



TECNOLOGICO UNIVERSITARIO DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

CLAVE 3079-09

“MATERNIDAD SUBROGADA, LEGALIDAD DEL CONTRATO DE
ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE FEMENINO PARA
LA GESTACION, SOLO EN EL SUPUESTO QUE
NO IMPLIQUE LUCRO”

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
LEOPOLDO GONZÁLEZ MOLINA

ASESOR DE TESIS: MAURO DONJUAN MORALES

MEXICO, D.F.

2009.



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.

ROCIO REYES, MI ESPOSA:

Gracias por todo tu apoyo mi amor, sin el no hubiera logrado culminar mis estudios, y este logro es de los dos ya que ha sido a base de sacrificios, NICTLAZOHTLA NOCHIPA NOYOLO.

AL BEBE, MI HIJO:

Que en este momento esta ocupado creciendo dentro de su mamá, y con su llegada ha traído nueva luz y alegrías a nuestras vidas ya que desde hace mucho tiempo te esperamos y eres la inspiración de realizar el tema de este trabajo, te amo hijo.

MA. EUGENIA MOLINA TOBIAS, MI MAMÁ:

Gracias primero por darme la vida, así como todo tu amor, gracias por tus enseñanzas y la educación que me das, gracias por todos tus desvelos que ahora rinden frutos y te los devuelvo llegando a ser un profesionista.

LEOPOLDO GONZALEZ RUIZ VELAZCO, MI PAPÁ:

Que partiste muy temprano de mi vida, pero tu recuerdo y enseñanzas que dejaste en mí me dan fuerza para luchar, así que desde donde te encuentres puedes ver que no te falle, y viejo puedes presumir en el cielo que tienes un hijo abogado y sobre todo un hombre de bien.

**MARU Y RUTH
GONZALEZ, MIS
HERMANAS:**

Que hemos compartido una vida juntos y su apoyo en mi vida es algo fundamental, las quiero mucho y siempre vamos a estar juntos.

**MANUELA REYES, MI
SUEGRA:**

Que me permitió y depósito en mí su confianza para cuidar de su hija que es el pilar de mi vida.

**PROFESOR SALVADOR
ROCHA Y MAESTRA
EMA:**

Gracias por todo su gran apoyo y paciencia para mí, que sin su gran ayuda no hubiera podido terminar una carrera ni ser el hombre que soy ahora, ya ven sí lo logre y todo gracias a ustedes dos que desinteresadamente me han dado todas las oportunidades aun cuando en ocasiones les falle, si me lo permiten los considero mi familia ya que ustedes me han arropado mas que los que son de mi sangre, de verdad gracias totales y no se como devolver tanto que me han dado, y sépanlo que siempre podrán contar con mígo para lo que necesiten.

*LICS. MAURO DONJUAN Y
RUBEN SANCHEZ, MIS
ASESORES:*

*Gracias por su confianza y su apoyo,
así como las enseñanzas que me han
dado tanto en la escuela como
profesionalmente.*

AL CREADOR, MI DIOS:

*Gracias por darme vida para lograr lo que tanto anhele, en la vida,
por darme a mi esposa y a mi hijo, así como a mi madre, gracias y
estoy en tus manos AMEN.*

*AL TECNOLÓGICO UNIVERSITARIO DE
MÉXICO:
GRACIAS.*

*TLAZOHCAMATI NOCHIN
(GRACIAS A TODOS)*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	I
--------------	---

CAPÍTULO PRIMERO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

1.1	ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	1
1.2	DEFINICIÓN DE CONTRATO.	2
1.3	EL CONTRATO COMO ACTO JURÍDICO.	2
1.4	EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.	4
1.5	NATURALEZA JURÍDICA.	4
1.6	CONCEPTO LEGAL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.	5
1.7	PARTES EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.	5
1.8	CLASIFICACIÓN.	6
1.9	REQUISITOS DE VALIDEZ.	7

CAPÍTULO SEGUNDO MATERNIDAD

2.1	CONCEPTO DOCTRINAL.	10
2.2	CONCEPTO LEGAL.	10
2.3	MATERNIDAD GESTIONAL.	11
2.4	MATERNIDAD GENÉTICA.	11
2.5	MATERNIDAD SUBROGADA.	11
2.6	FILIACIÓN.	12

2.7	CLASES DE FILIACIÓN.	17
2.7.1	FILIACIÓN LEGÍTIMA.	17
2.7.2	FILIACIÓN NATURAL.	18
2.7.3	FILIACIÓN LEGITIMADA Y ADOPTIVA.	19
2.7.4	FILIACIÓN LEGÍTIMA BIOLÓGICA.	19

CAPÍTULO TERCERO

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.

3.1	LAS LEYES MEXICANAS FRENTE AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.	21
3.2	NATURALEZA JURÍDICA.	38
3.3	FIGURAS JURÍDICAS DE LA RELACIÓN CONSENSUAL Y DENOMINACIÓN DE LAS PARTES.	40
3.4	ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.	41

CAPÍTULO CUARTO

LICITUD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.

4.1	ELEMENTOS DE VALIDEZ JURÍDICO.	43
4.2	EFFECTOS JURÍDICOS.	46
4.2.1	POR LA SOLA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.	46
4.2.2	POR EFECTO DEL PARTO.	48

4.2.3	EFFECTOS NO LUCRATIVOS EN EL ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO, CONDICIÓN PARA SU LICITUD.	51
4.3	DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD.	53

CAPÍTULO QUINTO

PROCEDIMIENTO MEDIANTE EL CUAL SE LE DA LEGAL EXISTENCIA AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.

5.1	CAUSAS POR LAS QUE SE CELEBRARÍA EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE MATERNO.	57
5.1.1	CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LA MATERNIDAD SUBROGADA.	59
5.2	JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EL MEDIO PARA OBTENER SU LEGALIDAD.	61
5.3	MODELO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.	64
5.4	ANTECEDENTES INTERNACIONALES DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.	66
5.5	LEGISLACIÓN COMPARADA.	69
	CONCLUSIONES.	74
	BIBLIOGRAFÍA.	75

“MATERNIDAD SUBROGADA, LEGALIDAD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE FEMENINO PARA LA GESTACIÓN, SÓLO EN EL SUPUESTO QUE NO IMPLIQUE LUCRO”.

INTRODUCCIÓN

Un rasgo curioso de la dimensión moral del hombre es la constante expansión de sus horizontes. Y a razón de esto, en la actualidad enfrentamos dilemas que hasta hace un par de generaciones eran impensables, por ejemplo, la dificultad para determinar quienes son los padres de un individuo, ya que en la actualidad se puede saber quien es padre de una persona, y hoy en día es posible mediante un simple examen de la sangre o con un cabello para extraerle una muestra del ADN y compararla con la de otra persona, se podrá saber quien es su progenitor, no obstante el incontenible avance de la ciencia ocasiona que el hombre se enfrente a nuevos conflictos, pero no se esta preparado en la actualidad para afrontarlos tanto moral, ética y sobre todo jurídicamente, frente a las nuevas situaciones legales, que el avance de la ciencia acarrea y que las antiguas instituciones morales, los antiguos principios éticos y sobre todo que nuestras legislaciones en México son muy antiguas y la misma no contempla dichos conflictos, lo cual ocasiona que los nuevos avances científicos así como los métodos para procrear la vida en general actualmente no se encuentren legislados y al no tenerlos bajo el control de las leyes agrave la situación jurídica de la sociedad, este problema se genera por la falta de legislación, como ocurre con el tema que en este trabajo se tratará, en lo que se refiere a la “Maternidad Subrogada, Legalidad del Contrato de Arrendamiento del Vientre Femenino para la Gestación, sólo en el supuesto que no implique lucro”, esto es lo referente a la maternidad sustituta, en donde una mujer alquila su vientre para gestar a un niño que es producto del material genético de la pareja que la contrata, ya que a estos se les impide tener hijos de forma natural, situación que en la mayoría de nuestras leyes actuales no tienen contemplada y que

dándole una sana y legal aplicación puede ser una solución viable y legal para aquellas parejas que no pueden concebir hijos sin que se haga de esta forma, pues uno de los objetivos de la ciencia es facilitar la vida al ser humano y una de las finalidades del estado gobernante es cuidar de la institución básica de toda sociedad que es la familia.

Los nuevos procedimientos científicos de manera natural abren la puerta para la generación de nuevas situaciones jurídicas conflictivas, situaciones para las cuales no hay una legislación ya lista, por lo que surge una pregunta ¿Qué es mejor, la falta de ley, la prohibición por ley o una ley que lo regule?, cuestiones todas estas que en el desarrollo del presente trabajo se le irán dando respuesta, así como considerando todos los aspectos positivos y negativos que la legalización de la maternidad subrogada, mediante la “Maternidad Subrogada, Legalidad del Contrato de Arrendamiento del Vientre Femenino para la Gestación, sólo en el supuesto que no implique lucro”, sobre todo enfocado especialmente a que esta sea una situación libre de cualquier forma de lucrar y con ciertas disposiciones para que no caiga y se convierta en algo viciado o llegue a transformarse en una fuente de comercio. Es precisamente lo que se pretende plasmar en el presente trabajo, plantear diversos casos en que la pareja no pueda procrear un hijo por diferentes causas, de manera que las razones que se consideren y las conclusiones a las que resulten, sirvan para orientar la creación de leyes que regulen la maternidad subrogada, que se realiza mediante el arrendamiento de un vientre femenino, basándonos solo en la situación en que la mujer es fértil, pero tiene problemas para gestar el producto por riesgo de aborto y/o que su vida corra peligro al mantener un embarazo, siendo el procedimiento donde se instala su óvulo ya fertilizado por el espermatozoide de su esposo, dentro del cuerpo de la mujer que presta su vientre, esto debe de realizarse de manera artificial, mediante la llamada fecundación in Vitro y el óvulo ya fecundado sea depositado en el útero de otra mujer, que acepta llevarlo para realizar la gestación del mismo durante los nueve meses y una vez que de a luz el producto deberá entregarlo a la pareja que aportó el material genético, por lo que es aquí donde entra el conflicto, ya que la mujer que gestó el producto por nueve meses y da a luz podría ser la madre, pero biológicamente los padres son los que aportaron el material genético, siendo que en ambos casos la calidad del padre no entra en controversia. La manera de

que esto se de, es que ambas partes firmen un contrato en el cual se especifique que el vientre de la mujer que realiza la gestación del producto, es arrendado por el matrimonio que proporcionó el material genético ya fertilizado y que la primera debe de entregar al niño al momento de que este nazca, situaciones todas estas que serán desarrolladas y analizadas en el cuerpo de la presente investigación para lograr establecer los lineamientos que se deben de seguir, para que este llamado contrato de arrendamiento de vientre materno este dentro de toda legalidad, y así evitar que esta situación se realice de forma clandestina como hasta el momento se hace en nuestro país, poniendo en peligro la vida de mujeres y el futuro de los niños concebidos de esta manera, por el hecho de no poder determinar quienes en realidad son sus padres, así como, su situación jurídica a futuro.

CAPÍTULO PRIMERO

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

En Roma surge el contrato, pero originalmente no es una fuente genérica de obligaciones, ya que sólo algunas figuras típicas del acuerdo de voluntades producían acción y era sancionado su incumplimiento.

La concepción romana del contrato subsiste prácticamente inalterada hasta la aparición del liberalismo a fines del siglo XVIII. Es en esta época que se otorga a esta figura jurídica un valor fundamental, pues incluso, la existencia de la sociedad se quiere hacer depender de un pacto, como en las doctrinas de Rousseau donde se estatuye el principio de la autonomía de la voluntad y el de una casi absoluta libertad de contratación.

La figura jurídica del arrendamiento, es una herencia romana que nos ha llegado a través del derecho español y el derecho francés, aunque la concepción original tiene notable diferencia respecto del derecho romanista moderno.

Los romanos hicieron uso frecuente de esta figura en sus explotaciones agrícolas, las cuales a través del arrendamiento constituyeron una fuente importante en la economía de las ciudades. En épocas posteriores el arrendamiento se extendió a otros bienes, incluida la vivienda.

1.2 DEFINICIÓN DE CONTRATO.

Se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones y es una especie dentro del género de los convenios.

CONTRATO, del latín; CONTRACTUS, derivado a su vez del verbo contrahere reunir, lograr, concertar.

El Artículo 1792 del Código Civil Federal de la República Mexicana, define al contrato como; *Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y en relación a lo anterior en su artículo 1793 del Código Civil Federal de la República Mexicana nos señala que: Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.*

Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas, como lo son la creación o transmisión de derechos y obligaciones, debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo, tiene una doble naturaleza, pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada.

1.3 EL CONTRATO COMO ACTO JURÍDICO

Entre los sucesos que el derecho toma en cuenta para atribuirles efectos jurídicos destaca el acto o negocio jurídico que es una manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin es engendrar con apoyo en una norma jurídica o en una institución jurídica en contra o a favor de una o varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o por el contrario un efecto de derecho limitado, consistente en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

Se ha considerado al contrato como el tipo más caracterizado del acto jurídico y el Código Civil de nuestro país acepta esta postura, pues dispone que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en los que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos. Determinar si todo acto jurídico bilateral, es decir, cualquier acuerdo de voluntades con efectos jurídicos es un contrato, o si este concepto es aún más restringido, es una cuestión que ha ocupado a la doctrina. Se han agrupado las diferentes definiciones en cuatro grupos, que a continuación describimos:

- 1) Concepción Amplia: que identifica al contrato con la convención o acto jurídico bilateral y que incluye todo acuerdo dirigido a crear, modificar o extinguir relaciones de obligación y a constituir relaciones de derecho de familia.
- 2) Concepción Estricta: en que se separa a la convención del contrato siendo la primera el género y el segundo la especie. Esta es la posición del Código Civil que considera como convenios a los acuerdos que crean, transfieren, modifican o extinguen las obligaciones y derechos, y como contratos sólo a los convenios que crean o transmiten dichas obligaciones y derechos.
- 3) Concepción Intermedia: acepta que el contrato, siempre con contenido patrimonial, no sólo se dirige a la constitución de derechos y obligaciones, sino que además sirve para extinguirlos o modificarlos.
- 4) Concepción Novísima: proveniente del campo del derecho público, que limita el concepto del contrato para encontrarlo solamente donde hay intereses opuestos.

1.4 EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

La figura jurídica del arrendamiento es una herencia romana que nos ha llegado a través del derecho español y el derecho francés, aunque la concepción original tiene notable diferencia respecto del derecho romanista moderno.

Los romanos hicieron uso frecuente de esta figura en sus explotaciones agrícolas, las cuales a través del arrendamiento constituyeron una fuente importante en la economía de las ciudades. En épocas posteriores el arrendamiento se extendió a otros bienes, incluida la vivienda.

El concepto romanista moderno de arrendamiento nos dice que "la figura del arrendamiento se entiende como el hecho que una persona ceda a otra el goce de una cosa a cambio de un precio determinado y a tiempo cierto"¹, como se ve dicha definición es muy amplia, tanto que no es posible presentarlo en forma unitaria, pues abarca objetos tan diversos como la legislación misma en que están contenidos; sin embargo, es necesario recurrir a un concepto genérico que sirva de referencia que considerado el arrendamiento en su calidad de contrato, el Derecho Romano lo define como aquel por medio del cual una de las partes se obliga a dar a la otra para cierto tiempo y por cierto precio el uso o disfrute de una cosa o de su trabajo.

1.5 NATURALEZA JURÍDICA.

El contrato de arrendamiento se clasifica como principal por cuanto a que tiene existencia independiente, es bilateral porque engendra derechos y obligaciones recíprocos, es decir, concesión del uso o goce de una cosa y el pago de un precio por esto. Es oneroso porque impone provechos y gravámenes para ambas partes, respectivamente, su característica onerosa no depende de que sea bilateral ya que el

¹ Roberto de Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, Traducción de la 4ª edición italiana de Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro, Volumen II, Editorial Reus, Madrid 1931, Pags. 858 y 856

arrendador tiene el derecho de la renta y el gravamen de conceder el uso o goce de la cosa y el arrendatario tiene el provecho de gozar del uso o goce de la cosa y el gravamen de pagar una renta, se trata además de un contrato generalmente formal que requiere para su validez constar por escrito.

1.6 CONCEPTO LEGAL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto. La renta o precio del arrendamiento puede consistir en una suma de dinero o en cualquiera otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada. Como lo establece el título sexto del Código Civil Federal, en sus artículos 2398 y 2399 que a la letra dicen:

Artículo 2398.- Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto.

El arrendamiento no puede exceder de diez años para las fincas destinadas a habitación y de veinte años para las fincas destinadas al comercio o a la industria.

Artículo 2399.- La renta o precio del arrendamiento puede consistir en una suma de dinero o en cualquiera otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada.

1.7 PARTES EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Las partes en el contrato de arrendamiento son el arrendador, que es el dueño de la cosa y el arrendatario que es quien paga por usarla, el arrendador es el que da en arrendamiento el bien y el arrendatario es el que usa y disfruta el bien por el cual va a pagar un precio o renta que podrá ser en especie o en dinero.

1.8 CLASIFICACIÓN.

El contrato de arrendamiento se clasifica como bilateral, oneroso, conmutativo, principal, de tracto sucesivo o de ejecución duradera, y que particularmente es celebrado entre personas, dicha clasificación la explicamos a continuación:

- **BILATERAL.-** Es porque las partes se obligan recíprocamente, como lo establece el artículo 1836 del Código Civil Federal.

Artículo 1836.- El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente

- **ONEROSO.-** Es porque en este contrato se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, es decir, las dos partes satisfacen una necesidad, el arrendador de obtener un ingreso monetario por permitir que otra persona utilice su propiedad y del arrendatario de hacer uso de una cosa que este no tiene en propiedad, como lo establece el artículo 1837 del Código Civil Federal.

Artículo 1837.- Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes

- **CONMUTATIVO.-** Cuando las prestaciones que se deban las partes son ciertas desde el momento en que celebran el contrato, de tal suerte que se pueda apreciar inmediatamente los beneficios y la pérdida que les cueste este a las partes, como lo establece el artículo 1838 del Código Civil Federal.

Artículo 1838.- El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.

- **PRINCIPAL.-** Es principal el contrato de arrendamiento porque no necesita ni depende de la existencia o validez de una obligación preexistente o de un contrato previamente celebrado, en razón de que son contratos que tienen existencia por si mismos.
- **DE TRACTO SUCESIVO O DE EJECUCION DURADERA.-** Porque se van dando de manera periódica, ya que determinado tiempo se perfecciona este contrato.
- **NOMINADO.-** Es por que este contrato para que exista debe de estar contemplado en el Código Civil Federal, de lo contrario no podría existir, por el motivo de que no están estipuladas las formalidades que debe de contemplar.
- **CONSENSUAL.-** Esta característica se refiere a que las partes que intervienen en la celebración de dicho contrato deben de dar su consentimiento para la celebración del mismo, sin el consentimiento de una de las partes dicho contrato no puede existir.

1.9 REQUISITOS DE VALIDEZ.

Los elementos de existencia son aquellos que debe reunir todo contrato para que sea válida su existencia, es decir, debe de cumplir con todos los requisitos que marca la ley, los elementos de existencia del contrato de arrendamiento son los siguientes:

- **CONSENTIMIENTO.-** Es el que se da entre las partes, es su voluntad respecto de arrendar el bien (arrendador) y de pagar una renta por el uso de este (arrendatario), como lo establece el artículo 1803 del Código Civil Federal.

Artículo 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II.- El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

- **OBJETO.-** Es el bien que se va a dar en arrendamiento y el precio o renta que se va a pagar, por lo que en el contrato debe de estar claramente descrito el bien que se va a dar en arrendamiento y el precio que se va a pagar por este.
- **SOLEMNIDAD.-** La solemnidad es el requisito que engloba los anteriores ya que debe de cumplir con lo que le establece la ley para que este pueda existir.
- **CAPACIDAD DE LAS PARTES.-** Podemos decir en términos generales que tiene capacidad para arrendar todos aquellos que tengan la plena propiedad o la facultad de conceder el uso o goce de los bienes de su propiedad, en cuanto al arrendador y para el arrendatario, la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades, son restricciones a la personalidad jurídica que le impiden realizar cualquier tipo de acto jurídico, pero que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, tutores o curadores.
- **LA FORMA PRESCRITA POR LA LEY.-** El contrato de arrendamiento debe de otorgarse por escrito, la falta de esta formalidad se imputará al arrendador y en su caso dará derecho al arrendatario a que demande cuando en virtud de tal omisión se cause un daño o perjuicio siempre y cuando estos sean consecuencia directa de aquellos, como lo establece el Código Civil Federal en su artículo 2406.

Artículo 2406.- El contrato de arrendamiento debe otorgarse por escrito. La falta de esta formalidad se imputará al arrendador.

CAPÍTULO SEGUNDO

MATERNIDAD

2.1 CONCEPTO DOCTRINAL.

La maternidad supone dos elementos; uno el hecho del parto, otro la identificación entre el ser que se da a luz en el parto y el que después pretende serlo. La maternidad es un hecho cierto de prueba fácil, que se prueba por el parto, ya que existe el principio madre es quien da a luz al hijo y es un acto que consta de modo cierto y frente al cual pierde importancia el hecho anterior de la concepción, es decir, que se presume que es madre la mujer que da a luz a un niño sin importar la manera en que fue concebido.

La ciencia médica; define a la maternidad como la relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre.

Según la Real Academia de la Lengua Española: Estado o calidad de madre. Hembra que ha parido.

2.2 CONCEPTO LEGAL.

En el Derecho Comparado; algunas legislaciones hispano-hablantes señalan que la maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

2.3 MATERNIDAD GESTIONAL.

A su vez, se le llama maternidad gestional, a aquella en que una mujer ha realizado la gestación de un óvulo ya fecundado sin que dicho gameto pertenezca a ésta, es decir, el ser que nacerá es totalmente ajeno genéticamente a quien lo tiene en su vientre durante la gestación y quien lo dará a luz, pero se presumirá que es su hijo puesto que ésta lo concibió para traerlo al mundo.

2.4 MATERNIDAD GENÉTICA.

Viene a ser aquella mujer que aporta el material genético sin que ésta lleve a cabo la gestación, pero se presume madre del concebido, ya que tiene lazos de identidad y correspondencia genética por el hecho de brindar el óvulo y así proporcionar el 50% de la información genética del nacido.

2.5 MATERNIDAD SUBROGADA.

El término maternidad subrogada, fue acuñado en 1981 por Noel Keane, un abogado de Dearborn Michigan, que menciona, que subrogar es sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra, entonces maternidad subrogada es la sustitución del estado o la calidad de madre.

Existen múltiples definiciones al respecto, así podemos citar las de los siguientes autores:

Jesús Gonzáles Merlo; *Proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante concebido sin copula y genéticamente ajeno a cuenta de otra mujer*².

² Alquiler de vientre y su problema de filiación, Autor Jose Carlos Mallma Soto, página 1

El Informe Warnock³; *Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca. (Reino Unido).*

A criterio propio; Es la Práctica por la cual se sustituye a la madre genética, que esta impedida física y médicamente para gestar un embrión, a efecto de que es otra mujer distinta quien gesta y da a luz al producto que será entregado a la portadora del material genético. Situación jurídica por la cual una mujer dota del material genético para la fecundación, y otra por intermedio de su vientre gesta y pare al nuevo ser, con la intención de entregarlo.

2.6 FILIACIÓN.

El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones, una amplísima que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc; sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta; la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural un estado jurídico, es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación para mantener vínculos constantes entre el padre, la madre y el hijo.

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

³ Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana" (1982-84)

inmediata del padre o de la madre con el hijo. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad, cuando se considera respectivamente por parte del padre o de la madre, por tanto, la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados.

Puede excepcionalmente la filiación existir como vínculo simplemente consanguíneo, pero que el derecho no reconozca, porque no llegue a probarse o por que no existe esa situación permanente que por virtud de la sangre se origina a través del trato, de la convivencia, del uso del apellido y del sostenimiento que haga el padre o la madre respecto del hijo. En sentido biológico, filiación es la relación de procedencia entre el generado y los venerantes; en sentido jurídico filiación es el vínculo que une al progenitor con el hijo, reconocido por el derecho.

Podremos examinar el alcance que esto tiene si tomamos el caso de las relaciones de filiación, uno de los que más se ve afectado en este sentido por las prácticas ligadas a las nuevas tecnologías reproductivas humanas. En estas prácticas, el hecho de que la relación sexual se vea desplazada de la reproducción, se une una descomposición y transparentación de la aportación biológica de cada uno de los progenitores. El modo de proceder de la tecnociencia ha provocado esto y lo ha legado a la aplicación técnica en que se manifiesta la práctica social. El modo de proceder de la tecnociencia observa primero y descompone el proceso de reproducción, para después volverlo a recomponer paso por paso mediante procedimientos técnicos. Del grado de descomposición del proceso natural depende en buena medida la complejidad y la sofisticación de la técnica desde la relativa sencillez de la inseminación artificial hasta las complejas técnicas de micro manipulación genética, pasando por la fecundación in Vitro.

Pero al mismo tiempo que se produce la descomposición progresiva de los momentos de la reproducción (o más bien la creación de momentos dentro de un proceso continuo), se produce la transparentación de la aportación biológica, ya no hay duda de

quién sea el padre, pues el proceso se hace mediado técnicamente, controlado y relativamente público. Este hecho en un primer momento puede tender a reforzar la idea naturalista de la correspondencia ineluctable entre filiación biológica y filiación jurídico-social, es decir, entre progenitora y paternidad o maternidad. Ello se acentúa desde el momento en que además la paternidad se hace cierta y comprobable incluso a posteriori.

Sin embargo, desde el momento en que se introduce la figura del tercero donante⁴, queda más patente que la filiación tiene un momento atributivo a través de una serie de ficciones, de una serie de instituciones sociales y jurídicas que median, modulan y hasta modifican la mera relación biológica⁵. Sobre todo teniendo en cuenta que no se puede pretender que la filiación en los casos de inseminación artificial con donante, constituya hasta tal punto una excepción del régimen general que cambie por completo hasta el mismo entramado social de atribución de la filiación. En este sentido es destacable que si en principio las nuevas tecnologías reproductivas y en esta cuestión otros avances en la biología y la medicina parecen reforzar las ideas y planteamientos biologists, un análisis más detallado permite precisamente señalar las aporías de tal planteamiento y sus dificultades para servir realmente como criterio regulativo⁶.

Es claro que las nuevas tecnologías reproductivas tienden a presentarse no sólo como las vencedoras de la esterilidad, sino como garantes de la correspondencia biológica entre padres e hijos; frente a alternativas como la adopción. En este sentido parece predecible que en el futuro se tienda a buscar formas de procreación médicamente asistida en las que en lo posible se vaya abandonando la necesidad de recurrir a terceros.

⁴ Arrighí, Arturo y Cogorno, Miguel, "Infertilidad", en Tozzini, Roberto Italo, Esterilidad e Infertilidad humanas, 2ª edición, Buenos Aires, editorial Medica Panamericana, 1992, página 352.

⁵ Pérez Peña, Efraín, Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral, 2ª edición México, Edit. Salvat, 1995, pags 1 a la 11.

⁶ Ensayos sobre as implicaciones sociais da Bioloxía, Laiovento, Santiago de Compostela, 1997 y La eugenesia. Desde Galton hasta hoy, Talasa, Madrid, 1997; C. Queiroz, Eugenesia y racismo, en Entre el nacer y el morir. Problemas de bionomía ética y jurídica, trad. C. Lema, Comares, Granada, pp. 99-120, 1997.

Los mitos basados en la sangre son substituidos por los basados en el patrimonio genético y utilizados tanto en las discusiones sobre la regulación de las tecnologías reproductivas, cuanto como principal reclamo publicitario suyo⁷. En las tecnologías reproductivas, mas allá de su significado, digamos biológico, de su significado de modificación del sustrato natural de la reproducción humana, de la intromisión de la artificialidad, aspecto que ha sido enfatizado sobre todo por los opositores de principio a las nuevas tecnologías reproductivas⁸, importa sobre todo el aspecto cultural.

Con respecto a la fecundación in vitro, hay un momento como es el de la fecundación que hasta cierto punto se fuerza artificialmente. En este sentido sí que se podría hacer una diferencia con la inseminación artificial. Sin embargo, nuevamente son otros aspectos y no éste los que importan principalmente en su regulación jurídica. Pero con el examen de la misma sí que se puede clarificar lo que hay de artificial en las técnicas de reproducción asistida. Se trata más bien de artificialidad como artefactualidad, como tecnicidad, pero no como una oposición más que en este sentido a lo natural⁹. Desde el momento en que se hace patente que la artificialidad más importante en las relaciones de filiación no viene dada por la mediación técnica sino por la mediación cultural, el derecho tendrá que ejercer abiertamente su carácter atributivo en este dominio. No le cabe, en este sentido, escudarse en una supuesta naturalidad, y por ello ha de realizar una elección que no está claramente fundada, que es hasta cierto punto arbitraria o más bien, la arbitrariedad de la atribución se manifiesta abiertamente sin un criterio claro e indudable a que apelar en el momento atributivo, porque más allá de que pueda ser claro o no de quién es biológicamente la criatura (quién fue el genitor o la genitora, cosa que incluso es difícil de determinar en el caso de que se escinda la maternidad en genética y de gestación), dista de estar claro inmediatamente la respuesta a la pregunta de ¿a quién pertenece?, ¿a quién se le atribuye?.

⁷ J. Sanmartín, Los nuevos redentores. Reflexiones sobre la ingeniería genética, la sociobiología y el mundo feliz que nos prometen, Anthropos, Barcelona, 1992.

⁸ Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis *Subdirección de Política Exterior Maternidad Subrogada*

⁹ J. Riechmann, -La industria de las manos y la nueva naturaleza. Sobre naturaleza y artificio en la era de la crisis económica global., en A. Durán y J. Riechmann (coords.), Genes en el laboratorio y en la fábrica, Trotta/Fundación 1º de Mayo, Madrid, 1998, pp. 197-235

A quién garantizará el derecho el acceso a esa posición jurídica privilegiada con respecto a la criatura que en ocasiones se convierte en objeto de deseo posesivo, toda vez que en nuestras sociedades es (y tiende a ser), prácticamente la única que permite la participación en las labores de cuidado, educación y crianza, así como en determinadas relaciones de afecto¹⁰. La perplejidad del derecho de filiación se movería pues, entre la nostalgia del naturalismo y los primeros atisbos de un contractualismo y en cierto modo patrimonialización en la filiación, frente al cual los límites simbólicos aparecen como insuficientes.

Quizá se puede de sugerir que aquí acaba por manifestar sus debilidades una transición aparentemente inocua desde un modelo en que la posesión privada masculina de las mujeres garantizaba también el acceso a sus hijos. Diversa es la problemática jurídica en orden a los supuestos de locación de útero y de maternidad subrogada, que comprenden las cuestiones relacionadas con la admisibilidad de los contratos de maternidad subrogada, y la determinación de la filiación materna por los supuestos de maternidad compartida, es decir, cuando se produce la disociación entre el aporte genético y la gestación¹¹.

Los conflictos planteados por la intervención de dos o más mujeres en la procreación de una misma persona han originado una gran atención de la opinión pública a causa del sensacionalismo que les rodea. En el ámbito jurídico, la aparición de este fenómeno ha merecido un atento estudio de los juristas, ya que esta forma de procreación rompe la unidad biológica determinante de la maternidad y, consiguientemente, del referente inicial para la identificación del nacido¹². Entonces, puede decirse que aquellos concebidos dentro de matrimonio aunque se utilicen prácticas de fecundación asistida serán considerados como hijos matrimoniales, incluso aunque se hubiera producido donación de gametos, masculino o femenino, aplicándose hoy el derecho común a toda filiación por naturaleza y así permanecerá mientras no sea impugnada, puesto que

¹⁰ LEMA Añón, Carlos. "Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico

¹¹ MORAN DE VICENZI, Claudia. "El concepto de Filiación.", Centro de Documentación, Información y Análisis.

¹² DELGADO CALVA, Ana Soledad. "La maternidad Subrogada: un derecho, página 55

concurren los presupuestos de dicha filiación que con el matrimonio de los padres se acredita la paternidad.

Tanto en la filiación matrimonial como no matrimonial, si se emplearon gametos donados, quedan a salvo las acciones de investigación de la paternidad que en su momento, cualquier legitimado quisiera emprender para determinar la filiación auténtica o invalidar la establecida. De ahí que sea necesaria una modificación en la legislación o mejor, la introducción de un régimen propio de la fecundación artificial con donante, en el que los consentimientos tengan valor constitutivo en la filiación que se quiere determinar respecto al que no puede ser progenitor genético pero quiere ser padre legal, dando así estabilidad a las relaciones creadas jurídicamente.

Si se produjera la donación de ambos gametos, o de un embrión, debería determinarse la filiación por medio de un procedimiento de adopción simplificado, para no burlar las normas de esta institución. En todo caso, si la mujer de la pareja es la que lleva adelante el embarazo y se mantiene el secreto del procedimiento, probablemente los interesados determinen la filiación de forma normal, como si ninguna especialidad concurriera y el hijo ostente la filiación matrimonial o no matrimonial en virtud de los presupuestos que concurran en cada supuesto.

2.7 CLASES DE FILIACIÓN.

Existen dos tipos de filiación reconocida tanto doctrinalmente como jurídicamente entre los que encontramos la filiación legítima y la filiación natural.

2.7.1 FILIACIÓN LEGÍTIMA

Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. En nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los

padres y no simplemente que nazca durante el matrimonio porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio, el hijo legítimo puede nacer cuando el matrimonio de los padres esté ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio o por nulidad del matrimonio y en esos tres casos su legitimidad se determina por virtud de su concepción, nunca del nacimiento.

2.7.2 FILIACIÓN NATURAL

Es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio, este estado de filiación natural se distingue del estado de filiación legítima, no sólo porque los derechos y deberes son menores, hasta el punto que crea un estado de grado inferior y disminuyen su valor frente al estado legítimo, sino también y sobre todo porque no constituye propiamente un estado de familia, ya que la ley reconoce solamente una relación entre padre e hijo y no relaciones entre este y los parientes de aquel; esto aparte de que considera como independientes las relaciones entre padre e hijo y las que se dan entre hijo y madre.

En la filiación natural se distinguen diferentes formas de ésta como lo son:

- a) La Filiación Natural Simple; que es aquella que corresponde al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir, no había ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio si se hubiese celebrado, simplemente el hijo fue procreado por un hombre y una mujer que pudieron unirse en matrimonio pero no lo hicieron.
- b) La Filiación Natural Adulterina; es cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa, el hecho de que uno de los

progenitores este unido en matrimonio con tercera persona hará que el hijo sea natural adulterino.

- c) La Filiación Natural Incestuosa; es cuando el hijo fue procreado por parientes en el grado en que la ley impide el matrimonio, sin celebrar éste, es decir, entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; entre hermanos o ser parientes en la línea colateral en segundo grado, sean hermanos por ambas líneas o medios hermanos, así como entre parientes en línea colateral de tercer grado, tío y sobrina o sobrino y tía, aún cuando éste es un parentesco susceptible de dispensa, es decir, de no haberse dispensado y no habiéndose celebrado el matrimonio como el hijo fue procreado por esos parientes fuera del mismo, se le considera incestuoso

2.7.3 FILIACIÓN LEGITIMADA Y ADOPTIVA

La ley hace posible al hijo nacido fuera de matrimonio conseguir el estado de hijo legítimo, especialmente por efecto del matrimonio celebrado entre sus padres; pero también excepcionalmente y aún faltando el matrimonio por medio de la legitimación por concesión real. En todos estos casos el estado de filiación se basa en el hecho de la procreación del hijo por obra de quienes resultan legalmente sus padres, en la adopción se prescinde de este hecho ya que se crea una relación entre padre e hijo sin que este haya sido procreado por aquel, pero nos encontramos también en este caso en presencia de un estado de filiación que tiene caracteres propios y que solo para ciertos efectos se equipara por la ley al estado de filiación legítima.

2.7.4 FILIACIÓN LEGÍTIMA BIOLÓGICA.

Esta clase de filiación es un concepto nuevo que el derecho familiar debe de adoptar, ya que los medios de reproducción humana asistida han llevado a la obligación de los legisladores a crear y reformar las leyes ya existentes, por el motivo de que se dan

nuevas formas de procrear a los hijos y una de esta es la maternidad subrogada, en donde si es cierto que la gestación la realiza una mujer ajena al matrimonio, el material genético del cual se genera el nuevo ser es proporcionado por el matrimonio que contrata a la mujer para que lleve a cabo la gestación del niño, dando como resultado que científicamente y mediante el examen de ADN resulta que es hijo biológico de las personas que aportaron el material genético es decir el óvulo y el espermatozoide, dando origen a una filiación legítima ya que el hijo nació dentro del matrimonio de los padres, pero mediante la utilización de un sistema de reproducción humana asistida que es la implantación del óvulo ya fecundado en el vientre de la mujer que fue contratada por el matrimonio, es decir mediante la maternidad subrogada.

CAPÍTULO TERCERO

NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.

3.1 LAS LEYES MEXICANAS FRENTE AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO

En la Legislación Civil mexicana encontramos tres posiciones respecto a la maternidad sustituta o subrogada, en 29 entidades Federativas de nuestro país no se ha legislado ni regulado sobre este tema, hay dos Estados Federativos de nuestro país que han legislado pero en un sentido prohibitivo la maternidad subrogada y solamente un estado Mexicano ha reformado sus leyes para permitir y hacer legal el arrendamiento de vientre materno.

En 1997 el legislativo del Estado de Tabasco reformó su Código Civil y a partir de entonces se reconoce a los nacidos de una madre sustituta a través de la reproducción asistida y entregando al nacido en adopción plena a la pareja contratante, en esta demarcación los acuerdos entre madre subrogada y contratantes están permitidos ya sea que se le pague un precio o lo haga de forma gratuita la madre sustituta.

En los estados de San Luís Potosí y Coahuila se reformaron sus Códigos Civiles, pero en un sentido de prohibición de la maternidad subrogada. En 1999 Coahuila prohibió los contratos para maternidad sustituta y en el año 2000 San Luís Potosí de igual manera lo prohibió como método de fecundación artificial o asistida, esto por lo dispuesto en su Artículo 147 de su ordenamiento civil.

ART. 147.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

(ADICIONADO, P.O. 3 DE OCTUBRE DE 2000)

Podrán ser utilizados los métodos de la fecundación artificial o asistida, exceptuando la madre sustituta.

En las restantes 29 entidades federativas de México, entre las cuales se encuentra el Distrito Federal, la primera interpretación jurídica de dichas entidades federativas es que la maternidad sustituta está prohibida, dado que sus leyes no contemplan dicha figura jurídica. Siendo el caso del Distrito Federal en el mes de noviembre del año 2008, la diputada perredista Leticia Quezada, presentó una iniciativa de ley para que la maternidad subrogada sea legislada y reglamentada en el Distrito Federal, para que sea legal la práctica de la madre sustituta, para evitar el mercado negro con esta situación, ya que en diferentes hospitales particulares de esta ciudad, esta práctica se lleva a cabo, tal como se publicó una nota del "Periódico Impacto", del día 19 de noviembre del 2008, reportaje elaborado por la periodista Leticia Paula Cruz, el cual dice:

"ÚTEROS PRESTADOS, NEGOCIO REDONDO."

La falta de un código sanitario, médico y de prevención para el control de la reproducción asistida, que comunmente se le conoce como renta de úteros, ha llevado a su práctica al mercado negro de vientres por parte de mujeres que se embarazan hasta tres o cuatro veces consecutivas, sin mayor precaución. En el Distrito Federal se lleva a cabo esta práctica en hospitales de lujo siendo algunos de ellos el ABC y LOS ANGELES. La ausencia de normatividad ha dado pie a una serie de irregularidades que incluso la mafia podría estar utilizando para el tráfico de niños y de órganos, aseguró la diputada Leticia Quezada Contreras, diputada local del PRD, aunque aclaró que esto no significa que estos nosocomios realizan prácticas que atentan contra la vida humana o la dignidad de las personas. Esta práctica es una opción para aquellas parejas que no pueden ser padres y lo sean a través de una tercera persona, sin embargo al no existir una ley que regule esta opción para tener bebés, hay mujeres que cobran desde 400 mil pesos hasta 800 mil

pesos, e incluso la diputada señaló que hay casos en que los solicitantes han tenido que pagar medio millón de pesos. En este sentido, la diputada, quien es presidenta de la comisión de equidad y género de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, aclaró que el útero no es un bien que entre al mercado, es decir que sea de uso comercial, por lo cual dijo, el órgano legislativo tiene la obligación de dar certeza jurídica tanto a las parejas que soliciten este servicio como a la mujer que decide aceptar la propuesta. Lo que significa que las mujeres que presten su vientre o útero deben recibir atención médica adecuada desde la implantación del óvulo, se les debe proveer el vestido y alimentación idónea y ser atendida oportunamente cuando llegue la hora del parto y ser auxiliada en la etapa de post-parto. Para ello, la diputada local del PRD propuso ante el pleno de la Asamblea Legislativa una iniciativa con proyecto de decreto por lo que se crea la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal.¹³

Por lo que, basándonos en las leyes mexicanas y en primer término a lo que nuestra carta magna menciona respecto al objeto de estudio de éste trabajo, partimos del análisis del Artículo 4º Constitucional párrafo segundo, el cual consagra un derecho a la salud y una libertad de procreación, el derecho consagrado a favor del ciudadano en el mencionado artículo significa la oportunidad de organizar y desarrollar una familia, lo que implica que el estado tiene la obligación de no interferir en ello y mejor aún en brindar la protección de vida para el caso de que se quiera obstaculizar la actualización al derecho de tener nuevas opciones para la reproducción humana y de esta manera poder tener descendientes, como lo es en el caso del arrendamiento de vientre femenino para concebir un hijo, ya que dicho artículo nos da pie a que se permita dentro de la protección del derecho el desarrollo de una familia para las personas que están impedidas médica y físicamente a procrear descendencia, esto mediante la práctica legal de la madre sustituta y en caso de que el uso y manejo de la maternidad subrogada por parte de las personas que requieran de este método para lograr tener hijos, no se permitiera dentro de éste esquema de protección a la posibilidad de tener hijos, se contravendría por lo dispuesto en el Artículo 1º Constitucional el cual establece que todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución. Además el Artículo 4º

¹³ Periódico Impacto del día miércoles 19 de noviembre del 2008, n°. 1391, año 4, página 4 y 5

Constitucional garantiza un derecho a la protección de la salud y si se toma en cuenta el punto de vista médico respecto de las técnicas de reproducción humana asistida encontramos que se considera a la esterilidad y a la infertilidad humana como enfermedades de nuestro tiempo, las cuales deben de ser seriamente contempladas en las políticas de salud de los estados modernos no sólo de México sino de todo el mundo, cabría entonces reflexionar sobre la responsabilidad que tendría el estado mexicano de posibilitar en sus diferentes instituciones de salud el manejo y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, como forma de garantizar que el ciudadano infértil o estéril pueda tener acceso a dichos métodos de reproducción y en especial a la maternidad subrogada para así garantizar que la base de toda sociedad que es la familia tenga cierta facilidad para su existencia mediante distintos métodos.

De lo anterior podemos ver que el ordenamiento constitucional mexicano deja abierta la posibilidad y da lugar a la interpretación sobre lo que respecta a la maternidad sustituta en torno al uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, hecho que propiciaría arduos debates al respecto, de lo cual se hace necesario una legislación sobre la maternidad subrogada para fijar el límite y alcance del derecho a la organización y desarrollo de una familia, así como a la libre elección y esparcimiento de los hijos, y el método por el cual se tienen éstos, es en donde recae la obligación del estado mexicano a proteger la institución básica de toda sociedad, siendo esta la familia por lo que se debe legislar sobre el tema de la maternidad subrogada y de ésta forma que la práctica de ésta no se haga de forma ilegal y ponga en riesgo tanto a las mujeres que rentan su vientre como a la situación jurídica de los menores nacidos bajo la maternidad sustituta, hecho que se da en nuestro país en cientos de casos a la sombra de la ilegalidad.

Existen otros ordenamientos jurídicos que hacen referencia expresa a diversas técnicas de reproducción humana asistida, como la Ley General de Salud, que es la ley que se deriva del artículo cuarto constitucional, resultándonos bastante interesantes lo dispuesto en los artículos 1o., 3o. y 27o. de esta ley, los cuales nos hablan de la obligación del Estado de la prestación de los servicios de salud, se refiere a *la*

planificación familiar y de la coordinación de la investigación para la salud de los seres humanos, lo cual nos lleva a preguntarnos si las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran dentro de este esquema de apoyo para la planificación familiar y de investigación para la salud, pues éstas se refieren a lograr la reproducción humana de manera consciente, por parte de los progenitores, elementos que en esencia implican una planificación familiar, concepto que es recurrente en el artículo 27 fracción quinta, de esta ley así como en los artículos 67 párrafos primero y segundo y 68 de la misma, artículos que a la letra dicen:

***Artículo 1o.-** La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.*

***Artículo 3o.-** En los términos de esta Ley, es materia de salubridad general:*

***I.** La organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud a los que se refiere el Artículo 34, fracciones I, III y IV, de esta Ley;*

***II.** La atención médica, preferentemente en beneficio de grupos vulnerables;*

***II bis.** La Protección Social en Salud.*

***III.** La coordinación, evaluación y seguimiento de los servicios de salud a los que se refiere el Artículo 34, fracción II;*

***IV.** La atención materno-infantil;*

***IV Bis.** El programa de nutrición materno-infantil en los pueblos y comunidades indígenas;*

***V.** La salud visual.*

***VI.** La salud auditiva.*

***VII.** La planificación familiar;*

***VIII.** La salud mental;*

- IX. La organización, coordinación y vigilancia del ejercicio de las actividades profesionales, técnicas y auxiliares para la salud;*
- X. La promoción de la formación de recursos humanos para la salud;*
- XI. La coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos;*
- XII. La información relativa a las condiciones, recursos y servicios de salud en el país;*
- XIII. La educación para la salud;*
- XIV. La prevención, orientación, control y vigilancia en materia de nutrición, enfermedades respiratorias, enfermedades cardiovasculares y aquellas atribuibles al tabaquismo;*
- XV. La prevención y el control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre;*
- XVI. La salud ocupacional y el saneamiento básico;*
- XVII. La prevención y el control de enfermedades transmisibles;*
- XVII Bis. El Programa Nacional de Prevención, Atención y Control del VIH/SIDA e Infecciones de Transmisión Sexual;*
- XVIII. La prevención y el control de enfermedades no transmisibles y accidentes;*
- XIX. La prevención de la invalidez y la rehabilitación de los inválidos;*
- XX. La asistencia social;*
- XI. El programa contra el alcoholismo;*
- XXII. El programa contra el tabaquismo;*
- XXIII. El programa contra la farmacodependencia;*
- XXIV. El control sanitario de productos y servicios y de su importación y exportación;*
- XXV. El control sanitario del proceso, uso, mantenimiento, importación, exportación y disposición final de equipos médicos, prótesis, órtesis, ayudas funcionales, agentes de diagnóstico, insumos de uso odontológico, materiales quirúrgicos, de curación y productos higiénicos;*
- XXVI. El control sanitario de los establecimientos dedicados al proceso de los productos incluidos en la fracción XXII y XXIII;*
- XXVII. El control sanitario de la publicidad de las actividades, productos y servicios a que se refiere esta Ley;*

XXVIII. El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células;

XXVIII Bis. El control sanitario de cadáveres de seres humanos;

XXIX. La sanidad internacional;

XXX. El tratamiento integral del dolor, y

XXXI. Las demás materias que establezca esta Ley y otros ordenamientos legales, de conformidad con el párrafo tercero del Artículo 4o. Constitucional.

Artículo 27. Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes a:

I. La educación para la salud, la promoción del saneamiento básico y el mejoramiento de las condiciones sanitarias del ambiente;

II. La prevención y el control de las enfermedades transmisibles de atención prioritaria, de las no transmisibles más frecuentes y de los accidentes;

III. La atención médica integral, que comprende actividades preventivas, curativas, paliativas y de rehabilitación, incluyendo la atención de urgencias;

IV. La atención materno-infantil;

V. La planificación familiar;

VI. La salud mental;

VII. La prevención y el control de las enfermedades bucodentales;

VIII. La disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud;

IX. La promoción del mejoramiento de la nutrición, y

X. La asistencia social a los grupos más vulnerables y, de éstos, de manera especial, a los pertenecientes a las comunidades indígenas.

Artículo 67.- La planificación familiar tiene carácter prioritario. En sus actividades se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes. Asimismo, para disminuir el riesgo reproductivo, se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años o bien después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; todo ello, mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe ser oportuna, eficaz y completa a la

pareja Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad. Quienes practiquen esterilización sin la voluntad del paciente o ejerzan presión para que éste la admita serán sancionados conforme a las disposiciones de esta Ley, independientemente de la responsabilidad penal en que incurran. En materia de planificación familiar, las acciones de información y orientación educativa en las comunidades indígenas deberán llevarse a cabo en español y en la lengua o lenguas indígenas en uso en la región o comunidad de que se trate.

Artículo 68.- *Los servicios de planificación familiar comprenden:*

- I. La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar y educación sexual, con base en los contenidos y estrategias que establezca el Consejo nacional de Población;*
- II. La atención y vigilancia de los aceptantes y usuarios de servicios de planificación familiar;*
- III. La asesoría para la prestación de servicios de planificación familiar a cargo de los sectores público, social y privado y la supervisión y evaluación en su ejecución, de acuerdo con las políticas establecidas por el Consejo Nacional de Población.*
- IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana planificación familiar y biología de la reproducción humana;*
- V. La participación en el establecimiento de mecanismos idóneos para la determinación, elaboración, adquisición, almacenamiento y distribución de medicamentos y otros insumos destinados a los servicios de planificación familiar.*
- VI. La recopilación, sistematización y actualización de la información necesaria para el adecuado seguimiento de las actividades desarrolladas.*

Otro concepto que nos parece interesante de esta ley, es lo que dispone en torno a *la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos*, disposición que se amplía en el título quinto de esta ley en sus artículos 96 al 100, los cuales nos hablan expresamente de la investigación sobre la *ingeniería genética*, la lectura de estos artículos

podemos inferir que en realidad las técnicas de reproducción humana asistida, no son del todo ajenas en nuestro sistema jurídico mexicano, sólo que se les contempla de manera muy genérica.

TITULO QUINTO INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD.

CAPITULO UNICO.

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

- I. Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos;*
- II. Al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social;*
- III. A la prevención y control de los problemas de salud que se consideren prioritarios para la población;*
- IV. Al conocimiento y control de los efectos nocivos del ambiente en la salud;*
- V. Al estudio de las técnicas y métodos que se recomienden o empleen para la prestación de servicios de salud, y*
- VI. A la producción nacional de insumos para la salud.*

Artículo 97.- La Secretaría de Educación Pública, en coordinación con la Secretaría de Salud y con la participación que corresponda al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología orientará al desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

La Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, apoyarán y estimularán el funcionamiento de establecimientos públicos destinados a la investigación para la salud.

Artículo 98.- En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos y de conformidad con las disposiciones aplicables, se constituirán: una comisión de investigación; una comisión de ética, en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, y una comisión de bioseguridad, encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética. El Consejo de Salubridad General emitirá las disposiciones

complementarias sobre áreas o modalidades de la investigación en las que considere que es necesario.

Artículo 99.- *La Secretaría de Salud, en coordinación con la Secretaría de Educación Pública, y con la colaboración del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y de las instituciones de educación superior, realizará y mantendrá actualizando un inventario de la investigación en el área de salud del país.*

Artículo 100.- *La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases:*

I. *Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica;*

II. *Podrá realizarse sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idóneo;*

III. *Podrá efectuarse sólo cuando exista una razonable seguridad de que no expone a riesgos ni daños innecesarios al sujeto en experimentación;*

IV. *Se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, o de su representante legal en caso de incapacidad legal de aquél, una vez enterado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud;*

V. *Sólo podrá realizarse por profesionales de la salud en instituciones médicas que actúen bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias competentes. La realización de estudios genómicos poblacionales deberá formar parte de un proyecto de investigación;*

VI. *El profesional responsable suspenderá la investigación en cualquier momento, si sobreviene el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto en quien se realice la investigación, y*

VII. *Las demás que establezca la correspondiente reglamentación.*

En el capítulo decimocuarto de esta ley, encontramos disposiciones que en un momento dado pueden ser usadas como parámetros de referencia para delimitar y conformar un proyecto legislativo sobre el uso y manejo de las diferentes técnicas de reproducción

humana asistida, y en particular de la maternidad subrogada, toda vez que nos habla en torno a los procedimientos de donación de diversos órganos así como de material genético y su control sanitario. Llama nuestra atención también lo dispuesto por el Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, el cual se creó para dar los lineamientos y principios a los cuales deberá someterse la investigación científica y tecnológica destinada a la salud. Este reglamento se da a la tarea de puntualizar en sus nueve títulos diferentes procedimientos médicos que implican la investigación para la salud, siendo materia de nuestro estudio en particular el título segundo en su capítulo cuarto, el cual se refiere a la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óvulos y fetos, así como, de la fertilización asistida, de la cual encontramos referencia expresa en el capítulo cuarto, del título segundo de este reglamento, que abarca los numerales cuarenta a cincuenta y seis.

Dentro del marco normativo de las técnicas de reproducción humana asistida, en nuestro país, consideramos pertinente puntualizar que de alguna manera, son las legislaciones sustantivas civiles y penales del Distrito Federal y del estado de Tabasco, las que van marcando la pauta en cuanto a la poca legislación que en la materia existe, y por ende, son estas legislaciones en las que encontramos disposiciones más expresas en materia de reproducción asistida y de las implicaciones que en diferentes figuras jurídicas de derecho familiar, civil y aún penal de nuestro país, el uso de estas técnicas puede generar.

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal, con las recientes reformas de octubre del 2002 se ha incluido un interesante título segundo correspondiente al libro segundo de este código, al cual se le ha llamado Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética, título al que se le ha denominado procreación asistida e inseminación artificial y se compone del artículo 149 al 153, mismos que sancionan diversos esquemas conductuales relacionados íntimamente con las prácticas de

reproducción asistida, que se consideran como delitos, plenamente sancionados por el apartado punitivo del Estado.

TÍTULO SEGUNDO

PROCREACIÓN ASISTIDA, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y MANIPULACIÓN GENÉTICA

CAPÍTULO I

PROCREACIÓN ASISTIDA E INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

ARTÍCULO 149. *A quien disponga de óvulos o espermia para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa. PAOT Incluye reformas al 02 de febrero de 2007, publicadas en la G.O.D.F. 48*

ARTÍCULO 150. *A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión. Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.*

ARTÍCULO 151. *Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o espermia de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.*

ARTÍCULO 152. *Además de las penas previstas en el capítulo anterior, se impondrá suspensión para ejercer la profesión o, en caso de servidores públicos, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución.*

ARTÍCULO 153. *Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.*

Llama particularmente nuestra atención, la exposición de motivos que precede a las reformas que se hicieron al Código Sustantivo Civil del Estado de Tabasco, en donde los legisladores de la quincuagésima legislatura se declaran complacidos de introducir cambios de fondo a este cuerpo normativo, afirmando que dichas modificaciones jurídicas son el reflejo de la evolución que se ha dado en la sociedad tabasqueña, por esto, consideraron conveniente incorporar a los dispositivos de este código los recientes avances científicos en materia de reproducción humana.

De esta manera, encontramos que a este cuerpo legal del Código Civil del Estado de Tabasco, se agregan diferentes disposiciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida, así como de las consecuencias que éstas producen en instituciones del derecho civil, en su rama de derecho familiar, como lo serían aspectos del matrimonio, concubinato, divorcio, filiación y sucesiones, reformas que encontramos en los artículos: 31, 92, 165, 324, 327, 329, 330, 340, 347 y 360, los mismos que a continuación se reproducen:

ARTÍCULO 31.- Capacidad de goce:

La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno.

ARTÍCULO 92.- Deber de reconocer al hijo:

Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentará en

el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotará la hora, día, mes, año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado. Si el padre o la madre o ambos piden por sí o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar éste y se mencionará en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará únicamente el nombre del que lo presente. En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la Entidad y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso. Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

ARTÍCULO 165.-Fidelidad y ayuda mutua:

Los cónyuges deben guardarse fidelidad, vivir juntos en el domicilio conyugal, contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y ayudarse mutuamente. Cualquier convenio contrario a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesto.

Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, extendiéndose a aquellas parejas que viven públicamente como si fueran marido y mujer y sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí.

ARTÍCULO 324.-Quiénes se presumen hijos de los cónyuges:

Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

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 matrimonio.

ARTICULO 327.- Cuándo no podrán desconocerse a los hijos:

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 demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa.

Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.

ARTÍCULO 329.- Imposibilidad de desconocimiento:

El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

- I. Si se probare que supo, antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco;*
- II. Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;*
- III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; y*
- IV. Si el hijo no nació capaz de vivir.*

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.

ARTÍCULO 330.- Contradicción de paternidad:

Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará si el marido reconoció expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido por medio de los métodos de reproducción médica asistida.

ARTÍCULO 340.- Presunción de los hijos de concubinato:

Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;*
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina; y*
- III. Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.*

ARTICULO 347.- Respecto del padre:

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

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

ARTÍCULO 360.- Situación de maternidad sustituta:

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

Es pertinente resaltar lo dispuesto por el artículo 92 del Código Civil de Tabasco, ya que por primera vez en nuestro país, en sus párrafos tercero, cuarto y quinto, se observa una referencia expresa a la maternidad sustituta y a la maternidad subrogada, en relación a las actas de nacimiento y en donde se diferencia incluso entre un término y otro; en dicho numeral encontramos en el párrafo final una disposición concreta respecto a la paternidad del hijo de la mujer casada, por lo cual resulta interesante como esta disposición contraviene totalmente la presunción tradicional que se ha manejado en nuestro sistema jurídico: que el hijo de la mujer casada, hijo de su marido es, así este numeral dispone como excepción a esta presunción, el hijo de la mujer casada, que sea madre gestante sustituta.

3.2 NATURALEZA JURÍDICA

En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de madre sustituta o subrogada, entendemos que un contrato es de naturaleza privada, es una declaración de voluntad entre las partes de dicha relación jurídica que se expresa en un documento privado, es entonces que surge la interrogante sobre si es propiamente un contrato ya que ello representa una relación de índole patrimonial de naturaleza privada; confiriéndole poder a las partes para decidir sobre el objeto del acuerdo de voluntades, si ello fuera así, convalidaríamos el hecho que la vida humana en formación “sea de disposición de los contratantes y que su vida sea objeto de una cláusula, dado que ello no es posible sin contravenir el orden público”¹⁴ y los derechos humanos, consideramos que dicho contrato no es netamente de carácter privatista, por el contrario es de suma importancia en el interés público, puesto que lo que acá se discute es una vida humana y la salud de la arrendante del vientre materno, bienes jurídicos protegidos por nuestras leyes, que son de tutela efectiva en el ordenamiento positivo, por lo que compete al interés público del Estado de nuestro país, regular la presente relación jurídica en observancia del principio tuitivo y de respeto a la dignidad y los derechos humanos, siendo él quien prevenga el fin lícito del mismo y la necesidad del servicio, a través del órgano jurisdiccional con la intervención y derecho de contradicción por parte del Ministerio Público, es por ello que es necesario la autorización judicial para contratar este tipo de servicios, hay quienes consideran la tesis a que si este tipo de relaciones jurídicas es de interés social, en razón de que el connotado jurista español Jaime Vidal Martínez¹⁵ dice que “un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público”, por la cual se entiende que dicho acto jurídico como contraveniente a las buenas costumbres aceptadas sería nulo, viciado de invalidez y de repudio moral por parte de la sociedad, si bien esta posición es respetada, este punto de vista no conduce a la solución del problema, sino por el contrario lo agrava ya que es un fenómeno social que requiere solución por parte de la ciencia jurídica, es así que nosotros consideramos

¹⁴ CORNEJO CHAVEZ, Héctor; “Derecho Familiar Peruano, Editorial Gaceta Jurídica, Décima Edición”, Lima Perú, pag. 33

¹⁵ VIDAL MARTINEZ, Jaime. CONTRATOS, MADRID ESPAÑA Pág.191

que dicha relación es de interés público pero de derecho privado, al igual que el derecho de familia que adopta un enfoque ecléctico.

Por otra parte es necesario advertir otra dificultad al respecto, nuestro Código Civil en su Libro IV de las obligaciones en sus artículos 1792 y 1793, define al contrato como *“Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos.”* Y en su Título Sexto capítulo I Artículo 2398.- *Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto.*

Nótese que se refiere a una relación jurídica de orden patrimonial, lo que en la doctrina se denomina “Negocio Jurídico”, ahora cabría preguntarse sobre si en este tipo de relación jurídica por la cual se contrata los servicios de una madre subrogada, constituye una relación de índole patrimonial, económica o pecuniaria, es decir, si la materia del consentimiento u objeto del contrato es un patrimonio de las partes, admitir ello sería considerar que el vientre y la vida del concebido es un bien patrimonial de disposición por parte de los signatarios y ejercen derecho de propiedad sobre el mismo, dado que ello es absurdo, es válido concluir que en el contrato de Alquiler de Vientre Materno o Maternidad Subrogada interviene el interés público para regular los excesos de la voluntad de los particulares.

Es así, que en suma la naturaleza jurídica de la relación sustantiva constituida entre los padres genéticos y la madre subrogada viene a ser de derecho privado, pero de interés público.

3.3 FIGURAS JURÍDICAS DE LA RELACIÓN CONSENSUAL Y DENOMINACIÓN DE LAS PARTES.

A raíz del surgimiento de la maternidad subrogada, en el cual una mujer puede dar a luz al hijo de otra, se le va a denominar alquiler de vientre, ello debido a que los primeros estudios enfocan la atención de los sociólogos y juristas en el acto por el cual la pareja contratante arrienda el vientre de la mujer ofertante, para que lleve en él la gestación de sus gametos fecundados, al respecto cabría preguntarse si dicha figura es un auténtico contrato de arrendamiento, ya que entendemos que en un contrato de alquiler como lo señala nuestro Código Civil vigente, intervienen un arrendador concebida esta como la persona que da en arrendamiento una cosa a cambio de un precio estipulado, que para la relación jurídica en estudio viene a ser la mujer que alquila su vientre o finge de madre sustituta, por otro lado también intervienen un arrendatario, que es la persona que toma en arrendamiento una cosa por la cual paga un precio determinado, para el caso concreto el arrendatario viene a ser la pareja que contrata a la mujer como madre portadora de los gametos fecundados, así también hay una cosa o bien materia de alquiler que viene a ser el vientre materno. Pero ello nos lleva a preguntarnos ¿si el vientre de una mujer es de disposición de la titular del mismo, si ejerce derecho de disposición sobre él?; asumiendo esta posición flexible diríamos que al igual que en la donación de órganos y gametos en el que esta disposición procede, siempre y cuando no afecte o disminuya considerablemente la salud de la arrendante, esto es que el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano se encuentra fuera del comercio. No obstante lo cual resaltan que la disposición del mismo es un derecho personalísimo y por ello relativamente disponible.

Es importante destacar que no debemos olvidar, que en derecho de familia existe la convicción de que la teoría se enfrenta a la realidad y es por ello que muchas veces la norma se flexibiliza para salvaguardar el bienestar de la institución familiar; así en esta perspectiva soy de la opinión de que el no tutelar las relaciones jurídicas del alquiler de vientre devendrá en que los particulares de este tipo de acuerdo se coloquen al margen

de la ley, desvirtuando la existencia del mismo, es por ello que creo firmemente en que es necesario declarar la validez de este tipo de convenio estableciendo para ello ciertas condiciones para su tutela, ello es un camino encauzador y certero por el cual se regule este tipo de relaciones por la vía de la legalidad controlada y con pleno respeto de los derechos humanos.

3.4 ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.

Los elementos de validez en el arrendamiento del vientre materno vienen a ser un conjunto de condiciones que entendemos imprescindibles a su exigencia, para que dicha relación jurídica conformada entre arrendador y los arrendatarios del vientre materno hallen tutela en el orden jurídico, siendo dichos elementos a nuestro juicio los siguientes:

I. Una pareja heterosexual bien Constituida, es decir, que se encuentre bajo matrimonio, con solvencia moral y económica, así como estabilidad psicológica. La cual se deberá de sujetar a diversos estudios médicos y de índole socioeconómicos que le ordene el juez de lo Familiar para poder realizar la petición de arrendar un vientre.

II. El estado de necesidad de la pareja, para acudir a contratar dichos servicios. Este es el motivo por el cual la pareja no puede lograr un embarazo de forma natural y debe de recurrir al arrendamiento de un vientre materno para lograr ser padres.

III. Salvoconducto Judicial que compruebe el estado de necesidad y asiente la contratación de una madre subrogada, con intervención de las autoridades Civiles mediante la resolución que el Juez dicte para que se pueda realizar dicho contrato, mediante una jurisdicción voluntaria solicitando su autorización al juez competente de lo Familiar para poder celebrar el contrato de vientre materno.

IV. Siempre la madre sustituta deberá ser una familiar de la pareja arrendante, deberá acceder por un fin únicamente altruista y totalmente gratuito, los arrendatarios se comprometerán a cubrir los gastos que demande el embarazo y una pensión alimentaria hasta que ésta dé a luz, así como también por el tiempo de cuarentena que se de después del parto.

V. El fin que persigue dicho acto jurídico debe ser lícito.

VI. Debe de existir pleno consentimiento de las partes al momento de celebrar el contrato de arrendamiento de vientre materno, esto en el sentido de que ninguna persona puede ser obligada a celebrar dicho contrato, para el caso concreto, así como también nadie puede sin consentimiento de las partes a disponer de gametos para este tipo de fecundación.

VII. La mujer que preste su vientre materno, se comprometa a entregar el producto (bebé), al momento en que esta de a luz, compromiso que se debe de estipular en el cuerpo del contrato, pero que además para darle mayor validez a su dicho lo debe de declarar ante el órgano jurisdiccional competente que trata la solicitud de la pareja contratante, de celebrar el contrato de arrendamiento de vientre materno.

CAPÍTULO CUARTO

LICITUD DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.

4.1 ELEMENTOS DE VALIDEZ JURÍDICO.

Este es pues uno de los principales problemas para una reglamentación adecuada sobre una reproducción asistida con el concurso de un alquiler de vientre materno, ya que para algunas legislaciones es contraviniente e intolerable al orden público y es por ello refutado de invalidez y punible dicha práctica en muchos Países; pero como hemos venido sosteniendo, lo que se trata en el presente trabajo es de que se den soluciones legislativas y no de salidas penalizantes que sólo tienden a agravar aún más la problemática.

En este sentido, establecen los juristas Medina y Erades; el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público. Sin embargo, agregan los autores, “lo que es indisponible e irrenunciable es el derecho a la patria potestad dado anticipadamente por la gestante”¹⁶.

Para autores como Lledo y Yague¹⁷ y un sector de la doctrina hispana¹⁸ “considera que estos contratos contravienen la más elemental regla de orden público, el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su

¹⁶ MEDINA, Graciela y ERADES, G. “Maternidad por otro. Alquiler de úteros”. Pág.8.

¹⁷ LLEGO y YAGUE. “La Genética actual y el derecho de familia” Rev. Tapia, Oct 1987, Pág. 47.

¹⁸ GARCIA RUBIO, Mari Paz. Pág. 68.

indisponibilidad ya que se trata de disponer de un ser humano sin que este de su consentimiento”.

En el ámbito de la doctrina regional, en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan de Puerto Rico 1989) se manifestó que la disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro es contraria a la moral y al orden público.

Carlos Parrellada, en cambio, “admite la licitud de este pacto cuando el mismo es gratuito, desconociendo, sin embargo, acción a los contratantes para reclamar el niño; siendo la obligación de quien presta su vientre de tinte puramente natural y en consecuencia, no exigible judicialmente”¹⁹, esto es que la madre gestante es la que presta su vientre para la formación del niño y es su propia voluntad entregarlo a los padres que la contrataron para tal hecho, de no hacerlo no se pueda ejercer acción judicial alguna con ésta para que entregue al niño en adopción plena a la pareja, es así, que no se le puede obligar a la madre sustituta entregar al niño.

En las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros celebradas en 1992 en Buenos Aires, Argentina, los Doctores en Derecho Bueres, Bossert, Gesualdi, Cifuentes y Kaller de Orchansky, afirmaron que la práctica de la maternidad subrogada no ha de considerarse ilícita en sí misma. No obstante, cabe declarar la ineficacia de los acuerdos de voluntad referidos a la filiación o al pago de un precio. En sentido opuesto, los Doctores en Derecho Núñez, Noutel, Pereira, Tanzi, Lombardi, López Cabaña, Loyarte y Rotonda, dejaron establecida su opinión en el sentido de que este contrato es ineficaz, puesto que excede los límites establecidos por la autonomía de la voluntad y contiene un objeto y una causa de fin ilícitos.

Sin embargo debemos señalar algunas circunstancias que infunden invalidez, ilegalidad e incluso conducta delictiva a este acuerdo, así por ejemplo, en el supuesto en que se simule el embarazo de la madre genética, ello se configura cuando el nombre de la

¹⁹ PARRELLADA, Carlos. “Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético”, Pág. 425.

esposa de la pareja comitente figura en las consultas y ecografías de la mujer gestante e inclusive en el registro de la clínica al momento del alumbramiento, facilitando con ello la inscripción del menor como hijo de la pareja comitente, en su mayoría dichas acciones se realizan con la complicidad del médico que atiende el embarazo, ello por lo general en clínicas privadas que ofrecen facilidades, faltando así a la ética profesional, más aún delinquiendo puesto que dicha conducta esta catalogada como delito, siendo coautores del delito la pareja arrendante, la mujer gestante que es la madre sustituta y el médico u obstetra que atendió el embarazo y el parto, cuya pena es la privación de la libertad; esto dado que se cumple la tipicidad objetiva y se busca proteger el estado civil del menor como bien jurídico tutelado, como hemos visto en estos supuestos la figura del alquiler de vientre materno puede adquirir un contraste delictivo e ilegal, al hacerlo de forma clandestina por no existir una legislación para realizar dicho tipo de reproducción humana.

Es importante expresar la posición de que no se puede comercializar, ni contratar con el cuerpo y menos hacer de ello una actividad lucrativa, sin embargo, entendemos que el derecho es un orden jurídico normativo que no puede dejar de regular dichas conductas, es por ello que es necesario legislar en dicha materia no de manera prohibitiva, tratando de tipificar delitos de esa naturaleza y hacer punible de una sanción ya que la realidad que nos muestra, es “desde el punto de vista del análisis económico del derecho la prohibición absoluta del Alquiler del vientre femenino o existencia de madres subrogadas, como toda prohibición generaría un mercado negro del alquiler del vientre”²⁰, ya que siempre van a haber personas con la necesidad de recurrir a dichos servicios y otros dispuestos a brindarlos; es por ello, que en base a dicha premisa pensamos que la mejor forma de normar esta actividad es establecer ciertos requisitos legales de validez para que esa relación pueda ser tutelada por el ordenamiento civil en su rama Familiar

²⁰ HOYOS AGUILAR, Wagner. “La Familia y el Derecho de Familia “, Fondo editorial El Portal del Derecho, Ayacucho Perú, Pág. 78.

4.2 EFECTOS JURÍDICOS.

El contrato de arrendamiento de vientre materno provoca diferentes efectos jurídicos, por la sola celebración de dicho contrato, el hecho de que la madre sustituta de a luz, así como, determinar la maternidad de la mujer que contrató a la que gestó y dió a luz al bebé, la cual esta obligada a entregar al niño a la pareja contratante y estos serán el padre y la madre legal del niño, por lo que se dará la filiación biológica entre el niño y la pareja contratante y por último el efecto de que dicho contrato es de carácter oneroso; ya que la mujer gestante solo recibirá durante el embarazo y el periodo de cuarentena al momento de dar a luz una ayuda económica que comprende su alimentación, gastos médicos, así como, haciendo notar que lo que se refiere a alimentos engloba lo que es vestido, diversión, comida o lo necesario para que la gestante viva cómodamente durante el embarazo y la cuarentena después de dar a luz.

4.2.1 POR LA SOLA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.

Una vez suscrito el contrato de arrendamiento de vientre materno surte sus efectos jurídicos para las partes en lo referente a:

- Queda establecida la calidad de las partes.
- Se determina el ámbito espacial y temporal en donde se realizará la etapa de inseminación y la subsiguiente etapa de preñez.
- Por efecto del ámbito espacial se sujetan a la jurisdicción del Estado, en cuyo territorio se lleva a cabo el proceso de subrogación materna.
- La arrendadora se obliga a la prestación del vientre para ser inseminado artificialmente.

- Los arrendatarios se comprometen a brindarle los cuidados necesarios a la arrendadora durante la gestación y el pago de los alimentos y servicios médicos hasta concluir el proceso.
- Cláusula Condicionante o Circunstancial; éstas opera frente a determinadas situaciones, en algunos casos se estipulan algunas condiciones eventuales o circunstanciales en cuyo caso una de las partes queda obligado a adoptar determinada conducta por la fuerza del acuerdo celebrado, es así, algunos arrendatarios señalan que en caso de que el embrión, tras la prueba de amniocentesis presente alguna enfermedad congénita o genética, este deberá ser abortado por la gestante siempre con la autorización de los arrendatarios y si éstos deciden que se realice el aborto cualquier complicación médica o secuela en la salud de la arrendadora será responsabilidad de la pareja contratante.
- En caso de que la gestante, (arrendataria) pierda al producto por culpa o negligencia de ésta, no recaerá ninguna responsabilidad para la pareja contratante con respecto a la salud de la madre sustituta y en las secuelas en su salud.

Es importante señalar que en los casos en que opera este tipo de cláusulas, al respecto del primer ejemplo descrito, son en determinados ordenamientos en el cual el aborto es un hecho legal, claro que ello no puede ponerse en práctica en nuestra realidad jurídica ya que ello constituiría un acuerdo ilícito puesto que contraviene el ordenamiento jurídico público y en consecuencia sería nulo, por otra parte el aborto es un delito y ello significa que en caso de ejecutarse dicha cláusula los coautores cómplices y participes, serían pasibles a la sanción que corresponda, a menos que el aborto se realice en los Estados Federativos de nuestro país que lo permitan en sus leyes.

4.2.2 POR EFECTO DEL PARTO.

Una vez dado a luz la mujer contratada (madre sustituta), se hacen efectivos una serie de efectos jurídicos como lo son los derechos y obligaciones que a continuación analizamos:

La madre gestante se obliga a entregar al recién nacido a los padres biológicos-genéticos, es decir, a la pareja contratante, este tipo de entrega de acuerdo al orden jurídico se puede realizar de dos modos:

a) Se entiende que el orden jurídico reconoce la calidad de padres quienes dan el material genético, ya que existe la filiación legítima biológica con el recién nacido, por lo cual los padres legítimos y legales son los arrendatarios de la relación jurídica siempre y cuando sean sus gametos fecundados quienes dan origen al neonato. Así se desecharía la máxima del derecho romano que expresa *Mater semper certa est*, quien consagra la maternidad por medio del parto que simboliza el hecho vinculante y de identidad entre madre e hijo, es de entender que estos conceptos han sido removidos y cuestionados por los avances científicos para el cual una persona puede dar a luz a un individuo que le sea completamente ajeno genéticamente. Cabe aclarar que el ejemplo antes citado se puede convalidar en un ordenamiento donde opere *Mater semper certa est*, siempre y cuando dicha relación se constituye a partir de una autorización judicial, por lo que al no tener ninguna relación genética, la madre gestante con el recién nacido debe de entregarlo a la pareja contratante, ya que estos son los padres biológicos del niño.

b) En este segundo caso, se da en aquellas legislaciones en el cual aún se consagra la determinación de la maternidad mediante *Mater semper certa est*, es así que para los efectos legales la madre es la gestante, quien dará en adopción al niño producto del proceso de fecundación In Vitro, a los padres genéticos por los medios legales establecidos para este caso, pero en realidad lo que se esta suscitando es el cumplimiento de la obligación contraída por medio del acuerdo.

Queda disuelta la relación jurídica material por efecto de la entrega del menor a sus padres genéticos y la cancelación del estipendio a favor de la arrendante.

Es preciso señalar una serie de apreciaciones al respecto, que el recién nacido deja de ser objeto de derecho y pasa a reconocérsele como sujeto de derecho adquiriendo las prerrogativas de su condición, sea que este punto es controvertido, es necesario interrogarnos al respecto de ¿Qué viene a ser el concebido en dicha relación jurídica sustantiva, en ese sentido podemos esgrimir distintas hipótesis sobre la calidad de qué interviene, es acaso una parte, tercero u objeto materia del acuerdo?. Podemos señalar que es una parte; pero el problema resultaría en probarlo, ya que su conducta no es la de una parte interviniente en el acuerdo, puesto que no denota consentimiento alguno al momento de la celebración del convenio muy por el contrario él aún no existe y menos adquiere obligaciones ni derechos en calidad de parte, puesto que no se puede otorgarle derechos a un individuo que no tiene existencia alguna, y menos obligaciones ya que no tiene capacidad para responder ante ellos.

Entonces afirmaríamos que es un tercero; un tercero del cual se dispone, sin requerir consentimiento para ello, podríamos decir que es un tercero a quien se le otorga derechos, en todo lo que le favorezca, es entonces que cabría preguntarse que clase de derechos, si consideramos que la vida, es un derecho inherente al individuo, y que no surge como consecuencia de convenio alguno, en este sentido podríamos fundarnos en que es un sujeto de derecho, puesto que tiene derecho a la vida e incluso hereditario, ello no resulta tanto así, si entendemos que bajo la existencia de la cláusula circunstancial su vida está condicionada a que éste nazca sano y no adolezca ninguna enfermedad, ya que por esto simplemente sería desechado como un bien inservible, en dicho supuesto queda descartada la posición de sujeto de derecho ya que se dispone de su vida obedeciendo el interés privado de la partes, es como un bien que simplemente si no cubre sus expectativas lo desechan, en este aspecto no puede ser un tercero puesto que para las partes no tiene calidad de persona.

La última posición al respecto, es de considerarlo como un objeto, es una situación indignante considerar cosa o objeto a un ser humano, pero al parecer de las partes no viene a ser más que ello, lo dicho se deduce de que el objeto central del acuerdo es el proyecto de vida de un nuevo ser, del cual se dispone, por libre acuerdo de los signatarios, quien condicionan la vida independiente del mismo, incluso a hechos tan absurdos como expectativas del hijo, como la salud plena del menor. Es entonces a instancia de partes que el concebido en la relación jurídico material no es más que un objeto de derecho, que adquiere categoría de sujeto por medio del nacimiento, puesto que como vida humana independiente el ordenamiento jurídico lo ampara. Así al respecto el español Jaime Vidal Martínez²¹ expresa “la legislación que, en el Código Civil de España, Artículo 1271, consagra que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando por ello la nulidad del mismo.”

Es menester señalar que ello se da cuando es más fuerte el interés privado por encima del interés público, bajo el estricto cumplimiento del principio de la libertad consensual de los particulares, ello en un mercado de competencia perfecta en un modelo liberal puro en el cual el principio *dejar hacer dejar pasar*, es el fundamento de tales atrocidades que van en contra de la dignidad humana y los Derechos Humanos, lo cual no se suscita cuando el Estado intervenga cautelando las actividades de los particulares, en busca del bienestar común y la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

Es por eso que se insiste en la Legislación del Contrato de Arrendamiento del Vientre Materno para darle certeza jurídica a las personas que requieren de este medio para poder realizar su inquietud de ser padres y que se vean impedidos por problemas biológicos, así como, proteger al individuo que está por nacer en todos los sentidos para no dejarlo en el olvido, ya que esta forma de reproducción para lograr ser padres se realiza clandestinamente, poniendo en riesgo a las personas que intervienen en este y más aún al nuevo ser concebido, ya que al legalizar este método de reproducción

²¹ VIDAL MARTINEZ Jaime, Madrid. Pág. 191.

consistente en el Contrato de Arrendamiento del Vientre Materno, evitaría todas las complicaciones e ilegalidades que se presentan al realizarlo de forma ilegal.

4.2.3 EFECTOS NO LUCRATIVOS EN EL ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO, CONDICIÓN PARA SU LICITUD.

El hecho de que el contrato de arrendamiento de vientre materno, para que este pueda existir es indispensable que no implique un lucro para la mujer que va a dar en arrendamiento su vientre, es decir, que la mujer que va a gestar el embrión durante nueve meses para que este se desarrolle y nazca el niño, no debe de cobrar un solo peso por esta acción, si no que solo durante el tiempo del embarazo recibirá de la pareja contratante una ayuda económica para su manutención, además de que la pareja contratante está obligada a realizar todos los gastos médicos que sean necesarios, es decir, las citas médicas, medicamentos que necesite la gestante, el parto y una ayuda en efectivo que no debe exceder de treinta salarios mínimos vigentes de la zona A de nuestro país, dicha ayuda será entregada mensualmente y solo durante los meses que dure la gestación y el tiempo del post-parto, el cual lo determinará el médico a cargo del embarazo.

Los lineamientos anteriores son para evitar situaciones en las que de este acto se ha desarrollado una cadena de personas que ya comercializan con la práctica de la maternidad subrogada, rebajando a las mujeres a calidad de máquinas productoras de vidas humanas, que sirven para gestar y traer al mundo niños sobre pedido, es decir, se tiene a la madre subrogada como un recipiente o como una incubadora, en calidad de una fabrica de niños, que se les paga por desempeñar una función biológica que es la de gestar, olvidándose que esta apareja sentimientos y afectos que dejan huella en la mujer que presta su vientre, que para compensar el riesgo físico y afectivo propio del estado gestacional se les ofrece grandes cantidades de dinero, lo cual ha venido configurando a

la maternidad subrogada como un oficio y en casos hasta una profesión, por el hecho de no encontrarse regulada en las leyes de nuestro país.

En los Estados Unidos de Norte América, se han creado agencias que contratan mujeres para la gestación de niños mediante la maternidad subrogada, llegando inclusive a importar mujeres del oriente de países como Korea, Tailandia y Malasia, lo cual significa internacionalizar dicha agencias, ya que las mujeres que se prestan para esta actividad suelen ser de clase media a baja, que se encuentran en grandes dificultades económicas y que por falta de preparación profesional les es mas fácil arrendar su vientre y obtener grandes ingresos económicos sin hacer mucho esfuerzo y sobre todo sin importarles los riesgos de salud que conlleva esta práctica, ya que hace mas de diez años se les remuneraba con mas de diez mil dólares por cada embarazo que tenían, lo cual provoca que no tengan el reposo necesario entre cada embarazo con tal de obtener un ingreso mayor y con mas frecuencia.

Como vemos este componente de comercialización o mercantilismo le añade un ingrediente negativo, desfavorable moralmente a la maternidad subrogada, razón que asiste al jurista Banda Vergara Alfonso, de la Organización Panamericana de la Salud cuando afirman “que la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado y su único atributo valorado, es la capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz, así este tipo situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer como ser humano y como madre.”²²

Es por eso que se busca establecer en este trabajo la circunstancia de que la subrogación, que recae en la celebración de un contrato de arrendamiento de vientres maternos, carezca del componente lucrativo y solo se haga por altruismo, siendo el caso de que la

²² BANDA VERGARA, Alfonso “dignidad de la persona y reproducción humana asistida”, Revista de Derecho, Concepción, Chile, Vol. IX, diciembre de 1998.

arrendadora del vientre materno sea familiar de la pareja contratante y en el caso de que no exista parentesco con esta solo se le de una ayuda de manutención la cual no deberá de ser muy elevada para evitar la situación del lucro, la prensa brasileña ha registrado el caso de una mujer de este país de 48 años que gestaba tres embriones producto de un óvulo de una su hija y fecundados con el espermatozoides del esposo de esta, es decir, que iba a ser madre de útero así como a la vez abuela de los neonatos, en tal circunstancia y sin contar el riesgo que corre la gestante, los conflictos familiares y legales que eventualmente puedan presentarse con tan insólito hecho, el análisis ético no es tan desfavorable por la ausencia de la comercialización, el saber que la madre subrogada esta ayudando a otra mujer a realizar el sueño de ser madre, este es el único incentivo de la gestante para prestar su cuerpo, específicamente su vientre ya que es una satisfacción personal de quien lo hace, comparándolo con la donación de órganos, la cual no se hace por fines lucrativos si no para darle otra oportunidad de vivir a una persona.

4.3 DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD.

La interrogante principal en este tipo de procesos es, ¿cómo determinar la Maternidad del concebido?; Sobre quien es madre del menor y quien debe ejercer la patria potestad, es un verdadero dilema para el juez, al respecto de esta problemática la jurisprudencia internacional trata de hallar la solución, pero es muy contradictoria debido a la gran controversia que genera en los ordenamientos jurídicos, tanto de sistema romano-germánico como el angloamericano.

Ya que en el caso en concreto que manejamos en el presente trabajo, es el de que la mujer que va a gestar al embrión recibe el material genético de la pareja contratante, es decir, que el individuo que nazca será genética y biológicamente hijo de la pareja que contrató a la mujer para que les arrendara su vientre materno, lo cual con un simple examen de ADN se puede determinar la filiación del individuo que nacerá bajo esta modalidad, pero la paternidad no estará en cuestionamiento si no la maternidad ya que si seguimos el principio “Mater semper certa est”, entenderemos que madre es aquella

que de a luz, pero en la actualidad y con los avances científicos y legales podemos determinar la maternidad y paternidad de los hombres con ayuda de la ciencia mediante un examen de ADN que en la actualidad la ley lo acepta para determinar jurídicamente la paternidad o maternidad de las personas, en razón de saber quién es hijo de quién.

La determinación filial tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica. Es decir, responde a un interés familiar que debe reputarse prevaleciente, el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde, así trataremos de esgrimir una fórmula de determinación de maternidad en los casos de maternidad subrogada, aplicando para este caso lo siguiente:

- Cuando de la relación jurídica del contrato de arrendamiento de vientre, se desprenda que los donantes del material genético es la pareja comitente (fertilización homóloga), y la prestación del vientre es remunerado, la madre subrogante no tendrá derecho a pedir la declaratoria de filiación del menor en su favor, debido a que el infante tiene vínculo genético de identidad con la pareja comitente, y por otra parte se entiende a la renuncia expresa a todo derecho sobre el menor. Así el juez debe apreciar la seguridad y bienestar del infante y establecer a su criterio, si es conveniente autorizar un régimen de visitas, por parte de la madre sustituta.
- Sin embargo en el supuesto, que la prestación del vientre es por un fin altruista y totalmente gratuito, sea la fertilización homóloga o heteróloga, la subrogante tendrá que ratificar su consentimiento después de dar a luz, sobre si desea ceder la custodia y la patria potestad del menor, en caso de no ratificarse, la gestante asumirá la maternidad y la patria potestad del recién nacido. Sin derecho a ser apelado dicha decisión por los comitentes. Sin embargo el padre biológico podrá asumir dicha paternidad.

- En el supuesto; de que la prestadora del vientre, también sea la donante del óvulo usado para la fecundación, el concebido no podrá ser objeto de cesión contractual, deberá optar ésta, en caso de no querer asumir su maternidad, por dar en adopción por los causes legales correspondientes al menor, a favor de los comitentes.
- Si fuera el hecho de que el concebido, es hijo del esposo de la pareja contratante, por efecto de haber sido él quien dio su esperma usado en el proceso de inseminación artificial (fecundación heteróloga), éste tiene la obligación de asumir su paternidad e inscribirlo conjuntamente con la madre, así como prestar los alimentos, si se suscita las circunstancias en que la madre, no quisiera, es inadecuada o incapaz para asumir la patria potestad, éste será asumido por el padre, no siendo admisible en este caso dar en adopción al menor a los comitentes o a terceros.
- Si se da el hecho, que los gametos son de terceros ajenos (parcial o totalmente) a la relación jurídica material, dependiendo el caso concreto o cuando sea ajeno parcialmente ya que uno de los comitentes hallan prestado sus gametos, este se reputará hijo de la pareja contratante sin derecho a contradicción por parte de la gestante, si esta se halla en calidad de remunerada por sus servicios; si fuera en razón de fin altruista y gratuito, operará la ratificación del consentimiento, para ceder en adopción al menor a la pareja signataria o si es ajeno absolutamente; y la gestante es remunerada, tendrán derecho a la paternidad los cónyuges comitentes, si se da el hecho de que la gestante actúa con espíritu altruista y sin percibir retribución alguna operará la ratificación del consentimiento, después del alumbramiento.

En síntesis, este conjunto de fórmulas que aquí propugnamos, están orientados a reconocer la categoría de padres genéticos, como una paternidad legítima, así también a modo de sanción, suprimir cualquier derecho sobre el menor de aquella que hace de la

gestación una actividad lucrativa, como reconocer y valorar los sentimientos de la gestante que actúa altruistamente sin percibir retribución alguna.

Creemos que así se puede llegar a operar el principio de justicia en estos casos, buscando sobre todo el bienestar del menor, como expresión del principio tuitivo.

Es por eso que insistimos en el principio de que dicho contrato de arrendamiento de vientres debe de tener el carácter de gratuito, es decir, de forma onerosa ya que representa muchas ventajas para determinar la filiación y maternidad del ser que va a nacer mediante una maternidad subrogada, mejor aún que el material genético pertenece a la pareja contratante ya que de esta forma es aplicable la filiación biológica del nacido con sus padres, ya que genéticamente son compatibles, es decir, son padres e hijo genéticamente siendo el nacido totalmente ajeno a la madre sustituta de manera biológica, ya que en este caso se puede determinar la maternidad y la paternidad del nacido mediante el análisis y comparación del ADN de éstos, lo que no deja a la madre subrogada el derecho a reclamar la maternidad del menor, ya que genéticamente no tiene ningún lazo con esta.

CAPÍTULO QUINTO

PROCEDIMIENTO MEDIANTE EL CUAL SE LE DA LEGAL EXISTENCIA AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.

5.1 CAUSAS POR LAS QUE SE CELEBRARÍA EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE MATERNO.

El drama de no ser madre, el vacío de legislación sobre de reproducción asistida con una mujer gestante, en el caso en el que el cuerpo de la madre biológica no pueda fecundar su propio óvulo, es el una laguna de las aplicaciones de la tecnología entre la sociedad y el Estado, con grietas que no son impermeabilizadas ni con la ley humana ni divina.

Y que implica, por demás, dramas, como el siguiente testimonio "Soy una mujer que hizo los dos procesos, adopción e inseminación, en el primer caso, resulté tratada como ser humano de quinta categoría que no aplicaba para la adopción de una niña, ya que no reunía los requisitos que establece la ley para darle una vida de calidad; luego, tomé la decisión de la inseminación artificial, bebé que se perdió a la semana 11 de gestación. En mi caso la posibilidad de tener un bebé no es posible, ya que los médicos me han dicho que mi cuerpo, en especial mi matriz, no puede soportar un embarazo ya que no soporta al embrión y termino por abortarlo"²³, nos cuenta una mujer que esta desesperada por ser madre y no lo ha logrado, con un fin dramático en todos sus intentos por lograrlo.

²³ DIARIO "El Mundo", España 1 de abril del 2000, pag. 11 y 12

Esta problemática puede ser analizada y discutida desde diversas perspectivas: política, económica, social, ética, filosófica, médica y, obviamente, desde la perspectiva jurídica.

Por lo que se desprende en el presente trabajo, una mujer que no pueda llevar dentro de su vientre a su futuro hijo puede perfectamente acudir a otros medios para cumplir su deseo de ser madre, por lo que es necesario legislar sobre este tema, ya que la problemática de las parejas actuales en cuanto a que puedan tener hijos, los orillan a realizar el método de maternidad subrogada de manera ilegal, lo cual pone en riesgo al futuro ser.

Entendemos por estado de necesidad, la situación de infertilidad o improbidad biológica para concebir en la cual se halla una pareja para acudir a contratar una madre subrogada o alquilar un vientre, creemos que el deseo de ser padres, y no poderlo realizar por la deficiencia biológica que lo impide es un hecho que debe ser apreciado al momento de juzgar la paternidad, mas no así el que una mujer por vanidad o para evitar las consecuencias corporales del embarazo contrate una madre sustituta, ya que ello significaría desvirtuar o desnaturalizar el fin de dicha figura, que es el de poder ser padres mediante la solidaridad humana.

Por lo que contemplamos las siguientes situaciones que colocan a la pareja en un estado de necesidad, en el cual se pueda realiza el arrendamiento de vientre materno para procrear un hijo, de forma legal, siendo las siguientes:

- Deficiencia biológica-congénita del vientre de la madre genética.

- Esterilidad de la madre biológica-genética.

- Enfermedad que impida el desarrollo normal del embrión en el vientre materno.

- Malformación en el aparato genital que haga imposible llevar el embarazo.

- Situación en que el desarrollo y la gestación de embrión pueda sufrir complicaciones debido a la edad de la madre genética.

- En el caso de que el embarazo ponga en riesgo la vida de la madre.

Nótese; pues que dichas situaciones en su totalidad se suscitan en la mujer, por ser facultad exclusiva de ella la gestación y correspondiente parto de un nuevo ser.

5.1.1 CAUSAS QUE DAN ORIGEN A LA MATERNIDAD SUBROGADA.

La maternidad subrogada surgió a consecuencia de las técnicas de reproducción asistida, la cual por su mecánica ha dado origen a múltiples controversias en diversos ámbitos. Si bien es cierto que tiene por objeto permitir que las personas que no pueden tener hijos propios puedan tenerlos, también lo es que crea serias controversias. De las más importantes han sido los conflictos sociales, éticos, psicológicos, religiosos y jurídicos, que diferentes casos han mostrado, tanto en el ámbito internacional como nacional.

Posteriormente, se analizan otras causas para que se produjera la maternidad subrogada.

1. Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación;
2. Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación;
3. Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que geste para que de a luz un bebé;
4. Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio;

5. Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoides de su marido mediante una fecundación in vitro; o
6. Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

En los tres primeros casos, se alude a problemas de esterilidad e infertilidad; en el cuarto caso a una cuestión de estética física, de mujeres que sin tener un impedimento como es la esterilidad o infertilidad, desisten de embarazarse, simplemente por conservar en buen estado su aspecto y forma física, por ello contratan a una mujer que gestará y dará a luz a un bebé que finalmente les será entregado. En el quinto, se alude a la fecundación post mortem; y en el sexto, a la reproducción por parte de personas solteras o de parejas homosexuales. De dichas causas que dan origen a la maternidad subrogada, la más rechazada es precisamente la que buscan parejas homosexuales. De las causas que se dan con mayor frecuencia son las relacionadas a la esterilidad y la infertilidad y en ocasiones por personas que desean conservar su forma física. Las otras formas son menos recurridas, sin embargo, existen casos que aunque sean pocos no son por ello menos importantes; recordemos que de por medio se encuentra la vida y bienestar de un menor, por lo que se deben tener bien definidas las causas en que se puede permitir que surja la maternidad subrogada.

Las que son más aceptadas para que se produzca la maternidad subrogada son las relativas a la esterilidad e infertilidad de la pareja, no así las que se refieren a mujeres que buscan cuidar su aspecto físico, las que aluden a la reproducción post mortem, pues la doctrina señala que de antemano, el niño sería huérfano de madre desde antes de nacer; aunque por otra parte dicen que no se puede prohibir si existe consentimiento expreso en testamento de uno o ambos cónyuges para que esta práctica fuera posible en caso de morir alguno de ellos. Tampoco es aceptada la maternidad subrogada a causa de personas solteras que buscan un bebé, pues se dice que este debe contar con unos padres

que lo críen, que lo quieran y una persona soltera carece de un esposo o esposa, concubina o concubino que forme con niño una familia. De hecho, diversas clínicas y hospitales dedicados a aplicar las técnicas de reproducción asistida no permiten que personas solteras las soliciten, sino sólo aquellas unidas en matrimonio o en concubinato, dejando afuera a quienes son solteros.

Es por eso que solamente se busca que se realice el contrato de arrendamiento de vientres para parejas que lo soliciten y que médicamente este comprobado que la mujer tiene la dificultad de realizar un embarazo y solamente con el material genético de la pareja contratante, para que estos sean los padres biológicos del niño que nacerá y la madre sustituta forzosamente familiar de la pareja que desea arrendar un vientre para procrear un hijo, desechando las solicitudes de las parejas homosexuales o de mujeres que no quieren dañar su cuerpo con un embarazo.

5.2 JURISDICCIÓN VOLUNTARIA EL MEDIO PARA OBTENER SU LEGALIDAD.

La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. Es propio de todo sistema procesal establecer la existencia de la Jurisdicción voluntaria y así unos la aplican únicamente a los actos administrativos o jurídicos administrativos y otros a los actos propiamente jurisdiccionales y se manifiesta que son actos de Jurisdicción Voluntaria donde no existe contención de parte que es propia del Juicio, siendo entonces ésta su característica esencial.

Por jurisdicción voluntaria se ha conceptuado aquella en la que no existe contención de partes, precisamente esta concepción ha sido la caracterización de los códigos de procedimientos civiles del siglo pasado y de principios del presente. El desarrollo contemporáneo del Derecho Procesal y el surgimiento de nuevos autores de esta rama,

ha sido la causa inmediata de un mayor estudio dentro de la concepción de la jurisdicción voluntaria.

Así encontramos a muchos autores que le niegan la categoría de jurisdicción, sosteniendo que se trata de una verdadera función administrativa ejercida por el Poder Judicial, pero siempre a pesar de esta posición se ha llegado a determinar por los tratadistas de abandonar la postura “no contención” para caracterizar la jurisdicción voluntaria. El criterio tradicional ha sido problemático, pues, en la mayoría de los casos es correcto afirmar que donde no existe contención estamos en un acto de jurisdicción voluntaria. Para resolver ese problema se debe de abandonar la postura tradicional y sin entrar a especulaciones teóricas sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, se debe determinar que se trata de procedimientos distintos a la jurisdicción contenciosa y no se puede negar que su conocimiento y tramitación pertenecen al orden Poder Judicial.

La situación jurídica en nuestro Código de Procedimientos Civiles es aquella que se establece en el Código de Procedimientos Civiles en el artículo 954 que a la letra indica:

Artículo 954.- La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez o del Notario Público que aquel designe como su auxiliar quien para ese efecto tendrá las mismas facultades que al juez le confiere la ley sin que se haya promovido ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas, exceptuándose los actos de posesión en los que sólo intervendrá el juez o el auxiliar autorizado, cuando así lo exija la ejecución de una sentencia o en los demás casos en que la ley expresamente lo autorice o disponga.

La Jurisdicción Voluntaria entraña actos fuera de juicio de mera constatación, demostración de hechos o circunstancias que se caracterizan por no haber controversia entre partes, ya que no es legalmente posible ejercitar acciones respecto de las cuales proceda oponer excepciones por ser un proceso voluntario en el que el órgano

jurisdiccional sólo interviene para darle eficacia a la formación o creación de nuevas situaciones de derecho.

Es por lo anterior y por lo que nos permite la figura de la jurisdicción voluntaria que las personas que requieran de celebrar un contrato de arrendamiento de vientres deben acudir ante la instancia judicial por conducto de una jurisdicción voluntaria en la que le expresen al juez su deseo de ser padres y las causas por las cuales la mujer de dicho matrimonio no puede desarrollar un embarazo ya sea por el motivo de la infertilidad o por problemas físicos de su cuerpo que se lo impida, es por esto que deben solicitar por escrito al Juez que autorice le celebración del contrato de arrendamiento de vientre materno y dicho escrito debe de estar firmado por la pareja contratante que obligatoriamente debe de tener registrado legalmente su matrimonio, que son el padre y la madre biológicos así como por la madre sustituta, que debe de ser familiar obligatoriamente de la pareja contratante, por lo que dicho escrito de jurisdicción voluntaria debe ser acompañado del escrito de contrato de arrendamiento de vientre materno, acta de matrimonio de la pareja contratante así como del acta de nacimiento de la madre sustituta para acreditar que es familiar de uno de los padres biológicos y un dictamen médico que sea expedido por la persona que este legalmente facultada para emitir dicha tesis, es decir, por un Doctor que este plenamente registrado con cedula profesional ante la Dirección General de Profesiones de la Secretaria de Educación Publica, la cual debe de estar plasmada en el dictamen y con la leyenda de bajo protesta de decir verdad, por lo que el Juez tendrá la obligación de citar a las partes, que son los padres biológicos, la madre sustituta y al doctor que emitió el dictamen para que los primeros confirmen su deseo de celebrar el contrato y el medico ratifique el contenido y firma de dicho documento para que el juez expida un documento el cual contenga la autorización de celebrar el contrato de arrendamiento de vientre materno.

5.3 MODELO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.

En la Ciudad de..... a los..... Días del mes del año....., se celebra el presente **CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE MATERNO** por el presente documento privado, el acto de compromiso que celebra por una parte la Sra....., (a quien en lo consiguiente se le nombrara madre sustituta), de nacionalidad....., identificada con....., con domicilio eny de la otra parte el Sr....., (a quien en lo consiguiente se le llamará padre biológico), de nacionalidad, identificado con, con domicilio en y la Sra., (a quien en lo consiguiente se le llamará madre biológica), de nacionalidad, identificada con, con domicilio en.....; bajo los términos siguientes :

PRIMERO: Por el presente Acto de Compromiso, la MADRE SUSTITUTA, en pleno uso de su capacidad física y mental, y en ejercicio de sus derechos manifiesta su libre voluntad de ayudar al Sr. a que sea padre biológico de un hijo, y a la Sra. a que sea madre biológica de un hijo, sometiéndose a un tratamiento médico de fertilización asistida vía IN VITRIO, resultante del espermatozoide del Sr. y el óvulo de la Sra., debido que su esposa del Sr., medicadamente no puede sostener un embarazo.

SEGUNDO: La Sra.....conforme al compromiso que manifiesta voluntariamente en el párrafo anterior, declara conocer que el EMBRIÓN que le será implantado en su útero, es concebido por fertilización IN VITRO del óvulo de la Sra.y del espermatozoide del Sr., siendo ellos los

padres del niño(s) o niña(s) que se conciba, quienes asumirán los derechos y obligaciones que le corresponda como tal, responsabilidad.

TERCERO: La Sra..... llegando a un acuerdo con el Sr.....y la Sra. con la cantidad pactada de \$1000.00 (UN MIL PESOS 00/100 M.N.), semanales para alimentación.

CUARTO: Los padres biológicos se comprometen a cubrir los gastos médicos a la madre sustituta como lo son medicamentos y gastos de parto, hospitalización y cualquier gasto que requiera la madre sustituta para resguardar su salud durante y después del parto.

QUINTO: La madre sustituta podrá abortar el embrión en caso de que su salud corra peligro, siendo esto certificado por el médico que se encargara de vigilar la gestación del embrión y del parto, así como también se recurrirá al aborto si al feto se le diagnostican malformaciones congénitas.

SEXTO: Si por negligencia de la madre sustituta y por no seguir los cuidados normales que el médico le señale para que la gestación del embrión se realice con éxito, y por motivo de lo anterior, la madre sustituta ponga en riesgo la vida del feto y tenga que abortarlo, será responsabilidad únicamente de esta y la pareja contratante no tendrá responsabilidad alguna con la madre sustituta por las secuelas en la salud de esta.

Firma del Padre biológico.

Firma de la madre biológica.

Firma de la Madre de Substituta.

TESTIGO

TESTIGO

5.4 ANTECEDENTES INTERNACIONALES DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DEL VIENTRE MATERNO.

Uno de los casos mas resonantes fue el denominado “Baby M” ocurrido en 1985 cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebe, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis surgía que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de U\$S 10.000. El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé. El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

En 1982, en Francia el doctor Sacha Geller fundo el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con

madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad²⁴.

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó merced a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta tanto el Tribunal de menores se expidiera. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.

En Australia, en el Estado de Nueva Gales del Sur, acaeció un caso en el cual la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja comitente²⁵. Para comprender en todos sus aspectos la problemática planteada y lograr un mínimo de introspección en las consecuencias experimentadas por quien actúa como madre portadora, transcribiremos las palabras expresadas por aquella al diario El País (España) el 6 de agosto de 1984: "Al principio es fácil ser idealista. Creo que empecé a lamentarme cuando noté sus primeros movimientos. A veces los hombres están desesperados por tener hijos, tienen grandes planes para su hijo y heredero. No quiero que mi hijo tenga que cumplir estas expectativas o se sienta presionado para cumplir los deseos y sueños de otro". A raíz de este caso, en el Estado de Victoria se ha aprobado una ley que veda a los donantes de esperma u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad²⁶.

En 1994, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se les había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido In Vitro producto del óvulo de una donante y del esperma del marido contratante. Cabe acotar que la legislación nipona

²⁴ GUITRON FUENTECILLA, J. La genética y el derecho familiar. Rev. Tapia, Año VII, N 36 Oct. 1987, Pág. 73.

²⁵ MARTINEZ CALCERRADA, Luis. La nueva inseminación artificial. Madrid. 1989, Pág 80.

²⁶ IDEM SUPRA

prohíbe este tipo de prácticas y, por ello, el esperma debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares²⁷.

La experiencia en Italia nos presenta el singular caso de una mujer que dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad física (fundada en problemas de salud) de su madre para sobrellevar el embarazo y que deseaba tener un hijo de su nueva pareja²⁸. Acerca de este tema, la doctrina de ese país expresa que, en virtud de los principios instituidos en su código civil, la maternidad exige el presupuesto del parto y, por ello, madre será quien ha llevado a cabo la gestación. Empero, algunos autores se inclinan por considerar tal a aquella mujer que ha deseado tener al hijo (maternidad psicológica) en franca oposición con quienes remarcan con la mayor de las trascendencias la relación que se establece entre madre e hijo durante la gestación, siendo esta circunstancia la que debe primar en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica²⁹.

El 17 de febrero de 2000 una jueza del Tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler. En el caso, nos encontramos frente a una mujer que debido a una malformación en su aparato genital se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque sí podía producir ovocitos. Ello así, en 1995 la pareja mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un código deontológico que prohibió expresamente la “maternidad subrogada”. Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones sean implantados en la madre sustituta.

²⁷ MATOZZO DE RUMUALDI, Liliana. Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada. ¿Puede reconocerse un derecho al hijo? ED Tomo 182-1663.

²⁸ MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ. Pág. 37.

²⁹ GARCIA RUBIO, Mari Paz. La Experiencia Jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español Rev. Tapia, año VII, N 36. Oct 1987, Pág 73.

El fallo hizo lugar a la petición aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacían cuatro años que estaban congelados. No obstante, según la ley italiana, el nacido será hijo 26 de quien lo ha dado a luz, esta mujer procederá a no reconocerlo y de este modo los padres genéticos podrán adoptarlo³⁰.

Mención aparte merece el tratamiento de la llamada “maternidad póstuma”. Me refiero al caso de Julie Garber, una joven estadounidense que en 1995 y, a raíz de la detección de un cáncer, decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con esperma de un donante anónimo, a los efectos de preservar una futura maternidad que podría resultar dañada. Los embriones se congelaron; pero en 1996 Julie falleció dejando expresa autorización en su testamento, para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de alguna mujer; la elegida por los padres de la causante fue la Sra. Veloff. La polémica judicial instaló su epicentro en la circunstancia de que, dos meses antes la Corte de Apelación del Estado de California había declarado que los embriones, así como el esperma y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes; estableciendo, de este modo la indisponibilidad de los mismos por vía testamentaria. Con referencia a esta situación, la Psicología moderna se cuestiona los efectos que podría producir en un niño el saberse hijo de una madre muerta antes de engendrarlo³¹.

5.5 LEGISLACIÓN COMPARADA.

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.

Algunos de los diversos estados que componen la unión han manifestado, la tipificación como delito de la entrega de dinero u otros bienes a cambio de la adopción de menores. Fundamentándose en una ley de este tenor, un Tribunal de Michigan se expidió, en el caso "Doe versus Kelly", negando el cumplimiento de la prestación pecuniaria

³⁰ DIARIO “EL MUNDO”, España 1 de abril de 2000.

³¹ GIBERTI, Eva. ¿Adopción de Embriones? En los hijos de la fertilización asistida. Buenos Aires. 2001. Pág. 37.

reclamada por la madre gestante en calidad de contraprestación por el alquiler de su vientre, con excepción de los gastos originados por ello. También con base sobre esta premisa y en una ley específica que veda el consentimiento anticipado para conceder la adopción antes de que se produzca el nacimiento, el Procurador General de Kentucky consideró, en 1981, como ilegales los contratos de maternidad sustituta.

En el resonado caso de "Baby M", ocurrido en 1988, El Tribunal Supremo del Estado, actuante en segunda instancia, declaró la nulidad contractual por considerarlo infrigente de la legislación y política pública estatal, en virtud del lucro emanado del mismo. Asimismo, manifestó la nulidad de la renuncia a todo derecho y responsabilidad sobre la niña, por que la misma que concluye con los derechos materno-filiales se halla instaurada dentro de los cánones del interés público y solo puede ser otorgada cuando se verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, lo que no había ocurrido en el caso en estudio.

REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA.

El informe Warnock, se expidió recomendando aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia, la negativa para petitionar ante la ley. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para oficiar como madres suplentes o realicen este tipo de contratos. En 1985 se aprobó la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de maternidad subrogada.

FRANCIA.

El "Comité Nacional d' Etique" ha rechazado esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se de cabida a la misma. Tal afirmación descansa en la creencia de que legalizar la maternidad subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte.

SUECIA.

Una ley de 1985 prohíbe la práctica de maternidad subrogada en la cual existe retribuciones impide a la mujer contratante poder adoptar al hijo dado a luz por la gestante.

AUSTRALIA.

La legislación acerca de esta materia pertenece al Estado de Victoria, el cual reputa como nulo esta clase de contrato y sanciona penalmente a quien da o recibe pago por ayudar a que se realice un acuerdo de este tenor o efectúa el mismo. De igual modo, la legislación sobre concepción artificial del Estado de Nueva Gales del Sur, si bien no se expide directamente, dificulta la práctica de la maternidad por sustitución al señalar que los donantes de esperma no tienen ningún derecho sobre los niños nacidos por inseminación artificial.

ALEMANIA.

El Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y Tecnología constituyeron, en 1984, una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización In Vitro. Es interesante resaltar la importancia que, para este informe, presenta en el desarrollo del niño la íntima relación personal entre la embarazada y el

nasciturus. En este sentido, según lo explican J.M. Martínez y Pereda Rodríguez, se plantea la circunstancia de que la madre gestante dispuesta por motivos económicos a llevar en su vientre un hijo fecundado extracorporalmente para otro, no se adapte a una forma de vida de abstinencia de alcohol y nicotina, como lo haría una mujer que pretendiera quedarse con su hijo. También podría ocurrir que naciera una criatura con defectos físicos o mentales y que ninguna de los contratantes quisiera hacerse cargo de ella. En vista de estas previsiones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización. Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley cuya vigencia data de 1991.

HOLANDA.

En este país el contrato se considera nulo debido a su causa ilícita y, si mediare pago, será reputado como contrario al orden público y a la moral.

ESPAÑA.

En la madre patria rige, al respecto, la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la cual se limita a prohibir la utilización de la maternidad sustituta, pero no se expide acerca de la solución jurídica que corresponde en los casos en que dicha circunstancia, pese a la prohibición legal, sea realizada igualmente.

BRASIL.

En el país hermano, no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de

sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. De acuerdo con el art. 199, párrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad.

CONCLUSIONES.

Es importante expresar mi posición sobre el tema, ya que estoy seguro que no se puede comercializar, ni contratar con el cuerpo humano y menos hacer de ello una actividad lucrativa, sin embargo entiendo que el derecho es un orden jurídico normativo que no puede dejar de regular dichas conductas, es por ello que creo indispensable legislar en dicha materia, no de manera prohibitiva, tratando de tipificar delitos de esa naturaleza y hacer punible de una sanción, ya que la realidad nos muestra que ello no es eficaz; así desde un punto de vista del análisis económico del derecho, la prohibición absoluta del alquiler de vientre o existencia de madres subrogadas, como toda prohibición generaría un mercado negro en el alquiler de vientres maternos, ya que siempre existirán personas con necesidad de recurrir a dichos servicios y otros dispuestos a brindarlos; es por ello que en base a dicha premisa pienso que la mejor forma de normar esta actividad es establecer ciertos requisitos legales de validez, para que esa relación pueda ser tutelada por un ordenamiento legal, es decir, que la celebración del contrato de arrendamiento del vientre materno esté totalmente autorizado por un Juez de lo Civil en su rama de lo Familiar y siendo el caso de que dicho contrato sólo se pueda realizar por las causas de que determinen que la mujer de la pareja contratante se vea imposibilitada biológica y médicamente para poder gestar un embrión, y muy en especial que los gametos utilizados en dicha fecundación siendo estos el espermatozoide y el óvulo forzosamente deberán ser de la pareja contratante, esto en virtud de darle certeza a quienes son los padres del nuevo ser, esto es existirá la filiación biológica entre la pareja contratante y el menor, es decir que biológicamente el nuevo ser es hijo de estos, esto con el fin de no tener problemas al momento de determinar la paternidad y la maternidad del niño que está por nacer.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCON ROJAS, Fernando. *La maternidad por sustitución. En: Familia, Tecnología y Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá - Colombia. 2002.*

ARÁMBULA REYES, Alma. *La Maternidad Subrogada. Servicio de Investigación y Análisis. Política Exterior, Cámara de Diputados. LX Legislatura. México D.F. – México. Agosto de 2008.*

BOSSERT, Gustavo. *Fecundación Humana asistida. En: Derecho civil de nuestro tiempo. Gaceta Jurídica. Lima- Peru. 1995.*

BOSSERT, Gustavo; ZANNONI, Eduardo. *Manual de Derecho de Familia. Quinta. Astrea. Argentina. 1998.*

BRENA SESMA, Ingrid, “*Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial*” *Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 82, Biblioteca Jurídica Virtual, IIJ-UNAM.*

Código Civil Federal.

Código Civil para el Estado de Tabasco.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención sobre los Derechos del Niño, Sistema Nacional DIF, México, D.F., marzo de 1998.

CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano. Tomo II. Sociedad Paterno – filial. Amparo Familiar del Incapaz. 5ªed. Librería Studium Ediciones. Lima – Perú. 1988.*

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Ponencia: El Derecho frente a los desafíos que plantea la ciencia y la tecnología moderna. Fecha: 28 de Junio 2008. IV Congreso Nacional de Derecho Civil organizado por la Facultad de Derecho - UNT, Asociación Advocatus Ad Veritas y el Instituto Peruano de Derecho Civil.*

DELGADO CALVA, Ana Soledad. “*La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Rep Humana a la luz del Derecho Mexicano*”, *Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, División de Estudios de Posgrado e Investigación, Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.*

Diario El mundo. Acceso on line:

<http://www.elmundo.es/noticias/2000/4/1/sociedad/954570246.html>

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas. 4º ed. GACETA JURÍDICA. Lima Perú. 2004*

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de Personas*. Lima – Perú. 2004.

Informe español de la Comisión especial de estudio de la fecundación «in vitro» y de la inseminación artificial humanas. p. 41. Citado en: MORO ALMARAZ, María de Jesús. *Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial*. Colección. Librería Bosch. Barcelona - España, 1988.

KADAGAND LOVALON, Rodolfo. *El Metodo Cientifico del ADN aplicado a la criminología y la paternidad*. . Portocarrero.

KADAGAND LOVATON, Rodolfo y CABRERA DE LOVATON, Fiorella. *Método científico del ADN aplicado a la criminología y paternidad*. Portocarrero.

DIARIO LA REPÚBLICA de fecha 12 de Diciembre de 2006.

DIARIO LA REPÚBLICA de fecha 6 de Marzo de 2008.

LUJAN ESPINOZA, Gladys M. *La inseminacion artificial y el Derecho de Familia*. Tesis para optar por el grado de Maestro. 2005.

MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana. *¿Madre subrogada o esposa subrogada? En: Revista Jurídica del Perú Año LI N° 21*. 2001.

MEDINA, Graciela. *Maternidad por Sustitución*. En [http://: www. Graciela medina. com](http://www.Graciela.medina.com)

MENDEZ COSTA, María Josefa. *LA FILIACIÓN*. Rubizal – Culzoni Editores. Buenos Aires - Argentina 1986.

MENDIETA GARCÍA, Carmen. *¿Mater Semper certa est? En Portal Fiesta de la Patria*. Montevideo Uruguay. 2004

MORAN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de Filiación en la fecundación artificial*. Ara Editores. Piura- Perú. 2004.

MORAN DE VICENZI, Claudia. *El Concepto De Filiación En La Fecundación Artificial*. Ara Editores. Universidad de Piura.

MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El concepto de la filiación en la fecundación artificial*. Ara Editores. Universidad de Piura.

MOSQUERA VASQUEZ CLARA. *Derecho y Genoma Humano*. 1º Edición 1997. ed. Editorial San Marcos.

MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. *Derecho Y Genoma Humano*. 1º ed. Editorial San Marcos. Lima – Perú. 1997.

PETZOL PERNIA, Hermann. *El principio "Mater in iure semper certa est" frente a la transferencia de embriones humanos, en el Derecho Civil Venezolano.*

PLACIDO V, Alex. *Manual de Derecho de Familia. 2ª ed. Gaceta Jurídica. Lima – Perú 2002.*

R. Flores Linaloe, "Se alquilan vientres" *Revista Día Siete, El Universal, página 36-41, enero de 2009.*

RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *¿Mater Semper certa est? Problemas en la Determinación de la Maternidad en el ordenamiento español. Anuario de Derecho Civil. Número L – 1. Enero – 1997. Publicación del Boletín Oficial del Estado – BOE. Madrid – España.*

RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *La presunción de paternidad legítima. TECNOS. Madrid España. 1971 Pág.27.*

RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *La presunción de paternidad legítima. TECNOS. Madrid España. 1971 Pág.27.*

RIVERO HERNANDEZ, Francisco. *La presunción de paternidad legítima. TECNOS. Madrid España. 1971 Pág.28*

RODRÍGUEZ LÓPEZ, DINA, "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato" *Revista de Derecho Privado, nueva época, año IV, núm. 11, mayo-agosto de 2005, pp.97-127.*

RUBIO CORREA, Marcial. *Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos. En: Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones. Comisión Andina de Juristas. Lima-Perú. 1997.*

SESTA, Michele. *Pruebas genéticas, "favor veritatis" e interés del menor: ¿hacia nuevos equilibrios? En: Familia,. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá- Colombia. 2002.*

VARSÍ ROSPILGIOSI, Enrique. *Divorcio, Filiación y Patria Potestad. GRIJLEY. Lima Perú. 2004.*

VERGARA VIGO, Cesar. *Vulneración del Interés Superior del niño y del adolescente en los casos de violencia física, psicológica y sexual. Tesis para optar por el grado de maestro. 2007.*

VILA-CORO BORRACHINA, María Dolores; "Introducción a la Biojurídica". *Madrid, Universidad Complutense de Madrid- España 1995.*