente, en un centro técnico autorizado para tal efecto, gestar cuidadosamente al producto de la inseminación y

devolverlo al “solicitante”.

- 6.- El contrato de maternidad sustituida es un contrato innominado, que reúne en un mismo acuerdos de voluntades, diversas obligaciones, ya sean de dar, de hacer y de no hacer, y ninguna de éstas obligaciones encuadra dentro de los contratos regulados por el Código Civil.
- 7.- Al ser contrato innominado, se regirá por las reglas generales de los contratos y por las estipulaciones de las partes.
- 8.- La práctica de técnicas de reproducción asistida, principalmente la celebración de contratos de maternidad sustituida, atentan contra la vida del embrión, contra el concepto de familia y contra la certidumbre respecto de la filiación de niño nacido como producto de este tipo de prácticas, y por lo tanto consideramos que van en contra de las buenas costumbres de nuestra sociedad.
- 9.- En virtud de que el contrato de maternidad sustituida, integrado por las distintas obligaciones a cargo de las partes, es lícito siempre y cuando no contravenga a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, y que en la actualidad no se encuentra regulado por legislación alguna en nuestro país y dicho contrato es nulo. Por tratarse de una nulidad de Derecho de Familia, no da lugar a la restitución de lo que las partes se ha dado y recibido, tiende a hacer cesar para el futuro los efectos producidos por el contrato y no da lugar a que las partes se exijan mutuamente el cumplimiento de lo pactado.
- 10.- Como consecuencia de la nulidad del contrato, deberá de tomarse en cuenta el hecho determinante del parto, para considerar como

madre a la mujer que dio luz al niño. Es así que para la determinación de la filiación materna y paterna, es jurídicamente irrelevante la procedencia de los gametos fecundados.

- 11.- El objeto de nuestro contrato es una obligación de hacer, que consiste en que “la gestante”, permita que se le insemine un óvulo fecundado artificialmente, en un centro técnico especializado. Esta obligación es complementada por obligaciones accesorias de dar y de no hacer. Estas obligaciones de dar y de no hacer tendrían razón de ser sin la obligación de hacer.
- 12.- Las únicas posibilidades para la terminación del contrato de maternidad sustituida, sería obviamente su cumplimiento, o bien la confusión o la remisión, aunque ésta última sólo opera para el caso en que los “solicitantes” liberen a la “gestantes” de su obligación de dejarse inseminar artificialmente o bien de entregarles al niño al nacer, pero no en relación con las demás obligaciones derivadas del contrato.
- 13.- Resulta imposible crear una legislación únicamente basada en las leyes naturales, en virtud de que el proceso de fecundación e inseminación artificial altera sustancialmente el curso de la naturaleza.
- 14.- Debemos proteger al individuo en contra de los intentos de la ciencia, que en el caso que nos ocupa, pueden colocar a un individuo en un medio tan antinatural como su propia concepción.
- 15.- La filiación resultante de una fecundación e inseminación artificial envuelve a varias personas, tanto físicas como morales. Las personas físicas se obligarán tanto a lo referente a patria potestad

como a alimentos; en cambio, las personas morales sólo pueden obligarse por alimentos.

- 16.- Biológicamente, el nacimiento es el hecho jurídico que determina la filiación ; pero otro lado, la filiación puede obtenerse por disposición legal, y consideramos que bajo éste último supuesto debemos colocar a la filiación de los hijos nacidos de madres substitutas.
- 17.- Las posibilidades para la intervención de diversos sujetos en los procesos de fecundación e inseminación artificial, son muy amplias y estamos en absoluta discordancia con establecer un ordenamiento jurídico para cada hipótesis en particular, por lo que debemos tratar de presentar reglas generales que resuelvan los problemas de fondo que se derivan de éste tipo de prácticas.
- 18.- Debe regularse para que la filiación de los hijos nacidos de madres substitutas siga criterios en favor del hijo y de la familia como núcleo social, para que éste obtenga derechos sucesorios, de apellidos, de alimentos y de patria potestad.
- 19.- Los derechos en cuanto a padre del producto corresponden, bien al marido de la mujer inseminada artificialmente, si de ella proviene el óvulo fecundado con semen de un tercero y el primero concede su consentimiento expreso para la fecundación e inseminación artificial, o bien al donante del gameto masculino si la mujer es soltera o su marido impugna la paternidad. En el supuesto de que una mujer casada sea contratada para gestar un producto que le es inseminado artificialmente, el marido debe impugnar su paternidad a efecto de que la ejercite el “solicitante” si éste proyecto el gameto para efectuar la fecundación in Vitro.

- 20.- Los derechos en cuanto a madre del producto deben recaer sobre aquella que provee el óvulo que ha de ser fecundado artificialmente, si ésta coincide bien con la “gestante” o la “solicitante”.
- 21.- Si el óvulo proviene de una donante tercera, ésta debe permanecer en el anonimato, ya que no tiene ningún interés moral ni jurídico en el nacimiento del niño. Bajo éste supuesto, los derechos y obligaciones en cuanto a madre del producto deben corresponder a la “gestante”, si ésta se encuentra unida en legítimo matrimonio y cuenta con los medios económicos y morales suficientes para brindar al niño una vida normal.
- 22.- Si la “gestante” pretendiese obtener una contraprestación por la gestación y el parto, en ningún momento y bajo ninguna circunstancia, deben concedérsele derechos maternos sobre el producto, toda vez que se le ha retribuido un pago previo por la gestación del producto renunciando a los derechos sobre el producto y por lo tanto los derechos de patria potestad corresponden a la “solicitante”.
- 23.- Las técnicas de reproducción inducidas no son las únicas posibilidades disponibles para subsanar problemas de esterilidad, ya que no consideramos a la procreación como la única finalidad del matrimonio.
- 24.- El hijo es un valor para los padres; sin embargo, también es un valor en sí mismo y la paternidad está en función del hijo. No debemos considerar a la ciencia como un valor en sí mismo y creer que un hallazgo científico puede sustituir los valores

humanos como tales.

- 25.- Al atribuir al embrión todas las cualidades inherentes a cualquier ser humano consideramos, que las prácticas manipulativas de los mismos, como su congelación, conservación o selección, son acciones que reducen la vida humana a un simple medio para lograr progresos científicos.
- 26.- La institución matrimonial no ha sido instituida únicamente para la procreación de los hijos, sino que su fin es el amor y el mutuo perfeccionamiento de los esposos.
- 27.- La vida humana ha de ser respetada y protegida de modo absoluto desde el momento de su concepción.
- 28.- Toda investigación que implique un riesgo para la dignidad del embrión o para su integridad física será ilícita.
- 29.- Rechazamos toda forma de inseminación y de fecundación artificial en seres humanos, que provoque una disociación entre el aspecto unitivo y gesto procreador del acto conyugal. así como la maternidad sustituida, en virtud de que constituye un ataque a nuestro concepto de familia, y en virtud a que es contraria a la unidad del matrimonio y de la dignidad de la procreación humana. Los seres humanos no deben ser considerados como productos manufacturados o como simples objetos o mercancías, fecundados con ánimo de lucro, degradando al producto como ser humano y a la institución familiar como base de la sociedad.
- 30.- La ciencia debe ser encauzada legalmente, por lo que es prescindible legislar de manera prioritaria, con el fin de que la

maternidad sustituida no se realice a espaldas de la ley.

- 31.- Todo ser humano ha de ser respetado por si mismo, y no puede ser reducido a un puro y simple valor instrumental en beneficio de otros.
- 32.- El contrato de maternidad sustituida se forma por el acuerdo de voluntades entre “la gestante” y los “solicitantes”, por medio del cual cada una de las partes adquiere ciertas obligaciones que deben cumplir. Este contrato se regirá por las reglas generales de los contratos en cuanto a la manifestación de la voluntad (oferta y aceptación), sin embargo, por el objeto del mismo consideramos que esta manifestación de voluntad debe hacerse en forma expresa y cumplir con ciertas formalidades, que analizaremos posteriormente.
- 33.- Podemos afirmar que el objeto del contrato de maternidad sustituida, es una prestación de hacer. Al ser el contrato en cuestión, un contrato bilateral, engendra obligaciones para ambas partes contratantes. La principal obligación de la “gestante” es someterse a la inseminación, gestar el producto cuidadosamente y entregarlo al nacer a “los solicitantes”. Por su parte, la principal obligación de “los solicitantes” es proporcionar el óvulo fecundado, recibir al niño cuando nazca y, en caso de que se pactase alguna retribución, pagarla a “la gestante”.
- 34.- Podemos aseverar que la obligación más importante de “los solicitantes” es el pago de la retribución pactada a “la gestante”, así como adoptar al niño en caso de no tratarse de sus elementos reproductivos, y que estos hayan sido proveídos por “donantes”.



35.- Podemos afirmar que la postura de los moralistas ante la práctica de la inseminación artificial y de la fecundación *in Vitro* está en relación directa con su visión acerca de la naturaleza humana y de los procesos naturales.

## BIBLIOGRAFÍA

Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. editorial Harla, s.a. de c.v.. México.1980.

Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa, 10a. ed. México, p. 111.

Chávez Asencio, Manuel F.. *La Familia en el Derecho*. relaciones jurídicas paterno-filiales. editorial porrua s.a.. México, 1987.

Elizari, f.j. *Bioética*, Madrid: ediciones Paulinas.1991.

Gafo, Javier . (1936 - 2001) Filósofo y Teólogo de origen Español. Pionero de la Bioética. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com).

Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. novena edición. editorial Porrúa, s.a.. México, 1989. (\*\*)

Guttmacher, Alan (1898 - 1966) Médico - Físico. Primer promotor de control de Natalidad, Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com)

Hunter, John. (1728 - 1793) Anatomista y Cirujano Escocés. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com).

Lledo Yague, Francisco. *El Alquiler de Úteros y el Problema de las*

*Madres por encargo en la filiación a finales del siglo xx.* problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II congreso mundial vasco. departamento de derecho privado de la Universidad del país vasco. editorial Trivium. Madrid, España. 1988.

Mccormick, Richard. *sacerdote jesuita.*  
[www.shc.edu/theolibrary/resources/mccormick.](http://www.shc.edu/theolibrary/resources/mccormick)

Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil. tomo III.* editorial Porrúa. s.a. México,1988.

Malpighi, Marcello. (1628 - 1694)Fisiólogo Italiano. Descubridor de las Papilas Gustativas. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com)

Misfud, Tony. *Moral del Discernimiento. tomo II. El Respeto por la Vida Humana.* Centro de Investigación y Desarrollo de la Educación (cide). Santiago de Chile. Chile.1985.

Molina Melia, Antonio y Olmos Ortega, Ma. Elena. *Derecho Matrimonial Canónico. Sustantivo y Procesal.* segunda edición. editorial Civitas, s.a.. Madrid, España. 1987.

Montero Duhalt, Sara. *Derecho de Familia.* Editorial, Porrúa, s.a.. México, 1987.

Pápa Pío XII. carta encíclica "casti connubi". *Sobre el Matrimonio*

- Cristiano*. séptima edición. ediciones Paulinas. s.a.. México, 1984.
- Papa Paulo VI. carta encíclica "humanae vitae". *La Regulación de la Natalidad*. vigésimo cuarta edición. ediciones Paulinas, s.a.. México, 1968.
- Papa Juan Pablo II. carta encíclica "familiaris consortio". *La Familia en los Tiempos Modernos*. décimo séptima edición. ediciones Paulinas, s.a.. México, 1988.
- Quintero Monasterio, Rubén. *Inseminación Artificial Humana: Su Valor en el Tratamiento de la Infertilidad*. Universidad Central de Venezuela. organización del bienestar estudiantil. Caracas, Venezuela. 1974.
- Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Contratos. décima tercera edición. editorial Porrúa, s.a.. México, 1981.
- Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. tomos II, V. volumen I y II. quinta edición. editorial Porrúa. s.a.. México, 1985.
- Rock, John (1890 - 1984) Médico Nortamericano. Investigador en infertilidad. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com).
- S. August. De Bono Conjug. Cap. XXIV, n. 32.
- S. August. De Gen. ad. litt, Lib. IX, Cap. VII, n. 32.

Sanchez Medal, Ramón. *De Los Contratos Civiles*. octava edición.  
editorial Porrúa, s.a.. México, 1986.

Sims, Mario. Creador de la corrección quirúrgica vesicovaginal.  
Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online.  
[www.encyclopedia.com](http://www.encyclopedia.com).

Spallanzani, Lázaro (1729 - 1799)Fisiólogo Italiano, uno de los  
fundadores de la biología experimental. Microsoft.  
Enciclopedia Encarta 2004, Online.  
[www.encyclopedia.com](http://www.encyclopedia.com).

Thouret y otros. Microsoft. Enciclopedia Encarta 2004, Online.  
[www.encyclopedia.com](http://www.encyclopedia.com)

Vidal, Marciano. *Moral de la Persona. Moral de Actitudes*. tomo II.  
colección Eas. quinta edición. editorial p.s.. Madrid,  
España.

Waltheim, Stig. (1695 - 1762)Botánico de origen Finalandés. Microsoft.  
Enciclopedia Encarta 2004, Online.  
[www.encyclopedia.com](http://www.encyclopedia.com).

## **OBRAS Y PÁGINAS CONSULTAS POR INTERNET.**

Congregación para la doctrina de la fe interacción evangelio-cultura. “El Respeto a la Vida Humana Naciente”. no. 115. editorial obra nacional de la buena prensa, a.c.. Mexico, df.. abril, 1987.

Declaración de la sagrada congregación para la doctrina de la fe sobre el aborto provocado. El Aborto. octava edición. ediciones paulinas, s.a.. México,. 1988.

diccionario de la lengua española. real academia española. decimonovena edición. tomo iii y iv. ediciones espasa-calpe, s.a.. madrid, españa. 1981.

Ginecología actual. the american college of obstetricians and gynecologists. editorial el manual moderno, s.a. de c.v.. México, 1983.

Jurisprudencia y tesis complementarias de la suprema corte de justicia 1982-1983. novena parte. sustentada por la tercera sala de la suprema corte de Justicia de la Nación. mayo ediciones. México, df..1979.

Real Diccionario de la Lengua Española. vigesima segunda edicion.[www.espasa.com](http://www.espasa.com)

Microsoft. enciclopedia encarta 2004 online. [www.encarta.com](http://www.encarta.com)

[www.billings-org.com](http://www.billings-org.com).

## **LEGISLACIÓN**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil vigente para el Estado de Guerrero.

Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1884. por Francisco Pascual García. colección de Códigos y Leyes Federales. cuarta edición. editorial Herrero Hermanos sucesores. México, 1908.

Ley General de Salud.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud.

Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción española. boletín oficial de estado español. año cccxxviii. jueves 24 de noviembre de 1988. numero 282.