



UNIVERSIDAD DE SOTAVENTO A.C.



ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“LEGITIMACIÓN DEL CONTRATO DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA MADRE
SUBROGADA DEL CÓDIGO CIVIL EN EL ESTADO DE TABASCO”**

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

JOSE MANUEL TEPEPA GONZÁLEZ

ASESOR DE TESIS:

LIC. RAFAEL VILA MARTÍNEZ

Villahermosa, Tabasco 2013



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.

**“LEGITIMACIÓN DEL CONTRATO
DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA
MADRE SUBROGADA DEL
CÓDIGO CIVIL EN EL ESTADO DE
TABASCO”**

DEDICATORIA

A DIOS

Por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor

A MIS PADRES

Por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada por su amor.

A MI FAMILIA

Hermanos, por darme el aliento necesario en los momentos en que toda se veía negro.

A MIS MAESTROS

Por su gran apoyo y motivación para la culminación de mis estudios profesionales, por impulsar el desarrollo de mi formación profesional y por apoyarme en todo momento

A MI NOVIA MARTHA ELENA

Por ser alguien muy especial en mi vida y por demostrarme que en todo momento cuento con ella.

INDICE

INTRODUCCION	VII
CAPITULO I	
ANTECEDENTES	11
1.1 ESTADOS UNIDOS	11
1.2 FRANCIA	12
1.3 GRAN BRETAÑA	12
1.4 AUSTRALIA	13
CAPÍTULO II	
MARCO TEORICO CONCEPTUAL	15
2.1. MARCO JURIDICO DEL CONCEPTO DE CONTRATO	15
2.1.1 DIVERSAS DOCTRINAS	15
2.1.1.1 DIFERENCIA ENTRE CONVENIO Y CONTRATO	17
2.1.1.2 DISPOSICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	19
2.1.2. CONCEPTO DE ARRENDAMIENTO	19
2.1.2.1 MARCO JURIDICO	19
2.1.3 DIVERSAS DOCTRINAS	20
2.1.4 NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	21
2.2 LA FILIACION	21
2.2.1 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	22
2.2.2 CONCEPTO DE FILIACION	22
2.2.2.1 FUENTE LEGAL DE LA FILIACION	23
2.2.2.2 LA FILIACION Y SU DOCTRINA	23
2.2.3 LA FILIACION Y SU CERTEZA JURIDICA	25
2.3 LA REPRODUCCION ASISTIDA	33
2.3.1 CONCEPTO DE REPRODUCCION ASISTIDA	33
2.3.2 DIVERSAS CARACTERISTICAS DE LA REPRODUCCION ASISTIDA	35
2.3.3 LA REPRODUCCION ASISTIDA Y SU NATURALEZA JURIDICA	37
2.3.4 LA REPRODUCCION ASISTIDA Y SU CLASIFICACION	38
CAPITULO III	
EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	43
3.1 ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	43
3.1.1 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL AMBITO JURIDICO	43
3.1.1.1 CONCEPTO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	43
3.1.1.2 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SU PRÁCTICA	45
3.1.1.3 LA OPINION ETICA SOBRE EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	47
3.1.2 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SU AMBITO JURIDICO	50
3.1.2.1 OPINION DOCTRINAL	51

3.1.2.1.1	CONCEPTO	51
3.1.2.1.2	EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SUS CARACTERISTICAS	52
3.1.2.1.3	ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN AL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	54
3.1.2.1.4	LA TIPOLOGIA DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	57
3.1.2.1.5	EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SUS EFECTOS	58
3.1.2.2.	MARCO LEGISLATIVO DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	64
3.1.2.2.1	EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	64
3.1.2.2.2	EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y LA LEY GENERAL DE SALUD	65
3.1.2.2.3	EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN LA LEGISLACION DEL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO	66
3.1.2.2.4	EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE TABASCO	68
3.1.2.2.5	EL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TABASCO Y EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	69
3.1.2.2.6	REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACION PARA LA SALUD	69

CAPITULO IV

PROBLEMÁTICA ANTE LA FALTA DE UNA REGULACION ESPECÍFICA DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE COMO PRUEBA DE CERTEZA JURIDICA FILIATORIA

4.1	EL PROBLEMA DE LA FALTA DE REGULACION ESPECÍFICA SOBRE EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	72
4.1.1	PROBLEMA JURIDICO POR LA AUSENCIA DE DICHA REGULACION	73
4.1.1.1	EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y LA DISPOSICION DEL PROPIO CUERPO HUMANO	73
4.1.1.2	EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL DERECHO DE PROCREACION	76
4.1.1.3	LA RELACION JURIDICA DEL PRODUCTO CON LA PERSONA QUE HA OTORGADO EN ARRENDAMIENTO SU VIENTRE	79
4.1.1.4	LA RELACION JURIDICA QUE SE PUEDE PRESENTAR ENTRE LOS SUJETOS QUE PARTICIPAN EN EL ARRENDAMIENTO REFERIDO	82
4.1.2	LA LEGALIZACION DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SU PROBLEMA SOCIAL	84
4.1.3	EL PROBLEMA POLITICO ANTE LA LEGALIZACION DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	88
4.1.4	LA NECESIDAD DE LEGALIZAR EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE COMO UN CONTRATO	90
4.1.4.1	OMISION DE LA FALTA DE CERTEZA JURIDICA EN UNA RELACION PATERNO-FILIAL	91

CAPITULO V	
PROPUESTA DE TESIS	96
5.1 REGULACION ESPECÍFICA DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE COMO PRUEBA DE CERTEZA JURIDICA FILIATORIA	96
5.1.1 PROPUESTA DE REFORMA AL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO PARA SU DEBIDA REGULACION	97
5.1.1.1 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE COMO UNA MODALIDAD DE LA REPRODUCCION ASISTIDA	98
5.1.1.2 EL RECONOCIMIENTO DE UNA RELACION PATERNO-FILIAL- ENTRE EL PRODUCTO, EL PADRE Y LA MADRE QUE HA UTILIZADO EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE COMO ALTERNATIVA BILOGICA	100
5.1.1.3 LA PRESUNCION DE FILICACION COMO UNICA EXCEPCION EN EL CASO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE	103
5.1.1.4 EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SUS ELEMENTOS	106
5.1.1.5 PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 40 EN SU FRACCION XI DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACION PARA LA SALUD	110
CONCLUSION	112
BIBLIOGRAFIA	115

INTRODUCCION

El arrendamiento de vientre, como una modalidad de reproducción humana asistida, es realizado en nuestro país como una alternativa biológica de procreación de hijos para las personas, solteras o unidas en matrimonio o concubinato, que se encuentran impedidas para ello por causa de infertilidad de otra en particular. Sin embargo, este tipo de reproducción no se encuentra regulada específicamente en alguna ley mexicana dejando a quien solicita su practica en una falta de certeza jurídica respecto de la relación filiatoria derivada de dicha técnica de procreación; esto por la posible aplicación presunción de maternidad a favor de la mujer que arrienda su vientre, por razón del parto.

Es por ello que la existencia de una regulación específica con respecto al arrendamiento de vientre, como una modalidad de reproducción asistida con la naturaleza de contrato y con los elementos necesarios de esta misma, para así poder otorgar una certeza jurídica de una relación de filiación entre la solicitante y su hijo o producto de dicha reproducción, desde el momento de la celebración del contrato; y no un vínculo filiatorio con la mujer que realizo la gestión de aquel niño en su vientre y que le ha dado luz en parto. Es por eso que para poder determinar la maternidad o parte respectiva, esta se precisaría mediante el acuerdo o contrato celebrado por escrito entre él o los solicitantes y la gestante.

En el capítulo primero se hablara sobre el inicio de la maternidad subrogada, así como casos que se han presentado.

En el capítulo segundo se hablara sobre los conceptos básicos que se utilizaran a lo largo del desarrollo de la presente tesis, como son contrato de arrendamiento, filiación y reproducción asistida.

El capítulo tercero lo dedicare al arrendamiento de vientre desde dos ámbitos de estudio, el médico y el jurídico. En el primero se percibe al arrendamiento de vientre como una técnica de reproducción asistida, precisando un concepto, su práctica y los elementos de sí misma, así como la opinión ética en medicina ante la ejecución de dicha técnica. En el ámbito jurídico se desarrollara el estudio del arrendamiento de vientre, como un contrato, dando a conocer de éste, basados en opiniones doctrinales, su concepto, características, elementos tipos y efectos que pudiera comprender dicho contrato. En este mismo ámbito jurídico se mostrara el marco jurídico aplicable a esta técnica de reproducción asistida, exponiendo de manera jerárquica cada una de las leyes que tienen relación con la misma; desde nuestra Carta Magna, hasta el Reglamento de La Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud.

En el capítulo cuarto se precisa la problemática jurídica, social y política que existe ante una falta de regulación específica del arrendamiento de vientre, como prueba de certeza jurídica filiatoria. En cuanto al problema jurídico se explicara con relación a la disposición del propio cuerpo, el derecho de procreación, la relación jurídica entre el producto y la gestante, así como el vinculo jurídico contractual que se puede presentar entre aquella y los solicitantes de la técnica. Por último en este mismo capítulo, se mencionara la necesidad de regular específicamente, en nuestra legislación civil mexicana, esta forma alternativa de reproducción mediante un contrato.

En el capítulo quinto se expondrá la propuesta de regulación específica, en materia civil y de salud, para el contrato de arrendamiento de vientre, como una prueba de certeza jurídica filiatoria, la que comprende: en el Código Civil del Estado de Tabasco, al arrendamiento de vientre como una modalidad de la de reproducción asistida, el conocimiento filiatorio a los solicitantes mediante el contrato respectivo, y la excepción de aplicación de la prueba presuncional del parto y matrimonio, así el Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, Hay una reforma a la fracción XI del artículo 40 para adicionar al arrendamiento de vientre como una forma de fecundación asistida, evitando con ello la falta de concordancia con la ley civil.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1.1 ESTADOS UNIDOS

La primera referencia que se tiene respecto de contratos para maternidad subrogada surge en el año de 1975 en California, Estados Unidos, “un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por esta asistencia ofrecía una remuneración”.¹

En los Estados Unidos iniciaron un conjunto de agencias y compañías que brindaban el servicio de intermediar entre los padres que solicitaban el servicio, y las candidatas a madres sustitutas, ello a falta de regulación específica, y en aplicación de los principios del *right to privacy* y el *right to reproduce*.²

El caso más conocido y simbólico es el de la niña llamada Baby M. En el año de 1985, el matrimonio Stern (Elisabeth, una pediatra de 41 años, y William, un bioquímico), contrató con Mary Whitehead, 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, no fumar, no beber, no tener relaciones sexuales que pudieran afectar la fertilización ni el parto 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

¹ Moran de Vicenz, Claudia; El concepto de filiación en la fecundación artificial, Ara Editores, 2005, pág. 208.

² Cita realizada en el artículo BREVE APROXIMACION EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, de María Eleonora Cano, extraído de <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

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 concedido al momento de consentirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, concedió la custodia de la niña al matrimonio Stern y estableció 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, invocando el principio del interés superior del niño. Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

1.2 FRANCIA

En el año de 1982, en Francia el doctor Sacha Geller formó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), compañía asignada encontrar madres subrogadas para parejas. De esta manera, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que sufría esterilidad. Esta compañía y otras creadas con el mismo propósito se declararon ilegales, y tuvieron que disolverse.

1.3 GRAN BRETAÑA

En 1987 en Gran Bretaña Kim Cotton accedió a ser madre portadora, aplicándose la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja solicitante. El contrato se efectuó en cuanto a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras.

Un funcionario del Servicio Social Gubernamental efectuó la denuncia ante los tribunales, los cuales resolvieron 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.³

1.4 AUSTRALIA

En Australia, en el Estado de Nueva Gales del Sur, aconteció un caso en el cual la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja comitente. Transcribiendo las palabras expresadas por la madre gestante 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”⁴

A partir de este caso, en el Estado de Victoria se ratificó una ley que veda a los donantes de espermatozoides u óvulos exigir el estado de paternidad o maternidad.

³ Cfr. Moran de Vicenzi, Claudia; Op. Cit. Pag 207.

⁴ Diario "El País", España, 6 de agosto de 1984

CAPITULO II

MARCO TEORICO

CONCEPTUAL

CAPITULO II

MARCO TEORICO CONCEPTUAL

El Derecho es una disciplina social que cuenta con un conjunto de instituciones jurídicas, cuyo estudio se vuelve necesario para obtener un mejor entendimiento de aquél como un todo. Lo anterior permitirá no solo el que aquellas personas que se interesen por el conocimiento del Derecho lo hagan a través de las instituciones jurídicas tradicionales sino que, además, conciben, con la evolución del mismo, nuevas figuras que en un futuro se pretendan crear. Es por ello que en este segundo capítulo, denominado Generalidades, he querido dar a conocer y desarrollar las principales instituciones y los conceptos más relacionados con el presente trabajo para lograr una mejor exposición y comprensión del mismo.

2.1 MARCO JURÍDICO DEL CONCEPTO DE CONTRATO

El artículo 1906 del Código Civil para el Estado de Tabasco establece como concepto de contrato: " Los convenios que crean o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos." Como se puede observar en esta disposición se precisa que un contrato es un convenio que solo puede crear o transmitir obligaciones y derechos, y no así modificar o extinguir dichas obligaciones o derechos resultando así ser una especie dentro del género de los convenios.

2.1.1 DIVERSAS DOCTRINAS

El contrato, es un acto jurídico a través del cual dos o más personas acuerdan la creación o transmisión de derechos y obligaciones entre ellas. El concepto de contrato que la doctrina a través de una terminología jurídica específica proporciona, específicamente en la

rama civil, puede observarse en lo que transcribí de los siguientes autores:

Rojina Villegas define al contrato "como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones".⁵ Podemos observar que el autor al expresar una definición sobre contrato plantea que deben ser voluntades las que figuren en el acuerdo, es decir, que las personas que lleven a cabo un contrato necesariamente otorgan su voluntad y no deben estar constreñidos.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM define al contrato como "un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (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".⁶ Es decir, que el contrato además de ser un acto jurídico porque lo realizan dos personas a través de un acuerdo de voluntades, es una norma jurídica individualizada en cuanto a que su fundamento de obligatoriedad lo constituye el contrato en sí mismo.

A este respecto, Zamora y Valencia define al contrato en tres diferentes acepciones como: un acto jurídico, una norma jurídica y documento. Es un acto jurídico porque es un acontecimiento del hombre donde intervienen dos o más voluntades directamente, y que por motivación se convierte en un supuesto jurídico que produce consecuencias de derecho, crear o transmitir derechos y obligaciones.

5 ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. "Contratos". Volumen I. Tomo Sexto. Sexta Edición. Porrúa. México. 1994. Pág. 9.

6 Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo II Porrúa. México, 1985.

Es una norma jurídica porque el resultado de ese acto jurídico es el contrato mismo del que siempre emanan derechos y obligaciones para las partes que intervienen; su obligatoriedad tiene como fundamento el contrato en sí mismo como una norma individualizada apoyada a su vez en una norma general (civil) fundada a su vez en una constitucional. Por último, el contrato es un documento pues contiene un conjunto de signos sensibles resultado del proceso contractual, la voluntad de las partes y pactos o cláusulas de la norma individualizada.⁷

El contrato en cualquiera de las acepciones, que puedan otorgarse por parte de la doctrina, en su estudio siempre será un acuerdo de voluntades con el objetivo principal de producir o transmitir derechos y obligaciones, entre las personas que intervienen directamente en éste.

2.1.1.1 DIFERENCIA ENTRE CONVENIO Y CONTRATO

Dentro del campo legal y doctrinal el convenio y el contrato han sido definidos como un acto jurídico del que se desprende un acuerdo de voluntades, siendo esta misma característica la que los hace tener un vínculo entre ellos. Sin embargo, es el objeto que se busca obtener con su realización y los efectos que se producen de cada uno en particular, los que mantienen una diferencia específica de estas figuras entre sí.

El artículo 1905 del Código Civil para el Estado de Tabasco establece: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar, conservar o extinguir obligaciones". El siguiente precepto a este anterior, de la misma legislación civil, hace referencia al contrato, disponiendo que tomaran el nombre de contratos los convenios que tengan por conformidad crear o transferir derechos y obligaciones.

7 Cfr. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Cuarta Edición. Porrúa, Mexico.1992. Págs. 22-25.

De conformidad con lo que se señala en el mencionado código, la diferencia que se puede observar entre convenio y contrato estriba en que, mientras el primero tiene el objeto de crear, transferir, modificar o extinguir efectos jurídicos; el segundo solo se limita a crear o transmitir los mismos, Es decir que, "el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos" Mientras que, el contrato solo cuenta con la función positiva del convenio.⁸

Por otro lado, y con el objetivo de marcar específicamente la diferencia entre estas dos figuras se puede explicar en dos sentidos, uno amplio y otro estricto, pues ya que en sentido estricto la finalidad de las voluntades en particular es: la del contrato producir o transferir derechos y obligaciones; y la del convenio modificar o extinguir aquellos. En un sentido amplio solo aplicable al convenio, este contiene las dos finalidades.

La diferencia entre el convenio y el contrato, nos indica Gutiérrez y González, la podemos observar en cuanto a las acepciones que puede tener el termino convenio: una amplia o lato sensu, que es la de un acuerdo de voluntades que crea, transmite, modifica o extingue obligaciones; otra restringida que solo considera las dos primeras conductas mencionadas, que define al contrato. Y una tercera acepción en estricto sentido, que por exclusión consiste en un acuerdo de voluntades que modifica o extingue obligaciones o derechos, recibiendo el nombre de convenio estricto.⁹

Puedo concluir sobre este punto, que la diferencia entre estos dos tipos de acuerdos, convenio y contrato, se observa principalmente a las conductas (crear, transmitir, modificar, o extinguir derechos y obligaciones) que permiten adoptar por

8 Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Pág. 9

9 Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las obligaciones. Duodécima edición. Porrúa México. 1997. Pág. 218 y 219

parte de las personas que intervengan directamente con su voluntad para su existencia y validez de aquellos.

2.1.1.2 DISPOSICIONES GENERALES DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Dentro de la terminología legal y doctrinal se le ha otorgado al contrato el concepto de acuerdo o una especie de convenio que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones. A continuación daré a conocer los conceptos, tanto jurídico, como doctrinales que sobre el contrato nos proporcionan la legislación civil así como algunos estudiosos del derecho respectivamente.

2.1.2 CONCEPTO DE ARRENDAMIENTO

Los conceptos que sobre el arrendamiento se conocen en el ámbito jurídico doctrinal coinciden en clasificarlo como un contrato traslativo de uso o goce de una cosa, haciendo necesario tanto para los legisladores como para los estudiosos del derecho, nombrar los elementos necesarios para poder, darse su existencia y validez del mismo; así como una mejor comprensión de dicho termino jurídico. A continuación se expondrán los conceptos jurídico doctrinal que sobre este contrato se vierten tanto en la ley en materia, como en las obras de algunos autores.

2.1.2.1 MARCO JURÍDICO

El Código Civil para el Estado de Tabasco establece en su artículo 2664, que: arrendamiento es “cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una llamada arrendador a conceder el uso o goce temporal de un bien y la otra llamada arrendatario, a pagar por ello precio cierto.”

De esta disposición se desprende la definición del arrendamiento de vientre

como un contrato, de cuya existencia depende que dos personas, denominadas contratantes, tengan que cumplir con una obligación diferente pero recíproca entre ellas. Por un lado, una de ellas debe conceder el uso o el goce temporal de una cosa, y la otra debe cumplir con el pago de un precio cierto por la realización de dicho acto en su favor.

2.1.3 DIVERSAS DOCTRINAS

El arrendamiento es un contrato por medio del cual una persona llamada arrendador concede el uso o goce temporal de una cosa a otra persona denominada arrendatario, la cual a su vez se obliga a pagar por ese uso o goce un precio cierto. Los doctores del derecho nos aportan, a través de sus obras, el estudio del contrato de arrendamiento, desarrollando con el mismo un concepto que en particular aplican a esta figura. Rafael de Pina al contrato de arrendamiento como aquel “en virtud del cual una parte cede a la otra el uso y disfrute de una cosa o derecho, mediante un precio cierto, que recibe la denominación de renta o alquiler.

El arrendamiento es el más importante de los contratos de uso y disfrute. La palabra arrendamiento a tenido y tiene todavía en algunas legislaciones una significación excesivamente lata, comprendiendo no solamente cosas, sino también los denominados de obra y servicios, con un sentido que repugna ciertamente la sensibilidad jurídica de nuestro tiempo”.¹⁰

Lozano Noriega señala que “el contrato de arrendamiento es un contrato por virtud del cual se produce la enajenación temporal del uso, o la enajenación temporal del uso y goce al mismo tiempo, de una cosa”.¹¹

De los conceptos anteriormente transcritos se puede indicar que el

arrendamiento es un contrato que produce el que una persona se obligue a ceder el uso o goce de una cosa, por un periodo breve de tiempo a otra persona, la que se obliga a su vez a otorgar como consecuencia de la realización de dicho acto un precio cierto.

2.1.4 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Es un contrato de tracto sucesivo porque su cumplimiento se da de momento a momento por el tiempo que cuente de vigencia el arrendamiento. Esto es, que se va ejecutando la prestación que realiza el arrendador al arrendatario de proporcionar el uso o goce de la cosa de momento a momento, durante el tiempo que dure el contrato.

Las características de ser formal del contrato de arrendamiento consiste que dicho acuerdo de voluntades debe cumplir con una forma específica de conformidad con lo que establece la legislación civil respectiva.

2.2 LA FILIACIÓN

La división de la rama del Derecho civil nos muestra en su contenido al Derecho de familia, cuyo objetivo principal consiste en dar protección social. Para conseguir dicho propósito la ley civil mexicana ha establecido un sin número de disposiciones relacionadas con la familia, un conjunto de ellas referidas a la filiación. Este término de filiación, de súbita importancia, se ha convertido en el punto clave para la existencia del núcleo familiar en la sociedad nacional y mundial, pues a través de esta figura se puede hacer mención a una relación jurídica, que además ocasiona efectos legales, entre los integrantes de la misma denominados padre o madre con su hijo o hijos.

⁹ Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. Pág. 46

¹⁰ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las obligaciones. Duodécima edición. Porrúa México. 1997. Pág. 312

2.2.1 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

De los contratos traslativos de uso, el contrato de arrendamiento es una figura jurídica compuesta de dos términos: contrato y arrendamiento. Jurídica y doctrinalmente, en este punto se da a conocer el concepto de contrato y de arrendamiento, la diferencia entre el primero respecto del término convenio; así como, la naturaleza jurídica, elementos de existencia y validez del arrendamiento, además de los elementos personales, reales y formales que según la doctrina, con base en la ley civil, lo conforman.

El estudio de esta primera generalidad, se vuelve necesario para una posterior comprensión respecto del concepto y naturaleza jurídica de la técnica de reproducción asistida, conocida como arrendamiento de vientre, punto medular de nuestra tesis, Pues su relación con el contrato de arrendamiento se observa, de manera parcial, en el aspecto nominativo y en el contenido jurídico que pueda llegar a tener.

2.2.2 CONCEPTO DE FILIACIÓN

Los legisladores y los estudiosos del Derecho que forman la doctrina, principalmente en materia familiar, proporcionan una exposición conceptual del vocablo filiación. Generalmente en la ley y en las obras jurídicas de los doctores el término filiación contiene dentro de su denominación a la relación que existe entre los integrantes que forman a una familia. En subsecuentes a este, daré a conocer los conceptos jurídicos y doctrinales que sobre filiación han vertido los legisladores en la ley, y algunos autores en sus textos, respectivamente.

2.2.2.1 FUENTE LEGAL DE LA FILIACIÓN

Para referirme al tema de filiación se debe señalar que se adoptara como fuente legal para su estudio al Código Civil para del Estado de Tabasco, regulación civil aplicable en el ámbito territorial en que desarrollare la presente tesis. Por lo anterior, he de mencionar que en la citada ley civil se ha dedicado el Título Séptimo del Libro Primero para establecer lo relacionado con filiación, entre las disposiciones que lo integran se encuentra el artículo 320 cuyo contenido se dedica a otorgar un concepto de dicha figura, en el cual se expresa: "La filiación confiere e impone a los hijos, al padre y a la madre, respectivamente los derechos, deberes y obligaciones establecidas por la ley.

De acuerdo con el concepto de filiación, del precepto anterior, se puede comentar que de esta, por un lado se asimila una relación entre los integrantes de una familia, conformada principalmente por un padre y/o una madre y su hijo o hijos, que producirá derechos y obligaciones recíprocos entre los mismos y cuyo cumplimiento debe ser conforme a la ley. Y por otro lado, se determine que a partir de la misma se da la conformación de una familia, reconocida legalmente como núcleo primario en la sociedad mexicana.

2.2.2.2 LA FILIACIÓN Y SU DOCTRINA

La filiación es aquella relación, reconocida por la Ley, que existe entre padre o madre con sus hijos; formando el núcleo primordial para una sociedad conocido como la familia; de donde se deriva entre los mismos derechos y obligaciones familiares.

Un estudio ordenado sobre la filiación, como una figura predominante en el Derecho de familia, lo podemos encontrar en las obras jurídicas de algunos autores dedicados a la investigación en dicha materia; Por esto, considero necesario; para una mejor comprensión del tema, dar a conocer los conceptos

que sobre filiación vierten determinados autores en sus textos y que a continuación se transcriben.

Pena Bernaldo señala, en su obra Derecho de Familia, que filiación, "es el estado civil de la persona determinado por la situación que, dentro de una familia le asigna el haber sido engendrada en ella, o el estar en ella en virtud, de la adopción o de otro hecho legalmente suficiente al efecto."¹¹

Galindo Garfias indica que "la filiación además de ser una relación jurídica que existe entre dos personas de las cuales, una es la madre o el padre de la otra, es el punto de partida del parentesco, y la base sobre la que se sustenta un grupo familiar."¹²

Acerca del término filiación Chávez Asencio nos indica que la filiación tiene dos nociones: una natural y otra jurídica. La primera de ellas nos señala que la filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres, es decir, Que es una relación de origen que nos permite conocer quiénes son los ascendientes de una persona determinada. En cuanto a la noción jurídica, nos sugiere a la filiación como aquella relación entre padres e hijos que produce como efectos jurídicos derechos, deberes y obligaciones de tipo familiar. ¹³

Rafael De Pina. "La Filiación, en su aplicación al derecho civil, equivale a procedencia de los hijos respecto de sus padres". ¹⁴

De los anteriores conceptos se puede concluir que, esta figura conocida como filiación; ubicada en el derecho familiar; hace referencia a una relación de procedencia, siempre entre dos personas, del hijo frente a su padre o su madre, creando no solo un parentesco entre los mismos sino también derecho y

¹¹ PENA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. Derecho de Familia. Universidad de Madrid. Madrid. 1989. Págs. 402-403.

¹² Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio; Derecho Civil. Primer Curso. "Parte general. Personas. Familia". Decima Edición. Porrúa. México. 1990. Pág. 631.

¹³ Cfr. CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el Derecho. "Relaciones Jurídicas Paterno Filiales". Cuarta Edición. Porrúa. México. 2001, Pag.2.

¹⁴ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. "Introducción-Personas-Familia. Volumen I. Decimoséptima Edición. Porrúa. México. 1992. Pág. 348.

obligaciones familiares que tendrán que cumplir unos respecto de los otros. Además de lo anterior, se nos indica que la filiación puede tener su origen mediante la procreación, la adopción o cualquier otro hecho permitido por la ley.

2.2.3 LA FILIACIÓN Y SU CERTEZA JURÍDICA

La certeza jurídica es la convicción legal que tiene una persona respecto de lo que expresa y resulta verdadero, derivada de una previa comprobación de lo dicho a través de los medios de prueba permitidos por la ley, sin que exista duda sobre ello. Del vocablo certus, certeza significa cierto, seguro, verdadero; y en el ámbito del Derecho es acertar a dar en lo cierto.

Fernández de León, precisa que la certeza jurídica es "una adhesión firme e inquebrantable de la verdad sin temor de errar, y la verdadera posesión de ella, que puede ser inmediata o intuitiva cuando resulta de la visión directa de la verdad, y mediata si se llega a ellas por pruebas a por razonamientos".¹⁵ María Moliner menciona que la certeza jurídica es una cualidad de cierto, es la certidumbre, evidencia, seguridad, conocimiento de cierto de una cosa. Es decir, as la manera de saber o de afirmar una cosa cuando no se tiene ninguna duda sobre ella.¹⁶ Aplicada a la filiación, la certeza jurídica que pueda tener un padre o madre respecto de sus hijos se precise mediante las pruebas necesarias y permitidas por nuestra legislación civil que puedan ofrecer aquellos para comprobar que dicha relación existe, sin que quede duda y con ello le sea reconocida legalmente su paternidad o maternidad, respectivamente.

Los artículos 342 y 343 del Código Civil para el Estado de Tabasco establecen las pruebas de filiación de los hijos que pueden ofrecerse para comprobar la existencia de una relación de este tipo.

¹⁵ FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo. Diccionario Jurídico, Torino I. Tercera edición. Ediciones Contabilidad Moderna. Buenos Aires. 1972.

¹⁶ Cfr. MOLINER, María. Diccionario de Uso del Español, Gredos, S. A. Madrid. 1973, Pág. 588.

Artículo 342. "La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento".

Artículo 343. "A falta de acta o si esta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probara con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o Indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba".

Conforme a estas disposiciones los medios de prueba que pueden presentar quienes quieran demostrar una filiación con relación a sus hijos son: en orden de preferencia la primera seria el acta de nacimiento de estas, pero a falta de ella podrá ser la posesión constante de estado de hijo. Después de que estas dos, a falta de ellas, son admisibles todas las pruebas que la ley autoriza, incluyendo las de avance científico. Respecto a la testimonial se requerirá para su admisión un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones que lean resultado de hechos ciertos considerados graves para determinar dicha admisión.

Otra presunción es la que se deriva de la negación de proporcionar pruebas biológicas o provenientes del avance de los conocimientos científicos. Pues cuando se propusiera este tipo de pruebas para comprobar la paternidad o la maternidad de una persona, y esta se negara a proporcionar la muestra necesaria, entonces surge la presunción de que ella es la madre o el padre, salvo prueba en contrario. Con relación a la maternidad, la doctrina jurídica coincide en que la certeza jurídica filiatoria la otorga el hecho del embarazo y del parto dentro o fuera de matrimonio, es decir, que mediante una presunción se puede comprobar la filiación de una madre respecto de su hijo. A pesar de ser la prueba más utilizada para determinar la maternidad, la incertidumbre de este vínculo surge ante la falta de testigos que hayan presenciado el hecho del embarazo o del parto.

Sobre esto Sara Montero Duhalt indica que: "La maternidad es un hecho indubitable derivado de los datos comprobables del embarazo y del parto, se de la misma desde dentro o fuera de matrimonio, excepcionalmente surgirá la incertidumbre de la maternidad cuando el parto tenga lugar sin testigos, y el recién nacido sea abandonado per su madre".¹⁷

Sobre estos se debe mencionar que en el Código Civil para el Estado de Tabasco esta prueba directa derivada del parto, para determinar la maternidad, ya no existe expresamente regulada en el artículo 346, como anteriormente se encontraba, refiriéndose a la filiación que resulta con relación a la madre del solo hecho del nacimiento. Sin embargo, se sigue aplicando, con fundamento en el artículo 340 sobre las pruebas que se pueden admitir para comprobar la filiación de los hijos, como una presuncional.

Por otro lado, si bien la incertidumbre de la maternidad puede surgir ante la falta de testigos para fortalecer la presunción derivada del hecho del embarazo y del parto; en el caso de la filiación derivada de una técnica de reproducción asistida la incertidumbre puede ser mayor. Pues a pesar de que en estos supuestos la certeza jurídica filiatoria puede surgir de una prueba de avance científico, existen casos en que no es posible la comprobación de dicha relación mediante aquella, como en el de la donación de gametos o del arrendamiento de vientre. La certeza jurídica filiatoria respecto de estos dos últimos casos, podrá surgir de una prueba documental consistente en los acuerdos relativos para la práctica de la técnica, como el consentimiento de donación y el acuerdo de gestación, respectivamente.

Es necesario advertir sobre la filiación que se deriva del arrendamiento de vientre, que ante la falta de regulación específica, en donde se establezca como prueba la del contrato respectivo a esta técnica, la certeza jurídica filiatoria es menor que en

¹⁷ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Cuarta edición. Porrúa. México_ 1990. Pág. 266.

otros casos; pues de presentarse una reclamación, siempre posible en esta forma de procreación, por parte de la mujer que ha dada en arrendamiento su vientre, la aplicación de una prueba presuncional de parto será admitida de manera preferente. En cuanto a la paternidad, la certeza jurídica puede derivarse de una prueba presuncional de matrimonio a concubinato, a de una sentencia que así declare en un juicio de investigación de filiación paterna.

"La paternidad es siempre una presunción jurídica iuris tantum, admite prueba en contrario. Surge con certeza relativa dentro del matrimonio. Pater is est quem justae nuptiae demonstrant, el hijo de mujer casada es hijo del marido de su madre. La paternidad habida fuera de matrimonio es incierta por principio y solo puede establecerse por reconocimiento voluntario por parte del padre a por sentencia que así lo declare en un juicio de investigación de la paternidad".¹⁸

La presunción de matrimonio o concubinato, de acuerdo con los artículos 324 y 383, puede determinar la filiación de los hijos, sin embargo, la certeza que otorga dicha presunción es relativa pues siempre admite prueba en contrario.

Artículo 324. "Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la ex cónyuge. Este término se contara en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

Artículo 340. "Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos dentro del concubinato;

¹⁸ Ibidem. Pág. 267.

II.Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que ceso la vida común entre el concubinario y la concubina".

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 tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

Como se puede observar en estas dos disposiciones, el matrimonio y el concubinato pueden llegar a crear una certeza jurídica de filiación para los hijos que hayan nacido dentro de dichas relaciones, a dentro de los trescientos días siguientes en que se disolvió o ceso cada una de ellas, respectivamente. Sin embargo, en el caso del matrimonio, contra la presunción antes indicada pueden admitirse pruebas como la de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante Los primeros ciento veinte días de as trescientos que preceden al nacimiento, así como aquellas de avance científico. Es por ello, que la certeza en estos casos es relativa, pues existen otras pruebas que pueden destruir la ya obtenida a través de las presunciones antes indicadas.

La sentencia en juicio para investigación de paternidad o maternidad, otorga certeza jurídica filiatoria, y puede surgir con motivo de una impugnación de paternidad o maternidad, o de un reconocimiento de los hijos.

Refiriéndose a la impugnación, esta podrá promoverse en las cuestiones relativas a la paternidad del hijo, nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; sin embargo, en el caso de los métodos de fecundación asistida, dicha acción no prospera cuando el cónyuge haya consentido en ello. Se puede decir que la certeza jurídica en este caso existe a través de la sentencia que dicte la autoridad

competente, sobre la paternidad que corresponde a una persona frente a sus hijos.

La impugnación de paternidad, por parte del cónyuge varón no podrá darse cuando este alegue adulterio de la madre aunque esta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento; ni en el caso de que hubiese dado su consentimiento expreso para la utilización de técnicas de fecundación asistida, en la procreación de sus hijos, durante el matrimonio. De este modo la ausencia de posibilidad de impugnación de paternidad, por parte del cónyuge varón, en los dos casos mencionados con anterioridad, nos precisa el reforzamiento de la filiación y con ello la existencia de una certeza jurídica sobre dicha relación.

Respecto del reconocimiento, Rojina Villegas lo define como "el acto jurídico unilateral, plurilateral, solemne, irrevocable, por virtud del cual se asumen, por aquel que reconoce y a favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación".¹⁹

El reconocimiento de los hijos el artículo 360 del citado código civil establece: "La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare". El reconocimiento hecho por uno de los padres producirá efectos solamente para él y no para el otro progenitor. Una vez declarado el reconocimiento, este no podía ser revocado por quien lo hizo, y si se realiza mediante testamento, cuando este se revoque, no se tiene por revocado dicho reconocimiento.

Artículo 352. "El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, aunque éste se revoque, no se tiene por revocado aquél".

¹⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. "Introducción, Personas y Familia". Vigésima Edición. Porrúa. México. 1984. Pág. 502.

Con relación al carácter irrevocable del reconocimiento de hijos, este proporciona tanto para estos como para el padre y/o la madre una mayor certeza jurídica filiatoria que la que se presenta en el caso de la derivada de presunciones. Pues el reconocimiento filiatorio al no poder ser revocado, una vez declarado en sentencia, hace que se asegure dicha relación entre quien reconoce y el reconocido. A pesar de la anterior, existen dos circunstancias que pueden hacer que quede sin efecto dicha relación jurídica filiatoria, por un lado el hecho de que el hijo reconocido pueda reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad, y por otro lado la falta de consentimiento de la madre o el padre para tal reconocimiento.

Artículo 362. "Para el reconocimiento de un hijo menor de edad no se requiere el consentimiento de su tutor; pero el hijo reconocido puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad".

Artículo 364. "Cuando la madre contraiga el reconocimiento hecho sin su consentimiento, quedara aquel sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente".

En estos dos supuestos, si bien puede existir una certeza jurídica filiatoria para quienes realizan este reconocimiento de hijos, en un grado mayor al que otorgan las pruebas presuncionales, no existe la plena seguridad de que esta relación pueda perdurar. Por ello, esta certeza jurídica filiatoria, en cuanto al tiempo, es relativa en su duración.

Otra cuestión que puede terminar con la certeza jurídica filiatoria derivada del reconocimiento de hijos es precisamente la nulidad de dicho reconocimiento. Otra prueba establecida en nuestro Código Civil para el Estado de Tabasco que puede otorgar al padre y/o madre una certeza jurídica en el reconocimiento de una relación de filiación con sus hijos, es la conocida como posesión de estado de hijo.

El artículo 348 del mencionado código civil, Pueden reconocer a sus hijos, los que tengan la edad mínima exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

Así como existen supuestos que pueden terminar con una certeza jurídica respecto de una relación de filiación entre padres e hijos, hay casos en los que se hace imposible la destrucción de dicha certeza, como: en el dicho de la madre para excluir la paternidad al padre; en la declaración de nulidad de matrimonio, habiendo buena o mala fe de los cónyuges al celebrarlo; y en la condición de hijo que solo puede perderse por sentencia ejecutoriada.

Artículo 326. “No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo favorecido por las presunciones establecidas en el artículo 324”.

Artículo 346. "Si ha habido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos. Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto a los hijos”.

Artículo 379. “La posesión de estado de hijo no puede perderse por quien la tiene ni por sus descendientes, sino por sentencia ejecutoriada, la cual admitirá los recursos que den las leyes, en los juicios de mayor interés”.

Por último podemos decir que la certeza jurídica respecto de la relación filiatoria puede existir desde la concepción de los hijos, siempre que se presenten las pruebas necesarias establecidas en la ley, para probar dicha filiación. Pues aun cuando en algunas situaciones existe una certeza relativa de dicha relación filiatoria entre padres e hijos, ésta puede llegar a ser completa cuando utilizando los medios de prueba, legalmente aprobados al caso, se comprueba el verdadero vincula, sin que pueda quedar duda del mismo.

2.3 LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Los avances científicos en materia de procreación han otorgado a la humanidad el remedio a aquellos problemas fisiológicos que por distintas causas les impedían tanto a hombres como a mujeres una reproducción natural. Precisamente un avance en la ciencia lo constituye la reproducción asistida, método científico que otorga a las personas impedidas para procrear a sus hijos de una manera natural, la posibilidad de hacerlo de una forma artificial. El ámbito jurídico ha iniciado a legislar, en los diferentes sistemas jurídicos del mundo, esta forma de procreación a través de disposiciones que permiten su aplicación. Particularmente nuestro país regula a esta técnica artificial reconociéndola como un tipo de parentesco consanguíneo del que se derivan consecuencias jurídicas filiatorias entre padres, que han consentido en utilizarla, y sus hijos concebidos de este modo.

2.3.1 CONCEPTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La reproducción asistida, es una forma de procreación humana que permite a las personas; con problemas fisiológicos o personales distintos de los primeros que les impiden concebir a sus propios hijos de manera natural mediante el acto intersexual; concebir asistidos por un método, procedimiento o técnica medico científica determinada y aplicable según el caso particular como: inseminación artificial, fecundación in vitro o arrendamiento de vientre. Tratadistas de Derecho Civil han escrito sobre este tema en particular, ubicando a la reproducción asistida como una figura más que debe ser regulada en materia familiar.

Delia Ligo de Quiediello, Lea Mónica Levy y Adriana Mónica Wagmaister escriben sobre este tipo de reproducción humana entendiéndola como asistida por el hecho de que no se ha dado como resultado exclusivo de una unión intersexual, sino a través de la aplicación de ciertas técnicas medico científicas que la hacen posible. Dicho concepto abarca distintos métodos, como aquellos en los que se llega a la concepción sin copula y otros que no la descartan pero que requieren la

intervención médica para que pueda darse el embarazo.²⁰

Para definir a la reproducción asistida Manuel F. Chávez Asencio pone como punto de referencia a la concepción, mencionando que esta supone a la asociación entre el coito y la inseminación; hechos naturales que no pueden separarse; sin embargo se ha dado la separación con la posibilidad de que una pueda producirse la segunda sin la unión sexual a través de la inseminación y la concepción artificial en cualquier mujer, este o no casada, hubiere o no convivido con un hombre, lo que en un aspecto medico comprende tres pasos: Recoger el semen, la inseminación y la concepción.²¹

María Jesús Moro Almaraz, para la exposición de este tema considero llamar a esta figura como fecundación asistida, no artificial; por un lado fecundación porque está de acuerdo de que se trata de un proceso natural que consiste en la unión del gameto femenino con el masculino, y asistida porque surge gracias a la intervención de un especialista mediante procedimientos técnicos. Sin embargo, le parece que el calificativo de asistida le parece da amplitud a las conclusiones que pueden aplicarse a cualquier método descubierto para salvar problemas de esterilidad y conseguir la fecundación al margen de la realización del acto sexual.

22

Como se puede observar, el concepto de reproducción asistida aun no ha podido ser determinado por la doctrina jurídica, pues aun cuando existe un estudio sobre esta forma de procreación humana medico científica se sigue considerando como un medio no natural al que se le otorga la calidad de artificial, sin que pueda darse una definición concreta de la misma.

20 Cfr. Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo III. Universidad. Buenos Aires. 1994. Pags.551 y 552.

21 Cfr. CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. "Relaciones Jurídicas Paterno Filiales". Cuarta Edición. Porrúa. México. 2001. Pág. 23.

22 MORO ALMARAZ, María Jesús. Aspectos civiles de la inseminación Artificial a fecundación In Vitro. Librería Bosch. Barcelona. 1988. Pág. 50.

Esta falta de definición doctrinal jurídica puede tener su cauce en que se trata de una invención médica científica reciente y a la existencia de diferentes métodos que contienen dicha reproducción que si bien están determinados en dicha ciencia no así en el derecho.

Es necesario señalar que, nuestro sistema jurídico mexicano en materia civil no establece disposición alguna que otorgue a este procedimiento de reproducción un concepto que permite identificar en qué consiste específicamente.

2.3.2 DIVERSAS CARACTERÍSTICAS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La reproducción asistida además de ser un avance científico se ha convertido en una figura jurídica, pues en la actualidad se encuentra integrada en las legislaciones de algunos países que la han aceptado como una forma más de reproducción humana. Las características esenciales, que de forma integral hacen a esta técnica como asistida diferente de la natural, han sido otorgadas por el medio medico-científico.

En el ámbito jurídico, por un lado nuestra legislación civil, ha establecido a este tipo de reproducción con el carácter de parentesco consanguíneo, del que se derivan efectos jurídicos, principalmente el de filiación. Por otro lado, la doctrina jurídica la reconoce como un acto jurídico. A continuación se enlistan las características científicas y jurídicas de este método de procreación.

Las Reproducción Asistida tiene las siguientes características:

❖ Científicas:

- Es una forma de procreación humana.
- Es asistida de un método determinado medico-científico.
- Es aplicado a personas con problemas fisiológicos y causas personales que les impiden procrear a sus hijos

❖ Jurídicas:

- Es una forma de parentesco consanguíneo.
- De ella se deriva una relación filiatoria.
- Es un acto jurídico,

La reproducción asistida es una forma de procreación humana, pues su objetivo se dirige principalmente a lograr, como medio alternativo, la fecundación de un hijo para quienes no pueden tenerlo de manera natural. Con ello se pone remedio tanto a causas de infertilidad (irreversibles) de las personas en pareja o sin la existencia de esta, como aquellas particulares de las personas que sin problemas fisiológicos la utilizan para concebir a sus hijos sin que exista relación sexual con otra persona. Es asistida de un método determinado medico-científico, porque se trata de un conjunto de pasos que para llegar a la concepción se realizan con la intervención de un especialista, y que dependerá del caso que presente la persona a la que va a ser aplicada alguna de las técnicas específicas que conforman a la reproducción asistida.

Por esto anterior es preferible utilizar el calificativo de asistida y no de artificial, pues este último se refiere a lo hecho por el hombre en oposición a lo natural, "Pero como no se trata de reemplazar químicamente el material genético de la pareja, sino de que los profesionales de la medicina colaboren para lograr la fecundación, es preferible calificarla como asistida".²³

Es un método que puede ser aplicado a personas con problemas fisiológicos y a aquellas que sin estos por otras causas se encuentran impedidos Para procrear a sus propios hijos. Es necesario precisar que en un principio esta forma de reproducción tenía como finalidad terminar con aquellas causas irreversibles de fecundación que tenía una pareja unida en matrimonio; sin embargo, actualmente

²³ Enciclopedia de Derecho de Familia. Ob. cit. P8g. 552.

otras personas que sin estar unidas por algún vínculo jurídico con otras, e incluso sin problemas fisiológicos que les impidan la fecundación requieren de este método científico para procrear a sus hijos. Sobre este último supuesto podemos mencionar el caso de una mujer soltera que precisa del elemento masculino (espermatozoide) para ella, o en el caso de un hombre que necesita de uno femenino (óvulo) y un vientre gestante.

La reproducción asistida es una forma de parentesco consanguíneo reconocida por nuestra legislación en cuanto que el segundo párrafo del artículo 288 del Código Civil para el Estado de Tabasco establece: "También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan". Como podemos observar, esta disposición exige que para que exista parentesco consanguíneo entre el hijo producto de este método de procreación y quienes la utilizan se requerirá de un consentimiento previo de estos últimos.

Otra característica de la reproducción asistida se deriva del primer vínculo reconocido por la ley, que es el de la filiación que existe entre el hijo concebido de esta manera y la persona o Las personas que han consentido en utilizar esta técnica de procreación; y que al igual que en los casos comunes, de esta relación se derivan consecuencias jurídicas filiatorias. La reproducción humana asistida es un acto jurídico en cuanto a de ella se derivan deberes y derechos entre las personas que intervienen para lograr esta forma de concepción.

2.3.3 LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU NATURALEZA JURÍDICA

La ubicación en el campo jurídico, de una figura nueva derivada de un avance científico no ha sido complicada para la doctrina, quien ha pretendido situarla dentro del Derecho de Familia como un acto jurídico.

Concertamos que dicha pretensión es acertada por cuanto se trata de un acto que concierne principalmente a una familia, no solo conformada de padre y madre

(dentro o fuera de matrimonio) sino de parientes que la conforman para el caso de una persona soltera, y de la que se emanan derechos y obligaciones de este tipo.

La reproducción asistida es un acto jurídico, pues de su aplicación pueden derivarse consecuencias jurídicas (derechos y obligaciones) que se desprenden de las vanas relaciones jurídicas que existen entre las personas que han consentido en su ejecución, a través de un contrato formal. "Se trata de un contrato plurilateral en el que intervienen los consortes y también el médico que realiza la intervención quien verifica que se hayan reunido los requisitos legales y médicos necesarios".²⁴ Sin embargo, podrán ser o no consortes los que tengan el objetivo de crear una relación filiatoria entre ellos y sus hijos concebidos mediante alguno de los métodos que conforman la reproducción asistida.

2.3.4 LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SU CLASIFICACIÓN

La reproducción asistida se puede clasificar dependiendo de los métodos determinados y aplicables a cada caso particular de infertilidad o de condiciones de estado familiar de una persona, en:

- Inseminación artificial.
- Fecundación In Vitro.
- Maternidad sustituta o arrendamiento de vientre.

La inseminación artificial consiste, "básicamente en el depósito de semen (fuera del marco de una relación sexual) realizada por parte de un especialista (médico ginecólogo) en los genitales internos de una mujer. Con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización, si se produce, ocurra en el lugar y de la forma habitual".²⁵

²⁴ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Ob. cit. Pág. 58.

²⁵ LEMA ANON, Carlos. Reproducción. Poder y Derecho. "Ensayo filosafico-jurldico sobre las técnicas de reproducción asistida". Trotta. Madrid. 1999. Pág. 35.

De la anterior definición se puede concluir que efectivamente la inseminación artificial es uno de los métodos que se pueden asimilar de reproducción asistida, pues se requiere para su práctica de la intervención de un médico especialista en ginecología quien tendrá como propósito ayudar a que se realice la concepción entre un espermatozoide y un óvulo (de una pareja dentro o fuera del matrimonio o de una persona soltera ya sea hombre o mujer), que no será resultado de un acto intersexual, que después será introducido en el vientre de una mujer para que continúe su desarrollo en el lugar y en la forma habitual.

La inseminación puede ser de dos tipos: homologa o heterologa, dentro o fuera del matrimonio, dependiendo de la procedencia del semen. La inseminación homologa (se refiere a la inseminación realizada con semen de un individuo de la misma especie que la inseminada), es aquella que se practica dentro o fuera del matrimonio con elementos de la pareja que lo forma, esto es con el espermatozoide del marido o concubinario con el óvulo de la esposa o concubina. La inseminación heterologa (se refiere a la inseminación realizada con semen de una especie distinta), es aquella que se realiza dentro o fuera del matrimonio con elementos extraídos (semen de un donante, hombre o mujer, conocido o anónimo) al matrimonio o concubinato ya sea el elemento masculino, femenino o ambos, que son implantados en la esposa o concubina.

Otro tipo de inseminación y fecundación puede practicarse después de muerto un cónyuge por; "inseminación homologa practicada en la esposa con semen del marido, después de fallecido este. Fecundación in vitro del óvulo de la esposa, adecuadamente conservado, después de su fallecimiento, con semen del marido".²⁶

Algunos de los agentes fisiológicos o psicológicos que impiden o dificultan la copula son: la inaccesibilidad de los espermatozoides al paso genital femenino; la

²⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Ob. cit. Pág. 24.

selección necesaria de espermatozoides que se encuentran en una mala calidad.

La inseminación artificial con semen de tercero, puede presentarse cuando existe esterilidad masculina por causas desconocidas, para evitar transmisión de enfermedades hereditarias, o para el caso de mujeres solteras.²⁷

La fecundación in vitro es un procedimiento de técnica medico científica por medio de la cual se da precisamente la fecundación de los gametos masculino y femenino (el espermatozoide y el óvulo, respectivamente) de manera extracorpórea, fuera del claustro materno, en un laboratorio que simula el espacio de las Trompas de Falopio. Posteriormente se realiza la transferencia del embrión al útero de la mujer que se "designa la operación de traslado del producto de la fecundación, el embrión, al útero materno donde, si la implantación se logra, seguirá su curso el embarazo hasta el nacimiento."²⁸

La fecundación in vitro, según la definición anterior, tiene el carácter de asistida en cuanto a que las personas que quieran practicarla necesitaran de la participación de un especialista que logre la fecundación de un óvulo con un espermatozoide en un ambiente de laboratorio, fuera del claustro de la mujer. Una vez logrado lo anterior y se tenga un embrión, deberá ser implantado con posterioridad en el útero de la misma mujer, soltera o de la pareja que solicito dicha técnica.

El ultimo método de reproducción asistida es el arrendamiento de vientre o maternidad sustituta, que tiene dicha característica por que al igual que las anteriores se requiere de la presencia de un médico especialista que logre la fecundación de dos gametos fuera del seno materno; y que implante al embrión en una mujer distinta de la solicitante para que lo gaste en su vientre.

²⁷ Cfr., LEMA ANON, Carlos. págs. 36-38.

²⁸ MORO ALMARAZ, María Jesús. Ob. cit. Pág. 52,

En este caso, una mujer mediante acuerdo se obliga a gestar el hijo de una pareja o de una persona soltera, a entregarlo a aquellos una vez que nazca el producto, y a no reclamar maternidad sobre el mismo.

CAPITULO III

ARRENDAMIENTO DE

VIENTRE

CAPITULO III

ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

La ciencia médica en materia de procreación otorga a las personas con problemas de infertilidad o de otro tipo en particular, medios eficaces para dar solución a los mismos mediante las conocidas técnicas de reproducción asistida. El arrendamiento de vientre es una de dichas técnicas, de cuyo estudio y aplicación no solo se ha preocupado la medicina sino también el Derecho.

A través de la exposición que se muestra en el presente capítulo, se dará a conocer en términos generales en qué consiste el arrendamiento de vientre, tanto en el ámbito de la medicina como en el jurídico. Además, se precisarán las disposiciones, de nuestra legislación vigente mexicana, que implícitamente refieren a esta figura en su calidad de método de reproducción asistida.

3.1 ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

La aplicación en medicina del arrendamiento de vientre, como un avance científico para remediar problemas de procreación humana, ha trascendido al campo doctrinal jurídico, cuyo objetivo se centra en el estudio de las implicaciones jurídicas que traería consigo la práctica de dicha técnica.

3.1.1 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL ÁMBITO MEDICO

Las investigaciones realizadas por algunos doctores de la medicina en materia de reproducción humana no natural, están encaminadas principalmente a remediar problemas de infertilidad en los seres humanos mediante diferentes técnicas según el caso en particular. El arrendamiento de vientre, ha sido colocado por los estudiosos de la medicina como una más de aquellas técnicas de reproducción asistida. Para una mejor comprensión de esta forma de procreación asistida, daré a conocer, con base en algunos estudios médicos, el concepto, la práctica y elementos que se utilizan en la misma, así como la opinión ética que sobre este método existe en dicho ámbito.

3.1.1.1 CONCEPTO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

El arrendamiento de vientre en la ciencia médica se considera como una técnica cuyo objetivo principal radica en remediar el problema de la falta de procreación causada por una patología ocurrida en el útero materno. Dicha práctica ha sido definida dentro de este ámbito como una gestación subrogada porque consiste en implantar el embrión, resultado de una fertilización in vitro, en una paciente que llevará la gestación hasta su término sin tener relación materna con el

producto, es decir, sustituye a la madre que no ha podido concebirlo de forma natural en su propio vientre.

A continuación cito el concepto que tienen algunos médicos, especialistas en materia reproductiva humana, sobre el arrendamiento de vientre.

Efraín Vázquez Benítez define al arrendamiento de vientre como una gestación subrogada que se da "cuando la fertilización se hace en el laboratorio con un óvulo y un espermatozoide de quienes solicitan la subrogación para que una paciente lleve el embarazo a término".²⁹

Javier Marco y Martha Tarasco explican que la técnica de arrendamiento de vientre: "Esta indicada cuando no se puede gestar a término por malformaciones del Útero o por haberse extirpado debido a patologías previas, y en casos de abortos repetidos, aunque los gametos sean normales. En estos casos de esterilidad femenina, se obtienen los gametos del marido y la mujer, se fecunda in vitro, y los embriones se transfieren a una madre sustitutiva que completa la gestación".³⁰

El Informe Warnock, del Report of the Committee of Inquiry in to Human Fertilisation and Embriology', refiere al arrendamiento de vientre como "la técnica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con intención de entregárselo después de su nacimiento. Puede llevarse a efecto por diferentes combinaciones. La mujer que contrata a otra portadora puede ser la madre genética, si pone el óvulo; pero puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente".³¹

El ámbito de la medicina, como podemos observar en los conceptos anteriores, se ha decidido destacar que es la gestación el objetivo principal del arrendamiento de vientre como una técnica de reproducción asistida. Es por ello, que la sustitución no deriva en el vientre como un espacio de desarrollo para el producto, sino en el acto de gestación integral para aquel que debe realizar la madre subrogada.

²⁹ Vázquez Benítez, Efraín, Medicina Re reductiva en México. JGH Editores. México. 1999. Pág. 389.

³⁰ MARCO, Javier, y Martha Tarasco. Diez temas de Reproducción Asistida. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid. 2001. Pág. 33.

³¹ Cit. por. MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegiu. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español. Bykinson, Madrid. 1994. Págs. 19 y 20.

3.1.1.2 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SU PRÁCTICA

El arrendamiento de vientre en la ciencia médica precisa un procedimiento que consiste en: la fecundación del óvulo con el espermatozoide de la persona o pareja solicitante, o con algún elemento extraño a la misma, de un donante, fuera de una relación coital, en un laboratorio; la implantación o transferencia, previa manipulación y segmentación de embriones, en el útero de una mujer distinta a la legal para la gestación del producto; y por último el parto que tendrá como consecuencia el nacimiento del concebido y la entrega del mismo a la madre y/o el padre solicitantes.

A este respecto José María Guerra Flecha explica que en su aspecto médico el arrendamiento de vientre; conocido como gestación subrogada; como una técnica, consiste en la fecundación de dos tipos celulares, el ovocito y el espermatozoide, fuera del seno materno e implantado en el útero de una mujer en la que se originara la gestación de un ser humano, en nombre y por comisión o encargo de otra a quien se le entregara el recién nacido como madre propia.³²

La reproducción humana mediante la técnica de arrendamiento de vientre se realiza, como ya se expuso con anterioridad, mediante un procedimiento conformado de pasos específicos: fecundación in vitro, transferencia o implantación del embrión, gestación y parto; y que para un mejor entendimiento de los mismos explicare en qué consiste cada uno de ellos.

En este primer paso de la fecundación in vitro, se realiza la fusión de los gametos masculino y femenino (espermatozoide y óvulo) para la formación de un embrión; con un genotipo distinto al de su padre y madre, pero con posibilidades de un desarrollo homogéneo; "mediante procedimientos que se ejecutaran en un tubo de ensayo o en otro equivalente"³³ en un laboratorio. Además de que comprende la manipulación de embriones, es decir, el tratamiento de los embriones con fines procreativos.

Sobre este particular, y con un lenguaje técnico, C.R. Austin menciona que es un procedimiento sencillo en principio pero complejo en detalle, en el que se da la obtención de ovocitos (óvulos) del ovario después de un tratamiento hormonal preliminar a la paciente para inducir la maduración de los folículos (conductos).

³² Cfr. GUERRA FLECHA, José María, et. Al. Procreación humana asistida: aspectos técnicos éticos y legales. Universidad Pontificia Comillas. Madrid.1998. Págs. 47 y 147.

³³ GAFO, Javier. Nuevas Técnicas de reducción Humana. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 1986, Págs. 199, 201

Una vez ocurrido lo anterior, se extraen los oocitos con la ayuda de un laparoscopia y se colocan en un medio de cultivo adecuado para su fertilización posterior, y los embriones se cultivan durante los primeros días de su desarrollo.³⁴

La transferencia e implantación del embrión, es la transmisión del embrión al útero de la madre subrogada, previa la segmentación o determinación del embrión fecundado. "Es la base del proceso 24-48 horas después de la fecundación, el embrión es transferido por una cánula o catéter al interior del útero, donde se realice por si solo el proceso de anidación y continua su ulterior desarrollo embrionario".³⁵ Como sinónimo de anidación Javier Gafo explica que la implantación es el "proceso por el cual el embrión se une a la pared del útero y comienza a introducir en la misma unas a modo de prolongaciones denominadas vellosidades coriónicas".³⁶ La gestación, es la etapa de desarrollo del embrión dentro del útero de la madre subrogada, hasta su nacimiento. Sobre esta cuestión en particular, los estudiosos de la reproducción humana destacan el momento en que un ser humano tiene vida humana.

La vida humana empieza generalmente en la fertilización (concepción), aunque algunos opinan que en implantación (cerca del séptimo día del embarazo). Durante la novena semana el embrión con menos de 5 cm. de longitud, empieza a parecerse a un ser humano en potencia. La primera percepción de movimiento fetal durante el cuarto o quinto, también recibe mención especial. Durante todo este periodo depende de la madre por completo. Los fetos tienen existencia independiente aproximadamente a las 24 semanas de vida intrauterina; es decir, que pueden sobrevivir si son separados de su madre por parto prematuro, en el diez por ciento de los casos siempre que reciban atención hospitalaria especializada. A las 28 semanas la mayoría de los fetos nacidos prematuramente tienen la capacidad de llevar una existencia independiente con cuidados especiales.³⁷

El parto, "es el conjunto de fenómenos que se producen al final del embarazo y que ocasionan la expulsión de la cavidad uterina del feto y de la placenta con las membranas ovulares".⁵⁵ Esto trae como consecuencia la entrega del producto a los padres solicitantes.

³⁴ Cfr. C. R. Austin y Short R. V. Control artificial de la Reproducción. Vol. 5. Ediciones científicas La Prensa Medica Mexicana, S. A. México. 1982. Pág. 149.

³⁵ GUERRA FLECHA, José María, et. al. Ob. cit. Pág. 164.

³⁶ GAFO, Javier. Ob. cit. Pág. 179.

³⁷ Cfr. C. R. Austin y Short R. V. Ob. cit. Págs. 146 y 147.

La práctica del arrendamiento de vientre en la medicina reproductiva; de acuerdo con lo anteriormente expuesto; requiere de la asistencia especializada de un profesional en materia de reproducción humana no natural que se encargara de efectuar mediante un procedimiento de laboratorio la fecundación, transferencia e implantación del embrión en el vientre fértil de una mujer que sustituirá a la verdadera madre en la gestación del producto, superando con ello la causa que le impedía la procreación de un hijo en su propio vientre.

3.1.1.3 LA OPINIÓN ÉTICA SOBRE EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

En este punto se dará a conocer la opinión ética, que se expresa en el ámbito de la medicina sobre la práctica de la maternidad subrogada o arrendamiento vientre. Algunos doctores de la medicina han expresado que por cuestiones de patología la práctica de dicha técnica debería ser considerada como buena; otros que por derecho de reproducción no solo tendría que permitirse la ejecución en personas unidas en pareja sino también en las solteras, pues es un derecho que les corresponde y que les otorga el Estado. Por otro lado algunos opinan severamente que el arrendamiento de vientre debe prohibirse porque afecta al hijo en su dignidad como persona.

Acerca de la ética C. R. Austin expresa que esta depende básicamente de la definición de los términos bueno o malo, y el sentido común ético sostiene que las acciones se describen como buenas si al que las efectúa le produce un estado mental de felicidad, o malo produce sentimientos contrarios. Ese juicio de valores corresponde claramente a la experiencia emocional obtenida con la satisfacción o la negación de las necesidades instintivas; las similitudes entre la ética y la psicología del comportamiento continúan en la esfera social. La evaluación moral de los actos, en el contexto social, toma en cuenta que lo actos que les proporcionan felicidad a unos individuos, a otros pueden serle perjudiciales, y estatuye formalmente la necesidad de modificar comportamiento individual dentro del grupo que lo rodea.³⁸

Javier Gafo, por otro lado, opina que biológica y medicamente podría ser aceptada de manera muy restringida y con algunas condiciones, con indicaciones precisas, cubiertas perfecta y totalmente por la ley, en casos de:

- "Grave enfermedad de la pelvis que no puede operarse.

38 Cfr. C. R. Austin y Short R. V. Ob. cit. Pág. 142.

- Carencia de útero: de forma congénita (síndrome de Rokitanski) o porque ha sido extirpado (histerectomía).
- Abortos de repetición (infertilidad)
- Afección o enfermedad que desaconseje medicamente el embarazo".³⁹

Soto Lamadrid expresa su preocupación por la situación de infertilidad que puede sufrir una mujer al enumerar algunas causas patológicas que le impiden a una mujer ser capaz de lograr la viabilidad fetal por la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos, una vez que han sido logrados. Dichas causas orgánicas pueden ser múltiples y complejas como: Endocrinas (defectos en el sistema neurohormonal, la diabetes, el hipertiroidismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales), procesos tóxicos infecciosos (alcoholismo, la drogadicción, la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopatía), uterinas (malformaciones, tumores, incompetencia ístmico-cervical, hipoplasia uterina, encometritis y sinequias) y inmunológicas (los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye un homoinplante, que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido). Los factores psicogenos, influyen notablemente en el fenómeno de la infertilidad.⁴⁰

De acuerdo con las opiniones éticas anteriores, el arrendamiento de vientre solo se admitiría en la práctica médica en el caso de que por enfermedad una mujer no pudiera gestar a sus propios hijos. Jorge Kiper hace referencia a la Revista de Ginecología y Reproducción (Vol. 4. no. 2, junio 1994) para citar las recomendaciones que hace la Federación internacional de Ginecología y Obstetricia sobre la práctica de la sustitución materna, y precisa que: aun existen reservas para la práctica de la sustitución, pues viola valores familiares; solo puede aplicarse en casos limitados, de acuerdo con la opinión mayoritaria; debe protegerse por principio ético a la madre sustituta para que no sea explotada por su situación socioeconómica, debiéndose respetar su autonomía, sin que el acuerdo de la sustitución sea comercial; que los médicos que conduzcan en forma individual la sustitución deben tener una previa aprobación del comité de ética y deben ser supervisados de forma estricta; y por último se deben atender por completo las leyes del país en el que se realice informando a los participantes sobre la posición legal.⁴¹

³⁹ GAFO, Javier, Ob. cit. Pág. 93.

⁴⁰ Cfr. SOTO LAMADRID, Biogenética, filiación y delito. "La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho". Editorial De Palma. Buenos Aires. 1990. Pág. 315 y 316.

⁴¹ Cfr. KIPER, Jorge. La justicia en la sociedad que se avecina. "La fecundación asistida", Tomo. Editorial Losada. Argentina. 1996. Págs. 83 y 84.

Las recomendaciones antes expuestas comprenden, además de una opinión, las bases a seguir para que la práctica del arrendamiento de vientre se realice conforme a la ética médica y el orden jurídico del país en que se ejecute. Esto con el objetivo de proteger a quienes participan como padres solicitantes y a la mujer sustituta en cuanto a las repercusiones biológicas y legales que puedan surgir respecto de cada uno. Además de que, se expresa la responsabilidad que recae sobre el médico que pretende llevarla a cabo, en cuanto a una previa aprobación de un comité de ética, así como una supervisión en este acto, para que no se afecte la integridad tanto de la madre biológica como de los padres legales. Por esto, podemos mencionar que la práctica de la gestación subrogada sería aceptada en el ámbito de la medicina siempre que se sigan las recomendaciones anteriores.

Afortunadamente, este tipo de contratos está prohibido en la mayoría de los países, expresan el mismo Javier Marco y Martha Tarasco pues, por un lado se considera una práctica aberrante, que se realiza ilegalmente, tener que arrancar a una madre biológica su hijo recién nacido para dárselo a otra en virtud de un contrato. Por otro lado, porque existen madres genéticas que no son capaces de aceptar psicológicamente al niño tan deseado unos meses antes, que no quieren aceptarlo por malformaciones, por dudas de que no proceda del embrión trasplantado, o por incumplimiento de la madre subrogada y su marido de las cautelas prometidas.⁴²

Acerca de lo anterior Efraín Vázquez Benítez indica: "...se debe tomar en cuenta que la tecnología de la RA ha sido desarrollada como parte de, la terapéutica para resolver el problema de infertilidad de una pareja heterosexual y que se aplica cuando está indicada o cuando han fallado los métodos terapéuticos tradicionales. Desde mi punto de vista, todo aquello que se sale de este marco de referencia perfectamente establecido, no es el médico quien debe resolverlo y, en todo caso, es la sociedad la que se podrá pronunciar en la validez o no de aplicar las técnicas de RA en una mujer soltera o en una pareja de homosexuales".⁴³

Hasta este momento sabemos que un médico sería capaz profesionalmente para realizar la técnica del arrendamiento de vientre; sin embargo, según las dos anteriores opiniones citadas, por un lado un contrato para la procreación un hijo sería cruel en el sentido afectivo para la madre legal y la subrogada pues para las dos existirían dudas respecto a quién pertenece realmente el nuevo ser.

42 Cfr. *Ibidem*. Pág. 34.

43 VÁZQUEZ BENÍTEZ, Efraín. Qb, cit. Pág. 389.

Por otro lado, la necesidad de intervenir en la solución de esos problemas no se encuentra dentro de la esfera de los médicos sino en la sociedad misma.

Por lo que, de acuerdo a lo expresado, corresponde al derecho y no a la ciencia médica ocuparse de las consecuencias que esta práctica necesita para su óptima ejecución. Las técnicas de reproducción asistida alteran el sistema natural de transmisión de la vida, pues no es fruto de la expresión del amor de la unión de los esposos, sino de una técnica en la que intervienen un conjunto de personas que manipulan embriones, los seleccionan, los trasplantan, los congelan, los donan, y los someten a un control de calidad. En estas técnicas se antepone el deseo de ser padres sobre el derecho del hijo a ser procreado de forma digna, con una esencia y naturaleza de persona, con padres conocidos y ser formado en una familia.⁴⁴

Respecto de esta opinión, se puede mencionar que al parecer las técnicas de reproducción asistida rompen con una unión natural de amor entre padres, solicitantes en el caso del arrendamiento de vientre, y su hijo procreado, por tratarse de una técnica de laboratorio en donde únicamente existe un procedimiento. Además, porque se da mayor importancia al derecho de procreación de los padres y no así a la dignidad del hijo como persona. Es decir, que, esta sería una de las causas por las que no debe llevarse a la práctica dicho arrendamiento. Por todo lo anteriormente expuesto, puedo precisar que si bien la ciencia médica se encuentra preparada para elevar a la práctica el arrendamiento de vientre, existe una limitante que le impide esto, me refiero a la ética profesional que cubre este ámbito. Dicha ética comprende primordialmente la decisión de realizarla; tanto en casos de enfermedad que causa infertilidad en la mujer y aun cuando no se presenten estos; enfrentando lo bueno o lo malo que pudiera traer como consecuencia, como lo es la responsabilidad médica de proteger al producto de la concepción en el caso de que se presente un conflicto de maternidad, por la falta de una solución de este hecho en el orden jurídico de algunos países.

3.1.2 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SU ÁMBITO JURÍDICO

El ámbito jurídico, en el que se desarrollo el estudio del arrendamiento de vientre, tanto doctrinal como legislativamente se encuentra solamente plagado de opiniones acerca del mismo y de disposiciones que de manera implícita lo contienen, respectivamente.

⁴⁴ Cfr. MARCO, Javier, Y Martha Tarasco. ob. cit. Pág. 40.

Es por ello, que la exposición que se presenta en este punto está basada en aquellas consideraciones que sobre esta figura exteriorizan los doctores del derecho a través de sus estudios.

Además, corresponde anticipar que aun cuando se refiere a un régimen legal que puede corresponder a esta técnica de reproducción asistida, en el punto denominado Marco Legislativo del Arrendamiento de Vientre, no existe en la actualidad una regulación completa o suficiente que explícitamente señale al arrendamiento de vientre, con esta terminología.

3.1.2.1 OPINIÓN DOCTRINAL

La doctrina ha realizado un estudio sobre el arrendamiento de vientre, escaso en nuestro país, basado principalmente en análisis comparativos con otras figuras contractuales, los cuales traen como resultado reflexiones de esta técnica como un acto jurídico al que le corresponde la precisión de un concepto pero con terminología distinta, así como características, elementos, tipos y efectos.

3.1.2.1.1 CONCEPTO

El arrendamiento de vientre ha sido denominado por la doctrina de diversas formas como: maternidad sustituta o subrogada, alquiler de útero, gestación por madre suplente o subrogación de útero. A pesar de la terminología diferente utilizada por los estudiosos de dicha ciencia para nombrar esta figura, objeto de mi trabajo de tesis, coinciden en definirla no solo como una técnica más de reproducción asistida sino también como un acto jurídico derivado de un acuerdo de voluntades. A continuación transcribire ciertas definiciones que sobre esta figura otorgan algunos doctores del derecho.

Chávez Asencio lo denomina maternidad sustituta y la define como "un acto jurídico por el cual una pareja (a una persona sola) contrata con una mujer para que a esta se le implante el embrión humano en la matriz y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que a posteriori lo entregue a la pareja solicitante".⁴⁵

Lema Anon designa a esta práctica como madres por sustitución señalando que "consiste en un acuerdo por el que una mujer se compromete a llevar a cabo una gestación para una pareja, abandonando toda pretensión de maternidad al producirse el nacimiento, y permitiendo la adopción por parte de la pareja contratante".⁴⁶

⁴⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el Derecho. "Relaciones Jurídicas Paterno Filiales". Cuarta Edición. Porrúa. México. 2001. Pág. 74.

⁴⁶ LEMA ANON, Carlos. Reproducción, Poder y Derecho. "Ensayo filosófico jurídico sobre) las técnicas de reproducción asistida". Trotta. Madrid. 1999. Pág. 138.

Jaime Vidal Martínez, define al arrendamiento de vientre como una maternidad subrogada realizada mediante un acuerdo en el que una mujer fértil permite ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado que no es su esposo, y procrear un hijo; una vez que este ha nacido cede la custodia a favor del padre, renunciando a sus derechos materno filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo.⁴⁷

A través de cada uno de los conceptos que he transcrito podemos darnos cuenta que a pesar de las distintas denominaciones otorgadas al arrendamiento de vientre, este consiste en un contrato.

3.1.2.1.2 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SUS CARACTERÍSTICAS

La doctrina ha reconocido al arrendamiento de vientre, en materia de reproducción humana como una técnica; y en materia obligacional como un contrato, el que dentro de la clasificación de los mismos contratos ha sido considerado bilateral, oneroso o gratuito, de tracto sucesivo, formal e innominado. Además, en materia familiar por el efecto filiatorio que causa tiene el carácter de irrevocable.

A continuación se explican cada una de las características antes mencionadas, que insistimos solo son aplicables al arrendamiento de vientre con fundamentos doctrinales pues esta figura no tiene aun regulación específica, como un contrato, dentro de la legislación mexicana.

El arrendamiento de vientre tiene la característica de ser una técnica de reproducción asistida porque la procreación de un producto se logra no a través de una unión intersexual, sino mediante la aplicación de determinados procedimientos medico-científicos, con la asistencia de un médico especialista que los ejecuta, Sobre esta primera característica, Lledo Yague refiere que la Biomedicina de la reproducción humana, ante la imposibilidad física de tener generación procreación por esterilidad o infertilidad del sujeto de una relación de pareja y recurre como alternativa al empleo de técnicas de fecundación asistida, en las que el factor generativo queda separado de la relación coital, produciéndose la procreación con la necesaria intervención de un medico en este proceso causal de fecundacion.⁴⁸

Definiendo la procreación asistida Zarraluqui indica: "es la producida por la fecundación de igual

47 "VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Las nuevas formás de reproducción humana. "Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español" _ Cuadernos Civitas, Madrid. 1988. Pág. 180.

48 LLEDO VAGUE, Francisco. Compendio de Derecho Civil. "Familia". Dykinson. Madrid. 2000. Pág. 447.

clase, entendiendo por tal el conjunto de manipulaciones encaminadas a la fusión de un óvulo con un espermatozoide por medios distintos de la relación sexual".⁴⁹

El contrato de arrendamiento de vientre, según la doctrina, es un acto jurídico porque es un acontecimiento del hombre en donde intervienen dos o más voluntades, y que produce efectos jurídicos. Además de lo anterior, los doctores del Derecho al considerarlo un contrato le han otorgado dentro de la clasificación de los contratos, la característica de ser: bilateral, innominado, formal, de ejecución sucesiva, así como oneroso y gratuito.

Chávez Asencio expresa que el arrendamiento de vientre, definido por este como maternidad sustituta, sería un contrato innominado pues es conveniente evitar su referencia dentro de los contratos conocidos y considerarlo como contrato sin calificarlo; sería bilateral y complejo porque es un contrato en el que intervienen varias personas como la pareja solicitante, la madre sustituta y el esposo de esta; sería un contrato formal porque requiere de forma escrita; y por último de ejecución sucesiva ya que las prestaciones van ejecutándose durante la gestación, llegando a un término con la entrega del niño.⁵⁰

Resaltando solamente la característica de innominado de este contrato Martínez Pereda Rodríguez explica que: "se trata de un contrato innominado ello con abstracción de su ilicitud y de la nulidad de pleno derecho decretada por el legislador sobre tal acuerdo que no puede encasillarse ni purificarse con otras tradicionales figuras contractuales, porque se trataría de una figura innominada de carácter mixto, en cuanto participa de la locatio operis, de la locatio operarum, del mandato, requiere la colaboración de terceros, Centro sanitario y médicos, puede ser onerosa y gratuita, está sujeta en cuanto a su consecuencia a una condición mixta. En fin, la complejidad es muy grande y no permite su encuadre en las habituales figuras contractuales".⁵¹

En opinión de la doctrina, el arrendamiento puede tener la característica de ser oneroso o gratuito, dependiendo del compromiso adquirido en el contrato por quienes han solicitado dicho arrendamiento respecto a la prestación que deberán otorgar a la mujer gestante.

Con relación a estas características Martínez Pereda Rodríguez señala que la maternidad subrogada permite las modalidades de ser gratuita u onerosa en cuanto a que puede suscitarse

49 ZARRALUQUI, Luis. Procreación Asistida Derechos Fundamentales. Tecnos. Madrid. 1998. P69.133,

50 Cfr. CHAVEZ ASECJO, Manuel F. Ob, cit. Pág. 75,

51 MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegiu. La maternidad portadora subrogada o de encargo en el derecho español. Bykinson. Madrid. 1994. Pág. 135 y 136.

el hecho de que la operación pierda su carácter altruista y desinteresado (gratuito) cuando además de los gastos médicos, de asistencia, alimentarios a la gestante durante el embarazo se le retribuya a esta (oneroso). Por ello, debe reputarse oneroso un pacto de esta clase cuando enriquezca a la portadora, o lo que es lo mismo cuando reciba una retribución contraprestación a sus servicios de gestante, no cuando estos gastos sean la propia consecuencia de su situación.⁵²

Sobre este particular, apunta Chávez Asencio que el contrato puede ser oneroso cuando existan prestaciones recíprocas, y por otro lado puede considerarse gratuito cuando la mujer sustituta solo recibe el dinero necesario como compensación por los gastos habidos.⁵³ Como un acto jurídico relacionado con el Derecho de Familia, el arrendamiento de vientre tiene la característica de ser irrevocable, esto en opinión de la doctrina, pues por el efecto de filiación que causa no puede ser revocado por quienes intervienen en esta técnica una vez que se haya llevado a la práctica con el previo consentimiento de aquellas. Respecto de esta característica que reconoce Chávez Asencio a los métodos de reproducción asistida, como lo es el arrendamiento de vientre, precisa que antes de la práctica de cualquiera de las técnicas puede haber revocación del marido o de la mujer, lo que debe hacerse en forma fehaciente y por escrito; dicha irrevocabilidad deriva de la filiación que se genera, a semejanza de lo definitivo que es la concepción por medios naturales, al estar sancionado el aborto (salvo los casos de excepción que señala el Código Penal), y la estima nuestra legislación que el concebido tiene personalidad jurídica".⁵⁴

3.1.2.1.3 ELEMENTOS QUE CONSTITUYEN AL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

Los elementos que constituyen al arrendamiento de vientre son de dos clases: objetivos y personales. De acuerdo con la doctrina, se habla de elementos objetivos cuando se mira al arrendamiento de vientre como una técnica de reproducción asistida, mientras que si se observa como un contrato, se tendrán como elementos de dicho arrendamiento, los llamados personales. Los elementos objetivos del arrendamiento de vientre, como técnica, señalados también por la doctrina como fines, son aquellos que pretenden obtener las personas que intervienen en la práctica de esta técnica, y son: la procreación y la filiación.

⁵² Cfr. *Ibidem*, pág. 65 y 66

⁵³ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Ob, cit. Pág., 75.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 60.

Con respecto a la procreación, por un lado, es la finalidad del acto técnico de la reproducción asistida es tener un hijo a toda costa.⁵⁵ Por otro lado, es el "fin de la maternidad subrogada es para la mujer casada mas sustitutivo que terapéutico o curativo. Pretende ser una ayuda para tener un hijo y lograr una maternidad deseada imposible de obtener o no querida por otros caminos naturales, artificiales o adoptivos".⁵⁶

La filiación en el arrendamiento de vientre, resulta difícil de determinar, sobre todo en el caso de la maternidad, pues la presunción materna basada en el hecho del parto impide esta, sobre ello la doctrina se inclina más a pensar a quien le corresponde la filiación del producto es a la mujer gestante y no así a la solicitante. Sin embargo, hay posturas que al contrario de esta, aclaran que le corresponde a la solicitante por ser quien tiene el objetivo de procrear un hijo.

Acerca de esto, Jorge Kiper opina que en "caso de controversia sobre cual es la titular de la filiación, creo que debe pronunciarse a favor de la pareja que entrega el cigoto, porque su voluntad pro creacional, es la que da origen a la procreación. Si la madre sustituta no opuso objeciones hasta el nacimiento y a posteriori reclama su filiación, debe darse prioridad a la madre genética sobre la madre biológica".⁵⁷

Podemos mencionar, que si bien el arrendamiento de vientre no se encuentra regulado específicamente por las leyes mexicanas, si lo está el derecho de procreación y reconocimiento de filiación de las personas, por lo que llevar a la práctica esta técnica para obtener los fines antes citados no parece un acto contrario al orden jurídico mexicano. Los elementos personales de un contrato son las personas que otorgan su voluntad para intervenir en el mismo. En el contrato de arrendamiento de vientre no se encuentran determinados estos elementos, pero en los conceptos que sobre este realiza la doctrina se pueden indicar los siguientes: los solicitantes, la mujer gestante, el donante en su caso y el médico especialista.

En la suposición de legalidad del contrato de arrendamiento de vientre que nos plantea Chávez Asencio, hace mención de las personas que intervienen en el mismo refiriéndose a los efectos filiales; maternidad y paternidad, que no podrán impugnar los solicitantes y que no le corresponden a la gestante o a su esposo, ni tampoco al donante que haya consentido en serlo, por la validez y licitud del contrato; que producirla, y son: la mujer miembro de la pareja solicitante, el esposo

55 MARCO Javier, y Martha Tarasco. Ob. cit. Págs. 38 y 39.

56 GAFO, Javier. Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 1986, Pág. 92.

57 KIPER, Jorge. La justicia en la sociedad que se avecina. "La fecundación asistida". Tomo I. Editorial Losada. Argentina. 1996. Pág. 91.

miembro de la pareja solicitante y la mujer sustituta así como al donante.⁵⁸ Sin embargo, no nos otorga una definición de cada uno de ellos.

Por lo que he recurrido a otros autores para un mejor conocimiento sobre los mismos. En cuanto a los solicitantes, se habla de una pareja dentro o fuera del matrimonio, la madre y padre legal, que pueden coincidir con la madre o padre genético, son los que asumen los efectos legales, todos los derechos y obligaciones de maternidad y paternidad, la madre biológica o subrogada es aquella que ha cedido su útero. Para la gestación del embrión, de una pareja que ha solicitado la técnica de sustitución, que le ha sido transferido (transferencia de embriones). Puede coincidir con la madre genética, en cuyo caso no es necesaria la transferencia del embrión sino, simplemente, la inseminación artificial, pero no con la madre legal.⁵⁹

Maternidad sustituta: "Llamamos madre sustituta o madre subrogada a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena".⁶⁰

El donante es la persona, mujer u hombre, que ha consentido en dar de manera expresa o anónima su célula sexual (óvulo o espermatozoide) para la fecundación de un embrión ajeno, renunciando a cualquier relación filiatoria con el mismo, producto de esta técnica de reproducción asistida. Padre o madre genética, es aquella persona que proporciona el gameto masculino o femenino (espermatozoide u óvulo, respectivamente) para ser fecundado y dar lugar al desarrollo de un nuevo ser.⁶¹ Puede tratarse de un donante. Puedo decir que la mayoría de los doctrinarios coincide en que estos elementos, son los más importantes en el contrato de arrendamiento de vientre.

Sin embargo, hay quienes consideran al médico como una parte del contrato, "por ser quien realiza la intervención y debe dar las constancias necesarias para acreditar la imposibilidad de los consortes de procrear por medios naturales un hijo y su compromiso de realizar la operación."⁶²

Respecto del concebido, producto de la fecundación obtenida mediante la citada forma de reproducción asistida, no interviene en el contrato, pero es protegido por la ley, quien lo tiene por nacido para los efectos jurídicos que le beneficien.

⁵⁸ Cfr. CHAVEZ ASECIO, Manuel F. Ob. cit. pág. 75.

⁵⁹ GAFO, Javier. Ob. cit. Págs. 209 y 216,

⁶⁰ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Ob. cit. Pág. 180 85

⁶¹ GAFO Javier. Ob. cit. Pág., 216.

⁶² CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. Ob. cit. Págs. 58.

3.1.2.1.4 LA TIPOLOGÍA DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

La tipología del arrendamiento de vientre aportada por la doctrina, se encuentra presuntamente determinada: por la relación genética o biológica que pudiere existir entre la madre gestante y el producto de la reproducción asistida, por los gametos utilizados para su práctica, así como por el estado civil que guarden los solicitantes de la misma. En opinión de algunos autores, el arrendamiento de vientre puede ser parcial o completo dependiendo de la relación genética o biológica que pudiera tener la madre gestante con el producto de esta técnica de procreación asistida.

Lema Anon destaca estos dos tipos expresando que: "Se puede distinguir entre dos tipos de maternidad subrogada: parcial y completa. En la primera la madre gesta un embrión genéticamente relacionado con ella. En la segunda gesta un embrión que no fue fecundado a partir de un óvulo suyo".⁶³,

Es decir, que "este tipo de maternidad presenta dos modalidades, aquella en que la madre de alquiler cede, no solo su útero, sino también su óvulo, con lo que sería también la madre biológica del nacido, y aquella otra en que solo cede su útero, al que se transfiere un embrión ya formado, que una vez nacido se entrega a la pareja contratante".⁶⁴

Por otro lado, considera la doctrina que pueden determinarse varios tipos de arrendamiento de vientre, o maternidad subrogada, dependiendo de los gametos utilizados en la práctica de esta técnica para la procreación del producto. Con relación a esto, Javier Gafo expresa: "lo que más interesa de momento dentro de la generalidad, son las diferentes variedades que pueden darse en la practica de maternidad subrogada:

- a) Maternidad subrogada fruto de espermatozoide y óvulo de la pareja (en matrimonio o concubinato). Solo hay prestación de útero por parte de tercera persona.
- b) Maternidad subrogada fruto de espermatozoide u óvulo de donante con autorización permisiva de la comparte. Se dona espermatozoide u óvulo por persona distinta de la pareja y se presta el útero por tercera mujer.

⁶³ LEMA ANON, Carlos. Ob. cit. Paga. 138

⁶⁴ SÁNCHEZ MORALES, María Rosario. La manipulación genética humana a debate. Universidad Nacional de Educación a Distancia Madrid. 1998. Pág. 189.a.

c) Espermatozoide y óvulo de donantes con consentimiento mutuo de las dos miembros de la pareja con la peculiaridad de ser donante del óvulo la misma mujer que presta el útero.

Se dona espermatozoide y óvulo por personas distintas de la pareja y presta el útero tercera mujer como con la coincidencia de que la donación del óvulo y prestación del útero se realiza por esa misma tercera mujer".⁶⁵

Por último, y más apegado al ámbito jurídico que los anteriores, se encuentran como tipos de arrendamiento de vientre aquellos relacionados con el estado civil de las personas solicitantes de esta técnica de reproducción asistida, pues puede tratarse de una pareja unida en matrimonio o en concubinato, o bien de una persona soltera. Por lo que el arrendamiento de vientre, en este caso, podría darse según reflexiones de la doctrina: dentro o fuera de matrimonio, En cuanto al tipo de arrendamiento que se da dentro del matrimonio, Jorge Kiper destaca que: "cuando la madre sustituta acepta material genético de una pareja que quieren ser padres, para procrear, a cambio de una suma de dinero o no, se compromete a gestar para ellos y entregarles el nacido en calidad de hijo del matrimonio a de la pareja según el caso de matrimonios legítimos o parejas de hecho".⁶⁶

En el caso de una persona soltera, esta puede requerir además de uno o los dos elementos para la fecundación de su hijo por donantes, el vientre para la gestación de este último. "La existencia de pareja no es un requisito ineludible. Ello acontece cuando la mujer no desea mantener una relación sexual, pero si quiere tener un hijo; si se trata del hombre, deberá requerir no solo material genético de donante, sino también un vientre gestante".⁶⁷

3.1.2.1.4 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SUS EFECTOS

Los tipos de arrendamiento de vientre expuestos, permiten indicar que existe un vínculo entre la biología en materia de reproducción humana y el Derecho, que permitiría determinar las consecuencias jurídicas que podrían surgir de la práctica de esta técnica en cada caso concreto. La práctica de una técnica de reproducción asistida genera efectos jurídicos Para quienes intervienen en la misma. El arrendamiento de vientre como una de esas técnicas, con una naturaleza de contrato, según la doctrina, produciría como efectos: derechos y obligaciones entre los solicitantes

⁶⁵ GAFO, Javier. Ob. cit. Paga, 91.

⁶⁶ KIPER, Jorge. Ob. Cit. Paga. 86.

⁶⁷ Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo III. Universidad. Buenos Aires. 1994, Paga. 554

y la gestante, así como para los donantes, que se extenderían a la materia familiar para determinar la filiación del producto de la procreación asistida respecto de los sujetos antes mencionados.

Además de los anteriores efectos, se mencionan los de tipo penal que recaerían principalmente en la responsabilidad del médico especialista que lleve a la práctica el arrendamiento. Por lo anterior, las consecuencias a que me referire a continuación, sobre la práctica de esas técnicas, están basadas en reflexiones hechas por la doctrina del Derecho, y son de tipo: contractual, filiatorio, y penal.

La mayoría de los doctores del derecho coinciden en que los contratos de arrendamiento de vientre se encuentran afectados de nulidad por razón de su objeto ilícito, pues no puede ser objeto ni el hijo procreado mediante esta técnica, ni una parte del cuerpo de una persona, como lo es en este caso el útero de la mujer gestante.

Sobre este particular, Soto Lamadrid comenta que los contratos de maternidad subrogada están afectados de nulidad absoluta a causa de la ilicitud de su objeto, por lo que no procede la acción de cumplimiento. Sin embargo, aun cuando fuesen autorizados por la ley en el futuro, o admitidos por la moral pública, no podría exigirse a la mujer arrepentida que se sometiera al procedimiento de inseminación heterologa o a la transferencia del embrión engendrado in vitro; esto por tratarse de actos personalísimos sobre los que no cabe ninguna coacción legal, aunque si el pago de daños y perjuicios cuando el cumplimiento careciera de justificación.⁶⁸

A pesar de la nulidad de este contrato, existen supuestos doctrinales sobre los efectos que pudiere traer consigo la realización del contrato, como el conflicto de la determinación filial del producto respecto de aquellas personas que intervienen en el arrendamiento de vientre. Refiriéndose a la filiación paterna Lledo Yague indica "si el progenitor varón es el miembro de la pareja comitente que han acudido a la gestación por sustitución, aquel podría reclamar la filiación (pensemos que la gestante estaba casada y se ha inscrito la filiación como matrimonial del hijo nacido de la gestante) paterna extramatrimonial".⁶⁹

En el caso de parejas casadas, si la procreación asistida fue hecha con semen del marido, produce jurídicamente los mismos efectos que una cohabitación normal pues el hijo es matrimonial y la paternidad resulta de la presunción y de la prueba de intervención científica en esa fecundación.

68 Cfr. SOTO LAMADRID, Biogenética filiación y delito. "La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho". Editorial De Palma. Buenos Aires.1 990. Págs. 326

69 LLEDO YAGUE, Francisco, Ob, cit. Pág. 459.

Si la procreación fue hecha con el semen de un tercero, consintiendo el marido, existe un conflicto jurídico entre la presunción de paternidad y la realidad de la filiación.

Por último en cuanto a las madres sin pareja, cualquiera que sea el líquido seminal utilizado, si no hubo consentimiento de su titular conocido, no se podrá determinar filiación respecto de él, incluso no prosperara jamás la acción de reclamación cuya interposición sería temeraria.⁷⁰

Opinión contraria a la determinación filial por razón del parto, entre la mujer gestante y el producto de la concepción mediante esta técnica, es la que hace referencia al nexo biológico de este último con la pareja solicitante que ha aportado el material genético para la fecundación.

Acerca de esto, explica Soto Lamadrid que en el caso de la fecundación extracorpórea en donde el cigoto, producto del material genético de la pareja, se transfiere al útero de otra mujer para que lleve la gestación del mismo hasta su nacimiento, se desmorona la total certidumbre que en otras épocas provocaba el hecho aislado del parto; pues la presunta maternidad que se determinaba y registraba oficiosamente por razón del parto puede ser destruida por cualquier interesado que sostenga y pruebe que no existe ningún nexo biológico entre la persona nacida en el parto y la madre putativa. Por otro lado, si bien el contrato de maternidad subrogada es nulo, no impide el vínculo paterno-filial, con las consecuencias que todos conocemos sabré la persona y bienes de los miembros de esta relación.⁷¹

Por lo general, los estudiosos del Derecho, respecto del establecimiento de la maternidad, en el arrendamiento de vientre, se pronuncian por la postura de que esta se prueba con el hecho del parto. Sin embargo, Jorge Kiper se pronuncia por la postura de la prueba genética, para determinar la maternidad, al señalar que: "La ley reconoce tanto la consanguinidad (sic) genética como el dar a luz, como medios para establecer una relación de maternidad, cuando los dos medios no coincidan en una sola mujer debe ser considerada madre natural aquella que tuvo la intención de procrear al niño y criarlo como propio".⁷²

Haciendo mención de los efectos contractuales que podrían surgir del arrendamiento de vientre, la doctrina ha expuesto algunos derechos y obligaciones que tendrían que cumplir las partes que intervienen en el mismo. El Informe Ontario de 1985, para la reforma de la ley de Ontario sobre

70 Cfr. DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. Instituciones de Derecho Privado. "Familia". Vol.

I. Tomo IV. Europa-Civitas Madrid. 2001. Págs. 610-612.

71 cfr. SOTO LAMADRID, Ob. cit. Págs. 341, 343, 359 y 368.

72 KIPER, Jorge, Ob. cit. P6gs. 85 y 86.

reproducción humana artificial y cuestiones relacionadas con ella, establece que la complejidad de los derechos y obligaciones generados por la gestación contratada y de las que es objeto paciente el embrión y el feto comprenden: cuidados higiénicos, quirúrgicos, prenatales, la posibilidad de aborto voluntario o involuntario; riesgos para la gestante como los derivados del alumbramiento, posible defunción o ruptura de la pareja de los futuros padres sociales, forma y momento de entrega del niño.⁷³

Destacando algunas obligaciones para los sujetos que intervienen en el referido contrato, Javier March y Martha Tarasco suponen por una parte para la mujer subrogada que por medio de un contrato recibe un embrión ajeno, con los caracteres de los progenitores, para gestarlo y darlo a luz, se compromete: "a cuidarlo durante el embarazo, a no fumar, a no tomar alcohol o drogas, a no realizar el acto sexual en el mes anterior y posterior a la transferencia y, finalmente, a entregar la criatura a sus padres legales cuando nazca. Por otra parte, la pareja legal se compromete a pagar lo estipulado, a aceptar al bebe que nazca, aunque sea anormal, y a cuidarlo con amor y dedicacion".⁷⁴

Sobrepasando la simple mención de las obligaciones a que podrían someterse las partes en un contrato de arrendamiento de vientre, algunos doctrinarios reflexionan sobre los efectos que traería el incumplimiento del mismo por aquellas. Soto Lamadrid, es uno de esos doctrinarios, y nos explica que en el caso de que los convenios de subrogación materna fuesen validos, su desacato injustificado produciría una responsabilidad pecuniaria amplia, la que incluiría: lo entregado a cuenta, lo pagado por causa de servicio, es decir, los gastos médicos y hospitalarios, el lucro cesante de uno o ambos miembros de la pareja estéril cuando se hubieren sometido a tratamientos psicológicos de preparación o a las prácticas de inseminación heterologa, así como la reparación del daño afectivo comprendido en función del momento que se da el incumplimiento y la aportación física y espiritual de la pareja contratante, pues no es lo mismo que la madre subrogada se niegue a continuar con las practicas de inseminación antes de producido el embarazo que aborte premeditadamente el embrión aportado por la pareja infértil.⁷⁵

Por último se debe mencionar que los contratos de arrendamiento de vientre desde el punto de vista del derecho civil serian nullos, sin embargo, no tendrían implicación penal. "el reproche penal

73 Cfr. Cit. por. ZARRALUQUI, Luis. Ob. cit. Pág. 153.

74 MARCO, Javier, y Martha Tarasco. Ob. cit. Pág. 33.

75 cfr. SOTO LAMADRID, Biogenética, filiación y delito. "La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho" editorial de palma, buenos aires 1990 pág. 336.

se produciría si el profesional interviniente procediera a fecundar artificialmente un óvulo sin que la mujer de quien proviene, ni el hombre cuyo esperma fue utilizado, hubieran dado su consentimiento. O si se transfiriera un embrión a una mujer sin su consentimiento o si se fecundara artificialmente un óvulo con esperma de un hombre ya fallecido con conocimiento de causa".⁷⁶

Contrarias a las opiniones doctrinales y legislativas de rechazo, existen las que se encuentran a favor de la aceptación de esta figura, como un contrato válido, que otorgue certeza jurídica filiatoria a quienes solicitan la práctica del mismo para la procreación de sus propios hijos. Como sucede en leyes de los Estados Unidos de Norte América y Canadá, en donde este contrato de arrendamiento de vientre es aceptado como válido para la reproducción humana asistida, siempre que cuente con la característica de gratuidad.

En los Estados Unidos de América cada estado tiene competencia para legislar en materia de derecho de familia, por lo que existen tratamientos jurídicos diversos sobre la materia. Actualmente son 12 los estados de dicho país los que reglamentan el arrendamiento de vientre, conocido por ellos como maternidad subrogada siendo el más destacado el estado de California con una ley que reconoce esta figura como un método alternativo de reproducción y regula los contratos de este tipo, aunque de una manera superficial.

Por su parte, Canadá también tolera la maternidad de sustitución, pues mediante el informe Ontario (informe de la comisión del parlamento canadiense sobre técnicas de reproducción asistida) se inclina por favorecer este tipo de gestión y recomienda poner en vigilancia una legislación que regule la validez y con ello la aceptación de los contratos en esta materia.⁷⁷

Además de las leyes anteriormente mencionadas, existen resoluciones en donde se ha determinado la validez del contrato de arrendamiento de vientre, y se ha otorgado la filiación de los hijos procreados mediante esta técnica, a quienes solicitaron la práctica y no a la gestante. Por un lado, la suprema corte de California, en los Estados Unidos de América, pro mayoría, resolvió que cuando, a raíz de un acuerdo de maternidad sustitutiva (arrendamiento de vientre), un cigoto formado por los gametos de un esposo y una esposa es implantado en el útero de otra mujer, serán los conyugues los padres naturales del niño. Se precisa en dicha resolución que esta no afecta la constitución de California, ni la federal, ni tampoco el orden público.

⁷⁶ KIPER, Jorge. Ob. Cit. Pág. 94

⁷⁷ cfr. www.theoffice.net/ABH.

Con este fundamento confirmo la sentencia que considero padres genéticos biológicos y naturales del niño a los conyugues solicitantes, y no a la Mujer que lo había llevado en su seno, y que el contrato de maternidad sustitutiva era válido y exigible.⁷⁸

Por otro lado, en Italia un juez decidió, en el año 2000, que el acuerdo de maternidad subrogada, en el caso de transferencia a la madre portadora (gestante) de un embrión formado con material genético de la pareja comitente (solicitante), es legítimo sino se prevé una contraprestación y la actuación de las partes no tiene como propósito eludir las normas sobre la adopción o sobre la indisponibilidad del estado civil.

De acuerdo con la sentencia, a falta de legislación, corresponde al juez valorar y tratar de resolver los problemas relacionados con el desarrollo de una historia humana, única en cuanto tal, y diferente porque se inserta en una realidad de afectos, emociones y sentimenteros que pertenecen a cada individuo y son solamente suyos. Con base en lo anterior el juez estimo que el deseo de los miembros de la pareja comitente de realizarse como progenitores es un interés que merece tutela jurídica que puede encontrar cobijo dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad y que a ello se suma el derecho del embrión a la vida.⁷⁹

En mi opinión, ante las situaciones antes mencionadas considero que es necesaria la regulación específica de esta figura en México, en donde se establece la validez del contrato de arrendamiento de vientre para evitar que al presentarse la práctica de la técnica se dificulte la determinación de la relación jurídica filiatoria, efecto principal que se deriva de este tipo de procreación. Pues esta, por la intención que se exprese en el acuerdo respectivo, debe corresponder a los solicitantes y no a la gestante.

Para finalizar este punto puedo comentar que aun cuando el arrendamiento de vientre, como contrato, sea considerado por un sector de la doctrina como nulo, esto no significa que deban de ignorarse los efectos jurídicos que se derivan de la práctica de éste, como una técnica de reproducción asistida. Y que solamente, gracias a los estudios y razonamientos de la doctrina, conocemos algunas de las posibles consecuencias; primordialmente los que tienen relación con la filiación; que podrían generarse de admitirse este contrato como válido.

⁷⁸ cfr. Revista de derecho privado y comunitario. Núm. 9. Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni. Pág. 397 y 398.

⁷⁹ cfr. *deromano@uexternado.edu.com*

3.1.2.2 MARCO LEGISLATIVO DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

El Marco Legislativo aplicable al Arrendamiento de Vientre lo he ordenado jerárquicamente para dar a conocer la implicación que existe de esta técnica de reproducción asistida en algunas disposiciones de la ley; desde la de mayor rango como lo es nuestra Carta Magna, hasta la de menor rango como el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la salud; que conforman el orden jurídico mexicano.

Es necesario precisar, que al no encontrarse regulada específicamente esta figura; con la naturaleza jurídica de contrato en alguna ley de nuestro país; he utilizado la interpretación de los preceptos que conforman a las posteriormente citadas legislaciones, para indicar que de manera implícita estos pueden ser empleados para otorgarle al arrendamiento de vientre una existencia jurídica parcialmente aprobada por el Derecho Mexicano.

Por lo antes mencionado, el Marco Legislativo que preciso aplicable al Arrendamiento de Vientre está constituido por: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Salud, el Código Civil para el Estado de Tabasco, el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco, el Código Penal para el Estado de Tabasco, y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud.

3.1.2.2.1 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Tomada de Los derechos humanos de la primera generación, nuestra Carta Magna ha incluido entre las garantías individuales inherentes a los mexicanos, el de la procreación. Considerado como un derecho fundamental para los hombres y mujeres se encuentra manifiesto en la parte dogmática de esta ley Suprema. Sobre este particular, el párrafo segundo del artículo 4 de la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos establece que: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos".

Con respecto al arrendamiento de vientre, este derecho de procreación, conferido a toda persona por el transcrito precepto Constitucional, puede ser ejercitado por una mujer o un hombre; en pareja (matrimonio o concubinato) o de manera individual tratándose de una persona soltera; mediante esta técnica siempre que la finalidad sea la de procrear hijos, sin que pueda ser coartado sobre su derecho para decidir sobre el número y el espaciamiento de los mismos.

Se debe precisar que al no especificarse en dicho artículo la forma en que las personas pueden procrear a sus hijos; decidiendo su número y periodo de espaciamiento; se deja en libertad a las mismas para poder hacerlo mediante este método de reproducción asistida, de manera libre, informándose previamente de este procedimiento y haciéndose responsable de todos los efectos que resulten de la ejecución del mismo.

3.1.2.2.2 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y LA LEY GENERAL DE SALUD

De aplicación en toda la República Mexicana, las disposiciones de esta ley de orden público e interés social reglamentan el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona, en los términos del artículo 4 constitucional. Además de establecer las bases y modalidades para el acceso a los servicios de aquella.

Las siguientes disposiciones, de la mencionada legislación, hacen referencia a la reproducción humana y a algunas cuestiones relacionadas con la misma, por lo que son aplicables a nuestro tema:

La fracción I del artículo 61 que dispone: "La atención materno-infantil tiene carácter prioritario y comprende las siguientes acciones:

1. La atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio".

Sobre este artículo podemos interpretar que al ser el arrendamiento de vientre una medida de procreación, sus consecuencias naturales serán el embarazo, parto y puerperio de una mujer, que ajena a la verdadera madre del producto que gestara, tiene derecho a acceder a una atención materna infantil como prioridad en materia de salud.

Es decir, que se trata de una acción primordial que tiene derecho a ejercitar toda mujer que se encuentre embarazada, independientemente de que no sea de sus propios hijos. Por otro lado, la fracción IV del artículo 68 precisa que: "Los servicios de planificación familiar comprenden:

IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana;"

El arrendamiento de vientre ha sido en la actualidad objeto de investigación en materia de infertilidad humana y de biología de la reproducción humana, por lo que puedo señalar, de acuerdo con el contenido de la fracción de dicha disposición, que forma parte de los servicios de planificación familiar mencionados, a los que puede tener acceso cualquier persona.

3.1.2.2.4 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN LA LEGISLACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO

El arrendamiento de vientre, como se puede observar a lo largo de este capítulo, es principalmente un objeto de estudio en la rama civil. Las disposiciones contenidas en el código sustantivo de la citada rama, aplicable en el Estado de Tabasco, refieren a esta técnica, aunque no de manera explícita, en todo lo relativo a los efectos que pudieran derivarse por la práctica de la misma, sobre todo en materia de filiación.

Por lo anterior, al no encontrarse específicamente fundamentado el arrendamiento de vientre en el Código Civil para el Estado de Tabasco solo hare mención de aquellas disposiciones que expresamente contienen la denominación reproducción asistida, por ser esta la única calidad reconocida tanto por la ciencia médica como por la doctrina jurídica.

El párrafo segundo del artículo 162; en el Libro Primero De las Personas. Título Sexto. Del Matrimonio. Capítulo III De los derechos y deberes que nacen del matrimonio; determine: "Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el numero y espaciamento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

Al igual que nuestra carta magna, mediante este articulo la señalada legislación confiere a los conyugues, con razón del matrimonio el derecho de decidir de manera libre informada y responsable el numero y espaciamento de sus hijos, añadiendo que para la procreación de estos últimos pueden utilizar cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia precisando que el ejercicio de este derecho deberá realizarlo de común acuerdo.

Puedo comentar que por medio de este articulo la ley permite únicamente a una pareja dentro del matrimonio acordar el uso del arrendamiento de vientre; pues al no prever una norma que indique de limitadamente los tipos de reproducción asistida a los que puede acudir un matrimonio para concebir a sus descendientes deja a la interpretación que por considerarse esta técnica de arrendamiento de vientre por la ciencia médica y la doctrina jurídica como uno de cualquiera de esos métodos puede ser legalmente practicado.

En el titulo sexto del parentesco de los alimentos en su capítulo primero denominado del parentesco se contemplan los siguientes preceptos:

El artículo 287 cuyo contenido establece: “La ley solo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil”.

Y el párrafo segundo del **artículo 288** que en relación con el primero estipula: “También se da parentesco por consanguinidad en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan”.

En estos dos artículos se estipula el reconocimiento legal del parentesco, principalmente el de consanguinidad indicándose que entre el hijo producto de Reproducción Asistida y quienes la consientan existirá un parentesco consanguíneo. Por lo tanto podemos decir que en el caso del arrendamiento de vientre como un método de reproducción asistida haciendo referencia a las razones que señalamos en la explicación del artículo anteriormente comentado sobre la falta de limitación de los tipos de reproducción asistida que pueden ser usados legalmente y la libre interpretación que nos deja; el concebido producto de la citada técnica solo será pariente consanguíneo de sus padres que han consentido en esta técnica y no así con la mujer que lo ha gestado en su vientre el cual arrendo para este fin.

Por último podemos agregar al artículo 322 que establece: “La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación cualquiera que sea su origen”. Esta disposición es aplicable al arrendamiento de vientre porque es una forma de procreación de la que se deriva una filiación, que aun que no natural si es un relación filiatoria la que se genera de su práctica por esto, a la filiación originada de la procreación mediante el arrendamiento de vientre le corresponden los mismos efectos que los de la filiación con otro origen que no sean la reproducción asistida, establecidos en nuestra legislación civil.

3.1.2.2.4 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE TABASCO

He incluido en esta exposición del marco legislativo aplicable al arrendamiento de vientre al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco, porque considero que si se llevara a la práctica un acto aún no regulado específicamente por alguna ley adjetiva como lo es este, pero que tiene relación con aspectos civiles, principalmente en materia familiar; y existiera una controversia entre las personas que participan en él la solución de esta deberá estar conforme a

derecho mediante la sujeción de las partes a un procedimiento legal que comprenda dicho código, teniendo la obligación de cumplir con la ejecución de aquella.

Correlacionando los artículos siguientes, explicare la referencia tasita que hacen sobre esta figura con relación a la filiación consecuencia principal de la misma.

El artículo 487, contenido en el título segundo de las controversias de orden familiar en el capítulo único, establece: “Todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público por constituir aquella la base de la integración de la sociedad.”

El primer párrafo del **artículo 488** del mismo título del anterior, estipula que: “En todos los asuntos del orden familiar los jueces y tribunales estarán obligados a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho. En los mismos asuntos, con la salvedad de las prohibiciones legales relativas a alimentos, el juzgador deberá exhortar a los interesados a lograr un avenimiento, resolviendo sus diferencias mediante convenio, con el que pueda evitarse la controversia o darse por terminado el procedimiento.”

Sobre estos anteriores considero que son aplicables al arrendamiento de vientre en cuenta a que indiscutiblemente esta técnica se convierte en un problema, que afecta directamente al núcleo primario social de la familia; cuando debido a la reclamación o impugnaciones la filiación, que hagan quien lo ha gestado en su vientre arrendado y los solicitantes, se requiera determinar con quien tiene realmente este tipo de relación el concebido producto de esta práctica. Por lo que el juez de lo familiar, tratándose de asuntos de este tipo como son todos aquellos relativos a la filiación tendrá facultad para intervenir de oficio decretando medidas cautelares cuyo objetivo principal es el de preservar a la familia protegiendo a sus miembros.

3.1.2.2.5 EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE TABASCO Y EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

La procreación asistida ya forma parte del contenido del código penal para el Estado de Tabasco tutelando como bien jurídico la libertad y la voluntad de optar por un medio alternativo de concepción, estableciendo penas para todo aquel que cometa conductas ilícitas que puedan afectarlo.

El título segundo de la procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética del código penal para el Estado de Tabasco, está dividido en dos capítulos:

El capítulo III inseminación artificial, a su vez comprende las siguientes disposiciones aplicables a nuestro objeto de estudio:

Artículo 154 “Al que sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o sin o con el consentimiento de una menor de esa edad o incapaz practique en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de dos a seis años. Si como resultado de la conducta se produce embarazo, se impondrá prisión de tres a ocho años.

Artículo 155. Si la inseminación se realiza con violencia, se incrementará la sanción correspondiente en una mitad.

En este primer capítulo al hacer referencia a la falta de consentimiento se precisa el de la mujer a la que vaya implantársele un óvulo fecundado, sin indicarnos de que mujer se está hablando, por lo que puede tratarse de la esposa o de una mujer diferente a ella, como una gestante en el caso del arrendamiento de vientre. Esta falta de consentimiento tendrá como consecuencia la comisión de un delito por parte de quien participe en la implantación, pudiendo ser el médico especialista en el caso de esta técnica o los solicitantes de la misma, agravándose si se hace con violencia o resulta un embarazo de este. Por último, se señala que en el supuesto de que, entre el activo y el pasivo existe matrimonio, concubinato o relación de pareja, el delito se perseguirá por querrela.

3.1.2.2.6 REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD

Vinculado con la Ley General de Salud este reglamento, de aplicación en todo el territorio nacional mexicano, proporciona el cumplimiento de dicha legislación en 10 referente a la investigación para la salud en los sectores público, social y privado.

A continuación transcribo de este reglamento una disposición que por razón de interpretación tiene relación con el objeto de estudio de nuestra tesis.

El artículo 56 "La investigación sobre fertilización asistida solo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se pueda resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si este difiere con el del investigador".

La investigación en materia de fertilización asistida, como la denomina dicho artículo, comprende al arrendamiento de vientre por ser este uno de los métodos de procreación no natural que soluciona

problemas principalmente de infertilidad en una pareja, mediante la utilización de técnicas medicocientíficas.

Acerca del respeto que debe otorgar el investigador al punto de vista moral, cultural y social de la pareja que requiera de resolver sus problemas de esterilidad, aun cuando difiera del suyo, nos deja en libertad de pensar que puede referirse a dos situaciones. Por un lado, a que si el punto de vista de pareja no le permite ponerse a disposición de una técnica de este tipo, tiene todo el derecho a decidir que no lo hará; y por otro lado, si el punto de vista de una pareja, que no pueda procrear hijos naturalmente, comprende la idea de proponer para resolver su problema el arrendamiento de vientre por no existir otra solución, podrá hacerlo, aun cuando esta no sea semejante a la opinión del investigador.

Por último quiero recalcar, que aun cuando he precisado los anteriores preceptos como marco legislativo del arrendamiento de vientre, este aun resulta incompleto e insuficiente para la plena regulación de dicha figura, sobre todo con relación a la determinación de filiación, materia de mi tesis.

**CAPITULO IV
PROBLEMÁTICA ANTE LA
FALTA DE UNA
REGULACIÓN ESPECÍFICA
DEL ARRENDAMIENTO DE
VIENTRE COMO PRUEBA
DE CERTEZA JURÍDICA
FILIATORIA**

CAPITULO IV

PROBLEMÁTICA ANTE LA FALTA DE UNA REGULACION ESPECIFICA DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE COMO PRUEBA DE CERTEZA JURIDICA FILIATORIA

El contrato de arrendamiento de vientre ha provocado, desde principios de su invención medica, una controversia en los ámbitos jurídico, social y político, en cuanto a una posible regulación específica que permita su práctica. Por un lado hay quienes opinan que por contradecir los principios del Derecho no debe permitirse su práctica, sin embargo, esto no se precisa en alguna legislación mexicana de manera directa, sino que solo es presumible. Por otro lado, hay quienes precisan que la regulación de esta técnica es necesaria para prevenir una determinación certera de filiación del producto, en el caso de que se practique.

En este cuarto capítulo, se dará a conocer la problemática que jurídicamente ha generado la falta de regulación específica del contrato de arrendamiento de vientre sobre todo en cuanto a filiación se refiere, consecuencia principal de dicha técnica de procreación, Además, se indicara el problema social y político que existe ante la legalización de esta figura.

Por último, se explicara la necesidad que existe para que dicho contrato cuente con una regulación concreta. Para lo anterior, he tornado como base la falta de certeza jurídica filiatoria y la aplicación de la prueba presuncional del parto que determine la relación materna, que se presentaría si se llevara a la práctica dicha técnica.

4.1 EL PROBLEMA DE LA FALTA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA SOBRE EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

En el ámbito jurídico, el problema de la falta de regulación específica del arrendamiento de vientre se centra principalmente en la determinación de la filiación, pero desde dos puntos de vista distintos, el primero de ellos considera que al ser un contrato nulo, por tener objeto materia de contratos, los efectos derivados del mismo no necesariamente deben ser cumplidos por quienes han realizado dicho pacto, y por lo mismo la filiación correspondería a la gestante por aplicación de la presunción de parto y no a los solicitantes del arrendamiento. Sin embargo, el segundo considera que aun cuando el contrato sea presumiblemente nulo, basándose en el criterio de la intención de procreación, la filiación corresponde a los solicitantes y no así a la gestante.

Con base en las dos posiciones anteriormente referidas, se llevó a estudio la que he precisado mencionar como el problema de la falta de regulación específica de la citada figura, objeto principal de esta tesis, que se presenta en nuestro ámbito jurídico mexicano.

4.1.1 PROBLEMA JURÍDICO POR LA AUSENCIA DE DICHA REGULACIÓN

Para la regulación específica del arrendamiento de vientre, deben tomarse en cuenta los elementos que forman a esta figura como son: la disposición del cuerpo humano por parte de la gestante; el derecho de procreación ejercido por los solicitantes mediante esta técnica de reproducción asistida; la concepción biológica y legal del producto para que entre baja la protección de la ley; así como la relación filiatoria del concebido que corresponde a los solicitantes, por criterio de intención de procreación, y no a la solicitante.

Por lo anterior, el problema jurídico que se analizara se ha fijado, por un lado y con base en la opinión de algunos estudiosos del Derecho, en la contradicción que podría llegar a causar a disposiciones del orden jurídico mexicano respecto de los aspectos antes mencionados; y por otro lado, en que la falta de regulación traería consigo en caso de litigio, entre solicitantes y gestante por la filiación del producto, una solución mal fundamentada, con relación a este arrendamiento.

4.1.1.1 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y LA DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO HUMANO

En el contrato de arrendamiento de vientre el derecho de disponer del cuerpo humano, es una parte importante para la realización del mismo. Sin embargo, nuestro orden jurídico mexicano, se refiere a este como un derecho no absoluto de una persona, pues se pretende salvaguardar la integridad física de la misma, frente a terceros.

La problemática con que nos encontramos, respecto a la regulación específica del arrendamiento de vientre, consiste precisamente en el hecho de que una persona, en este caso la gestante, pueda disponer de su cuerpo para beneficio de terceros sin afectar su integridad física.

Disponer del propio cuerpo humano, en opinión de la doctrina, es un derecho inalienable que corresponde a cada persona, por lo que esta puede realizar en cuestión de procreación cualquier técnica que le permita tener un hijo.

Sobre esto anterior, Moro Almaraz expresa: "Se ha dicho que cada hombre, en base a su derecho inalienable a disponer de su propio cuerpo, se encuentra perfectamente legitimado para que se

realice en el cualquier práctica que le permita tener un hijo, o que otro lo tenga gracias a su intervención, siempre que consienta".⁸⁰

La posibilidad de procreación, como derecho inherente a una persona, mediante esta técnica de arrendamiento de vientre, se ve condicionada al respeto de una integridad física protegida y tutelada por el derecho frente a cualquier hecho que pueda causarle a la gestante una afectación en su cuerpo.

Cuestionando si existe realmente el derecho inalienable de libre disposición del propio cuerpo, Chávez Asencio, menciona que el ordenamiento jurídico tutela los derechos de la persona en cuanto afectan a su personalidad, buscando el respeto de los terceros de la titularidad que sobre ellos tiene el sujeto por uso exclusivo y excluyente. Estos derechos de la personalidad constituyen atributos inherentes de la persona; la dignidad de la persona, su integridad física, intimidad y derecho a la procreación o capacidad procreativa; que el Derecho positivo debe reconocer y tutelar de relaciones interpersonales que puedan afectarlos.⁸¹ Como un derecho del que no pueden disponer terceras personas, la integridad física no es un derecho absoluto, pues según nuestras legislaciones mexicanas una persona tiene el poder de disposición de su cuerpo siempre que no se vea perjudicada por el hecho que realice en el mismo.

La integridad física es un derecho indisponible frente a terceros, pero no en sentido absoluto. La persona puede otorgar su consentimiento a otra para quebrantar su integridad cuando se realiza una operación o transfusión, o practica que le resulte benéfica a la primera. El hombre no tiene un autentico derecho subjetivo sobre su cuerpo, pues carece de poder dispositivo sobre los bienes de su personalidad, como la integridad física, porque se encuentra fuera del comercio. Sus facultades se limitan a la exigencia de protección e indemnización, en su caso. La disponibilidad de los bienes es limitada por los terceros y por el propio titular.

De acuerdo con lo anterior, considero que este derecho de disposición del cuerpo humano que corresponde a cada persona, es indisponible por terceras personas en el caso de que lleguen a afectarla en su integridad física. Sin embargo, al otorgar una parte del cuerpo, como lo es el vientre de una mujer, de manera voluntaria por la gestación de un hijo que no será de ella, no la perjudica cuando sometida a un examen se especifique qué condiciones se deben seguir sin dañar su salud.⁸²

80 MORO ALMARAZ, María Jesús. Aspectos civiles de la inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro. Librería Bosch. Barcelona. 1988, Pág. 56,

81 Cfr. CHÁVEZ Asencio. Manuel E, La familia en el derecho. "Relaciones Jurídicas Paterno Filiales" Cuarta Edición. Porrúa. México. 2001. Pág. 53.

82 Cfr. MORO ALMARAZ, María Jesús, Ob cit. pág. 64

Otra parte de la problemática por la regulación del arrendamiento de vientre, la encontramos en cuanto a la disposición del cuerpo expresada en un contrato, pues por un lado se considera que partes del cuerpo no pueden ser objeto de un contrato por no ser cosas que estén dentro del comercio; y por otro lado, la mujer gestante no puede ser sujeto de derecho y objetos del mismo contrato, por principio de no contradicción.

Sobre este en particular comenta Chávez Asencio que el ser humano no puede ser sujeto y objeto de sí mismo, por el principio de no contradicción, pues el objeto de la relación jurídica, como cosa o bien, es diverso al sujeto de la propia relación, de lo contrario, no podría haber la relación por carencia de objeto al confundirse con el sujeto.⁸³

Refiriéndose al material genético, parte del cuerpo de una persona, Pérez Duarte comenta que es contraria a la dignidad humana considerar al material genético como "cosa dentro del comercio"; sin embargo, sería más sugerente incursionar en el ámbito de las diferencias entre los conceptos donación y disposición, por referirnos al acto por el cual una persona transmite a otra algún órgano, tejido o material genético.⁸⁴

Acerca de esta cuestión, se puede decir que en la donación de órganos, tejidos o material genético, la materia de este contrato es un parte del cuerpo de una persona del que ha dispuesto convirtiéndose en sujeto y objeto del mismo. Esto nos hace reflexionar sobre el hecho de que si el contrato de arrendamiento de vientre cuenta con una gratuidad entonces una mujer podrá disponer de su vientre, en favor de otra persona por la gestación del hijo de esta última.

El objeto de la técnica de reproducción asistida, materia de mi tesis, es el vientre de una mujer, sin embargo, cuando se requiere por la procreación además de este la disposición de células reproductivas también existen discrepancias doctrinales. Para algunos no son susceptibles de disposición porque llevan en sí mismas la posibilidad de crear vida humana, otros autores sostienen que los gametos, una vez separados del cuerpo, son "cosas" que están fuera del comercio, pero que pueden ser objeto de relaciones jurídicas, hay quienes opinan que se trata de categorías nuevas que no están en el dominio público ni en el privado.⁸⁵

Las partes del cuerpo separadas o extraídas, como el cabello, la sangre, la leche materna, dientes

83 Cfr. CHÁVEZ ASENCIO. Manuel F. Ob. cit. Págs. 53 y 5

84 Cfr. PÉREZ DUARTE, Alicia Elena. "El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: Presente y Futuro". Boletín Mexicano de derecho Comparado. Nueva Serie Año XXV. Numero 73. Enero-Abril 1992. Pág. 229.

85 Cfr. Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo III. Universidad. Buenos Aires. 1994

o trasplantes de órganos, pueden ser objeto de la legislación específica y jurídicamente susceptibles de constituir objeto de una relación jurídica con límites y regulaciones escritas; distinto es tratándose de los gametos, capaces de dar origen a un embrión que no pueden comparecer con las partes del cuerpo antes expresadas, porque estos llevan el germen de vida y los elementos genéticos que configuran un nuevo ser humano. No son propiamente órganos del cuerpo humano, pero tampoco son seres humanos, sino células.⁸⁶

Como se puede observar el problema jurídico que causa la falta de regulación específica del arrendamiento de vientre en cuanto a la disposición del cuerpo humano, consiste en determinar legamente que pueda ocurrir la disposición del vientre, siempre que no existe retribución en el contrato.

En cuanto al problema jurídico que causa la falta de regulación se especifica en el supuesto de la disposición del cuerpo humano, considero de absoluta que debe ser un derecho de las personas que no tenga el como lo establece la ley y lo exprese la doctrina, mediante la condición de salvaguardar la integridad física de las mismas. Sin embargo, por otro lado pienso que en el caso de la práctica de esta técnica de reproducción asistida, que se utiliza para ejercer el derecho de procreación, la salvaguarda de la integridad física de la gestante frente a los solicitantes se estipularía como obligatoria mediante el contrato de arrendamiento de vientre. Con la regulación específica del arrendamiento de vientre, como física de reproducción asistida, se evitaría que una vez practicado, la integridad de una mujer se vea desprotegida por las leyes mexicanas, cuando ha otorgado voluntariamente en alquiler una parte de su cuerpo.

4.1.1.2 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE EN EL DERECHO DE PROCREACIÓN

La procreación es un derecho constitucional que corresponde por igual a hombres y mujeres, cuya forma de ejercerlo a través de técnicas de reproducción asistida, a diferencia de nuestra Carta Magna, se encuentra regulada en el Código Civil para el Estado de Tabasco. Esto deja a la libertad de las personas para decidir la media que utilizaran para procrear a sus hijos, en caso de que no puedan hacerlo de manera natural por contacto intersexual.

El arrendamiento de vientre es una técnica de reproducción asistida, por lo que es una media ejemplar para lograr la procreación de hijo. El problema jurídico derivado de la ausencia de regulación específica del arrendamiento de vientre, relacionado con el derecho de procreación,

⁸⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Ob. cit. Pág. 52

consiste en determinar si mediante esta técnica está permitido ejercer aquel; ya que la ley no señala los medios para los que debe realizarse, naturales o artificiales, dejando en libertad a las personas la elección.

Pues en el caso de que fuese la única alternativa de procreación para una persona y el contrato donde conste el acuerdo para la ejecución de la técnica sea declarado nulo para su objeto; que presuntamente para la doctrina mexicana es posible dicha declaración porque el objeto del mencionado contrato no es materia de contratos; se consideraría como una restricción a dicha persona de tal derecho.

La determinación de si el arrendamiento de vientre es una técnica de reproducción asistida admitida por el Derecho para lograr la procreación, ha creado una controversia entre la doctrina. Es decir, que mientras hay quienes piensan que es un derecho absoluto que puede ser ejercido por las personas, hombre y mujer, por técnicas de reproducción asistida; otros opinan que no es un derecho absoluto que pueda ser ejecutado por cualquier medida pues ante todo se debe cuidar la integridad de la persona que lo utilice, y del producto de la procreación

Sobre esto anterior, Sánchez Morales explica que son varios los principios en tensión, de una parte el derecho a la procreación que pueda tener toda persona, expresión de su libertad personal con lo que cualquier persona, sola o en pareja, podría tener acceso a estas técnicas; de otra el derecho a la salud, de manera que solo para corregir enfermedades o limitaciones de la naturaleza estaría justificada la fecundación asistida; por último, los intereses encontrados de la persona solo a tener un hijo por estos procedimientos, si le place, y del hijo, que tendría derecho a tener padre y madre, y una familia estable.⁸⁷

No existe una necesidad vital de procrear, ni nadie tiene el derecho absoluto e incondicionado a tener un hijo, ya que ninguna persona es debida a otra, como si fuese un bien instrumental. El legítimo deseo de tener un hijo debe ir acompañado de la responsabilidad para buscar las mejores condiciones para su concepción y su desarrollo como persona; ya que este derecho sería contrario a su dignidad del hijo si se le trata como un objeto de propiedad en vez de como un sujeto personal de derechos. No existe un derecho humano a transmitir la vida por cualquier medio y a cualquier precio, ya que este derecho sería contrario a la dignidad del hijo.⁸⁸

⁸⁷ Cfr. SÁNCHEZ MORALES, María Rosario. La manipulación genética humana a debate. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 1998. Pág. 192.

⁸⁸ Cfr. MARCO, Javier, y Martha Tarasco, Diez temas de Reproducción Asistida. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid. 2001. Pág. 40

El principio de igualdad está vinculado con el ejercicio del derecho de procreación, pues corresponde tanto a hombres como a mujeres, en las mismas circunstancias. Basados en este razonamiento, se puede afirmar que la ley no exige que para procrear hijos un hombre y una mujer se encuentre unidos en matrimonio o en concubinato, por lo que al tratarse de una persona soltera que quiera ejercer ese derecho será necesario en muchos casos que practique alguna de las técnicas de procreación asistida. En cuanto al arrendamiento de vientre, el hombre soltero es quien para lo general puede recurrir a este método; a quien si no se permite practicar esta técnica podría ser coartado su derecho de procreación, Bresna Sesma opina que "todos los sujetos, en igualdad de circunstancias, deben tener los mismos derechos. La discriminación por razón de sexos está prohibida por la Constitución, en tal caso podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tiene derecho a la reproducción por medio de la inseminación artificial".⁸⁹

Nuestro Código Civil para el Estado de Tabasco, respecto de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, establece en el párrafo II del artículo 165 el derecho a los cónyuges de emplear cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia, el que deberá ser ejercido de común acuerdo por los mismos. Sin embargo, no existe una disposición que expresamente otorgue este derecho de recurrir a técnica de arrendamiento de vientre, a personas solteras, hombre o mujer, por lo que podría pensarse que su uso se reserva únicamente a un matrimonio y se coarta para quien tiene un estado civil diferente. Los estudiosos del derecho han debatido sobre este hecho, inclinándose la tendencia a reservar el uso de esta técnica para las parejas con problemas de esterilidad o infertilidad, pues con ello se protege al concebido.

Colocándose en la última posición antes mencionada Martínez Pereda Rodríguez opina que "pretender que si se impide o coarta la maternidad de subrogación se lesiona la libertad de quien lo desea, es ver tan solo un aspecto y muy limitado de la cuestión, desconociéndose, por lo pronto, los derechos de la criatura".⁹⁰

Acerca de esto, Zarraluqui expresa que: "En su realización se ejercita el derecho a la libertad y a la intimidad, y su uso contribuye a la igualdad. Se protege así el derecho a crear una familia y se favorece el cumplimiento de la paternidad o maternidad biológicas, de uno o de ambos miembros de una pareja".⁹¹

⁸⁹ BRESNA SESMA, Ingrid. Ob. cit. Pág. 8

⁹⁰ MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. Y J. M. Massigoge Fenegiu. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español. Bykinson. Madrid. 1994. Pág. 76

⁹¹ ZARRALUQUI, Luis. Procreación Asistida v Derechos Fundamentales, Tecnos. Madrid. 1998, Pág. 158

Refiriéndose al caso de los hombres solteros que requieren esta técnica para procrear a sus propios hijos, Enrico Pascucci menciona que en "el caso de los varones en un poco más complicado, porque, por el momento, la concurrencia de una mujer gestante sigue siendo imprescindible para la existencia del hijo. Este obstáculo se pretende superar a través de la maternidad subrogada, o maternidad por sustitución, conocida comúnmente por maternidad de alquiler".⁹²

Es conocido que no puede existir discriminación de sexo para reconocerle el ejercicio de un derecho a una persona, de lo contrario se estarían violando los derechos de igualdad que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sobre lo anterior, Enrico Pascucci precisa que: "Afirmar que una mujer tiene derecho a procrear y negar el mismo derecho a un hombre nos sitúa ante una discriminación por razón de sexo que viola el derecho fundamental a la igualdad ante la ley".⁹³

Como se pudo observar, la falta de regulación específica del arrendamiento de vientre relacionado con el derecho de procreación presenta problemas de determinar si este puede ser un medio para concebir, por el hecho de que si bien la ley especifica que es un derecho igualitario, no precise el modo en que debe ser ejercido, por lo que aquellas personas que no puedan hacerlo por el medio natural pueden elegir uno asistido o artificial para ello. Como lo es el arrendamiento de vientre. Con esto, el rechazar esta técnica, como única vía para poder concebir un hijo, puede ser considerado como una forma de restringir un derecho constitucional.

4.1.1.3 LA RELACIÓN JURÍDICA DEL PRODUCTO CON LA PERSONA QUE HA OTORGADO EN ARRENDAMIENTO SU VIENTRE.

Ante la falta de regulación específica del contrato de arrendamiento de vientre como una prueba de certeza jurídica filiatoria, se presenta el problema jurídico de precisar la relación que existe entre el producto concebido mediante esta técnica y la gestante.

En el ámbito del Derecho existe una contradicción respecto de esto, pues mientras que se contempla que la relación jurídica que existe entre la gestante y el concebido es de filiación por el hecho natural de que en su vientre se está desarrollando este último y nacerá de ella, también existe el punto de vista de que a través de pruebas genéticas se comprobaría que no existe tal

⁹² webrnaster@ciudadmdq.com.ar.21/02/2003, 10:46 a.m.

⁹³ idem.

vinculo, lo que hace que no exista certeza jurídica filiatoria.

Determinar la filiación en el arrendamiento de vientre, ante una falta de regulación específica del mismo en alguna legislación, es difícil, creando dos problemas, uno para la maternidad y otro para la paternidad. En cuanto a la maternidad, la filiación respecto del hijo corresponde en el caso biológico a la solicitante de dicha técnica; sin embargo, hay quienes piensan que por prueba presuncional de parto, la filiación estaría para la gestante, independientemente de quien sea el gameto otorgado para la concepción.

Por un lado, Lema Anon precisa que: "La filiación materna queda determinada por el parto, por lo que la mujer gestante será la madre, con independencia de que el óvulo fuese o no suyo."⁹⁴

Por otro lado, hay doctrinarios que consideran que a través de pruebas biológicas podría determinarse con precisión la maternidad de quien solicita el arrendamiento de vientre, y con ello no se otorgue a la gestante que dará nacimiento al producto de esta técnica.

En esta posición Enrico Pascucci señala que la separación de procrear y gestar no tiene inconvenientes desde el punto de vista jurídico pues se pueden admitir supuestos en los que la mujer que da a luz no es la madre del hijo, porque la determinación de la maternidad biológica no plantea, hoy en día, ningún problema probatorio.⁹⁵

Esta controversia jurídica sobre la maternidad puede corresponder tanto a la solicitante que ha aportado su óvulo para la concepción como a la gestante por las razones anteriormente mencionadas. Esta misma controversia, en el arrendamiento de vientre se presenta en cuanto a la paternidad, pues esta puede determinarse por prueba biológica o mediante presunción derivada del matrimonio.

Con respecto a lo anterior, en cuanto a la relación de paternidad se presenta el problema de la determinación de la misma; ante la falta de regulación del arrendamiento de vientre como prueba de certeza jurídica filiatoria; pues en el caso de que la mujer gestante se encuentre unida en matrimonio o concubinato, por presunción derivada de matrimonio dicha paternidad correspondería al esposo o pareja de la misma. Sin embargo, puede ocurrir que por impugnación de paternidad mediante prueba biológica se define que en realidad le pertenece al solicitante de la técnica.

⁹⁴ LEMA At. JON, Carlos. Reproducción Poder v Derecho. 'Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Trotta. Madrid. 1999, Pág. 380.

⁹⁵ www.webmaster@ciudadmdq.cam.ar.

La prueba de genética es principalmente aceptada para este tipo de reconocimiento de paternidad, y no así para la maternidad.

Con relación a esto, Moro Almaraz menciona: "He de reconocerse que la dificultad de prueba que quiso superarse con las presunciones de paternidad y de concepción se he reducido considerablemente con el avance en las técnicas biológicas de investigación de la paternidad admitidas por el Código, y no existe si se emplean los métodos de la fecundación asistida para la concepción que dan certeza plena sobre el padre."⁹⁶

Nuestra legislación civil admite las pruebas biológicas o de avance científico para probar la filiación, al establecer en su artículo 343 del Código Civil para el Estado de Tabasco que: "A falta de acta o si esta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probara con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen..."

Sin embargo, la ausencia del arrendamiento de vientre como una figura específicamente regulada en alguna legislación podría traer como consecuencia que se tuviera preferente atención a la prueba presuncional de parto que a la biológica o genética, atribuyendo la maternidad a la gestante. Refiriéndonos a la voluntad procreacional que existe con motivo del contrato de arrendamiento de vientre, podría ser admitida como prueba para solucionar esa falta de certeza jurídica filiatoria que se presenta en este caso de reproducción asistida. Dictándose que por razón del contrato corresponde a los solicitantes, y no así a la gestante que desde un inicio no tiene voluntad para procrear hijos para ella, pero si para alguien más. Pero, es necesario señalar que de considerar que el contrato de arrendamiento de vientre es nulo para la ley, no sería aceptado como un medio de prueba.

"La voluntad era el elemento esencial al no contar con la referencia del matrimonio o del concubinato, pero como forma de acreditar, de dar a conocer la relación entre dos sujetos como padre e hijo."⁹⁷

El problema que se presenta en este caso es el de que de considerarse nulo el contrato; como lo hace suponer la doctrina jurídica porque su objeto no puede ser materia de contratos, por tratarse

⁹⁶ MORO ALMARAZ, María Jesús, Ob. cit. pág. 230.

⁹⁸ Ibidem. págs. 207 y 208.

de una parte del cuerpo humano; no se admitiría como prueba para comprobar la filiación de los solicitantes, destruyéndose la certeza jurídica filiatoria que puede existir desde un principio con dicho acto. Complicando con ello la determinación de maternidad y paternidad del o los solicitantes que desde que realizaron el contrato tenían la voluntad de procrear, teniendo que probar su filiación mediante pruebas de avance científico (genéticas), frente a una gestante que no tiene ningún vínculo porque no tuvo la intención de procrear hijos para ella.

La falta de regulación del contrato de arrendamiento de vientre, puede generar no solo consecuencias civiles indeterminadas, sino también penales, pues la doctrina considera que la entrega que realice la gestante del hijo a su nacimiento, se tendrá como abandono de personas, acción que se encuentra penada dentro de nuestra legislación correspondiente. Sin embargo, creo que al no corresponderle la filiación a la gestante sobre el producto de la procreación asistida, no le corresponde la patria potestad sobre el mismo ni alguna obligación, por lo que no podría hablarse de dicho abandono de personas por parte de aquella.

"En relación a la madre sustituta, conviene presentar si tiene derecho a concebir un hijo y luego abandonarlos o entregarlo a una tercera. No lo permite nuestro Derecho está penalizado el abandono de personas"⁹⁹ Sin embargo, creemos que al no corresponderle la filiación a la gestante sobre el producto de la procreación asistida, no le corresponde la patria potestad sobre el mismo ni alguna obligación, por lo que no podría hablarse de dicho abandono de personas por parte de aquella.

4.1.1.4 LA RELACIÓN JURÍDICA QUE SE PUEDE PRESENTAR ENTRE LOS SUJETOS QUE PARTICIPAN EN EL ARRENDAMIENTO REFERIDO

La relación jurídica que puede presentarse entre los sujetos, solicitantes (una pareja unida en matrimonio o concubinato, o una persona soltera) y la gestante, es de tipo contractual, por lo que los efectos, derechos y obligaciones, que se puedan derivar de este tendrían un cumplimiento forzoso. Sin embargo, la carencia de regulación específica para este contrato, como prueba de certeza jurídica filiatoria, parece que dicho cumplimiento de las partes sea dudoso, pues el contrato se encuentra en cuanto al objeto que lo constituye, afectado de nulidad.

El problema jurídico que se encuentra en este rubro; ante la falta de una regulación específica del arrendamiento de vientre como un contrato que puede ser una prueba de certeza jurídica filiatoria;

⁹⁹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Ob. cit. Pág. 76

se presenta en cuanto a que al no ser válido el contrato celebrado, no puede existir un cumplimiento forzoso para las partes de lo estipulado en el contrato, por lo que en caso de que cualquiera de ellas no cumpliera con lo acordado la otra no podrá pedir la ejecución forzada. Además de lo anterior, el efecto de filiación con relación al concebido queda sin certeza tanto para los solicitantes como para la gestante.

La práctica del arrendamiento de vientre tiene como objeto el útero de una mujer para la gestación de un hijo que no será de ella sino de quienes solicitaron aquella. Es por este objeto que el contrato es nulo, pues no puede ser objeto de contratos una parte del cuerpo humano, porque no se encuentra dentro del comercio. Sin embargo, la doctrina, además de mencionar como objeto del contrato citado el vientre de la mujer, señala que el objeto que afecta la nulidad puede ser también: la filiación, la capacidad generativa y la maternidad humana.

Acerca de la filiación, Chávez Asencio hacienda establece que la filiación no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, a sujetarse a compromiso en árbitros; opine que la filiación no depende, salvo la adoptiva o la asistida en sus modalidades de fecundación in vitro y de inseminación artificial, de convenio a compromiso alguno, por lo que parece lógico que no puede ser materia de contratos.¹⁰⁰

Moro Almaraz menciona como objeto del contrato de arrendamiento de vientre a la capacidad generativa, indicando "Se ha dicho al efecto que el contrato con la portadora resulta ilícito porque, entre otras razones, la capacidad generativa indisponible, intransferible y personalísima".¹⁰¹

Acerca de la maternidad humana, Marco y Tarasco, nos dicen que "la maternidad humana no puede ser un asunto de negociación y de contratos, ya que la instrumentalización de la maternidad va contra las obligaciones del amor materno y da lugar a graves problemas psicológicos y afectivos, debido a la existencia de una maternidad psicológica, además de la biológica."¹⁰²

Es necesario advertir que aun cuando parece lógico que en el contrato de arrendamiento de vientre sea precisamente su objeto esa parte del cuerpo de una mujer, considerado ilícito por la ley, no se encuentre definido cual es el objeto del mismo para la doctrina. Pues se menciona que se trata de la filiación, la capacidad generativa o la maternidad humana, cuando estos son fines y no objetos

¹⁰¹ Cfr. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Ob. cit. Pág. 44.

¹⁰² MORO ALMARAZ, María Jesús. Ob. cit. Pág. 264

¹⁰³ MARCO, Javier, y Martha Tarasco, Diez temas de Reproducción Asistida. Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid. 2001. Pág. 55

que corresponden, por la intención de procrear estipulada en el contrato, a los solicitantes desde un principio y no a otra persona. Los derechos y obligaciones estipuladas en el contrato de arrendamiento de vientre, voluntariamente celebrado por las partes, tienen que ser cumplidos por los solicitantes y por la mujer gestante, esto en la práctica, aunque conforme lo expresado por la doctrina del Derecho este cumplimiento no puede existir de manera forzosa por tratarse de un contrato nulo.

Con base en esta opinión doctrinal, de nulidad del contrato de arrendamiento de vientre, el problema jurídico se encuentra en el hecho de que al haber una controversia derivada del incumplimiento de lo acordado por alguna de las partes, por la incertidumbre que genera un contrato no regulado, la afectada no podrá exigir la ejecución forzosa del contrato. Por lo anterior, la autoridad puede rechazar la solicitud argumentando precisamente la ineficacia de este tipo de acuerdos.

En cuanto a sanciones para las partes contratantes, estas no tienen sanción para la realización y ejecución de los contratos, solo en el caso de que existiese una retribución estipulada a favor de la gestante, pues se estaría en el tipo penal de abandono de personas, cuando lo entregue al o los solicitantes, o de tráfico de menores. Sobre esto, expresa Soto Lamadrid que la cesión del óvulo y vientre, motivada por el afán de lucro, no es otra cosa que el acuerdo delictivo anticipado para vender al propio hijo. Tan grave ofensa a la dignidad del ser humano, es la única merecedora de una intervención punitiva de carácter penal".¹⁰⁴

Es necesario hacer la observación de que ante una falta de regulación específica del arrendamiento de vientre, la solución a una controversia de este tipo en lo referente a dicho contrato y el cumplimiento de sus efectos, solo será, según la ley y la doctrina, la declaración de su nulidad. En cuanto al efecto filiatorio será la interposición de impugnaciones por parte de los solicitantes mediante pruebas genéticas, para demostrar paternidad o maternidad, según el caso.

4.1.2 LA LEGALIZACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SU PROBLEMA SOCIAL

La ciencia médica ha creado técnicas de reproducción asistida con el objetivo de satisfacer necesidades de procreación de personas que no pueden llevar a cabo ésta por medios naturales. La aceptación de dichas técnicas, como el arrendamiento de vientre, dentro de una sociedad es

¹⁰⁴ Cfr. SOTO LA MADRID, Biogenética, filiación y delito. "La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho," Editorial De Palma Buenos Aires 1990 Págs. 384-3

difícil pues los principios morales conducen a la misma en cuanto a la decisión de que sea permitida o no por el orden jurídico de un país.

El argumento que más se ha agotado para evitar la legalización del arrendamiento de vientre es aquel que precisa que la aplicación de esta figura es contraria a los principios morales y religiosos de una sociedad como mexicana. Socialmente sabemos que el progreso de la ciencia debe beneficiar y no afectar a las personas, por lo que el ayudar a una persona a procrear a sus propios hijos, con las debidas precauciones del caso, no creemos que le cause algún perjuicio y esto es un rechazo a la técnica, objeto de nuestro estudio.

Se puede afirmar que existe consenso casi universal respecto de ciertos valores que concierne a la aplicación de estas técnicas, respecto a la dignidad humana, derecho del niño a la coparentabilidad, debida protección de los usuarios mediante supervisión administrativa de los centros que prestan el servicio, y conciencia de que no todo lo científicamente posible es éticamente aceptable.¹⁰⁵

Parte del problema que existe ante la legalización del arrendamiento de vientre se encuentra en la religión adoptada por [as personas que Forman la sociedad mexicana, pues dicho pensamiento influye para que haya un rechazo sobre esta técnica. Este arrendamiento es contrario a los principios religiosos por el hecho de que la procreación no es natural, no ha sido otorgada por mandato de un creador a Dios, sino que es experimental y realizada por el mismo hombre.

Es necesario mencionar que no todas las religiones rechazan de manera absoluta estas técnicas de procreación, pues, aunque poco recurridas en México, el islamismo, el hinduismo y el budismo que sostienen la santidad de la vida y los derechos individuales han sido relativamente tolerantes con los diferentes métodos para el control de la fertilidad. Por el contrario, los exponentes más conservadores de los credos como el cristianismo (religión que se profesa en México) y el judaísmo continúan oponiéndose. Esta posición intransigente puede tener mucho merito en un mundo de valores que cambia rápidamente, Pero mantener esa posición de indiferencia ante las necesidades de la humanidad es censurable y, considerando las inminentes calamidades, puede resultar suicida.¹⁰⁶

Se puede decir que se considera socialmente que esta técnica, independientemente de la

¹⁰⁵ Enciclopedia de Derecho de Familia. Tome, III, Universidad. Buenos Aires. 1994. Pág., 553,

¹⁰⁶ Cfr., C. R. Austin y Short R. V. Ob, cit. Págs., 150 y 151.

religión que se profese, solo debe reservarse a quienes no pueden procrear de manera normal; por causa de una enfermedad que se pueda transmitir al hijo, o por no tener otro medio para ello; y no así a las mujeres que la utilizan para evitar la gestación o un embarazo.

Sobre esto Javier Gafo menciona que el argumento más importante que existe socialmente en pro de la maternidad subrogada es aquel en el que se precisa que si la infertilidad es una situación que debe remediarse en lo posible, no hay por qué excluir la maternidad subrogada, único camino que les queda a determinadas parejas".¹⁰⁷

Esta posición que favorece la aceptación a la práctica del arrendamiento de vientre, parece tener límites, como todo método científico, pues en este caso la limitante que encuentra la doctrina jurídica es el de la realización de lo que se conoce como eugenesia, que es el pensar que existe un mejoramiento genético del concebido.

Acerca de lo anterior, Zarraluqui dice que no puede llevarse más allá de sus límites y convertir la procreación asistida en una media al servicio de la eugenesia en el sentido amplio de esta palabra. En cuanto se pretenda eliminar la transmisión de graves defectos y dolencias, está plenamente justificada; pero si se aspira a cualquier selección forzada o mejora de la raza, deber ser condenada".¹⁰⁸

Con respecto a la gestante y su función dentro del arrendamiento de vientre, las posiciones sociales varían dependiendo de su compromiso, pues puede ser vista tanto como un instrumento cuando acepta una retribución para la gestación; en caso de que no acepte retribución y por el contrario lo haga de manera gratuita será vista como una persona generosa sobre todo si tiene parentesco con la solicitante de este método con la condición de que no se trate del primer grado.

El problema social para la mujer gestante se presenta con el rechazo que puede tener de la sociedad por su participación en el contrato de arrendamiento de vientre, pues se piensa en ella como una incubadora humana de la que los solicitantes, seguramente con una mejor situación económica, pueden aprovecharse; haciendo que alquile su vientre, a cambio de una retribución que seguramente ella necesita.

Sánchez Morales precisa que en "la práctica, lo más frecuente será que la pareja que encargue

¹⁰⁷ GAFO, Javier. Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid.1986.Pág., 94

¹⁰⁸ ZARRALUQUI, Luis. Procreación Asistida Derechos Fundamentales Tecnos Madrid 1998. Pág. 150

estos servicios presente un estatus social, económico y cultural superior al de la mujer gestante, con lo que se producirá una utilización de los más débiles a favor de los más poderosos, es explotación de las clases superiores en esta materia de carácter personalísimo.¹⁰⁹

Contrario a lo anterior, existen posiciones en defensa de la opinión sobre que la gestante es una incubadora que se anima a arrendar su vientre solo por dinero; aquella en la que a las mujeres gestantes se les reconoce el derecho a servirse de su cuerpo libremente, y si el acuerdo es voluntario y libre, no hay por qué hablar de explotación, ni aun cuando haya dinero, el arrendamiento de vientre que haga la gestante por parentesco, amistad o cariño se tiene por un acto de generosidad, en el que los diferentes derechos y obligaciones de las personas contratantes en los que se deja claro cuales corresponden a la madre genética como a la biológica o solicitante, sobre todo los derechos del concebido.¹¹⁰

Por otro lado y con respecto a la filiación (maternidad y paternidad), la sociedad es muy asidua a suponer que la mujer que se encuentra embarazada es la madre del producto, cuando en realidad son el o los solicitantes. En caso de controversia sobre esta situación por las partes del contrato, la balanza se inclinara sobre la gestante que de acuerdo con el pensamiento social es ella la madre del concebido por el vinculo que sostuvo con este durante la gestación. Con base en lo anterior, se puede plantear que el problema social que se presenta ante la legalización del arrendamiento de vientre consiste precisamente en que con esto pueden afectarse varios principios morales.

En el caso de la gestante socialmente se afecta su dignidad cuando se pretende que tenga un hijo que no será para ella sino para alguien más, dejando en dada si es verdad o no dicho compromiso, y si por ella es buena o mala persona. Además de que a pesar de la posible legalización de la figura, el hijo sería considerado de la gestante, pues a ella y no a la solicitante es a quien se le vio embarazada; por la que observar qua aquella entrega al niño a otra persona haría presumir que está regalando o vendiendo a su propia hijo, lo que puede parecer un acto inhumano y delictivo.¹⁴⁰

Javier Gafo da a conocer dos argumentos sociales sobre el vinculo filiatorio del niño, el primero refiere que en el arrendamiento de vientre se cimienta entre el niño gestado y la madre gestante, a lo largo de la gestación, una interrelación irreducible a lo meramente biológico y psicológico, según el modo, circunstancias y estilo de la madre durante el embarazo, con repercusiones para el niño y su personalidad a lo largo de su vida.

¹⁰⁹ SÁNCHEZ MORALES, María Rosario, La manipulación genética humana a debate, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. 1998. Pago. 190.

¹¹⁰ Cfr. GAFO, Javier. Págs. 94 y 97.

El segundo, contrario a lo anterior, especifica que no debe exagerarse la vinculación de la madre subrogada con el niño por el tiempo que lo ha llevado en su seno.¹¹¹

Por la anterior, creemos que el problema social se presenta precisamente, con relación a la legalización del arrendamiento de vientre, en que es tratada como una figura que contradice los principios morales y religiosos de una sociedad como la nuestra. A pesar de ello, y como en todas las sociedades, existen personas de acuerdo con su regulación.

Se puede decir que este pensamiento ha ido evolucionando, pues actualmente el juicio sobre esta técnica va más centrado a observarla como un beneficio para quienes desean procrear, y no así como una creación científica dispuesta a degradar a una mujer. Esta aceptación es parcial pues va condicionada, en la práctica de esta técnica, a la existencia de un matrimonio; por lo que no se acepta que sea una persona soltera la que lo utilice; y un impedimento físico que le niegue la posibilidad de procrear por medios naturales, pensándose con ello en la protección y desarrollo del hijo.

4.1.3 EL PROBLEMA POLÍTICO ANTE LA LEGALIZACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

En el presente punto haremos mención del problema político que en nuestra consideración existe ante la regulación específica del arrendamiento de vientre, precisando que como ámbito político me referire a aquellas personas que con esta calidad tienen la función de legisladores. Dependiente del pensamiento social, el ámbito político ha visto con dificultad la regulación de todos aquellos tópicos que tengan relación con la rama familiar del Derecho Civil. Los avances científicos, como las técnicas de reproducción asistida, sobre todo el arrendamiento de vientre, han creado controversia en cuanto a su legalización por los principios jurídicos y sociales que pueden contradecirse con esta. En el ámbito político ante la legalización de esta técnica como un contrato para probar la filiación, se encuentra la indecisión de los legisladores para su regulación por la controversia social que causa esta figura.

Ya que por un lado, hay quienes la rechazan porque afecta a una persona en su integridad física y dignidad humana. Pero por otro lado, parte de la sociedad reclama su regulación para contar con certeza jurídica filiatoria en el caso que soliciten la práctica de dicha técnica como único medio de procreación y la filiación no se determinen correctamente a favor de los solicitantes. Pues como menciona Chávez Ascencio no todo lo que se considera ilícito o inmoral deja por ese hecho de

111 Cfr. *Ibidem* Págs. 94 y 97

realizarse y practicarse. Es un hecho que se están realizando intervenciones de esta naturaleza y que cada vez son más los hijos que ingresan en un matrimonio por este procedimiento. Por lo tanto, el Derecho tiene que dar respuesta a estas situaciones, independientemente de que pudieren considerarse ilícitas por la norma jurídica"

Por lo anterior el problema político para la regulación específica del arrendamiento de vientre se localice en la afectación que cause aquella a los principios jurídicos y sociales de nuestro País, especialmente en tolo que se refiere a la dignidad de la gestante y la protección vital del concebido, Nuestro sistema legislativo, se vio en tiempos pasados siempre renuente ante la posibilidad de establecer disposiciones sobre técnicas de reproducción asistida, por considerarlas violatorias de normas jurídicas vigentes en nuestro Derecho. Pero ante la práctica de dichas técnicas y sin protección filiatoria para quienes se asistían de ellas para procrear a sus propios hijos, se decidió darles regulación.

En la actualidad tanto la legislación civil, con reformas de mayo de 2000, como la legislación en materia de salud (Código Civil para el Estado de Tabasco y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, respectivamente) contienen disposiciones sobre técnicas de reproducción o fertilización asistida. Sin embargo, no se ha precisado con exactitud cuáles son dichas técnicas, por lo que si bien es cierta se ha hecho un esfuerzo por regular estos avances de la ciencia médica aun existen lagunas que les corresponde a los políticos, que forman el Poder Legislativo de nuestro País, resolver.

A pesar de que existen estas disposiciones sobre la reproducción asistida en nuestro País, la falta de una regulación específica para el contrato de arrendamiento de vientre hace que se deje a la interpretación de los profesionistas del Derecho el hecho de declarar a este como una técnica mas, pues aun se duda de aquella. Este conflicto se hace presente con la aparición de disposiciones sobre reproducción asistida, en la que hacía falta la determinación de las técnicas que forman parte de esta, pues ante el arrendamiento de vientre científicamente tiene tal carácter Pero los políticos están indecisos sobre ello.

Además, en Guanajuato, Guanajuato, una publicación con Puente periodística de CIMAC mencionaba el día veintiuno de septiembre de 2001, la idea fundamental de la fracción panista en el Congreso de este estado, de proponer una reforma a su Constitución para regular los avances genéticos ligados a la maternidad subrogada, propuesta que no tuvo el mayor interés por parte de otros legisladores que la consideraron inmoral e ilegal.¹¹²

Varias son las cuestiones que detienen a los políticos para aceptar el reconocimiento legal del arrendamiento de vientre dentro de una regulación específica, entre ellas: la falta de nominación a la figura, el uso y goce temporal de una parte del cuerpo de una mujer, su clasificación de onerosidad o gratuidad, la contradicción de principios jurídicos, su utilización por parte de una pareja o persona soltera, y lo que nos interesa especialmente que se tenga como prueba filiatoria preferente frente a una presuncional derivada. Cada una de las anteriores cuestiones parece necesario el señalamiento de que con la regulación específica del arrendamiento de vientre, no se afectarían de alguna manera disposiciones ya establecidas, pues esta figura sería una excepción a lo ya establecido, sirviendo esencialmente como prueba filiatoria. La cuestión que ha causado un mayor rechazo ante la legalización, en nuestro País y en otros mas, es la que se refiere al lucro que puede llegar a estipularse en el contrato a favor de la gestante, pues aun cuando no se ha definido como puede elaborarse este acto predomina que sea siempre gratuito. Gonzalo Higuera menciona que. "el rechazo es casi absoluto en el espectro político y si se deja ligeramente abierta la puerta es para supuestos de simple gratuidad y no por razones de parentesco o de amistad y siempre que la portadora puede conservar el hijo a lo largo de la gestación, en el nacimiento y después de nacido, si decide quedarse con el." ¹¹³

El avance de la ciencia médica en reproducción humana siempre será más rápido que el Derecho, por lo que mientras ya se practica el arrendamiento de vientre, la iniciativa para legislar este aun no ilegal al Congreso de la Unión o a la Asamblea Legislativa del Estado de Tabasco. Por esto consideramos que por falta de discusión de esta figura en los recintos legislativos, tanto federal como estatal, no existe un argumento de rechazo o aceptación que podamos citar en particular de algún político, para que se impida o permita su regulación, y con ello su práctica, respectivamente.

4.1.4 LA NECESIDAD DE LEGALIZAR EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE COMO UN CONTRATO

He precisado en los puntos anteriores, el problema jurídico, social y político que existen frente a la regulación del arrendamiento de vientre, con opiniones a favor y en contra de esto. En este punto dare a conocer la necesidad de que esta figura se regule específicamente como un contrato que sirva para comprobar una relación filiatoria.

112 Cfr. www.cimac.org.mx/noticias

113 Cit, por, MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegiu. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español. Bykinson. Madrid. 1994, Pág. 157

La practica actual de esta técnica de reproducción asistida hace necesaria una regulación específica por la misma, para evitar la falta de certeza jurídica filiatoria; así como la aplicación de una presunción materna a paterna, en su caso, que puede afectar tanto al o los solicitantes como a la gestante, cuando alguna de las partes incumpla el contrato aun no legalmente establecido en la ley.

Se debe precisar que la necesidad a la que se refiero para que se regule concretamente el contrato de arrendamiento de vientre la he centrado solo en materia de filiación para que exista una certeza sobre ella por parte de quienes solicitaron dicha técnica de procreación sin que pueda aplicarse una prueba presuncional ante el hecho del parto, con la que se pretenda que la filiación del hijo corresponda a la gestante.

4.1.4.1 OMISIÓN DE LA FALTA DE CERTEZA JURÍDICA EN UNA RELACIÓN PATERNO FILIAL

La regulación que del arrendamiento de vientre se haga, de manera específica, terminaría con la falta de certeza jurídica que con respecto a la filiación existe actualmente en la práctica, entre un hijo con sus padres, que hayan utilizado esta técnica para procrearlo. Esto es porque constaría en el contrato que la filiación del hijo nacido por este método de reproducción asistida corresponde al o los solicitantes por su intención de procrear, estipulado en el mismo, y no a la gestante.

La certeza jurídica filiatoria que existe en la actualidad ante la práctica del arrendamiento de vientre solo tiene como base la confianza de que cada una de las partes cumplirá con lo convenido. Pero esto no es suficiente, pues en el caso de que una de ellas incumpla con lo pactado, la certeza que se tenía, ya no existirá y se resolverá ante tribunales, con la misma incertidumbre. A continuación se analizara los supuestos que pueden existir en el caso de que existe incumplimiento de este contrato ya sea por la gestante o por los solicitantes, con respecto a la filiación.

El derecho de procreación, establecido en nuestra Carta Magna, ejercido por la pareja solicitante, unida en matrimonio o en concubinato, o por la persona soltera mediante este contrato de arrendamiento de vientre tiene como objetivo principal la concepción de un hijo propio cuya intención figure en el mismo convenio.

Ante la opinión de la doctrina sobre que el contrato resulta ilícito, se puede decir que de considerarla en una controversia filiatoria, el ejercicio pleno del derecho de procreación se destruiría, dejando sin efecto e incertidumbre la filiación del concebido con su padre y/o madre que deberá resolverse e iniciarse con un juicio de reclamación de filiación.

Se hace necesaria la regulación de esta figura para evitar que ante el ejercicio del derecho de procreación mediante esta técnica se destruya éste y con él, la certidumbre de filiación que existía en un principio en la práctica pero no ante el derecho. Sobré esto expresa Zarraluqui que en el derecho de procreación el costado positivo "es que se proporcione al individuo los medios positivos para esa continuidad o filiación, debiendo ser calibrado profundamente para discernir si en los supuestos que se pretenda acudir a la asistencia científica en sustitución de la procreación natural, el derecho existe o no, y en caso afirmativo con qué condiciones a presupuestos".¹¹⁴

Quien tiene la protección de la ley es el concebido, de esto se está seguro, pues desde que tiene esta condición se le considera como persona para todos los efectos que la ley disponga en su favor. Sin embargo, la filiación que también es una consecuencia que debería cubrirse desde su fecundación, en el caso del arrendamiento de vientre no sucede, pues cuando existe la decisión de la gestante de reclamarlo como hijo, el pacto que puede probar que no es la verdadera madre es ilegal por lo que no puede ser utilizado como medida de prueba. Con lo que se deja sin protección en dicho efecto de filiación al recién nacido, ante una certeza que se obtuvo desde el principio de su concepción con el contrato, y que ahora tendrá que fijarse con una resolución judicial.

La maternidad y la paternidad; que corresponda a un matrimonio, concubinato o persona soltera; mediante este contrato parece no tener problema para determinarse, para ante una posible declaración de nulidad, como ha insistido la doctrina que pudiera ser, antes de que se cumpla el objetivo de la entrega de su hijo, existirá siempre la falta de certeza de su vínculo filiatorio reconocido por la ley, la que terminara una vez que se presente ante el Registro Civil como hijo suyo.

Se convierte en necesaria la regulación de filiación, en el supuesto antes mencionado, para evitar que quienes utilizan el arrendamiento de vientre para concebir a sus propios hijos;

viéndose impedidos para hacerlo de manera natural y sea por un problema fisiológico o de otro tipo en particular ajeno al primero; tengan la preocupación constante de saber si la gestante va a cumplir con entregarles a su hijo o si reclamare maternidad quitándoles la oportunidad de ser padre

¹¹⁴ ZARRALUQUI, Luis, Ob. cit. Págs. 71 y 72

o madre, respecto de la maternidad, la disociación entre la genética y la obstétrica o la gestante trae al derecho una nueva perspectiva pues a lo largo del tiempo se empeño porque el hijo tuviera desde el nacimiento un progenitor que se ocupará de él considerando siempre a la madre por el hecho del parto. Tal convencimiento basado en las leyes biológicas ha sido superado hoy cuando la que alumbró puede no estar genéticamente vinculada al nacido.¹¹⁵

Por otro lado, en cuanto a la gestante también tiene la incertidumbre de que aquello a lo que se obligaron los solicitantes en el contrato vayan a cumplirlo, por lo que en caso de que estos se arrepintieran de dicha procreación, la gestante tendría que hacerse cargo del niño que ella gestó pero que no tenía la intención de procrear. La única forma de probar que ella no es la madre de ese niño es mediante el ofrecimiento y desahogo de pruebas biológicas, que de favorecerle lograría su objetivo, pero se dejaría desprotegido al niño.

La necesidad de que se regule esta técnica como un contrato, en este supuesto, es para dar por un lado certidumbre a la gestante de que los efectos estipulados en el mismo tendrán fuerza de ley por su cumplimiento y que se declare que la filiación pertenece a los solicitantes y no a ella; por otro lado, que se proteja al concebido desde un principio definiendo quienes tendrán que acatar como sus padres las obligaciones y ejercer los derechos derivados de esta filiación.

La utilización de gametos (óvulo o espermatozoide) donados para el arrendamiento de vientre, que se requieran para la fecundación de su hijo, ajenos a quien o quienes tienen la intención de procrear puede comprobarse mediante el contrato, con el fin de que una vez lograda la concepción de su hijo no pueda ser reclamado por el donador. Asegurándose de esta forma que la filiación no les corresponde a los donadores.

En opinión de Moro Almaraz "en la generalidad de los supuestos, también de fecundación artificial facilita la determinación de la paternidad, aunque no coincide con la identidad biológica y pueda destruirse"¹¹⁶

Tener al contrato de arrendamiento de vientre legalmente aprobado como prueba de filiación, evitaría una solución equivocada a través de un procedimiento que no sea correlativo a este tipo de casos, cuando se incumpla aquel por alguna de las partes contratantes y se le daría cumplimiento forzoso. Ante un supuesto contrario y real en nuestra actualidad un Juez podría

¹¹⁵ Cfr. MORO ALMARAZ, María Jesús. Aspectos civiles de la inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro. Librería Bosch. Barcelona. 1988, Pág. 252.

¹¹⁶ ibídem, Pág. 231.

declararlo nulo basado en una reflexión de tipo doctrinal de que al objeto no puede ser materia de contratos, sin tener un fundamento en una regulación específica sobre esta figura que le nulifique expresamente, destruyendo los efectos del contrato y resolviendo en cuanto a estos solo lo relativo con la filiación, que ha perdido la certeza con dicha declaración y mediante una impugnación de maternidad o paternidad.

CAPITULO V

PROPUESTA DE TESIS

CAPITULO V

PROPUESTA DE TESIS

Nuestro orden jurídico mexicano, en cuanto a la materia civil y de salud, solo establecen de manera general que se tiene reconocida una filiación derivada de reproducción asistida. Sin embargo, esta forma implícita de regulación no es suficiente, sobre todo en el caso del contrato de arrendamiento de vientre, que en la práctica médica si es considerado como técnica de reproducción asistida, pero no existe aún una regulación que refiera cada uno de los problemas filiatorios que puedan surgir por su práctica.

Ante todos los supuestos jurídicos que pueden existir respecto del arrendamiento de vientre, esta propuesta de regulación específica del mismo, la dirijo precisamente a que esta figura sea reconocida como un contrato que pueda ser medida de prueba para comprobar una relación de filiación, o que se tenga certeza de la misma desde la realización de aquel. Por lo que en este capítulo expresare diversos supuestos que podrían existir con relación a la práctica y necesaria regulación del arrendamiento de vientre, a las que he propuesto una conclusión. La propuesta abarca su regulación tanto en materia civil como en materia de salud. En materia civil, propongo la existencia y validez de esta figura como, un contrato, que sirva de prueba documental para comprobar la paternidad y maternidad de una o unas personas frente a su hijo nacido mediante esta técnica. En materia de salud, la propuesta se centra en la adición y creación de un reglamento para que esta técnica se encuentre apegada a las disposiciones de la ley de salud correspondiente.

5.1 LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE COMO PRUEBA PARA COMPROBAR LA CERTEZA JURÍDICA FILIATORIA

La regulación específica para el arrendamiento de vientre como contrato que pueda ser utilizado como prueba documental para comprobar la certeza de una filiación, derivada de una reproducción asistida, aun no existe en alguna ley mexicana. Por lo que mi propuesta se centra precisamente en la existencia legal de una regulación aplicable al arrendamiento de vientre en el sentido antes expresado.

La propuesta de regulación específica para el arrendamiento de vientre desarrollada en los puntos siguientes, la he desarrollado respecto de varias leyes, civiles y de salud, de las que explico en qué consiste aquella regulación, con base en diversos supuestos que pudieren derivarse de este contrato.

El conjunto de leyes comprende: el Código Civil para el Estado de Tabasco en el que se precisara la naturaleza jurídica del arrendamiento de vientre como un contrato que sirva de prueba documental para comprobar la certeza filiatoria entre padres e hijo, como objetivo principal de esta técnica; el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco, para que se establezca un procedimiento aplicable en la elaboración del contrato y en la solución de controversias contractuales y filiatorias que pudieren llegar a presentarse; y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, en el que propongo la adición en el contenido de un artículo para que expresamente se tenga como técnica de reproducción asistida al arrendamiento de vientre.

5.1.1 PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO PARA SU DEBIDA REGULACIÓN

El Código Civil para el Estado de Tabasco establece de forma genérica y no especifica a las técnicas de inseminación artificial, fecundación in vitro y arrendamiento de vientre, ya que para referirse a estos solo menciona métodos de reproducción asistida.

El arrendamiento de vientre como una modalidad de esta forma de reproducción humana, de manera implícita está permitido en su utilización por el citado código. Sin embargo, en su forma de contrato aun no se encuentra establecido en dicha ley civil de manera expresa y específica.

En este punto, daré a conocer las propuestas de reforma al código sustantivo civil, aplicable en el Estado de Tabasco, correspondientes a que se precise una regulación del contrato de arrendamiento de vientre, que se ubicaría dentro del Título Séptimo "De la Filiación". Pues aun cuando se trata de un contrato, el objetivo es que sea una medida de prueba que pueda otorgar una certeza jurídica filiatoria, parte de la materia familiar; por lo que no lo he contemplado como parte de los demás contratos civiles.

Las propuestas civiles tienen relación con el hecho de que el arrendamiento de vientre sea considerado específicamente como una modalidad de reproducción asistida en su calidad de contrato, que se reconozca la filiación mediante este, que no se aplique la presunción humana o legal en este tipo de procreación para determinar la filiación

5.1.1.1 EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE COMO UNA MODALIDAD DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La ciencia médica considera como técnicas de reproducción humana asistida: la inseminación artificial, la fecundación in vitro y el arrendamiento de vientre. El parentesco consanguíneo entre el hijo producto de reproducción asistida y quienes la consientan; por lo que implícitamente reconoce como modo de dicha reproducción, al arrendamiento de vientre. Sin embargo, no existe aún una regulación específica y explícita que establezca al arrendamiento de vientre con la naturaleza jurídica de contrato. Por ello, propongo la regulación específica de esta técnica, en el citado código, como un contrato. Para las personas que requieran la utilización del arrendamiento de vientre como una técnica alternativa de procreación; pero desconozcan en qué consiste el mismo en su calidad de convenio, que a través de un concepto general se precise su explicación.

Se puede decir que, en un concepto, el contrato de arrendamiento de vientre consistiría en un acuerdo por el que una mujer (gestante) se obliga a gestar en su vientre (útero) al hijo de una pareja (unida en matrimonio o en concubinato) o de una persona soltera (hombre o mujer) sin que pueda impugnar maternidad frente a dicho hijo una vez que nazca, pero sí con el deber de entregarlo a aquellos con quienes realice el convenio, según el caso, teniendo por su lado estos últimos la obligación de cubrir los gastos que genera la realización de esta figura como técnica y contrato desde su inicio hasta su término.

La ciencia médica ha precisado tipos de arrendamiento de vientre, desde el punto de vista de los gametos utilizados para su práctica: de los solicitantes en caso de matrimonio o uno extraño a ellos o los dos, de donantes; del solicitante con el de un donante. Pudiendo ocuparse en estos casos el de la gestante. Con base en lo anterior, se puede decir que si bien mi propuesta fija que el contrato sea uno, solo se reconozca un tipo de arrendamiento de vientre.

En cuanto a los gametos, ya que se dirige más a la ciencia biológica, la denominación de los tipos de arrendamiento de vientre, tendrían que ser con este carácter, por lo que:

Refiriéndonos a una pareja solicitante, el arrendamiento de vientre que se realice con los gametos de la misma se nominara biológico; cuando se precise la fecundación con un gameto de donante (espermatozoide u óvulo) corresponderá a este tipo de arrendamiento de vientre llamarlo parcialmente biológico; por último, sería no biológico cuando para la procreación se utilicen tanto espermatozoide como óvulo de donantes y no de la pareja.

En el supuesto de la persona soltera, cuando se realice el arrendamiento de vientre con el gameto de un donante será de donación simple; mientras que si se realiza con ambos gametos donados, entonces será de donación doble. Sobre el estado civil de las personas que participan en el arrendamiento de vientre dando su voluntad para la práctica del mismo, sugerimos que esta técnica no se reserve solo a una pareja unida en matrimonio, sino que pueda ser utilizada por quienes tengan una relación de concubinato o por una persona soltera. Esta última teniendo, además, que cumplir con ciertos requisitos. Por lo anterior, cuando dicho contrato se realice por solicitud de una pareja unida en matrimonio, se tendrá como un arrendamiento dentro del matrimonio. Por otro lado, si lo ejecuta una pareja unida en concubinato o persona soltera, entonces se conocerá como un arrendamiento fuera del matrimonio. En los tres casos tendrán la obligación los solicitantes de probar dicho estado civil, para evitar la falta de algún consentimiento, que nuestra legislación civil precise para la utilización de técnicas de reproducción asistida.

Dirigida la propuesta a que el arrendamiento de vientre tenga la naturaleza jurídica de contrato, en el supuesto de que se requiera la especificación de sus características dentro de la clasificación de los contratos, con el fin de tener una mejor comprensión del mismo, propongo que estas sean las siguientes: bilateral (plurilateral), formal, gratuito, principal, conmutativo y de tracto sucesivo. El contrato de arrendamiento de vientre es bilateral y dentro de esta clasificación plurilateral, porque intervienen más de dos voluntades: la del solicitante y la de la gestante. Cuando se trata de una pareja unida en matrimonio o en concubinato, se requiera de la voluntad en el contrato de ceder uno de los cónyuges o concubinarios. En el caso de la gestante unida en matrimonio o concubinato requerirá para la ejecución del contrato el consentimiento de su pareja, para que se ejecute en ella dicha técnica de reproducción.

Para comprobar que quienes participan en el contrato de arrendamiento de vientre han otorgado su consentimiento para la práctica de dicha técnica de procreación, sugiero que el contrato cuente con la forma escrita; es decir, un documento en donde las partes hagan constar los derechos y obligaciones que tendrán que cumplir, sobre todo los que se refieren a la filiación. El mal cálculo de la cantidad a pagar por los solicitantes para los gastos que se deriven por la ejecución del arrendamiento de vientre, podría ser considerado por nuestra legislación mexicana como un contrato nulo, por presumir un lucro respecto del cuerpo de la mujer gestante; y con ello una comercialización del mismo, que no puede ser por ley objeto de comercio. La solución que propongo para evitar esta consideración es el necesario apuntamiento en el contrato de que solo

existirá una pequeña retribución para la gestante por el tiempo que se encontró incapacitada por el embarazo.

Para el reconocimiento filiatorio que pueda derivarse de una reproducción asistida se requiere de un consentimiento expreso de las partes que participaron en ella previos a la ejecución de la técnica. En el arrendamiento de vientre el consentimiento para la práctica de esta técnica del o de los solicitantes y de la gestante, y de su pareja en el caso de estar unida en matrimonio o concubinato, deberá expresarse en el mismo contrato por lo que no dependerá de un consentimiento expreso anterior para su realización y existencia. Con esto, puedo decir que el contrato será principal, pues no dependerá de otro para su propia existencia. Por último, el hecho natural de la gestación nos lleva a una clasificación de tracto sucesivo, pues las obligaciones que correspondan a cada parte contratante deberán ser cumplidas, no de manera inmediata, sino de momento en momento, dentro de un periodo de tiempo que puede ser hasta el nacimiento del producto. Mediante estas características existirá la certeza de cumplimiento de las partes de lo estipulado por las mismas en el contrato.

Por la repercusión que tiene el contrato de arrendamiento de vientre en el Derecho de Familia, es necesario mencionar a su característica principal que afecta a La procreación y con ello a la filiación, que es la de irrevocabilidad. Una vez que el médico implanta el óvulo fecundado en el vientre de la mujer que voluntariamente presta su vientre para la procreación, no se podrá revocar el contrato porque uno de los efectos principales derivados de esta técnica es el de la filiación, que solo podrá perderse en los casos y conforme lo señalan las leyes.

La revocación del contrato solo podrá pedirse por Los solicitantes o la gestante: hasta antes de la realización de la practica en su técnica, pues una vez dada la implantación del embrión en el vientre de la mujer gestante el contrato de arrendamiento de vientre tendrá el carácter de irrevocable, esto por el reconocimiento filiatorio que debe existir por parte de Los solicitantes respecto del hijo nacido mediante esta técnica.

5.1.1.2 EL RECONOCIMIENTO DE UNA RELACIÓN PATERNO-FILIAL ENTRE EL PRODUCTO, EL PADRE Y LA MADRE QUE HAN UTILIZADO EL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE COMO ALTERNATIVA BIOLÓGICA DE REPRODUCCIÓN

El efecto jurídico resultado de las técnicas de reproducción asistida es la filiación. El reconocimiento de esta relación de paternidad y maternidad se precisa respecto del padre y la

madre, respectivamente, de acuerdo con el párrafo, mediante el consentimiento expreso de cada uno, del uso de los métodos de fecundación asistida.

En el **artículo 333**: "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".

En el caso del arrendamiento de vientre, con la naturaleza jurídica de contrato, la falta de una regulación específica para el mismo genera incertidumbre respecto del reconocimiento de una relación jurídica filiatoria entre solicitantes y su hijo, nacido mediante esta técnica. Pues el posible incumplimiento de lo acordado de parte de la gestante podría traer como consecuencia un reconocimiento filiatorio favorable para ella y no por aquellos.

Ante este supuesto propongo la regulación específica del arrendamiento de vientre como un contrato válido, en donde el efecto filiatorio derivado de esta forma de procreación se estipule por las mismas partes contratantes reconocido legalmente por quien o quienes lo solicitaron únicamente, como matrimonio o concubinato o para una persona soltera, respecto del hijo; y no a quien lo ha gestado en su vientre y ha otorgado su voluntad para ella siendo solo su intención la gestación y no adquirir la filiación del producto.

En la práctica médica del arrendamiento de vientre además de utilizar un vientre para la gestación de un hijo, en caso de ser necesario la donación de los dos gametos para la fecundación y respecto con la relación a la filiación la posibilidad de impugnación de paternidad o maternidad por parte de los donadores por ser considerados como padres biológicos, sería nula.

Acercas de la donación de células germinantes, reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión, la Ley General de Salud establece en el artículo 321 y en el primer párrafo del 322 que esta deberá consistir en el consentimiento expreso de la persona donante.

Artículo 321: "La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes".

El primer párrafo del **artículo 322** de la Ley General de Salud, establece. "La donación expresa constara por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando solo se otorgue respecto de determinados componentes".

Cuando exista duda sobre el momento en que inicia el reconocimiento del efecto filiatorio que precisa esta forma de procreación, pensándose que es: desde el momento de la firma del contrato, desde que se decreta su validez, desde que tiene inicio la fecundación o gestación del producto, desde el nacimiento de este último. La solución sería que el reconocimiento se otorgue a los solicitantes desde la realización del contrato que cumpla con los requisitos para su existencia y validez, pues la que pretendo que se proteja es la certeza de una filiación, así como los efectos derivados de la misma. Además, de que exista la misma certeza filiatoria para el producto procreado por esta técnica, desde su concepción. Por parte de los solicitantes, puede existir como problemas para la gestante el hecho de que aquellos se arrepientan de la procreación no en la realización del contrato, sino una vez que ha iniciado la gestación del producto, lo que dejaría a la gestante con el conflicto del reconocimiento del hijo. La solución no sería considerar el aborto del producto, sino la ejecución forzosa del contrato de arrendamiento de vientre y con ello, de la misma forma, el reconocimiento filiatorio de los solicitantes respecto de su hijo nacido mediante esta técnica de reproducción asistida. Con ello se evitaría la falta de certeza filiatoria para el cumplimiento de lo acordado con relación a este efecto para la gestante.

Ante este problema, la propuesta la he vinculado con lo regulado hasta ahora en el Código Civil para el Estado de Tabasco que, como ya se menciona al inicio de este punto, reconoce la filiación derivada de reproducción asistida consentida. Es decir, que si se reconoce esta forma de filiación, entonces una manera de que este reconocimiento quede firmado mediante el contrato en el que se estipule al consentimiento de las partes para la realización del arrendamiento de vientre, con la obligación para los solicitantes de reconocer dicha filiación, sin poder renunciar a ella. Con ello se aseguraría a la gestante el hecho de que ella solo tendrá la obligación de gestar al producto en su vientre, y no la de reconocer filiación.

Además de la seguridad para la gestante, quedaría para el hijo la certidumbre de su filiación desde el momento de su concepción para que quede protegido por la ley y se le tenga por nacido para los efectos que la misma otorga. Como los que genera la filiación derivada del arrendamiento de vientre para los solicitantes, como técnica y contrato, que son los mismos efectos de toda filiación: derechos y obligaciones recíprocas, entre padre y/o madre con su hijo, consistentes en dar alimentos, convivencia pacífica, derecho a heredar por sucesión legítima, y el impedimento legal del matrimonio. Así como, obligaciones derivadas de la filiación reservadas al cumplimiento de los padres como la educación de los hijos, llevar el apellido de sus progenitores, administración de los bienes, y la representación legítima de los padres frente a los hijos.

Por todo lo anterior, respecto de este punto puedo decir que la filiación derivada del arrendamiento de vientre, corresponderá únicamente a quienes la solicitaron de manera voluntaria mediante un contrato, en donde se estipule la voluntad de la gestante de prestar su útero para la gestación de un hijo del que no podrá reclamar maternidad a su nacimiento; asimismo los donadores voluntarios que se requieran para la práctica de esta técnica, no tendrán reconocimiento filiatorio sobre el producto. Los efectos derivados de esta filiación se concernirán al o los solicitantes (matrimonio o concubinato), y serán los establecidos en el Código Civil para el Estado de Tabasco.

5.1.1.3 LA PRESUNCIÓN DE FILIACIÓN COMO ÚNICA EXCEPCIÓN EN EL CASO DEL ARRENDAMIENTO DE VIENTRE

El capítulo segundo del Título Séptimo de Filiación del Código Civil para el Estado de Tabasco, establece las pruebas que pueden ser ofrecidas para quien quiere comprobar su paternidad o maternidad sobre un hijo, con todos los medios de pruebas que la ley autoriza, incluyéndose aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen. En cuanto a la testimonial, específicamente en el artículo 344 del citado código, la admite siempre que haya un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos bastante graves para determinar su admisión.

El avance de la ciencia médica ha otorgado a las personas que requieren conocer su filiación, pruebas biológicas de ADN para comprobar la misma con relación a la maternidad o paternidad. En la reproducción asistida, la impugnación de filiación no surte efectos, en la paternidad, cuando exista un consentimiento expreso para la ejecución de los métodos. Por lo que para comprobar la filiación en este tipo de técnicas se requerirá además de pruebas biológicas, la existencia del consentimiento para su práctica.

En el arrendamiento de vientre, al no precisarse una regulación para el mismo en donde se establezca que puede ser utilizado como prueba documental, por tratarse de un contrato, la filiación podría llegar a comprobarse mediante presunciones, una derivada del parto para determinar la maternidad y la otra del matrimonio para fijar la paternidad. Con ello existiría una filiación equivocada y desfavorable para las solicitantes respecto de su hijo, en esta técnica de reproducción asistida.

Por ello propongo que el contrato de arrendamiento se establezca en el Código Civil como una medida de prueba documental para comprobar la maternidad o paternidad de los solicitantes de

esta técnica, y se exceptuaría para este caso como prueba aplicable a la presuncional, con razón del parto o del matrimonio o concubinato.

La prueba presuncional derivada del parto, es una medida utilizada por los médicos para determinar la maternidad de una mujer, pues al momento en que la atienden, estando está en periodo de parto, el que dé a luz a un niño es un hecho que prueba plenamente para ellos que es esta mujer y no otra a quien deben considerar como madre de aquel niño.

En el arrendamiento de vientre he insistido que el hijo será de la solicitante y no de la gestante, por la intención de procreación expresada en el contrato correspondiente. Sin embargo, el médico que atendiese el parto derivado de esta técnica de procreación, declarara que el hijo es de la gestante por presunción humana del mismo de que fue ella quien le dio nacimiento mediante parto, y no la solicitante. En nuestro país, dicha presunción, es la medida que por regla utilizan los médicos, ajenos a la técnica de arrendamiento de vientre, para declarar la maternidad; sin tomar en cuenta la voluntad de una mujer para solo gestar y no para ser madre. La solución que propongo ante este hecho médico, consiste precisamente en que se regule como obligación del profesional que atienda el parto de un niño procreado por arrendamiento de vientre, que para la declaración de maternidad observe el contrato respectivo de esta técnica. Pues de esta manera, podrá corroborar que en dicho contrato se estipula la voluntad de la gestante de solo tener este carácter, sin la pretensión de que la declaren madre del producto por presunción humana médico derivada de un parto.

Pudiendo hacerlo de la siguiente manera: La gestante ha dado nacimiento, en parto, a un niño del que, con motivo de un contrato de arrendamiento de vientre y con base en la regulación específica civil del mismo, declaro que la maternidad corresponde a la solicitante.

De igual manera, esta prueba documental que haría el contrato de arrendamiento de vientre ante un médico para confirmar la maternidad de la solicitante, serviría para probar la paternidad consentida de la pareja de esta, en caso de que este unida en matrimonio o en concubinato. Esto para evitar que en el caso de que la gestante tuviese esposo o concubinario, pudiese aplicarse la presunción legal de matrimonio; en donde se presumen hijos, los nacidos dentro del matrimonio; a favor de aquel, y no de quien es el solicitante.

En caso de controversia sobre la filiación que surge del arrendamiento de vientre, sabemos que mediante pruebas de avance científico, como las biológicas, se podría comprobar plenamente el hecho de que son los solicitantes y no la gestante, a los que les corresponde esta, siempre que

fuesen ellos los que hubiesen otorgado los gametos necesarios para la procreación. El problema surge cuando las células reproductoras para la fecundación son de donantes y no de los solicitantes, por lo que la prueba biológica solo comprobaría que ellos no tienen relación alguna con el producto; si la donación fuese solamente de óvulo o de espermatozoide, entonces uno de los solicitantes, no tendría relación.

En torno a este supuesto, propongo que este avance científico médico del arrendamiento de vientre, no precise solo pruebas biológicas, en el caso de donación de gametos para la práctica de la técnica, sino que se exprese en el contrato respectivo el compromiso tanto de los solicitantes, del o los donantes y de la gestante, en el caso de que tenga esta categoría, de respetar lo acordado respecto de que es a los primeros a quienes únicamente corresponde la filiación; sin que puedan reclamar algún vínculo con el producto.

En el caso de una persona soltera, solicitante del arrendamiento de vientre, podría presentarse; además del problema anterior cuando no sea ella sino alguien más la que aporte ya sea el óvulo o el espermatozoide para la reproducción; el hecho de que aun cuando siendo ella la que otorgue el gameto requiera del otro para la fecundación, de un donante, quien mediante una prueba biológica podría reclamar la filiación del producto. El contrato de arrendamiento de vientre probaría en este caso que la única intención del donante mujer u hombre, fue la de dar voluntariamente un óvulo a un espermatozoide, respectivamente, para la fecundación, y no la de procrear un hijo con la solicitante.

Por lo anterior, concluyo que en la propuesta de regulación específica en el caso de la técnica de reproducción asistida conocida como arrendamiento de vientre, la filiación de los hijos puede probarse con los medios de prueba que establece el Código Civil para el Estado de Tabasco, y con la documental consistente en el contrato respectivo a dicha técnica. La prueba excepcional para comprobar filiación, en el arrendamiento de vientre, sería la presuncional humana, del hecho cierto del parto, y la legal con respecto al matrimonio.

5.1.1.4 EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIENTRE Y SUS ELEMENTOS

Por tratarse de un contrato, considero que necesariamente debe contar con elementos que determinen su existencia y su validez. Con base en las disposiciones establecidas en el Código Civil para el Estado de Tabasco destinadas a los contratos, explicaremos las propuestas que tenemos sobre los elementos de existencia y validez, que formaran parte de la regulación específica del arrendamiento de vientre, como un contrato.

Los elementos de existencia de todo contrato, de acuerdo con el artículo 1917 del citado código, son el consentimiento, el objeto que pueda ser materia de contrato y la solemnidad cuando la ley la exija. En cuanto al consentimiento, como acuerdo de dos o más voluntades, deberán precisarse en el mismo la de los solicitantes o solicitante, la de la gestante y en su caso la de su pareja; así como la del donante o donantes.

Respecto del objeto, será para la gestante la obligación que debe hacer o no hacer, es decir, el hecho de la gestación del nuevo ser, y al nacimiento de este la entrega del mismo a los solicitantes, Mientras que para los solicitantes la obligación de dar a la gestante el dinero necesario para los gastos resituado del arrendamiento de vientre.

Los elementos de validez de un contrato, establecidos en el artículo 1917 de [a ley civil mencionada, son: la capacidad, la ausencia de vicios en la voluntad, la formalidad, y el objeto, motive o fin lícitos.

Sobre los tres primeros no existe una variación para la regulación específica del contrato de arrendamiento de vientre, pues tanto los solicitantes como la gestante y los donantes en su caso deberán tener para la realización del contrato, la capacidad de ejercicio. En la ausencia de vicios en la voluntad, al igual que cualquier otro acto jurídico para que no sea invalidado el contrato de arrendamiento de vientre deberá carecer de deficiencias la voluntad otorgada por las partes contratantes, tales como: el error, la violencia o el dolo. Por último en la formalidad, el contrato de arrendamiento de vientre deberá otorgarse por escrito.

Con relación al objeto podría pensarse que resulta un delito la entrega por parte de la gestante que por presunción de parto es su hijo, sin embargo, precisando mediante el contrato de arrendamiento de vientre que la gestante no tiene relación filiatoria con el niño, entonces no existiría tal conducta ilícita, Por lo que el objeto que propongo para el contrato de arrendamiento de vientre, como lo es la obligación de las partes; para el solicitante la de dar el precio para los gastos que resulten de esta técnica y para la gestante la de cumplir en cuanto a la entrega del concebido una vez nacido; no resulta ilícito.

Cuando ante la imposibilidad de procrear con los propios gametos de los solicitantes se requieran los de donantes, el vínculo biológico que pueda existir entre ellos con el hijo de aquellos solicitantes no será reconocido por el hecho de que se trata de una donación permitida por la Ley General de Salud. Esta forma tampoco se considerara ilícito el hecho de que la gestante entregue a un niño,

que si bien tiene un lazo biológico con ella, este se dio como causa de una donación expresa y voluntaria, de gametos.

El motivo del arrendamiento de vientre será específicamente el de la procreación, el cual no es contrario a las leyes ni a las buenas costumbres. Pues está permitida la procreación de hijos mediante técnicas de reproducción asistida, que este consentida por quienes participan en la misma. Además de que el fin, puede ser también, por parte de los solicitantes el certero reconocimiento filiatorio de su hijo nacido mediante esta técnica; finalidad que no es contraria a las leyes pues puede ser pedido un reconocimiento por el padre y/o la madre respecto de sus hijos, o por una sentencia ejecutoriada que la declare.

Mi propuesta de regulación específica sobre este último elemento de validez consiste precisamente en que se establezca que son aquellos el objeto, motivo o fin del contrato de arrendamiento y que no resultan ilícitos. Esto con el propósito de que no existan confusiones que lo hagan parecer como un contrato invalidado. Otros elementos que se ocupa y que considero necesario expresar para dar a conocer las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento de vientre, son los conocidos como personales, es decir, aquellas personas que otorgan su voluntad para la realización del mismo. Para dicho arrendamiento, los elementos personales que pueden considerarse parte del mismo serán: el o los solicitantes (pareja unida en matrimonio o concubinato), la gestante y su pareja cuando exista una, y el donante o donantes.

El solicitante, podrá ser una pareja unida en matrimonio o concubinato o una persona soltera (mujer u hombre). Quien deberá cumplir con los siguientes requisitos para acceder a la procreación mediante esta técnica: que tenga los medios bastantes para proveer los gastos necesarios y eventuales estipulados en el contrato que requiera la gestante con motivo del arrendamiento de vientre; que acredite que es una persona apta y adecuada para llevar a cabo esta técnica de reproducción asistida; que acredite ser una persona con salud física y mental, sin que sea esta una posible causa de imposibilidad para procrear un hijo de manera natural; y que el único beneficio que busca es el de la procreación de un hijo propio.

Las obligaciones para el solicitante, al igual que las de la gestante, las propongo y explico a continuación, con motivo de los supuestos que pudieran aparecer por el acuerdo para la ejecución de la técnica de arrendamiento de vientre.

Si existiese una intención de revocar el contrato, los solicitantes no podrán hacerlo después de que se realice la implantación del óvulo y al espermatozoide fecundado en el útero de la gestante.

Respecto de los gastos que se generen con razón del arrendamiento de vientre será obligación de los solicitantes pagar por ellos, cuando se trate de los siguientes: gastos con razón de la fecundación y gestación; los médicos, como exámenes durante el embarazo y la atención del parto; los relacionados con la alimentación y prendas de vestir; los derivados de los ejercicios profilácticos para el parto; y después del nacimiento del producto para su recuperación física. Estos dos últimos gastos, solo podrán ser obligaciones de los solicitantes cuando así lo hayan acordado con la gestante. El tiempo y la forma para el pago de cada uno de los gastos mencionados anteriormente, por parte de los solicitantes se harán como lo hayan convenido con la gestante.

La impugnación que pretendieren realizar, después del nacimiento de su hijo, los solicitantes de maternidad o paternidad, no podrán realizarla, independientemente de si hubieran o no aportado su óvulo o espermatozoide, respectivamente. La gestante podrá ser una persona, soltera o unida en matrimonio o en concubinato, que consienta en gestar en su vientre al hijo de otra persona. Los requisitos para poder ser gestantes serán: tener la mayoría de edad; y acreditar que es una persona apta y adecuada física y mentalmente para gestar a un niño en su vientre, mediante esta técnica.

Tendrá la obligación de gestar al producto. Pero en el caso de que la gestante se arrepienta de arrendar su vientre para la concepción de un hijo para una pareja o persona soltera, solo podrá revocar el contrato antes de la implantación del embrión en su vientre; y deberá pagar a los solicitantes los gastos realizados hasta el momento y una indemnización por daños y perjuicios causados por el incumplimiento de lo acordado.

Un embarazo generalmente requiere de atención medica para conocer el estado en el que se encuentra el producto y la misma mujer que lo está gestando en su vientre, propongo que para tener una seguridad de salud la gestante este obligada a someterse a estudios médicos en el momento que se requiera. Además, tendrá la obligación de brindar protección al producto durante todo el embarazo, cuidando su salud de los agentes patógenos que pudieren dañarlos tanto a ella como al niño.

La posibilidad de reclamar la filiación sobre el producto que está gestando en su vientre, será un deber para ella no hacerlo así como para su pareja, en caso de que se encuentre unida en matrimonio a en concubinato, y esta ultima haya consentido expresamente en que su esposa realizara la gestación del hijo de otra persona.

El donante, hombre o mujer, de una célula reproductora en el caso de que fuese conocido para los solicitantes, expresara su consentimiento de donar dicha célula en el contrato de arrendamiento de vientre. Y tendrá la obligación de no reclamar paternidad o maternidad sobre el concebido producto del arrendamiento de vientre. De no cumplir con lo anterior, los solicitantes podrán comprobar mediante el contrato que aquella persona otorgo su voluntad para donar comprometiéndose a no reclamar la filiación del producto.

El médico que participa para la practica de esta técnica, si bien no es un elemento personal del contrato, tiene una responsabilidad clínica que cumplir ante los solicitantes y la gestante que consiste en realizar la operación de acuerdo con el procedimiento científico adecuando, cumpliendo con las exigencias establecidas en las leyes de salud respectivas y guardando el secreto profesional. Además, deberá comunicar tanto a los solicitantes como a la gestante de las condiciones en que se encuentra esta última durante el embarazo, para evitar que pudiera dañarse su integridad física. De no observar lo anterior, el médico será responsable penalmente de lo que pueda suceder por su negligencia.

De lo anterior puedo concluir que por su calidad de contrato, el arrendamiento de vientre cuenta con elementos de existencia y de validez, y que mediante la regulación específica podrán establecerse en el Código Civil para el Estado de Tabasco, precisando en qué consiste cada uno, con el fin de evitar que pueda darse la nulidad del referido contrato.

5.1.1.5 PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 40 EN SU FRACCIÓN XI DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD

Disposiciones en materia de salud sobre reproducción asistida se establecen en el reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud. Siendo más específico que el Código Civil para el Estado de Tabasco, el citado reglamento determine en la fracción XI de su artículo 40 que se entenderá .Por fertilización asistida, termino con el que se refiere al con junto de técnicas de procreación, solamente a la inseminación artificial y a la fertilización in vitro, sin hacer referencia al arrendamiento de vientre.

Titulo Segundo. De los aspectos éticos de la investigación en seres humanos.

Capítulo IV. De la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas; durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones óvulos, fetos y de la fertilización asistida.

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

XI. fertilización asistida. Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro. La falta de mención del arrendamiento de vientre, como una de las técnicas de reproducción asistida, en el citado reglamento, así como la ausencia de regulación específica de la figura en el código civil sustantivo para el Estado de Tabasco, podrían por un lado indicar una prohibición definitiva de la práctica de esta técnica; y por otro lado cuando esta técnica ya se realizó puede sobrevenir una solución desfavorable para los solicitantes o para la gestante en su caso.

Para evitar que llegue a suscitarse este supuesto por la falta de concordancia entre las leyes antes mencionadas, propongo la adición del arrendamiento de vientre para que sea reconocido de manera específica, expresa y legal en materia de salud como una técnica de reproducción asistida, además de que le sean aplicable las disposiciones relativas a la fertilización asistida en materia de salud para la protección física de la gestante.

De esta manera para los efectos del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud como fertilización asistida aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) incluyendo a la fertilización in vitro el arrendamiento de vientre.

CONCLUSION

PRIMERA. - En el Código Civil para el Estado de Tabasco, se reconoce a la procreación, el parentesco y la filiación derivada de la reproducción asistida, la que en medicina comprende a la inseminación artificial, la fecundación in vitro y el arrendamiento de vientre. Con base en lo anterior, podemos concluir que esta última técnica, de manera implícita está legalmente permitida, en su práctica, como una modalidad de la fecundación asistida.

SEGUNDA. - El reconocimiento del ejercicio del derecho de procreación mediante una técnica de reproducción asistida nuestra legislación civil, hace posible la práctica del arrendamiento de vientre, sin embargo, el acuerdo que realizan solicitantes y gestante para su ejecución no se encuentra regulado específicamente, lo que para las partes sería tener una falta de certeza en cuanto al reconocimiento del contrato. Por ello concluimos que es necesaria una regulación específica en el Código Civil para el Estado de Tabasco del arrendamiento de vientre, que le reconozca validez como un contrato y con ello se otorgue una certeza jurídica de filiación a los solicitantes de esta técnica alternativa de procreación, respecto de su hijo nacido de ella.

TERCERA. - La procreación derivada de la técnica del arrendamiento de vientre tiene como efecto jurídico principal, en materia familiar, a la filiación. Sin embargo, no es fácil constatar una filiación de este tipo a favor de quienes tienen la intención de utilizar este método para la procreación de sus hijos, pues no existe disposición que regule al acuerdo para su práctica. Por lo anterior, en la regulación específica para el contrato de arrendamiento de vientre, este debe comprenderse como un medio de prueba para determinar la filiación de un niño nacido mediante esta técnica a favor de los solicitantes de la misma.

CUARTA. - El acuerdo entre el solicitante o solicitantes con la gestante para la práctica de un arrendamiento de vientre puede traer, ante la falta de regulación específica de esta figura, una incertidumbre en el cumplimiento del mismo. Pues puede suceder que una vez practicada dicha técnica de procreación, se del incumplimiento de lo convenido por alguna de las partes contratantes. Ante esto, concluyo que el contrato de arrendamiento de vientre, en su regulación específica, debe contar con una ejecución forzosa para su cumplimiento. Esto con el propósito de que se determine la filiación del niño, procreado mediante esta técnica, y se le proteja en los efectos derivados de dicha relación, desde el momento de la celebración del acuerdo entre solicitantes y gestante, y la ejecución del método.

QUINTA. - Una de las pruebas utilizadas con frecuencia para determinar la maternidad de una persona, es la consistente en una presunción de parto, y en el caso de esta unidad en matrimonio, la paternidad de su esposo se comprobaría mediante este vínculo. Sin embargo, en el caso de la reproducción asistida, el código civil establece que son las pruebas de avance científico o biológicas, así como el consentimiento expreso de quien participa en su práctica, las que pueden comprobar la filiación materna y paterna. Con base en lo anterior, concluyo sobre este punto, que en el arrendamiento de vientre la prueba de filiación aplicable debe ser el contrato respectivo, para evitar la aplicación de las presunciones en un principio señaladas.

SEXTA. - El reconocimiento de los hijos, de acuerdo con el artículo 348 del Código Civil para el Estado de Tabasco, no es revocable por la persona que lo hizo. Basado en esta disposición, considero que este contrato debe ser irrevocable, una vez que se ha dado la implantación del embrión en el vientre de la gestante, pues el reconocimiento de filiación derivado de esta técnica de procreación asistida quedaría estipulado para los solicitantes desde la celebración del mismo acuerdo.

SÉPTIMA. En las técnicas de reproducción asistida, para determinar la filiación se requiere de un consentimiento expreso, según lo que establecen los artículos 350 del Código Civil para el Estado de Tabasco. Sin embargo, en el caso del arrendamiento de vientre, la falta de una regulación específica sobre la forma del contrato para la práctica de dicha técnica parece que los solicitantes y la gestante se encuentren en una incertidumbre sobre si lo que acordaron, en cuanto a derechos y obligaciones, será cumplido. Ante esta situación considero necesaria la regulación de este contrato, en donde se establezca que la forma del mismo será la escrita, para que de esta manera todo lo convenido por las partes conste en un documento; que en caso de incumplimiento comprobara lo estipulado por estas y que se obligaron a cumplir al otorgar su voluntad, sobre todo con relación a la filiación.

OCTAVA. - Los gastos necesarios que se generan por la ejecución de la técnica de arrendamiento de vientre, son un tanto difíciles de determinar, por lo que las partes, solicitantes y gestante, deberán ponerse de acuerdo en ello. Sin embargo, existe la posibilidad de que las partes acuerden una retribución para la gestante, y se califique de oneroso al contrato, pudiendo sobrevenir una nulidad del mismo porque se pensaría que se tiene como objeto-cosa el vientre de la mujer que no puede ser materia de contrato. Ante este supuesto, y para evitar la nulidad de esta figura, pretendo que se regule específicamente que en el contrato de arrendamiento de vientre solo exista una retribución en cuanto al tiempo que estuvo incapacitada por la gestación del bebe.

NOVENA. - Respecto del objeto del contrato de arrendamiento de vientre, concluyo que debe regularse y precisarse que este sea la obligación de hacer para la gestante que consiste en la gestación del hijo del o de los solicitantes de la técnica, así como la entrega del niño a su nacimiento; mientras que para los solicitantes será una obligación de dar el pago de los gastos que se generen con motivo de la práctica de dicha técnica. Esto con la finalidad de que no se considere como objeto del contrato el vientre de la mujer y con ello sobrevenga la nulidad del mismo.

DECIMO PRIMER. - Se establece la ausencia de distinción legal entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen; concluyo que a la filiación que proceda de la procreación asistida, mediante la técnica del arrendamiento de vientre le corresponden los mismos efectos, derechos y obligaciones, que a la filiación proveniente de otro tipo de procreación.

DECIMO SEGUNDA. Nuestra legislación civil establece que una pareja unida en matrimonio puede acudir a las técnicas de reproducción asistida para la procreación de su propia descendencia, sin que se precise que también una persona soltera puede solicitar estas como una alternativa para la procreación de sus propios hijos. Ante la posibilidad de que se piense que se está coartando al derecho de procreación a las personas por su estado civil, concluyo que debe regularse que la práctica del arrendamiento de vientre, como una medida de reproducción, se permita tanto a una pareja unida en matrimonio o en concubinato, como a una persona soltera.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- C. R. Austin y Short R. V. Control Artificial de la Reproducción. Vol. 5.
Ediciones Científicas La Prensa Medica Mexicana, S. A. México. 1982.
- 2.- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el Derecho. "Relaciones Jurídicas Paterno Filiales".
Cuarta Edición. Porrúa. México. 1992.
- 3.- DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. "Introducción-Personas-Familia".
Volumen 1. Decimoséptima Edición. Porrúa. México. 1992.
- 4.- DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. Tr. Ramón Serrano Suñer.
Cuarta Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1979.
- 5.- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. Instituciones de Derecho Privado. "Familia". Vol. I.
Tomo 1V. Europa-Civitas. Madrid. 2001.
- 6.- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo. Derecho Civil. "Parte General. Personas. Cosas.
Negocio Jurídico e Invalidez". Sexta Edición. Porrúa. México. 1998.
- 7.- GAFO, Javier. Nuevas Técnicas de Reproducción Humana. Publicaciones de la Universidad
Pontificia Comillas. Madrid. 1986.
- 8.- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. "Parte General: Personas. Familia".
Decima Edición. Porrúa. México. 1990.

- 9.- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Cuadragésimo Edición. Porrúa. México. 1991.
- 10.- GUERRA FLECHA, José María, et, al. Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales. Universidad Pontificia Comilla. Madrid. 1998.
- 11.- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Duodécima Edición. Porrúa. México. 1997.
- 12.- KIPER, Jorge. La justicia en la sociedad que se avecina. "La fecundación asistida". Tomo 1. Editorial Losada. Argentina. 1996.
- 13.- KUTHY PARTER, José, et. al. Temas actuales de Bioética. Porrúa. México. 1999.
- 14.- LEMA ANON, Carlos. Re producción Poder y Derecho. "Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida". Trotta. Madrid. 1999.
- 15.- LLEDO YAGUE, Francisco. Compendia de Derecho Civil. "Familia". Dykinson. Madrid. 2000.
- 16.- LOZANO NORIEGA, Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil. "Contratos". Sexta Edición. Asociación Nacional del Notariado Mexicano. A. C. México. 1999.
- 17.- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. "Atributos de la personalidad". Tomo II. Porrúa. México. 1987.

- 18.- MARCO, Javier, y Martha Tarasco. Diez Temas de Reproducción Asistida. Ediciones Internacionales Universitarias. Madrid. 2001.
- 19.- MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J.M. Massigoge Benegiu. La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español. Bykinson. Madrid. 1994.
- 20.- MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1990.
- 21.- MORO ALMARAZ, María Jesús. Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial v la Fecundación In Vitro. Librería Bosch. Barcelona. 1988.
- 22.- PENA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. Derecho de Familia. Universidad de Madrid. Madrid. 1989.
- 23.- PRADO, Juan José. Derecho. "Nociones y elementos conceptuales para la introducción al conocimiento del derecho". Editorial Universitaria de Buenos Aires.1989.
- 24.- RECASONS SICHES, Luis. Introducción al Estudio del Derecho. Decima primera Edición. Porrúa. México. 1996.
- 26.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. "introducción, Personas y Familia". Vigésima Edición. Porrúa. México. 1984.
- 26.- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. "Contratos". Volumen 1. Tomo Sexto. Sexta Edición. Porrúa. México. 1994.

- 27.- SÁNCHEZ CORDERO DAVILA, Jorge A. Derecho Civil. UNAM. México. 1983.
- 28.- SÁNCHEZ MORALES, María Rosario. La manipulación genética humana a debate. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid. 1998.
- 29.- SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, filiación V delito. "La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho". Editorial De Palma. Buenos Aires. 1990.
- 30.- VÁZQUEZ BENÍTEZ, Efraín. Medicina Reproductiva en México. JGH Editores. México. 1999,
- 31.- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Las nuevas formas de reproducción humana.
"Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil Español". Cuaderno Civetas.
Madrid. 1988.
- 32.- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1992.
- 33.- ZARRALUQUI, Luis. Procreación Asistida y Derechos Fundamentales. Tecnos. Madrid. 1998.
- 34.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ediciones Luciana. Séptima Edición. México. 2010.
- 35.- Ley General de Salud. Ediciones Porrúa. México. 2010.

- 36.- Código Civil para el Estado de Tabasco. Editorial Sista. México. 2009.
- 37.- Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Tabasco. Editorial Sista. México. 2009.
- 38.- Código Penal para el Estado de Tabasco. Editorial Sista. México. 2009.
- 39.- Enciclopedia de Derecho de Familia. Tomo III. Universidad. Buenos Aires. 1994.
- 40.- DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Vigésimo séptima Edición. Porrúa. México. 1999-
- 41, Instituto de investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo 11, Porrúa. México. 1985.
- 42.- MOLINER, María. Diccionario de Uso del Español. Credos, S. A. Madrid. 1973.
- 43.- PÉREZ DUARTE, Alicia Elena. "El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: Presente y Futuro". Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie Año XXV. Numero 73. Enero-Abril. 1992.
- 44.- Revista de Derecho Privado y Comunitario. Numero 9. Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni. Págs. 397 y 398.
- 45.- www.theoffice.net/ABH.
- 46.- deromano@uexternado.edu.co.
- 47.- webmaster@ciudadmdq.com.ar.
- 48.- www.cimac.org.mx/noticias/
- 49.- <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>