

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

12
2y.

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No.3213 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

CARLOS JIMENEZ RUIZ

ASESOR DE LA TESIS:

LIC. IVAN OCTAVIO RICARDO OLIVARES RODRIGUEZ
CED. PROFESIONAL 1368564

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D.F.

25/1/76

1998



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 está 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.

A DIOS:

Quien ha estado siempre presente
en mi vida y a quien debo todo lo
que soy.

**A MI PADRE
LIC. JORGE JIMÉNEZ:**

Por su esfuerzo, apoyo y
consejos, y en especial por
haberme dado tan valioso
regalo, mi profesión.

**A MI MADRE
SRA. ANA MARÍA RUIZ:**

Por sus desvelos, angustias
y cariño para hacer de mi un
hombre de bien.

A MIS HERMANOS:

Porque con defectos y virtudes
siempre he contado con el apoyo
de una familia.

A MIS AMIGOS:

Por haber compartido en incontables
ocasiones momentos de angustia y de
felicidad y en especial por haberme
brindado su amistad

A CLAUDIA GABRIELA:

Porque parte de este logro
en mi vida, corresponde a
ella

A MIS MAESTROS:

Por los conocimientos que me transmitieron a través de sus enseñanzas.

**A LA UNIVERSIDAD
DEL TEPEYAC:**

Por abrirme sus puertas para alcanzar un peldaño más en mi vida.

A

LIC. CARLOS ELIAS FERRER HERNÁNDEZ.

LIC. CARLOS PELAEZ CASABIANCA.

L.C. ENRIQUE CORREA CIREROL.

LIC. FELIPE SALDAÑA SIXTO.

LIC. HUGO ROLANDO AQUINO BARDALES.

LIC. IVAN OCTAVIO RICARDO OLIVARES RODRÍGUEZ.

LIC. JESÚS ROBERTO PAVÍA LÓPEZ.

LIC. JOSÉ RAMÓN GARCÍA RAMÍREZ.

LIC. JUAN PALMA HERNÁNDEZ.

LIC. JULIO PEDRO GARDUÑO ARROYO.

LIC. RAFAEL ORTEGA FERNÁNDEZ.

Por su amistad y ejemplo
de profesionalismo.

Í N D I C E

INTRODUCCIÓN.	I
CAPÍTULO I.- FAMILIA.	1
1.1. Época Precolombina.	2
1.2. Época Colonial.	5
1.3. Época Independiente.	6
1.4. Época Contemporanea.	12
CAPÍTULO II.- INSEMINACIÓN.	18
2.1. Concepto.	19
2.2. Antecedentes.	26
2.3. Métodos.	37
CAPÍTULO III.- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES QUE FAVORECEN LA INSEMINACIÓN.	40
3.1. Artículo 4to.	41
3.2. Artículo 5to.	49
CAPÍTULO IV.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA INSEMINACIÓN.	53
4.1. Obligaciones.	54
4.1.1. Naturaleza Jurídica.	55
4.1.2. Características.	57
4.2. Derechos.	59
4.2.1. Naturaleza Jurídica.	62

4.2.2. Características.	65
4.3. Convenio de Inseminación.	66
4.3.1. Consecuencias Jurídicas.	76
4.3.2. Modalidades del Convenio.	80
4.3.3. Elementos Escenciales.	83
CAPÍTULO V.- DERECHOS DEL PRODUCTO DE LA INSEMINACIÓN.	87
5.1. Derecho Naturales de la Persona.	89
5.2. De la Filiación.	99
5.2.1. Comparación con las clases de filiación que contempla la Ley.	100
CONCLUSIONES.	109
BIBLIOGRAFÍA.	112

INTRODUCCIÓN

El Derecho nace como la necesidad de regular la conducta externa de los individuos en sociedad, protegiendo los derechos inherentes a su persona, prerrogativas que goza respecto de los bienes propios o que posee, así como los de la colectividad. Es así que tomando en consideración que la Sociedad que rige está en constante evolución, debemos entender que el Derecho debe actualizarse al mismo tiempo en que dicha sociedad progresa, ya que día a día nacen y se presentan nuevas situaciones de hecho carentes de una norma jurídica aplicable.

En razón de lo anterior, es conveniente el estudio en particular de la *Inseminación Artificial*, que surge como la respuesta a la necesidad humana de procrear hijos consanguíneos, cuando alguno de los cónyuges resulta infértil o estéril, en especial porque aún cuando no existe hasta el momento Ley que sancione su método, origen y consecuencia, los médicos y cónyuges, continúan con la práctica de dicha inseminación.

El problema real del asunto en cuestión radica en los diversos juicios que se han celebrado en los países de Estados Unidos de América e Inglaterra, por ser pioneros en dicho avance científico, con el objeto de decidir sobre la legalidad de las inseminaciones heterólogas, en donde en la mayoría de los casos los cónyuges discutían acerca de los derechos de visita del padre legal o de sus obligaciones respecto de la manutención del hijo y en otros la madre natural reclamaba la patria potestad del menor, en ambos países se han emitido sentencias tanto favorables como en contrario para dicho menor, ya que de acuerdo al criterio sustentado por algunos Tribunales los derechos y obligaciones del padre legal son los mismos que los de cualquier padre y en los demás casos declaran ilegítimo al hijo y afirman que el marido no tiene ningún tipo de derecho u obligación

paterno; y, en el último de los casos se le ha concedido el derecho de visita a la madre natural.

Como se ha señalado las inseminaciones quedan sometidas teóricamente a la decisión individual de un Tribunal, presentándose el caso de que en numerosos países incluyendo México, los médicos van practicando diariamente estas sin ninguna clase de obstáculo o reglamentación y como consecuencia tampoco se da ninguna transgresión a la Ley.

Razón por la cual el objetivo del presente trabajo, es proponer con base en la doctrina, las condiciones en que se presenta, los derechos y obligaciones que nacen, así como las consecuencias jurídicas de la *Inseminación Artificial*, de conformidad con el Derecho Positivo vigente.

Ahora bien, el presente trabajo supone que en caso de reglamentarse la *Inseminación Artificial* en México, las partes que intervienen en su realización, así como los profesionistas médicos que se dedican a la investigación y práctica de la misma, quedarán sujetos a normas que tutelen no sólo sus derechos, sino, los del producto de la inseminación, evitando con ello la posible existencia de resoluciones inciertas que afecten a sus intereses.

CAPÍTULO I
FAMILIA

Si bien es cierto que la Inseminación puede ser analizada desde diversos ángulos puesto que se trata de un avance científico carente de regulación, también lo es que su finalidad es la procreación de hijos consanguíneos y consecuentemente la integración de la familia, razón ésta por la cual, previo el análisis de nuestro tema, precisaremos lo que ha sido conceptualizado como familia a través de nuestra historia.

1.1. Época precolombina.

Respecto a este punto, estamos convencidos que la gran diversidad de culturas hacen que nuestro trabajo, respecto a la familia prehispánica se concrete en los aztecas por dos motivos, el primero porque fue la cultura que epilogó en nuestra nación la más pura cultura indígena; y, en segundo porque ésta representó la cultura, que fue doblegada y conquistada por los españoles a su llegada, iniciando la época del coloniaje, punto siguiente de nuestra exposición.

La organización familiar entre los aztecas era una especie de situación intermedia entre la monogamia y la poligamia. El varón sólo podía tener una esposa, la legítima, llamada "cihuatlantli", con quien se casaba con todo el ritual correspondiente, pero tenía tantas concubinas, que convivían con él y con aquélla, como pudiese sostener, aunque con dichas concubinas no se efectuaba la ceremonia nupcial.

A este respecto se dice que Moctezuma tenía 150 concubinas. Y de Netzahualpilli se llegó a afirmar que tuvo dos mil. "Todos estaban con las mujeres que querían y había alguno que tenía doscientas mujeres y de allí abajo cada uno tenía las que quería y para esto los señores y principales robaban todas las mujeres, de manera que cuando un indio

común se quería casar, apenas hallaba mujer.”¹

La edad para contraer matrimonio era la de 20 a 22 años más o menos. No podían casarse padres e hijos, ni padrastros y entenados, ni hermanos entre sí.

“Para casarse, el joven necesitaba el consentimiento de sus maestro del Calmecac o del Telpochcalli, consentimiento que se obtenía después de que la familia de él les ofrecía un banquete de acuerdo con sus recursos.

“Más tarde, los padres del novio se dirigían a los padres de la presunta novia a través de unas ancianas, quienes llevaban la petición.

“Era costumbre que en la primera vez, los padres de ella dijeran siempre que no, y sólo más tarde se contestaba lo que en realidad se quería; la aceptación, o la negativa formal.

“Entre los plebeyos, sin embargo, era muy frecuente la convivencia en unión libre, y sólo después, reunidos algunos recursos, se efectuaba la ceremonia.”²

En la solemnidad nupcial, los contrayentes eran situados cerca del fuego, sentados uno frente al otro, se intercambiaban vestidos y se daban de comer entre sí, como símbolo de su futura ayuda mutua.

Asimismo; hubo una costumbre de casarse con la viuda del hermano, que recuerda el levirato hebreo. La celebración del matrimonio era un acto formal, desde luego con infiltraciones religiosas, en algunas partes hubo matrimonios por raptó o por venta. Los matrimonios podían celebrarse bajo condiciones resolutorias o por tiempo indefinido. Los

¹ Carlos Alvear Acevedo. Historia de México. p. 73

² Ibidem. p. 73

condicionales duraban hasta el nacimiento del primer hijo, en cuyo momento la mujer podía optar por la transformación del matrimonio en una relación por tiempo indefinido; si el marido se negaba, empero, ahí terminaba el matrimonio.

El divorcio era posible, con intervención de autoridades, que en caso de comprobarse una de las múltiples causas (incompatibilidad, sevicia, incumplimiento económico, esterilidad, pereza de la mujer, etcétera) solían autorizar de mala gana la disolución del vínculo, perdiendo el culpable la mitad de sus bienes. Los hijos se quedaban con el padre y las hijas con la madre. La mujer divorciada o la viuda tenía que observar un plazo de espera antes de volverse a casar.

Predominaba el sistema de separación de bienes, combinado en ocasiones con la necesidad de pagar un precio por la novia y, a veces, en cambio, recibir la dote que la esposa traía al nuevo hogar.

El hijo pasaba por dos consagraciones, en las que el agua jugaba tal papel que los conquistadores las comparaban con bautismos; en la segunda recibía su nombre. La patria potestad (que implicaba el derecho de vender como esclavo, pero quizá no el de matar) terminaba con el matrimonio del hijo o de la hija, para el cual, empero, el consentimiento de los padres era necesario. Como había una fuerte presión social en contra del celibato de hijos mayores de 22 o hijas mayores de 18 años, es de suponerse que este consentimiento no podía negarse arbitrariamente.

“En materia de sucesiones, la línea masculina excluía la femenina. La vía legítima se podía modificar por *decisión del de Cujus*, basada en la conducta irrespetuosa, cobarde, pródiga, etcétera, de los perjudicados por tal decisión, entre la nobleza existía un sistema

sucesoría especial, al estilo del mayorazgo europeo.”³

1.2. Época colonial.

En la etapa colonial y dentro de la familia. “El matrimonio, a más de las disposiciones generales en el Derecho Canónico y en la legislación de Castilla, había motivado disposiciones particulares en las Indias por las condiciones particulares que allí se presentaban.”⁴

“Particularidad de la obra española en América, toda ella basada en le propósito de levantar a la raza autóctona al nivel de la colonizadora y en el sentido ecuménico del Derecho, fue que este no pusiera trabas a los matrimonios entre españoles e individuos de otras razas ya fueran indios, negros, o castas, y antes bien expresamente se autorizaba por cédulas del 19 de octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556, los matrimonios entre españoles e indias, y en cuanto a los que aquellos celebraran con negras y mulatas, no existió prohibición alguna, a pesar de haberse quejado las autoridades de Santo Domingo de irregularidad que resultaba de que los jefes militares se casaban con negras que habían sido esclavas de otras familias, y que después del matrimonio se encontraban de mayores categorías que sus antiguos amos.”⁵

Las reglas del Derecho Civil acerca del matrimonio en Indias se encuentran contenidas en la pragmática sanción del 23 de marzo de 1776, que recogió los diversos preceptos que la experiencia había dictado. Según ella, aquí como en España, los menores de 25 años necesitaban para contraer matrimonio previa autorización del padre, en su defecto la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos, faltando todos estos, de los tutores, debiendo en estos últimos casos obtenerse la aprobación judicial; exceptuados

³ Guillermo Flores Margadant Introducción a la historia del derecho mexicano p. 32.

⁴ Toribio Esquivel Obregón Apuntes para la historia del derecho en México T. III. p. 50.

⁵ *Ibidem.* p. 52.

en indias, a los negros, mulatos y castas, que no fueran oficiales de milicia y los indios que tuvieran alguna dificultad para solicitarla, en cuyo caso se debería impetrarla de sus caras y doctrineros. Los españoles cuyos padres o tutores vivieran en España o en otro Reino de Indias, podían solicitar directamente licencia de la autoridad judicial.

El matrimonio contraído sin licencia no producía efectos civiles ni relación a los cónyuges ni tocante a los hijos, así es que no podían en ellos tratarse de dote legítima, mayorazgos ni otros derechos de familia. Con el objeto de evitar que se originaran los matrimonios ya en la coacción que ejercían las autoridades coloniales sobre las personas de los lugares sujetos a su jurisdicción o ya por los padres sobre los hijos o hijas para obtener un matrimonio económico y políticamente ventajoso, y también principalmente para evitar vínculos de familia entre los funcionarios públicos naturales de los lugares en que ejercían mando con perjuicio del servicio público y la recta administración de justicia, Felipe II, el 10 de febrero de 1575, dispuso: "Prohibimos y defendemos, que sin nuestra licencia particular, como en nuestros reinos se hacen, los virreyes, presidente y oidores, alcaldes del crimen y fiscales de nuestra audiencia de las Indias se puedan casar, ni casen en sus distritos; y lo mismo prohibimos a sus hijos e hijas durante el tiempo que los padres nos sirven en los dichos cargos bajo pena de que por el mismo caso queden sus plazas vacantes, y desde luego los declaramos por tales, para proveerlas en otras personas que fueren en vuestra voluntad."⁶

1.3. Época independiente.

En el México independiente, hasta las Leyes de Reforma, el matrimonio fue de competencia exclusiva de la Iglesia.

"La jurisdicción de la Iglesia, sobre el matrimonio fue definida por el Concilio de

⁶ Jorge Magallón Ibarra *El matrimonio*, p. 132.

Trento al condenar varias proposiciones que negaban dicha jurisdicción bien en lo que se refiere a la regulación del *iu connubii* (establecer impedimento) bien lo que atañe a la función judicial (causas matrimoniales). De modo explícito el Concilio definió: a) la potestad de la Iglesia para constituir impedimentos dirimentes y dispensar ellos; b) la competencia para juzgar causas matrimoniales. De modo implícito quedó definido entre otras cosas - que la Iglesia posee jurisdicción de derecho propio, no por concesión de las autoridades civiles”.⁷

Por tanto, la Iglesia reclama jurisdicción sobre el matrimonio de los bautizados, tanto si están bautizados ambos como si lo está uno de ellos. Respecto a los matrimonios de personas no bautizadas, la Iglesia no tiene poder de Jurisdicción, salvo la potestad del romano Pontífice de disolverlos en razón del privilegio de la fe.

La lucha por asumir por parte del Estado lo relativo al matrimonio, hizo que se elaborara la teoría del matrimonio como contrato y como tal aparece hasta el siglo XVII, “como un medio de justificar en él la intervención del Estado implicando que su esencia está constituida por la libertad de los contrayentes. La voluntad de éstos se traducía en existencia del contrato mismo y por ello, sometido al poder secular. En el matrimonio civil, como dice Glasson su éxito consistió en significar la afirmación y respeto de la libertad de conciencia”.

“Los esfuerzos del poder civil triunfaron definitivamente en la Revolución Francesa. En la primera Constitución que de ella emana en 1791, en su artículo 7, se concibe al matrimonio como un contrato civil. En efecto, dicho dispositivo consagra: “La Ley sólo considera al matrimonio como un contrato civil”.⁸

⁷ Javier Hervada, citado por Manuel F. Chávez Asencio. *La familia en el derecho*. p 57.

⁸ Miguel Ángel Zamora Y Valencia. *Contratos civiles* p. 79.

México no escapó de las ideas liberales y desmoralizadoras que consideraron al matrimonio como un contrato civil. Cuando Ignacio Comonfort renuncia a la Presidencia de la República, Benito Juárez, que en ese tiempo era Presidente de la Suprema Corte, lo sustituyó por ministerio de ley y, posteriormente, dio las Leyes de Reforma.

De las ideas de la reforma en nuestro país surgieron las siguientes leyes:

◆ Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del 27 de enero de 1857. Días antes de la promulgación de la Constitución Política de ese año, se publicó la Ley indicada, cuyos puntos relativos, en lo conducente disponían:

“Artículo 1. Se establece en toda la República el Registro del Estado Civil”.

Y esa misma Ley señalaba en el artículo 65:

“Celebrado el sacramento ante el párroco y previas las solemnidades canónicas, los consortes se presentarán ante el Oficial del Estado Civil a registrar el contrato de matrimonio”.

El artículo 66 prevenía los elementos que debían contenerse en el Registro, como son: el nombre de los padres, abuelos, curadores, etcétera, y la partida de la parroquia, el consentimiento de los consortes, etcétera, y “la solemne declaración que hará el Oficial del Estado Civil que está registrado legalmente el contrato”.

“Artículo 71. El matrimonio se hará registrable entre cuarenta y ocho horas después de celebrar el sacramento”.

“Artículo 72. El matrimonio que no está registrado no producirá efectos civiles”.

“Artículo 73. Son efectos civiles para el caso: la legitimidad de los hijos, la patria potestad, el derecho hereditario, las ganancias, la dote, las arras y demás acciones que competen a la mujer, la administración de la sociedad conyugal que corresponde al marido, y la obligación de vivir en uno”.

“Artículo 78. Los curas darán parte a la autoridad civil de todos los matrimonios que se celebren, dentro de las veinticuatro horas siguientes, con expresión de los nombres de los consortes y de sus domicilios, así como si precedieron las publicaciones o fueron dispensadas bajo pena de veinte o cien pesos de multa. En caso de reincidencia se dará parte a la autoridad eclesiástica para que obre como sea justo”.

Se observa, de lo anterior, que en esta Ley se conserva aún la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio y lo que previene es que deben inscribirse en el Registro del Estado Civil.

♦ Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859. En esta Ley ya se excluye a la Iglesia de la competencia del matrimonio al establecer el artículo primero, que “el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y validamente ante la autoridad civil”. Los que contraigan matrimonio “de la manera que expresa el artículo anterior, gozan de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados”.

♦ Ley Orgánica del Registro Civil del 28 de julio de 1859. Esta Ley en su artículo primero disponía el establecimiento en toda la República de funcionarios llamados Jueces del Estado Civil, y que tendría a su cargo “la averiguación y modo de hacer constar el estado civil de todos los mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional, por cuanto concierne a su nacimiento, adopción, arrogación, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento”.

Trata lo relativo a la forma de llevar los libros de actas de nacimiento, actas de matrimonio, actas de fallecimiento. El artículo 25 prevenía que “las personas que pretendan contraer matrimonio se presentarán ante el Juez del Estado Civil, quien tomara sobre el Registro, nota de esta pretensión levantando de ella acta en la que consten nombres y apellidos, profesiones, conforme a los requisitos que para poder contraer exige la Ley del 23 de julio de 1859”. A continuación los artículos siguientes fijaban todos los elementos para el matrimonio.

◆ Decreto N° 5124. Ley sobre Libertad de Cultos. El gobierno de Juárez, como medida adicional, expidió el 4 de diciembre de 1860 y se publicó en México el 5 de enero de 1861, el Decreto sobre la tolerancia de Cultos en la República Mexicana que en lo conducente decía:

Artículo 1.- Las Leyes protegen el ejercicio del culto católico y de los demás que se establezcan en el país, como la expresión y efecto de la libertad religiosa que siendo un derecho natural del hombre, no tiene ni puede tener más limite que en el derecho de tercero y la exigencia del orden público. Trataba después, sobre la Iglesia o sociedades religiosas señalando “que se forma de los hombres que voluntariamente hayan querido ser miembros de ella manifestando esta resolución por si mismos o por medio de sus padres o tutores de quienes dependan”. Señalaba que las autoridades de la Iglesia era pura y absolutamente espiritual, sin coacción alguna de otra clase y, como consecuencia, en el orden civil no podría haber obligación, pena ni coacción de ninguna especie con respecto a los asuntos, faltas y delitos simplemente religiosos.

◆ Decreto sobre impedimentos, dispensas y juicio por lo relativo al matrimonio civil. Este decreto del 2 de mayo de 1861 contiene cinco artículos y busca completar la Ley del 23 de julio de 1859 que “no explica en cuales impedimentos para contraer matrimonio civil cabe dispensa, ni que autoridad debe otorgarla”. Además adiciona la

Ley de 1859 con el impedimento de afinidad, y en su artículo primero previene que “es impedimento para celebrar el contrato de matrimonio civil la relación de afinidad en línea recta sin limitación alguna”.⁹

Refiriéndose a la Ley del 23 de julio de 1859, el artículo 2º previene que cabe la dispensa del impedimento que establecía por consanguinidad entre consanguíneos del tercer grado de la línea colateral desigual.

◆ Decreto sobre matrimonios celebrados en el artículo de muerte número 5674 del 5 de julio de 1867. Este decreto prevenía en el artículo primero que en estos casos “no es necesario el requisito de las publicaciones que establecía el artículo 9 de la Ley del 23 de julio de 1859 y que no son impedimentos el parentesco en línea colateral desigual ni los esponsales legítimos”.¹⁰

◆ Decretos en la época del Imperio. “Durante la intervención francesa y el efímero imperio aceptado por Maximiliano en Miramar, el 10 de abril de 1864, se promulgaron algunas disposiciones que tuvieron por objeto contrarrestar la eficacia de las Leyes de Reforma en materia de matrimonio y a tal respecto, el gobierno imperial, el 3 de noviembre de 1864 dispuso en su decreto número 180, que mientras pudiera procederse de manera definitiva a formar con regularidad y exactitud la estadística del Imperio.

Toda la legislación mencionada anteriormente se subsume en el Código Civil de 1870 y que la deroga”.¹¹

Siguiendo las ideas del Código Civil de Napoleón el artículo 159 define al matrimonio como “la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen

⁹ Ibidem p. 61

¹⁰ Manuel Matcos Alarcón. Estudio sobre el Código civil del Distrito Federal. T. II, p. 32.

¹¹ Ibidem p. 62

con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

◆ Ley Constitucional del 25 de septiembre de 1873. Por decreto 7200 se adiciona y reforma la Constitución Federal de 1857. Principia señalando el artículo primero que “el Estado y la Iglesia son independientes entre si. El que el Congreso no pueda dictar leyes estableciendo o prohibiendo religión alguna”.

El artículo 2º prevenía que “el matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos de estado civil de las personas son de exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del estado civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas leyes atribuyan”.

Finalmente, en relación con el tema de la familia en la época independiente tenemos el Código de 1884 que contiene una definición del matrimonio en su artículo 155 igual a la ya referida al Código Civil de 1870, contrasta la definición en ambos códigos como sociedad civil, con el decreto número 7329, del 14 de diciembre de 1874, que consideró al matrimonio como un contrato civil.

1.4. Época contemporánea.

En México, donde podemos referirnos a la familia rural, a la familia urbana y dentro de esta última a la clase baja, clase media o clase acomodada. Cada uno de los tipos de familia muestran características muy peculiares.

Se ha mencionado que la familia se ha ido transformando en una familia conyugal restringida; esto es, en la que padres e hijos son propia y exclusivamente quienes tienden a integrar este grupo social, se han mantenido una serie de funciones que le son esenciales, como la legitimación de las relaciones sexuales entre los padres, el vínculo

generacional que permite el proceso de crecimiento y educación de los hijos y la participación de los cónyuges en el hogar; asimismo, “la competencia económica permanente, la aspiración de obtener en forma creciente mejores niveles de vida, la gran movilidad social, el acentuado individualismo, etcétera, han hecho que el ser humano tienda a tener al grupo familiar como el centro primario de satisfacciones de sus necesidades emocionales”.¹²

Hay una gran inquietud de padres, maestros, políticos y público en general de comprender el malestar tan manifiesto de la juventud, en aumento creciente de divorcios, de delincuencia juvenil, etcétera, una gama amplísima de problemas sociales están afectando muy sensiblemente a nuestra sociedad y tienen un denominador común, la familia; si ésta no cumple con las funciones físicas, psíquicas y sociales que históricamente le corresponden, se convierte en el principal agente motivador de conductas antisociales.

La familia debe proveer a la satisfacción de las necesidades integrales del hombre. Podemos, concretando, mencionar como características de la familia moderna las siguientes:

“a) Una institución sociojurídica que conocemos por matrimonio; b) Una relación sexual legítima y permanente; c) Un conjunto de normas que regulan la relación entre los padres y entre los hijos, normas que pueden ser jurídicas, religiosas y morales; d) Un sistema de nomenclatura que define el parentesco; e) Una regulación de las actividades económica; y, f) Un lugar físico para vivir”.¹³

Generalmente nuestra familia mexicana atraviesa por diferentes etapas en su

¹² Jorge Sánchez Azcona. Familia y sociedad. p. 98.

¹³ *Ibidem* p. 98

proceso de desarrollo que brevemente expondré cuales son: a) La prenupcial; b) La nupcial; y, c) La de formación y educación de los hijos.

Etapa prenupcial.- En el tipo de sociedad que estamos viviendo, la etapa llamada prenupcial se caracteriza por el galanteo y la selección del futuro cónyuge.

Se da como presupuesto la libre selección. En nuestra cultura está en vigor una idea que es muy peligrosa, la del amor romántico, ya que todos los jóvenes tienen como expectativa el llegar a conocer lo que nosotros denominamos como la pareja ideal. "No hay una formación previa de la personalidad dentro de los medios institucionales que nos informen sobre la selección del futuro cónyuge, sino que es una idea meramente subjetiva e idealista"¹⁴. Es en el noviazgo donde se presupone el conocimiento real de los futuros esposos, por desgracia, el rigorismo y el formulismo que nos impone el actuar, el tipo de sociedad en que vivimos limita en alto grado la libre y espontánea expresión de las manifestaciones emocionales de las personas, impidiendo que en sus relaciones se logre un vínculo real y efectivo. Desafortunadamente los jóvenes al entablar una relación de noviazgo, en muchos aspectos están condicionados desde su inicio por prejuicios que la sociedad, a través de la clase social a que pertenece, les va imponiendo. Muchas veces son aspectos externos como el nivel económico, la atracción física, el status social, los que en un momento dado vienen a ser los factores determinantes en la aceptación o no de una relación de noviazgo. "Algunos autores han tratado de señalar cuales deberían ser los principales antecedentes a tomarse en cuenta para aquellas personas que van a formar un nuevo hogar, y estos son: a) Haber alcanzado un grado de madurez física, psíquica y social; b) Tener aptitudes e intereses semejantes; c) Reconocer creencias afines; d) Tener antecedentes educativos o culturales semejantes; e) Contemplar expectativas económicas semejantes; f) Disponer una actitud semejante con respecto a la vida sexual; y, g) Situar

¹⁴ Ibidem p 26.

la relación con familia política".¹⁵

"En la sociedad urbana mexicana los estudios hechos señalan que un setenta y cinco por ciento de las familias pueden ser catalogadas como familias tradicionales".¹⁶

Por las modificaciones tan rápidas que la sociedad está sufriendo, vale la pena mencionar como estos cambios han afectado pueden llegar a influir en la estructura interna de la familia, sobre todo la transformación de la mujer, con una nueva serie de expectativas que le permiten ampliar su campo fuera de los angostos límites del área tradicional. En una sociedad donde es devaluada por prejuicios, sin haber logrado que su trabajo doméstico sea apreciado, la mujer ha iniciado a buscar un área donde pueda trascender y tener una valoración personal, un mundo donde realmente tenga un reconocimiento en lo jurídico, en lo político, en lo cultural y sobre todo en el momento actual, en lo económico. "Es difícil poder describir los diferentes papeles que la mujer de clase media urbana desempeña, sin embargo, trataré de hacerlo: en primer lugar esta el rol de esposa-madre, un segundo papel es el de la esposa-compañera, por último la mujer colaboradora".¹⁷

ETAPA NUPCIAL.- Esta época de la vida se caracteriza, por la vida conjunta de los cónyuges, desde el matrimonio hasta el nacimiento de los hijos. En esta etapa se crean los cimientos de lo que la familia llegará a ser en el futuro. Una mujer puede en un momento dado, si los hijos están encarrilados, no quedarse limitada dentro del hogar, sino buscar realizar una serie de labores culturales, sociales, etc., que le permitan dar un sentido más útil a su existencia, siempre y cuando esto no redunde en falta de atención para la familia. El problema de la familia urbana no es la supervivencia física, sino la espiritual, si no se da cuenta de esto, como se verá al final de este ensayo, se estará reforzando las causas de

¹⁵ Ibidem p. 32

¹⁶ Luis Leñero Otero. Investigaciones de la familia en México. p. 247

¹⁷ Jorge Sánchez Azcona. Op. Cit p. 136.

desintegración familiar y por lo tanto la enajenación del hombre. Uno de los principales problemas que se presentan en esta etapa de la familia es la educación sexual, ya que los jóvenes llegan al matrimonio como una deformación de lo que es la sexualidad”¹⁸

ETAPA DE FORMACIÓN DE LOS HIJOS.- Una de las principales expectativas de todo matrimonio es la de tener hijos. Se dijo al inicio que son características de la familia, la legitimación de la vida sexual entre los cónyuges y la procreación de acuerdo con los conceptos morales, tradicionales y religiosos, se presupone que la vida sexual dentro del matrimonio tiene como finalidad crear nueva vida.

Nunca será demasiado enfatizar en que la paternidad y la maternidad son actos eminentemente culturales y que tener hijos debe ser fruto de una profunda meditación, de un conocimiento real y de una absoluta responsabilidad. Es necesario que los hijos sean amados, que vengan a un hogar donde el papel que van a desempeñar haya sido valorado con toda objetividad, pero que no lleguen a un hogar como fruto de prejuicios y convencionalismos sociales. Los padres deben hacer un acto de valoración y de autocritica antes de encargar un hijo. Hay que insistir en que también se den entre los cónyuges estos requisitos antes de decidir sobre la procreación para que a través de su proceso de crecimiento y desarrollo, lleguen a ser lo que se considera un adulto sano.

En México, como en todo el mundo la familia, y por ende el matrimonio atraviesa por una crisis grave, esto lleva a una desintegración familiar, y que esta desintegración familiar supone la pérdida del equilibrio de la estructura dinámica que mantiene unidos a los miembros de la familia. El esposo ya no es esposo, la esposa ya no es esposa, y consiguientemente los hijos tampoco tienen marco inmediato de referencia. Para hablar de esto “tenemos como base los siguientes indicadores: divorcio, matrimonio temporal o

¹⁸ Ibidem p 139.

amor libre, aborto, pérdida de funciones, falta de comunicación, crisis de autoridad y paternidad irresponsable".¹⁹

Hasta cierto punto la familia ha perdido la función de instruir a sus hijos. La instrucción actual tan basta, ha hecho imposible que los padres estén capacitados para educar a sus propios hijos, independientemente de sus múltiples ocupaciones y trabajos.

La importancia verdadera de la familia está hoy por hoy en lo que podemos llamar su función emocional que, como es sabido es tan importante como cualquier otra en orden a la subsistencia y bienestar del hombre.

Güitrón Fuentevilla, afirma que "la familia está en crisis porque ha disminuido su importancia en la educación de los hijos y al perder los lazos espirituales de acercamiento entre los miembros de la misma, y así pierden su fuerza y los vínculos que unen entre sí a los miembros de un grupo familiar".²⁰ Nosotros agregamos que también desasocia a la familia, la aparición más fuerte de separaciones entre sí de los miembros de un grupo familiar y también desasocia a la familia, la aparición más fuerte de separaciones entre esposos, que dan lugar a otras familias y concluimos que contra estos factores de disolución debemos alertar para evitar la desaparición próxima de la familia.

¹⁹ Manuel F. Chávez Asencio. *Op. Cit.* 181.

²⁰ Julian Güitrón Fuentevilla *Derecho de familia* p. 57

CAPÍTULO II
INSEMINACIÓN

Por primera vez en la historia del hombre se ha logrado intervenir sobre los orígenes de la vida humana; las técnicas actuales de reproducción artificial permiten la separación entre la unión sexual del hombre con la mujer y el surgimiento de una nueva vida. Los diferentes tipos de fecundación, los bancos de semen, el congelamiento de embriones, la aparición de padres putativos y de madres substitutivas, ponen en discusión los modelos tradicionales de la relación conyugal y abren la puerta para la manipulación genética de la persona.

Estas posibilidades de producir a una persona fuera de la relación de conyugalidad valiéndose de una técnica, ha ocasionado serios problemas que no han escapado a las consideraciones del Derecho. Ahora, más que nunca, el Derecho debe tomar en cuenta los adelantos de la ciencia que en el campo de la ingeniería genética están realizando una “evolución biológica”, para así poder lograr el ideal de justicia que le está encomendado.

En las técnicas de reproducción artificial aparece siempre el embrión humano, quien, por el estado en que se encuentra, posiblemente sea el que sufre violaciones más severas en su dignidad.

2.1. Concepto.

La procreación artificial presenta una gran cantidad de problemas éticos, psicológicos y sociales que se agravan mayormente que las lagunas que existen en los ordenamientos jurídicos.

“Los problemas relativos al respeto de la vida del hombre, la relación entre amor y

vida, tecnología y moral, libertad y responsabilidad, naturaleza y persona, son los temas que han dado incentivo y desarrollo a la biótica”.²¹

El problema de fondo que la biótica intenta resolver es “Hasta que punto se puede ejercer dominio sobre la vida física y biológica del hombre”.²²

Las raíces de esta nueva disciplina son las siguientes.

“a) El mejor conocimiento en el campo filosófico de los límites de la ciencia.

b) Los procesos científicos y tecnológicos en las diversas ciencias, que han planteado el problema del limitado de la frontera para proteger a la persona contra abusos.

c) La insuficiencia de la normatividad jurídica en el campo médico, la ley es relativa de frente a valores que muchos consideran absolutos, lo que ha motivado a confrontar éticamente la ley con la moral.

d) El crecimiento de la investigación y de la práctica existencial en medicina que cada vez se va concentrando más el poder político, el cual financiando y programando toma decisiones que pueden influenciar las condiciones de vida de los ciudadanos”.²³

A partir de las mencionadas situaciones, surgió la biótica la cual puede ser definida como filosofía moral de la investigación y de la práctica biomédica.

Ahora bien, la biótica ha elaborado cinco principios relativos a la intervención del hombre sobre la vida humana y de los cuales realizaremos un somero desglose.

◆ El principio al valor fundamental de la vida.

²¹ José Araya. Concepción. Enciclopedia jurídica OMEBA, T. III.

²² Francisco Anson. Se fabrican hombres, p. 93.

²³ Ibidem, p. 95.

La vida corpórea, física del hombre representa el valor fundamental de la persona.

“La persona es espíritu y es cuerpo, este último es fundamental puesto que es en el cual y por medio del cual la persona se realiza y entra en el tiempo y el espacio, se expresa, se manifiesta, construye los valores, su libertad, su sociabilidad y su proyecto futuro. El respeto a la vida, así como su defensa y promoción representa el primer imperativo ético del hombre respecto a sí mismo y hacia los demás”.²⁴

El valor de la salud, no puede ser un derecho a la salud, que ninguna salubridad puede garantizar, sino que tiene que ser un derecho de los medios y de los ciudadanos indispensable para la defensa y la promoción de la salud.

◆ El principio de la libertad y la responsabilidad.

La libertad y la responsabilidad son la fuente del acto moral. El principio del valor fundamental de la vida humana es primordial, la relación con el principio de libertad, es decir, la libertad debe responsabilizarse antes que nada de la propia vida y de los demás.

Este principio podía ser formulado de la siguiente manera “Ni la conciencia del paciente puede ser violentada por el médico ni la del médico forzada por el paciente, entre ambos son responsables de la vida y de la salud, sea como bien social”.²⁵

◆ El principio de la totalidad o principio terapéutico.

“Este principio, que es básico en la bioética, se funda sobre el hecho de que la corporeidad humana es un todo unitario resultante de partes distintas orgánicas y

²⁴ María de Jesús De Salvieda Y De Miguel. Protección jurídica de los embriones humanos. p. 79.

²⁵ *Ibidem*. p. 83.

jerárquicamente unificadas entre si por la existencia única y personal”.²⁶

El principio de la inviolabilidad de la vida humana es reafirmada por el principio, cuando, para salvar el todo y la vida misma del sujeto, se debe incidir, de forma mutilante, sobre una parte del organismo. El cirujano que remueve una apéndice está justificado moralmente en la medida en la cual esta intervención salvaguarda todo el organismo. Es por esto que también se le llama a este principio: “Principio terapéutico”. Más que proteger a la vida, el principio de totalidad salvaguarda la integridad física.

El principio de totalidad, exige varias condiciones para ser aplicado: que se trate de una intervención sobre la parte enferma o que sea causa directa el mal a fin de salvar el organismo; que no existen otros medios para curar la enfermedad; que exista una posibilidad buena y proporcionalmente alta para el éxito de la operación, y por último que el paciente haya otorgado su consentimiento.

Junto al principio de totalidad, se desprende otro principio que se puede denominar “Norma de la proporcionalidad de la terapia”, que exige una cierta proporción entre los riesgos y daños que puede ocasionar la terapia y sus beneficios.

◆ Principios de solidaridad y subsidiaridad.

La persona es un ser social y se desarrolla en una sociedad. El principio de la solidaridad obliga a cada persona a realizarse a sí misma en la participación a la realización a sus semejantes. “En caso de la promoción de la vida y la salud, esto implica que cada ciudadano se comprometa a considerar la propia vida y la de los demás como un bien no solamente personal, sino también social, y obliga a la comunidad a promover la

²⁶ Ibidem. p. 85.

vida y la salud de cada uno, y a promover común promoviendo el bien de cada uno”.²⁷

En términos sociales, este principio obliga a la comunidad a garantizar a todos sus miembros los medios para acceder a los tratamientos necesarios, aún a costa del sacrificio de los saludables.

Ahora bien, y sobre los principios que deben regir a la procreación artificial; las intervenciones artificiales sobre la procreación no deben rechazarse por el mero hecho de ser artificiales, pero han de ser evaluadas por su relación con la personal y su dignidad: “lo que es técnicamente posible no es, por esa sola razón, moralmente admisible”.²⁸

Consideramos que no respetar el carácter personal del embrión trae como consecuencia la violación sistemática de los principios básicos que deben fundamentar esta materia.

Una vez establecidos los postulados de la bioética y los principios éticos aplicables en la generación del ser humano, a continuación presentamos brevemente una explicación de las diferentes técnicas de procreación artificial definiendo cada una de ellas; puntualizando que también se le conoce a la misma como procreación asistida.

“La definición de inseminación artificial se entiende como un procedimiento terapéutico mediante el cual el semen del hombre, proporcionado por el marido o el donador, es depositado en la vagina o en el canal cervical o en el útero de la mujer, a fin de facilitar la fecundación”.²⁹

²⁷ Ibidem p. 86

²⁸ Guillermo Fraile. *Historia de la filosofía*. p. 222.

²⁹ Luis Zarralqui. *Procreación asistida y derechos fundamentales* p. 53.

De la anterior definición se desprende que la inseminación artificial (IA) puede ser: Inseminación artificial homóloga, cuando el semen ha sido proporcionado por un tercero.

Respecto a la fecundación *in vitro*; este es un tipo de fecundación extracorpórea (en la (IA) la fecundación es siempre extracorpórea) con el subsecuente transferimiento del embrión a la cavidad uterina. Comúnmente se conoce como FIVET.

“Con el término FIVET se entiende un procedimiento cuyo fin principal es obtener artificialmente *in vitro* la fecundación del óvulo materno extraído directamente del ovario con el espermatozoides masculino. Después de esta unión, se realiza la transferencia del óvulo fecundado directamente en la cavidad uterina donde se implantará el embrión”.³⁰

FIVET Homóloga.

Esta técnica, que se realiza con los gametos de los cónyuges y con la implantación del embrión en el útero de la esposa, desde el punto de vista ético tiene varios inconvenientes.

El más importante es el relativo a un principio que como ya hemos enunciado, debe estar en la base de toda intervención sobre el ser humano. Es el “principio de la salvaguardia de la vida del embrión”. La FIVET, tiene un porcentaje de éxito muy limitado, porque sólo uno o dos embriones de diez, podrán anidarse en el útero y posteriormente nacer. De ahí que exista la tentación de “crear” más embriones para lograr con éxito un nacimiento, muchos de los cuales, sin lugar a duda morirán. Los embriones sobrantes, es decir, aquellos que no se utilizan para el FIVET, presentan también un problema desde el punto de vista no sólo ético sino también jurídico, puesto

³⁰ Jaime Vidal Martínez. Las nuevas formas de reproducción humana. p. 131.

que muchos de ellos terminarán en el útero de otra mujer, son materia de experimentación, o bien son congelados y destruidos.

En la FIVET homóloga, quien en realidad cumple la fase decisiva de la procreación es un extraño o un equipo de extraños a la pareja. La *intromisión* en el momento de la fecundación por parte de un tercero, puede ser según algunos autores una causa de responsabilidad jurídica si el nuevo ser humano nace con deformaciones o limitaciones físicas o psíquicas. Efectivamente, el momento en que la nueva persona viene a la existencia, en cierta forma, depende de una técnica que debe realizar una persona que como tal, es responsable de su *dolo o culpa*.

FIVET Heteróloga.

Entre los casos de FIVET heteróloga pueden mencionarse los siguientes: falta de *ovulación* en la mujer, de ahí que se recurra a un óvulo que no es el propio, si hay ausencia de espermatozoides o si el hombre posee muy pocos en el líquido seminal (casos de *aspermia*) o de (*oligospermia*) se recurre al *semen del donador*, si la mujer que aspira a ser madre, es fecundada pero no puede continuar la gestación se recurre a la "*sorgete mother*" (madre de alquiler o renta de útero).

Estos casos se pueden complicar más, por ejemplo, una mujer estéril que "encarga" bajo comisión un hijo, o bien el caso de donación de embrión, de un útero a otro útero cuando ha sido concebido naturalmente o por medio de alguna técnica.

"En todas estas situaciones, y en la infinidad de combinaciones que pueden derivarse de las mismas, se rompe la relación de conyugalidad y paternidad. Efectivamente, el ser *cónyuges* no tiene relación con la paternidad, situación que según

algunos actores no se puede comparar con la adopción”.³¹

La identidad biológica del nasciturno no coincide con su identidad jurídica, y menos aún con su identidad sociológica, puesto que no existe ningún fundamento real sobre el concepto de “familia” que instaura. La filiación, la parentela y la familia, son trastornadas por situaciones de este tipo, especialmente si se toman en cuenta todas las distintas combinaciones que puede presentar la FIVET:

◆ Gestación en la madre:

- Con los gametos de la pareja
- Con óvulo o espermatozoides de donadores
- Con óvulo y espermatozoides de donadores

◆ Gestación en una madre substitutiva:

- Con los gametos de la pareja
- Con óvulo o espermatozoides de donadores
- Con óvulo y espermatozoides de donadores

Como es evidente, las personas que intervienen en este tipo de procreación son múltiples. La relación paternidad y maternidad se trastorna drásticamente. Una persona que es “producida” por esta técnica puede incluso llegar a tener seis padres: “padres genéticos (Aquellos que proporcionan los gametos), “padres biológicos” (aquellos que llevan a cabo el embarazo), “padres sociales” (quienes serán los padres en sociedad).

2.2. Antecedentes.

A lo largo de la historia se han presentado diversas posturas respecto a la transmisión de

³¹ *Idem.* p. 131

la vida y el inicio de ésta, a continuación examinaremos brevemente las principales ideas que han influido sobre el status de la inseminación artificial.

A través de un análisis histórico se puede apreciar la evolución del pensamiento de las diversas disciplinas científicas y de la sociedad, esto nos ayuda a entender nuestra posición actual en las diversas ideas que durante la historia se han presentado sobre el momento en que una persona humana inicia su existencia.

La evidencia histórica muestra como, las diversas opiniones respecto al inicio del individuo humano han cambiado a lo largo de los siglos en virtud de la apreciación de los hechos biológicos interpretados a la luz de los conocimientos de cada época.

Muchos de los conceptos actuales respecto a la transmisión de la vida se deben a las ideas de Aristóteles, cuya filosofía y biología han influido notablemente en la civilización occidental.

La Teoría Biológica de Aristóteles sobre la reproducción humana inicia cuando observó que el flujo menstrual femenino cesaba cuando la mujer se encontraba embarazada. Observó además que una mujer no quedaba embarazada a menos que un hombre tuviese una relación sexual con ella depositando semen en su vagina. Estos eran los únicos hechos que se podían apreciar en esa época, puesto que no se conocía la existencia del óvulo o de los espermatozoides.

Según Aristóteles, "la sangre de la madre es el material constitutivo del nuevo ser, mientras que el semen del padre induce la forma, es decir, le imprime la vida. El flujo de la mujer tiene la potencialidad de convertirse en todas las partes del cuerpo humano cuando reacciona bajo el calor específico y la fuerza vital de pneuma del semen paterno. De esta forma, el flujo menstrual comienza a vivir con un alma vegetativa desde el

momento de la concepción”.³²

Cuando el semen masculino se mezcla con el flujo menstrual se forma el embrión que puede ser comparado con una verdadera semilla o con un huevo, ya que el vientre de la madre sería “la tierra” y la sangre “el abono” necesario para alimentar al embrión.

Aristóteles sitúa el momento de la concepción siete días después de que el semen se mezcló con el flujo menstrual, ya que la sangre por la acción del semen se convierte en un ser viviente cuando finaliza la primera semana. Señala además que el aborto ocurre dentro de los primeros catorce días mientras que la mayoría de los embriones perecen dentro de los cuarenta días siguientes a la concepción.

“En sus trabajos embriológicos descubrió el *puncta saliens* (Primer signo de embrión) y el desarrollo inicial del corazón y los grandes vasos; fue el primero en observar los latidos cardiacos del embrión así como algunas diferencias entre las arterias y las venas.

Defendía que, “el feto no respiraba por sí mismo durante su permanencia en el útero materno y que el embrión masculino y femenino se desarrollaban en compartimientos diferentes”.³³

Para Aristóteles el hombre marca el grado supremo en la escala de los vivientes terrestres y sintetiza en sí todas las perfecciones de los principios, elementos, plantas y animales, pero se distingue y los supera a todos por su alma que es una forma dotada de entendimiento y voluntad, capaz de ciencia y deliberación.

Por otra parte Santo Tomás de Aquino adopta básicamente los postulados de

³² Alberto Lyons y Joseph Petrucelli. *Historia de la medicina*. p. 52.

³³ *Ibidem*. p. 492.

Aristóteles. Establece que el elemento germinal masculino es activo y el femenino es primordialmente pasivo antes de ser fecundado por el masculino ya que proporciona la materia del nuevo ser humano.

Establece que “en virtud del principio activo existente en el semen, se produce en el engendrado el alma sensitiva, la cual actúa como complemento del propio cuerpo por método de nutrición y desarrollo”.³⁴

Esta virtud activa estriba en el mismo espíritu vital sustentado en el semen y siguiendo a Aristóteles, explica que en dicho espíritu vital sustentado hay cierto calor.

Santo Tomás de Aquino, en conclusión, señala que el ser humano posee desde el inicio un alma, aunque entiende ésta bajo la tesis de la animación retardada (primero vegetativa, después sensitiva y por último intelectual, siendo ésta creada directamente por Dios). El crecimiento y desarrollo del hombre se deben a este principio intrínseco a su ser.

Es hasta el siglo XVII, gracias a la gran revolución científica de la época, donde se da un cambio radical sobre las teorías de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino que estuvieron vigentes durante siglos.

A fines del siglo XVII había dos interpretaciones diferentes respecto al origen del hombre, la teoría perfeccionista y la teoría epigenética:

♦ La teoría preformacionista que era la predominante defendía que el individuo ya está formado en todas sus partes en el espermatozoide o en el óvulo, de lo que se deduce

³⁴ Tomás Aquino. La suma teológica. p. 118.

que el desarrollo embrionario no es cuestión de crecimiento del feto hasta adquirir el tamaño de un recién nacido.

♦ La teoría epigenética, defendía que el organismo se origina a partir de una sustancia primitiva que va evolucionando en diversos estados, con desarrollo gradual de las diferentes estructuras hasta alcanzar el estado propio del embrión maduro.

Después aparecieron dos corrientes dentro del preformacionismo: el ovismo, que sostenía que el óvulo contenía la totalidad del futuro organismo en un estado primordial, de tal forma que el esperma únicamente actuaba como un estímulo para su crecimiento, y en el animalculismo o espermismo, que sostenía que el esperma contenía un pequeño animal o un pequeño ser humano totalmente formado. En el caso de los humanos, este diminuto individuo era llamado "*homunculus*", mismo que comenzaba a crecer cuando estuviese en contacto con el útero materno".³⁵

"En el siglo XVII la teoría preformacionista encajaba mejor con los esquemas mecanicistas de la ciencia porque podía explicar el proceso de maduración del nuevo organismo. La epigénesis, en cambio, exigía un cierto respaldo vitalista, para explicar los cambios, aparentemente oscuros que permitían la constitución de una criatura organizada a partir simplemente, de la materia amor".³⁶

Es muy importante señalar que todas las anteriores teorías, tienen un punto de partida basado en los hechos observados sobre la reproducción humana, hechos que poco a poco se fueron apreciando de forma sistemática y organizada para ir conformando un criterio científico. Se debe también mencionar, que los pensadores no tenían a su alcance todos los elementos que la ciencia, hoy en día proporciona para poder conocer desde el

³⁵ Claudia Billes. *Biología*. p. 527.

³⁶ *Idem*. p 527.

punto de vista biológico como ocurre la reproducción humana y cuando inicia su existencia un nuevo ser.

Actualmente y respecto a la inseminación artificial Australia es el país pionero en el campo de la reproducción artificial, existen ya Leyes Federales que modifican el derecho familiar o el reconocimiento jurídico que se da a la (IA) y a la FIVET.

Entre las leyes estatales, es oportuno mencionar la Ley número 10163/1984 sobre la esterilidad del estado de Victoria, que concede una gran libertad para realizar todo tipo de técnicas con relativa ofensa a la dignidad del ser humano.

En esa Ley, las únicas formas que intentan limitar un poco los abusos contra el embrión humano son las siguientes:

Se distinguen entre procedimientos prohibidos, que comprenden la manipulación o cualquier procedimiento en el cual se fecunden los gametos de un hombre o mujer con gametos de animales: Procedimiento Experimental, que a diferencia de la anterior, pueda ser realizado en algunos casos con la aprobación de un comité gubernamental. Una situación similar ocurre con la prohibición de procedimientos que impliquen el congelamiento de un embrión, a no ser que éstos se practiquen en un hospital autorizado y que tengan como finalidad la implantación del embrión en una mujer. La violación a cualquiera de estas normas se castiga con pena pecuniaria o cuatro años de reclusión.

“A nivel Federal, el Senador Harradine presentó un proyecto de Ley en 1985 denominado Ley sobre la Experimentación de Inseminación Artificial”.³⁷

Este proyecto de Ley en lugar de eliminar la experimentación sobre inseminación

³⁷ Germani Grisel El aborto, mitos realidades y argumentos. p 146

artificial la favoreció puesto que sólo contempló a los embriones generados “*in vitro*” y solo durante el período anterior a su implantación (lo que significa que está permitida la experimentación sobre todo embrión que no está en alguna de estas condiciones).

En algunos países, actualmente se regulan diversas técnicas de inseminación artificial para evitar los abusos que éstas acarrear. Desgraciadamente, el embrión humano no goza de la protección que es debida, por tres razones principales:

- ◆ Se niega el reconocimiento de persona al embrión desde el momento de la fecundación.
- ◆ Se da una importancia desmedida al interés de la pareja por procrear, llegando a configurarlo como un derecho.
- ◆ Se piensa que es primordial el avance científico y tecnológico de la sociedad, que constituye una “libertad fundamental”, misma que justifica la investigación y experimentación aún a costa de la persona.

Así tenemos que en Alemania Federal, existe un proyecto de Ley Federal sobre la tutela de los embriones, de 1986.

Este proyecto de Ley es parte del presupuesto de que con la fecundación inicia el desarrollo de una vida específicamente humana, pero que el embrión en un estado precoz en desarrollo no es aún un sujeto de derecho y ni siquiera una persona en el sentido de las garantías de los derechos fundamentales.

“Este proyecto de Ley distingue la tutela de acordar respecto a los sucesivos estados de desarrollo del embrión. Se menciona, que la tutela del embrión depende de los objetivos terapéuticos que se persiguen con la FIVET”.³⁸

³⁸ Ibidem. p 181

Este proyecto de Ley prohíbe y castiga con la reclusión o con una sanción pecuniaria (la pena más alta es de cinco años) en las siguientes situaciones:

- ◆ La procreación específica de embriones humanos para fin de investigación.
- ◆ La investigación sobre embriones humanos después del estado de las primeras divisiones celulares.
- ◆ Los experimentos sobre fetos abortivos aún en estado de deceso.
- ◆ La creación específica de seres humanos genéticamente idénticos.
- ◆ La creación de quimeras o híbridos entre el hombre y el animal.

Este proyecto reconoce que el embrión inicia su existencia al momento de la concepción. Esta propuesta intenta proteger realmente al embrión humano, pero permite la fecundación extracorpórea y la transferencia del embrión si media el consentimiento de los interesados.

En España existe la Ley de Reproducción Asistida Humana del 22 de Noviembre de 1988, que da un amplio campo para el abuso contra los embriones humanos en virtud de la utilización del término preembrión.

La exposición de motivos de esta Ley, considera que la vida humana inicia en el momento de la implantación del “preembrión” en el útero, y para justificar su posición, cita dos sentencias judiciales.

De ahí que la Ley Española considere como inicio de la vida humana el momento de la implantación en el útero del embrión (y, según se deduce del contexto de la exposición de motivos de la Ley, en los 14 días anteriores a este evento el embrión solo es un grupo de “células” resultantes de la fecundación), y por eso se menciona que “el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica pues anterior a él, el desarrollo

embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión”.

En Estados Unidos, cada uno de los 50 Estados tienen facultades para legislar en materia de nuevas tecnologías de inseminación artificial. Algunos Estados ya poseen legislaciones en materias relativas a los embriones y fetos humanos: 25 Estados tienen leyes que establecen límites a la experimentación con fetos: 9 Estados tienen leyes que prohíben en general la venta de embriones o fetos.

En Francia no existe ninguna Ley en esta materia, pero hay proyectos de Ley presentados desde 1978.

Un grupo de diputados encabezados por Pierre Bas presentó el 18 de mayo de 1984 el proyecto de Ley número 2158 que tiene por objeto regular el status del hijo concebido, y los experimentos e investigaciones relacionados con la creación de vida humana.

Gran Bretaña, también país pionero en el programa de la investigación de inseminación artificial, la cuestión moral y legal de todas las situaciones que estas técnicas implican no fueron tratadas oficialmente sino hasta 1984, año en que fue presentado el informe de Warnock.

“El informe de Warnock resume la posición de la bioética anglosajona, que:

a) Parte de los presupuestos de mero relativismo cultural (y por lo tanto sociológico).

b) Acepta la posición del individualismo ético, reduciendo la moral a una “moral privada”.

c) Funda las indicaciones prácticas sugeridas al legislador sobre criterios que tienen una mezcla de utilitarismo y “moral de los sentimientos”.

Este informe Warnock distingue entre el embrión *in vivo*, que es el que se desarrolla en el cuerpo humano y el embrión *in vitro* que es el que se desarrolla en el laboratorio”.³⁹

En Suecia existe la Ley número 1140 del 20 de Noviembre de 1984, que tiene por objeto la inseminación, o introducción de esperma en una mujer por vía artificial” permitiéndola sólo en la mujer casada o en la concubina, con el semen de su pareja o de un tercero. Con motivo de esta Ley se promulgó otra con número 139/1984 que establece reglas de filiación con motivo del nacimiento de su hijo a raíz de una inseminación artificial.

El panorama que presenta la legislación Sueca es desolador, puesto que no se menciona en ningún lugar al embrión humano, ni menos aún, la protección de derechos. Únicamente se dan los casos en los cuales es lícito recurrir a la fecundación *in vitro*, pero no se contempla al personaje más importante y más indefenso en este drama: el embrión humano.

Ahora bien, el parlamento Europeo ha estudiado los problemas de la Ingeniería Genética y la inseminación artificial a fin de dar orientaciones a los países de la Comunidad Europea. Estas decisiones no son leyes, es decir, no obligan a ningún Estado miembro a legislar en el sentido de las mismas. Se trata de recomendaciones, es decir, actos políticos que expresan un programa, una intención, un deseo, cuya fuerza deriva en un debate democrático sancionado por un voto.

³⁹ Francisco Lledo Yague. Fecundación artificial y derecho. p. 241

El reconocimiento a la personalidad jurídica del embrión humano, deriva de una inseminación artificial, y una tutela que verdaderamente respete su dignidad, es una exigencia cada vez mayor en nuestros días principalmente, de frente a los abusos que pueden sufrir las técnicas de reproducción artificial.

Por lo que respecta a nuestro país, existe el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación de Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de Enero de 1987. Este reglamento como su nombre lo indica, desarrollo las normas de la Ley General de Salud.

La Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 7 de Febrero de 1984, tiene por objeto de "Derecho a la Protección de la Salud" que se consagra en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las bases y modalidades para el acceso a los Servicios de Salud y concurrencia de la Federación y los Estados en Materia de Salubridad General. Los principales artículos de esta Ley General de Salud que desarrolla el reglamento de investigación para la salud, son el 96, 97, 98, 100, 102 y 103, que tienen por objeto la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

Los puntos más importantes de los considerados son:

- ◆ La investigación para la salud es un factor determinante para mejorar las acciones encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud del individuo y de la sociedad en general.

- ◆ La realización de las investigaciones para la salud debe entender a aspectos éticos que garanticen la dignidad y el bienestar de la persona sujeta a investigación.

◆ Sin restringir la libertad de los investigadores, en el caso particular de la investigación que se realice en seres humanos y de la que utilice materiales o procedimientos que conlleven un riesgo, es preciso sujetarse a los principios científicos, éticos y a las normas de seguridad generalmente aceptadas.

Es muy importante que se mencione que la investigación debe someterse a principios éticos, pero, como vemos más adelante el concepto de Ética que está presente en este reglamento no es correcto. Además se concede mucha discrecionalidad para dar normas y reglas a diferentes organismos, con lo que la atribución de competencias no es clara, lo que puede promover más el deseo de investigación que el respeto a los principios de la ética.

2.3. Métodos.

En la actualidad y de acuerdo al alto desarrollo que ha logrado la ciencia en la rama de la medicina, aplicando invariablemente la cibernética y la física nuclear; se ha logrado tener una amplia gama de maneras de llevar o realizar una inseminación artificial humana, tal como lo puntualizamos en las primeras aportaciones a este trabajo de investigación.

Es ahora cuando se ha presentado la situación concreta de la "Inseminación Artificial", en donde estudios de la medicina pretenden, retomando ideas de esa ciencia ficción, dar vida humana, buscando primordialmente satisfacer de una u otra manera las necesidades naturales del hombre, refiriéndose a éste en ambos sexos, de ser progenitor de una vida; en el caso particular de México, en virtud de que en el año de 1995 un promedio de 900.000 parejas resultaban ser estériles, siendo la causa femenina aproximadamente en un 50% de los casos, masculina en un 40% y mixta en el 10%;⁴⁰ es así que de acuerdo a los hechos que se presentan tenemos diversas formas de revisar

⁴⁰ Alfonso Alvarez Bravo. Estudios de la pareja estéril. p. 49.

dicha inseminación, citando por supuesto a aquellas que la ciencia médica ha realizado exitosamente.

◆ En el primer caso, el varón es causa de esterilidad y es poco lo que la ciencia puede ofrecer para mejorar su fecundidad, llamada así por Kleegman, realizándose ésta a través de la aportación del eyaculado del varón al aparato genital femenino sin que medie contacto sexual alguno, que a su vez se subdivide en dos casos:

- Inseminación homóloga (IH), en la que se emplea el semen del cónyuge, y,
- Inseminación heteróloga (Ih), en la cual el semen procede de un donador.

◆ En la segunda situación, esto es, la inseminación artificial o *in vitro*, ocurre cuando la fecundación del óvulo y su inmediato desarrollo se realiza fuera de la cavidad uterina de la madre, y nace como tratamiento de la infertilidad de la mujer debido al bloqueo de las trompas de Falopio, por lo general y esta puede llevarse a cabo de las siguientes formas y casos:

- De manera directa cuando el único inconveniente es el propio bloqueo de las trompas de Falopio se sustrae de la misma mujer el óvulo que posteriormente será inseminado y colocado en la cavidad uterina una vez que se ha realizado la fecundación.

- Otro de los supuestos se presenta cuando por cuestiones fisiológicas la mujer no puede retener en su matriz al producto, la medicina obtiene de los cónyuges o donantes los espermias u óvulos que originan la vida para realizar la fecundación *in vitro* e implantar el producto en una tercera persona (madre sustituta).

◆ En otro de los casos es la mujer quien resulta ser estéril y consecuentemente al igual que en el primero de los tratamientos señalados, se busca un donante, mujer en el

presente, para que aporte uno o varios óvulos y se pueda realizar la inseminación ya sea de acuerdo al primer o al segundo caso de los citados, terapéutica o *in vitro*, dependiendo de las características de la donante en relación con las de la “madre”.

♦ La última situación en donde resulta imposible que una mujer pueda concebir en virtud de que existen dos problemas anteriores citados, infertilidad y esterilidad, viéndose en la necesidad de que una madre sustituta aporte el óvulo así como su organismo durante el tiempo que dure la gestación.

C A P Í T U L O I I I
FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES QUE FAVORECEN LA
INSEMINACIÓN

Las normas constitucionales son el fundamento jurídico y de validez de todas las leyes de un país. El constitucionalismo surge como un sistema para proteger al individuo de los abusos de los gobernantes, estableciendo la existencia de normas fundamentales sobre la organización del Estado, que todos-incluidos los gobernantes-deben respetar, la mayoría de las constituciones reconocen derechos de la persona, que son inherentes a su dignidad, y que por lo mismo son inalienables, imprescriptibles y *oponibles erga omnes*.

3.1. ARTICULO 4to”.

El derecho a decidir el número y espaciamiento de sus hijos, es una garantía constitucional que se encuentra en el artículo 4to., que actualmente señala:

“Artículo 4o.- La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado en los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres judiciales en los términos que establezca la ley.

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las Entidades Federativas en materia de salubridad general, conforme

lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda la familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar un objetivo.

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores de la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”.

Para una mejor comprensión del tema, es necesario precisar que el artículo en comento, originalmente no tenía tal redacción, sino que establecía lo siguiente:

“Artículo 4o.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la Ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada Estado cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo”.

Como se puede observar, este artículo no fue modificado, sino reformado completamente, es decir, que el texto íntegro del artículo 4to. Fue insertado en el artículo 5to., quedando así libre el espacio de la citada norma para elevar a la categoría constitucional la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer. Aunque en algunos de nuestros Códigos ya se hacía referencia a dicha igualdad, (Artículo 1o. del Código Civil),

no se había hecho una referencia táctica en nuestra Ley suprema y es por eso por lo que otorgamos a esta reforma constitucional una gran importancia, dadas las consecuencias que acarrea a todo nuestro derecho.

Son tres puntos principales:

◆ El varón y la mujer son iguales ante la ley, es decir que no se hará distingo en el trato de las personas por razón de su sexo.

◆ La Ley tiene la obligación de proteger y vigilar la organización y desarrollo de la familia y recae sobre el legislador la responsabilidad de emitir normas tendientes a cuidar a apoyar al núcleo familiar principalmente en protección de los menores para que se desarrollen normalmente.

◆ Por último, se reconoce el derecho para decidir sobre el número y el espaciamiento de los hijos a los padres.

Por razón de nuestro trabajo de investigación sólo nos referiremos a los dos últimos puntos y realizaremos un desglose de ellos, y cita el primero de los puntos en cuestión que, la Ley tiene la obligación de proteger la organización y el desarrollo de la familia.

Es evidente que nuestra legislación no señala que se entiende por familia sólo enuncia las medidas protectoras de la misma, por lo que se hace necesario establecer una precisión de la misma en este trabajo, con base en lo expuesto dentro del capítulo I y la doctrina.

“Etimológicamente la palabra familia proviene de los famuli, que significa hambre. Fámulos son los que moran con el señor de la casa, por otra parte Famat significa habita que en sánscrito significa hogar, habitación, señalando a la mujer, hijos y

adoptivos, a los esclavos domésticos”.⁴¹

“Otra definición de la familia se refiere a la vida constituida por un conjunto de parientes allegados que viven en la misma casa, este concepto es más bien sociológico, ya que la palabra familia, en un sentido limitado, abarcó sólo a las personas que viven en un mismo hogar y tienen relaciones de parentesco, en un sentido amplio podemos abarcar con tal vocablo al conjunto de personas que se encuentran vinculadas por el matrimonio, la filiación o la adopción”.⁴² Este segundo concepto ha sido formulado, principalmente, por los tratadistas de Derecho Civil.

Siendo la familia la institución natural que constituye la base y fundamento de la sociedad, de ahí su extrema importancia. De las condiciones de desenvolvimiento familiar, de las económicas y de su nivel moral, podemos derivar el nivel de la sociedad que ellas integran. Estudiando los valores de cada familia de las que se agrupan dentro de una sociedad, podemos inferir los valores de una sociedad misma. Por eso se ha prestado atención a procurar el mejoramiento y bienestar de las familias y los gobernantes se han preocupado por buscar ambos por cuantos medios han tenido a su alcance. Consecuentemente la prosperidad social se funda en el ambiente de las familias. Es la familia la forma más natural y también la más antigua forma de congregación humana, ya que data desde los tiempos primitivos, de la inmediata convivencia humana. El hombre recibe los primeros cuidados de sus padres y hermanos y éstos, el recíproco apoyo y atención de los hijos. Por todo ello la familia es el núcleo social más fuerte que existe.

No cabe duda, por consiguiente, el valor que desde el punto de vista social tiene este admirable organismo y el interés social que existe igualmente de mantenerla en las mejores condiciones posibles, en los órdenes material y moral, pues con ello se

⁴¹ Antonio De Ibarrola. Derecho de familia. p. 452.

⁴² Margarita Mead. La Familia Samoana. p. 57.

contribuye directamente al desarrollo y prosperidad de la colectividad, la familia, como todas las instituciones sociales, está sujeta a los cambios naturales que el tiempo determina: pero esta transformación, no sólo es inevitable, sino necesaria, no supone peligro alguno de desaparición de esta institución básica en esta sociedad. Transformación no quiere decir muerte, sino adaptación a las nuevas realidades de los nuevos tiempos.

Ahora bien, jurídicamente hablando del concepto de la familia, su fuente se encuentra en la institución del matrimonio, en las relaciones paternofamiliares o sea en el parentesco y en la adopción.

Como ya señalamos cuales son los fundamentos de la familia, vamos a referirnos en forma genérica a cada una de esas instituciones; respecto al matrimonio, este se considera desde dos puntos de vista, como un acto jurídico y como un estado permanente de vida de los cónyuges. Este segundo aspecto se considera como consecuencia de la celebración del matrimonio como acto jurídico de vida de los cónyuges. Este segundo aspecto se considera como consecuencia de la celebración del matrimonio como acto jurídico.

“Como estado permanente de vida entre los cónyuges está constituido por un conjunto de deberes y facultades, derechos y obligaciones que se han creado en vista de los intereses superiores de la familia: la mutua cooperación y ayuda recíproca de los cónyuges y la procreación de los hijos”.⁴³

Por otra parte Planiol define al matrimonio como “un acto jurídico por el cual el hombre y la mujer establecen entre sí una unión que la ley sanciona y que no pueden romper por su propia voluntad”.⁴⁴

¹³ Ibidem. p. 452.

⁴⁴ Citado por Antonio De Ibarrola. Op. Cit. 617.

Respecto a la filiación, ésta define como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra.

En cuanto a la adopción se define “el acto jurídico”, por virtud del cual una persona mayor de edad, crea por su propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, una relación paterno-filial que lo une con un menor de edad o un incapacitado”.⁴⁵

La adopción tiene fundamentalmente una función protectora del menor o del incapacitado. Algunos autores sostienen que consideran a la adopción como un contrato, otros lo ven como un acto de Poder Estatal y otros como un acto de carácter mixto, ya que concurren las voluntades y la autorización judicial para el aprobar dicho acto.

Respecto al segundo punto el relativo al reconocimiento del derecho para decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos por los padres, consideramos que el matrimonio y el amor conyugal están ordenados por su propia naturaleza a la procreación y educación de la prole. El deber de transmitir la vida es primordial e irrenunciable; está dentro de la propia naturaleza del hombre, y es exigencia de la misma humanidad que considera como propia misión de los cónyuges a la procreación responsable.

La procreación como fin del matrimonio es reconocida en todas las legislaciones y por todos los autores. Este deber se ejerce conyugalmente de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, según lo señala el artículo 162 del Código Civil vigente.

“Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

⁴⁵ Ibidem. p. 652.

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

Es obvio que la legislación sustantiva civil, recoge lo señalado por la garantía individual, establecida en el artículo 4to. en comento, con lo cual la procreación responsable alcanza el rango de constitucional.

El cumplimiento de este fin del matrimonio se realiza mediante el deber del débito carnal que es recíproco, como lo son todos los deberes conyugales. Al deber del varón le corresponde igual deber de la mujer, y ambos tienen derechos que ejercer en esta relación conyugal. Además está el derecho subjetivo, propio de la persona, que como garantía individual se opone a todos, inclusive al Estado.

Indudablemente esta materia no podrá haber injerencia alguna ni el Estado ni la Iglesia, es una decisión que queda absolutamente reservada a la pareja. La Ley General de Población, en su artículo 3 fracción II, señala.

“Artículo 3”. Para los fines de esta Ley la Secretaría de Gobernación dictará y ejecutará o en su caso promoverá ante las dependencias competentes o entidades correspondientes, las medidas necesarias para:

Fracción II.- Realizar programas de planeación familiar a través de los Servicios Educativos y de Salud Pública de que disponga el Sector Público y vigilar que dichos programas y los que realicen organismos privados, se lleven a cabo con absoluto respeto a los derechos fundamentales del hombre y preserven la dignidad de las familias, con el objeto de regular racionalmente y estabilizar el crecimiento de la población, así como lograr el mejor aprovechamiento de los recursos humanos naturales del país”.

La misma Ley, en la sección II trata de la planeación familiar en sus artículos 14 al 24 inclusive, se deja claramente asentado, que la información que se imparta “no identificará la planeación familiar con el control natal, o cualquier otro sistema que impliquen acciones apremiantes o coactivas para las personas que impidan el libre ejercicio del derecho a que se refiere el párrafo anterior”. Es decir, la información a las personas y cónyuges no puede ser jamás impuesta como control natal.

En relación a los medios, el artículo 18 de la Ley en comento señala:

“Artículo 18.- Los programas de planificación familiar informarán de manera clara y llana sobre fenómenos demográficos y de salud reproductora, así como las vinculaciones de la familia con el proceso general de desarrollo e instruirán sobre los medios permitidos por las leyes para regular la fecundidad”.

La responsabilidad de las parejas e individuos en el ejercicio del derecho a planificar su familia, consiste en tomar en cuenta las necesidades de sus hijos, vivos y futuros, y su solidaridad con los demás miembros de la comunidad, para dar lugar a un mayor bienestar individual y colectivo.

Relacionado con lo anterior, el artículo 21 de la misma ley establece en su primer párrafo lo siguiente:

“Artículo 21.- Los servicios de salud, educativos y de información sobre programas de planificación familiar garantizarán a la persona la libre determinación sobre los métodos que para regular su fecundidad desee emplear”.

Dentro de este derecho también se encuentra incorporado el derecho a la integridad corporal, pues ninguna persona podrá ser esterilizada contra su voluntad o a cambio de

alguna contraprestación, ni tampoco podrá ser utilizada o forzada para probar medios anticonceptivos. Toda persona tiene derecho a su integridad física, que es un derecho natural y en el área familiar la violación va en contra de la función natural procreativa del hombre y la mujer.

Es evidente que tras todo lo anteriormente señalado encontramos en el artículo 4o. de la Constitución el Fundamento Jurídico que permite al legislador emitir la reglamentación que conforme a un sano criterio determine las bases mediante las cuales se realice la figura en estudio denominada inseminación artificial.

3.2. Artículo 5to.

Para ser congruente con el desarrollo de la investigación que estamos realizando; estableceremos de manera paralela a como lo hicimos con el artículo 4to. Constitucional como estaba establecido en el artículo 5to. anteriormente y como lo está hoy, ahondando en un comentario propio sobre la reforma sufrida.

~ Texto anterior.

“Artículo 5to.- Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligados, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos consejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito. Los servicios profesionales

de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale.

El estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. La ley, en consecuencia, no permite el establecimiento de órdenes monásticas, cualquiera que sea la denominación y objeto con que pretendan erigirse, tampoco puede admitirse convenio en que el hombre pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta a l trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona”.

Texto actual

“Artículo 5to).- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícito. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, directa en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La ley determinará en cada Estado, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno conocimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos consejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de ley con las excepciones que ésta señale.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona, por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte por proscripción o destierro, o en que renuncia temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona.

La reforma de este artículo consiste, como ya lo anotamos en el comentario al artículo cuarto, en insertar en su primera parte el texto íntegro de la norma que le antecedió dentro de nuestra Ley Suprema.

Así encontramos que han quedado plasmados en una sola norma de libertad de trabajo y las condiciones en que el mismo se debe prestar.

Cabe hacer notar que la presente norma al referirse a la libertad del hombre lo hace de una manera genérica y no individual, es decir, que la palabra hombre es usada en el sentido de persona humana y no en el de persona del sexo masculino.

Ahora bien, respecto a nuestro trabajo de investigación, el artículo 5to. Constitucional contiene la base o fundamento por el cual una mujer puede prestarse a ser fecundada o servir de incubadora para la procreación de un nuevo ser, ya que la misma garantía individual lo permite o acepta al señalar "A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos", es indudable que el prestarse a ser madre sustituta por impedimento físico de la debidamente autorizada para serlo, de ninguna manera es lícito; empero ello trae aparejado una serie de derechos y obligaciones que el constituyente en México; consideramos no ha enfrentado debidamente lo que ha ocasionado lagunas en nuestras leyes y que deben ser definitivamente erradicadas para una mejor aplicación del Derecho en México, con respecto a la inseminación artificial y por lo consiguiente en el capítulo siguiente desglosaremos de forma transparente como consideramos se debe realizar tal regulación.

C A P Í T U L O I V
DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN
DE LA INSEMINACIÓN

El ser humano, a lo largo de la historia, no siempre ha sido reconocido por el Derecho como una persona o sujeto de derechos. Pero, sin lugar a dudas, desde los más antiguos ordenamientos jurídicos, el hombre ha sido respetado como un ser digno gozando incluso de una protección contra posibles perjuicios tanto en su *integridad como en su situación patrimonial*.

Ello ha conformado lo que en Derecho se denomina como derechos y obligaciones; la inseminación artificial como generadora de vida humana también es causa de que el producto de tal inseminación como lo es el embrión sea sujeto de obligaciones y derechos, hecho por el cual a través de las siguientes páginas realizaremos un desglose detallado de tales situaciones jurídicas.

4.1. Obligaciones.

Analizando el estado jurídico del embrión durante la historia, es evidente la tutela de la que ha gozado, muchas veces esta tutela estaba condicionada a los conocimientos biológicos y de la reproducción vigentes en determinada época, puesto que de los mismos dependía el considerar al embrión como un nuevo ser humano, *distinto de la madre y poseedor de un carácter personal*.

Este carácter personal del embrión, así como su personalidad o aptitud para ser sujeto de derecho, es producto de una evolución muy posterior, fruto no sólo de un progreso de los conocimientos biológicos, sino principalmente, de una concepción profunda de la vida humana y su dignidad, mereciendo un reconocimiento especial por el ordenamiento jurídico.

4.1.1. Naturaleza Jurídica.

Etimológicamente obligación deriva del latín “*obligatorio-onis*, y significa vínculo legal o contractual que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa, exigencia moral que limita el libre albedrío”.⁴⁶

Rafael de Pina en su Diccionario de Derecho señala como obligación lo siguiente:

“La relación jurídica establecida entre dos personas por la cual una de ellas (llamada *deudor*), queda sujeta a otra (llamada *acreedor*), a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor”.⁴⁷

La obligación es una especie del género deber jurídico -lato sensu- y por ello para conocerla al detalle, es necesario captar primero el concepto de deber jurídico. Debe conocerse primero que es un género y después ya, se facilita el conocimiento de las especies.

Así puede decirse que si el género es el deber jurídico, y la obligación una especie, entonces toda obligación es un deber, pero no todo deber jurídico es una obligación.

“Se puede entender el *deber jurídico*, en un sentido lato, como la necesidad de observar voluntariamente una conducta conforme a lo que prescribe una norma de derecho”.⁴⁸

El deber jurídico como se define en el párrafo anterior es un género, y como tal admite especies; ellas son:

⁴⁶ Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado. p. 2692.

⁴⁷ Rafael De Pina *Diccionario de derecho*. p. 384.

⁴⁸ Ernesto Gutiérrez Y González. *Derecho de las obligaciones*. p. 29.

1ra. Deber jurídico stricto sensu.

2da. Obligación lato sensu.

3ra. Derecho de crédito indemnizatorio.

La anterior clasificación que se propone de los deberes jurídicos, se hace atendiendo a que la persona que debe observar la conducta conforme a la norma de Derecho, no tenga, pueda llegar a tener, o ya tenga en frente de ella, a un sujeto que pueda exigirle el acatamiento de la conducta prescrita por la ley.

Se entiende por el deber jurídico estricto sensu: la necesidad de observar voluntariamente la conducta, conforme a lo que prescribe una norma de derecho, ya en favor de la colectividad, ya de la persona determinada.⁴⁹

Mientras una persona cumple voluntariamente con el mandato legal, no hay sujeto que le pueda exigir algo, pues carecería de sentido exigir lo que se viene cumpliendo.

La obligación en un sentido amplio, es la necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación, de carácter patrimonial, pecuniaria o moral, en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir o en favor de un sujeto que ya existe.

De este concepto de obligación *lato sensu*, se desprende que la misma tiene dos especies, tal y como se anota en los párrafos anteriores.

La obligación es sentido estricto o restringido, es la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial, (pecuniaria o moral), en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir.

⁴⁹ Ibidem p. 30.

4.1.2. Características.

Se puede señalar diferencias de las obligaciones familiares en relación a las obligaciones que en el derecho patrimonial económico se encuentran.

Como características de diferencia señalaremos las siguientes:

Distinta participación de la voluntad.- En el derecho de la familia se presenta un fenómeno distinto al que ocurre en el Derecho patrimonial económico, pues aún cuando en ambos por virtud del acto jurídico se crean derechos y obligaciones, en las instituciones familiares sólo se toma en cuenta la voluntad humana para dar nacimiento al estado familiar, pero no para determinar el alcance y naturaleza de los derechos y obligaciones, toda vez que estos quedan exclusivamente definidos por la ley.

Distinto origen.- Esto significa que los derechos y obligaciones patrimoniales surgen de cualquier acto del hombre o hecho jurídico relacionado con el hombre, que pueda generar su obligación. Mientras que los derechos y obligaciones familiares, y en ellas comprendidas las conyugales, surgen de la naturaleza orgánica del hombre y llevan el sello de la necesidad.

Son obligaciones y derechos relativos.- Aún cuando el estado familiar que se genera por el matrimonio o por la concepción y nacimiento es oponible a todos (frente a todos una persona es casada o soltera), las obligaciones tienen un carácter relativo, pues son exigibles entre los miembros de la relación jurídica.

Orden público.- El orden público es evidente en las relaciones familiares y se contempla también en las conyugales. Esto es señalado tanto en la legislación (art. 940

Código de Procedimientos Civiles), como por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en la doctrina.

Son intrasmisibles, irrenunciables e intransigibles.- Las obligaciones familiares son intransmisibles. La obligación alimentaria es personal y exclusiva del cónyuge, del divorciado en los casos previstos por la ley, de los padres e hijos siempre en caso de necesitarlos.

Son irrenunciables, haciendo referencia nuevamente a los alimentos pero entendido como el derecho a los alimentos en lo futuro, no hacia pensiones ya causadas respecto a las cuales el acreedor alimentario puede renunciar.

También son intransigibles, pues el artículo 2948 del Código Civil previene que “no se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio”.

Como relación de algunas obligaciones se puede citar las siguientes:

Alimentos.- Derivan del matrimonio y también del concubinato, del parentesco por consanguinidad y de la adopción.

Sostenimiento del hogar.- Aquí se comprende todo lo relativo a los derechos y obligaciones orientados a la constitución y mantenimiento del hogar en el domicilio conyugal, que comprende la casa familiar, incluyendo lo relativo al patrimonio de la familia.

Sucesión.- El cónyuge tiene derecho, en la sucesión testamentaria, a la pensión alimenticia y este derecho no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción,

artículo 1372 del Código Civil. En la sucesión legítima, el cónyuge, el concubinario y los descendientes y ascendientes recibirán la porción que les corresponda en los términos del Código Civil.

Servicios personales.- El artículo 216 del Código Civil establece que “ni el marido podrá cobrar a la mujer ni ésta a aquél retribución u honorarios algunos por los servicios personales que le preste o por los consejos o asistencia que le diere”. Esta disposición está dentro del régimen matrimonial de bienes, en el capítulo de separación de bienes.

4.2. Derechos.

La biología moderna enseña que la reproducción humana se efectúa sexualmente por la unión del óvulo y el espermatozoide. “El semen depositado en la vagina durante el coito se desplaza y llega al útero. La mayor parte de los espermatozoides se pierden en la travesía, pero algunos llegan a las entradas de las trompas de falopio, en donde nadan contra una corriente que a la vez arrastra al óvulo hacia el encuentro con los espermatozoides.”⁵⁰

Sólo un espermatozoide llega a fecundar el óvulo, cuando esto ocurre, se produce cierto cambio en la capa superficial del óvulo que impide la entrada de otro espermatozoide.

El espermatozoide y el óvulo, aportan la mitad de los cromosomas humanos (que en total son 46), es decir, cada uno de los dichos gametos sólo poseen 23 cromosomas.

“En el momento en que el espermatozoide penetra al óvulo, pierde su cola, se hincha

⁵⁰ Claudia Billes, Biología p. 327

su cabeza formando un pronúcleo masculino y el núcleo del óvulo se convierte en el pronúcleo femenino.

La fusión del pronúcleo masculino haploide, con el pronúcleo femenino haploide forma el núcleo del óvulo fecundado o cigoto, y restaura el número diploide de cromosomas".⁵¹

De lo anterior se concluye que el inicio de una vida humana se encuentra en el momento de la fecundación, es decir, en el momento de la difusión de los gametos, o células reproductoras humanas: una de origen materno, el óvulo, y otra de origen paterno, el espermatozoide y por la fusión de sus respectivas estructuras que contienen los cromosomas, a las que se llama pronúcleos.

En el momento de la fecundación del óvulo comienza una nueva vida, única e irrepitable, con un patrimonio genético propio que desde ese mismo instante inicia un proceso continuo de desarrollo; esta nueva vida es el embrión unicelular o cigoto, con una existencia propia e independiente y con un patrimonio genético que lo distingue de cualquier otra vida humana.

Entre la penetración del espermatozoide al óvulo, y la unión de sus pronúcleos pueden pasar varias horas, pero es evidente que desde este momento una nueva vida tiene inicio, y por lo tanto, comienza la existencia de una persona humana.

Desde el punto de vista lógico y racional, se concluye que ontológicamente hay identidad en todo el desarrollo que esta única individualidad, que una vez nacida, viene a ser reconocida por todos en posición de la cualidad y la dignidad de la persona humana.

⁵¹ Ibidem. p 528.

Por lo tanto, el embrión humano producto de la inseminación artificial no es mera potencialidad, sino que se trata de una vida humana; las tres propiedades biológicas que caracterizan el proceso de desarrollo embrionario son:

◆ **Coordinación:** En todo el proceso de desarrollo del embrión hay una consecución de actividad molecular y celular bajo la guía de la información contenida en el genoma (Código genético). En esta guía y de este código, hay una coordinación que confiere una unidad al organismo que se desarrolla.

◆ **Continuidad.-** El nuevo ciclo vital que inicia con la fecundación procede sin interrupción. La multiplicación y división celular, la diferencia de tejidos y la formación de órganos aparecen sucesivamente, pero el proceso de la formación del organismo continuo. Es siempre el mismo individuo que va adquiriendo su forma definitiva. Si este proceso se interrumpe en cualquier momento, se tendría la muerte del individuo.

◆ **Gradualidad.-** Todo el organismo pluricelular adquiere su forma final partiendo de formas más sencillas a formas más complejas. Esta adquisición gradual de la forma final, implica que el embrión, del estado de una célula en adelante, mantenga permanente la identidad y la individualidad propia a través de todo el proceso.

“Los datos proporcionados por la ciencia actual aseguran que el embrión humano surgido de la inseminación aún, en sus estados más precoces, es un individuo de la especie humana diverso de sus padres. El embrión posee una identidad individual perfectamente reconocible tanto desde el punto de vista genético como desde el punto de vista somático. Posee además una historia individual, guiada por el programa genotípico, en cuyo despliegue no se producen saltos cuantitativos ni cualitativos. La ciencia moderna demuestra que el embrión no es una cosa, ni tampoco una parte del organismo materno

sino, que es un nuevo individuo de la especie humana, es un estudio precoz de su desarrollo vital".⁵²

4.2.1. Naturaleza Jurídica.

Sin lugar a dudas la nueva vida humana es un nuevo ser humano que viene a la existencia. No se trata de una cosa o un objeto ni de una parte o un apéndice de la madre cuya existencia puede quedar al arbitrio de esta sociedad. Se trata de un ser humano que merece respeto y una tutela jurídica, porque este nuevo ser es una persona humana, que debe ser respetada en sí, y por sí, por ser ésta la única actitud justa de frente a una persona.

El atribuir personalidad a la vida humana en sus primerísimas fases, implica el reconocimiento del embrión, puesto que éste es ya desde ese momento, éste mismo individuo en desarrollo que será definido persona por el ordenamiento jurídico.

Es evidente que el señalar lo referente a la personalidad a la vida humana es reconocer la existencia de derechos, y para una mejor comprensión estableceremos en los siguientes párrafos lo referente al derecho, puntualizando desde el punto de vista gramatical y jurídico lo que es un derecho.

En general se entiende por derecho todo conjunto de normas eficaz para regular la conducta de los hombres, siendo su clasificación más importante la de derecho positivo y derecho natural.

Respecto al derecho positivo, consideramos que es el conjunto de las normas jurídicas que integran la legalidad establecida por el legislador, así como el de aquellas

⁵² Rodrigo Luño. La fecundación "In vitro", p. 100.

que en un tiempo estuvieron vigentes y que quedaron abrogadas, pasando a constituir el derecho histórico de una nación.

Asimismo cuando hablamos de derecho positivo y derecho vigente es sabido que no estamos hablando de lo mismo y que no significa lo mismo.

El derecho vigente es el derecho positivo no derogado ni abrogado. Derecho positivo no vigente es el que ha sido derogado o abrogado. Debe recordarse a este respecto que “La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior”.

Tal como lo señala el artículo 9 del Código Civil vigente, que se complementa con lo que señala el artículo siguiente que establece:

“Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario”.

Cuando se hace referencia al derecho positivo, como se ve por lo expuesto, se alude, más o menos directamente, al derecho natural. Este es, según el pensamiento jurídico tradicional, el “derecho que debe ser”, el positivo es, simplemente, el “derecho que es”, pero, el derecho positivo, para nosotros, en realidad, es el derecho que en un momento histórico determinado y en relación con un pueblo determinado, según sea el criterio del legislador, no sólo es, sino también es el que debe ser.

Respecto al derecho natural, éste es un conjunto de las normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado.

El concepto de derecho natural carece de una versión única. Principalmente se destacan la concepción cristiana del derecho natural y la concepción racionalista.

Corrientemente se habla del derecho natural refiriéndolo a que cada individuo siente en sí la facultad originaria, no deductible de la experiencia, de valorar el derecho existente, de distinguir la justicia de la injusticia. Y esa facultad la han seguido todos los hombre en todos los tiempos.

Para nosotros, lo que se enuncia como la denominación de derecho natural es, más exactamente que derecho, moral, ética. Por eso, aceptando dicha denominación como convencional, entendemos que el derecho natural es el conjunto de las normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado. La idea de la existencia de este derecho sigue al hombre en el curso de la historia, pero es una idea cambiante como el tiempo.

Existen además, los denominados derechos personales llamados también de obligaciones o de crédito, es la facultad correspondiente a una persona para exigir de otro sujeto pasivo individualmente determinado, el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer. El derecho personal es calificado como relativo.

Frente a estos derechos personales están los derechos reales, que son las facultades correspondientes a una persona sobre una cosa específica y sin sujeto pasivo individualmente determinado contra quien aquella pueda dirigirse.

Acerca de las diferencias existentes entre los derechos real y personal, la doctrina civil es profundamente contradictoria.

Los derechos reales son clasificados de absolutos, los personales de relativos. Estos no existen sino en las relaciones de ciertas personas entre sí, aquellos pueden ser opuestos a todo el mundo sin excepción.

4.2.2. Características.

Hemos realizado un breve desglose de lo que es el derecho en forma general, sin embargo, es necesario establecer que el derecho es también regulador de las relaciones familiares, sobre el tema Chavez Asencio señala.

“El derecho de familia no se inventa. Constata la existencia del matrimonio y la familia y procura descubrir sus relaciones y fines. En la medida que se profundiza en las instituciones del derecho de la familia se van descubriendo sus relaciones y sus fines, que van variando a través del tiempo y lugares”.⁵³

Respecto a la inseminación, es evidente que el derecho de la familia no penetra en todas las situaciones, muchas se resuelven sin criterios morales. No puede desconocerse la necesidad de que el Estado intervenga para procurar mayor firmeza, certidumbre y estabilidad en las distintas relaciones que regula el Derecho de la familia. En esto se justifica la intervención del Estado, para procurar una mayor seguridad en las distintas relaciones de sus componentes, seguridad que afecta definitivamente la existencia misma de la sociedad y la nación.

Las normas que integra el Derecho de familia son, como todas en general, reguladoras. El Derecho hace posible la vida social a través de las normas que regulan las relaciones entre las personas, entre éstos y el Estado y entre las naciones. Pero, en el Derecho de la familia encontramos, además, normas protectoras y promotoras, lo que está

⁵³ Asencio Chávez. *Op. Cit* p. 137.

elevado a rango constitucional, al prevenirse que la ley “protegerá la organización y el desarrollo de la familia requiere de normas promotoras”.

En el derecho familiar encontramos además de obligaciones, deberes. Se reserva el concepto obligaciones para lo patrimonial valorable en dinero y al deber para las relaciones personales entre los miembros de la familia.

Hay una intervención constante del Estado en las relaciones familiares, lo que no significa que sea parte de ellas. Hay un interés en regular las relaciones familiares: interés de la sociedad e interés del Estado por la importancia del matrimonio y la familia.

4.3. Convenio de inseminación.

Es necesario para una mejor comprensión del tema de la celebración de un convenio de inseminación el conocer el criterio de distinción que se establece entre el convenio y el contrato, esto ha venido perdiendo interés hasta llegar al momento actual en que no tiene mayor relevancia, ya que ambos términos se utilizan indistintamente. Sin embargo es conveniente estar consciente de que el Código Civil vigente para el D. F., distingue entre Convenio en el Artículo 1792, y Contrato con el Artículo 1793. “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”. “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de Contratos”.

De los señalado anteriormente podemos deducir que los convenios que celebran las personas Crean, Transfieren, Modifican y Extinguen obligaciones; mientras que los convenios que solo Producen, Transfieren obligaciones y derechos son los Contratos, por lo tanto el convenio viene a ser una acepción más general en relación con el contrato que es la especie.

A continuación analizaremos el convenio en sus diversas acepciones.

El convenio entendido *lato sensu* va a tener cuatro funciones, constituyendo dos de ellas funciones positivas que son la creación o transmisión de derechos y obligaciones, las otras dos funciones son negativas y consisten en la modificación o extinción de derechos y obligaciones. Por convenio *lato sensu* se entiende el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones. El contrato es una especie del Convenio *Lato Sensu*, ya que se encuadra dentro de éste, abarcando lo que se ha venido llamando función positiva que como se dijo anteriormente consiste en la creación y transmisión de derechos y obligaciones.

De lo mencionado se deriva una tercera acepción que abarca la función negativa a que hemos hecho referencia y es la de "Convenio *Strictu Sensu*" que va a tener objeto la modificación o extinción de derechos y obligaciones.

Las distinciones antes anotadas, como se dijo al principiar el presente punto no tienen ninguna relevancia, ya que el mismo Código Civil para el D. F., en su artículo 859 establece que las disposiciones relativas a los contratos se aplicarán a todos los convenios, a la letra dice:

"Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".

En este sentido existen autores como Macedo que establecen "que la distinción a que se ha hecho referencia, sólo tiene un interés terminológico".⁵⁴

⁵⁴ Pablo Macedo. "El Código civil de 1870. Su importancia en el derecho mexicano". p. 24.

Ripet, por su parte dice que “Se emplea siempre la palabra contrato cuando se trata de una convención que lleva un nombre: contrato de venta, de alquiler. Se emplea preferentemente la palabra convenio para los contratos complejos que no entran en una categoría definida”.⁵⁵

EL CONVENIO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES.

La obligación es el vínculo jurídico o relación jurídica que se establece entre dos personas por lo cual, una de ellas llamadas Deudor debe cumplir con una prestación en favor de otra llamada Acreedor. Consistiendo esa prestación en Dar, Hacer o no Hacer.

Dentro de la obligación encontramos tres elementos:

Primer elemento.- Existen dos sujetos que son el acreedor y el deudor, siendo el acreedor el sujeto activo y el deudor el sujeto pasivo.

Segundo elemento.- El objeto de la obligación que es dar la cosa. Ejecutar el hecho o abstenerse de hacerlo.

Tercer elemento.- El sujeto activo y pasivo se vinculan a través de la relación jurídica donde el acreedor puede exigir al deudor el cumplimiento de un deber y el deudor tiene la obligación de cumplir con la prestación.

Dentro de las fuentes de las obligaciones encontramos las siguientes:

- ◆ El contrato.
- ◆ La declaración unilateral de voluntad.

⁵⁵ George Ripert y Jean Boilanger “Tratado de derecho civil”, T. IV, p. 162.

- ◆ Los hechos y los actos jurídicos.
- ◆ Enriquecimiento ilegítimo.
- ◆ Gestión de negocios.
- ◆ Hechos ilícitos que surgen cuando se viola un contrato, una declaración unilateral de la voluntad o un deber jurídico.
- ◆ Riesgo creado o responsabilidad objetiva así como la ley y los hechos puramente materiales.

Como hemos estado mencionando, el contrato se diferencia del convenio, en que éste, transmite, modifica y extingue derechos y obligaciones. Afirmando con esto, que todos los contratos entran en el género de los convenios, pero los convenios no pueden entrar en la especie de los contratos, consecuentemente podemos señalar que aunque los tratadistas no mencionan al convenio como fuente de las obligaciones, por el desglose que hemos ido realizando, entre las características del contrato se tiene implícito que el convenio es también una fuente de las obligaciones que se asimila como contrato entre los doctrinarios.

EL CONVENIO COMO ACTO JURÍDICO.

Como hemos establecido en el derecho positivo mexicano, existe una distinción entre el convenio y el contrato, considerando al primero como el género y al segundo como la especie, sin perder de vista que ambos son a su vez, especies de actos jurídicos.

Nuestro derecho positivo distingue al contrato del convenio y de los preceptos respectivos puede obtenerse la distinción entre convenio en un sentido amplio y convenio en un sentido restringido, aún cuando como especies de un mismo género, que es el acto jurídico, todas las disposiciones jurídicas aplicables a los contratos lo serán los convenios.

Ahora bien, como consecuencia del desprendimiento del contrato de su género, el convenio en sentido restringido, queda reducido al acuerdo de dos o más personas para modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Asimismo, a partir de este momento vamos a utilizar el término convenio por ser esta figura la analizada en nuestro trabajo, independientemente a que se asimile el contrato, y, así tenemos que la expresión convenio tiene en la práctica jurídica mexicana diversas significaciones; como acto jurídico, como norma individualizada y como documento en el cual se contienen los pactos o cláusulas convenidas por las partes, que crean o transmiten derechos y obligaciones.

En lo referente al convenio como acto jurídico, sabemos que cualquier transformación en el ámbito de lo jurídico, o sea cualquier situación que produzca una consecuencia a la que se califica como “jurídica”, necesariamente debe ser el resultado de una motivación a un “supuesto jurídico” y toda activación de un supuesto jurídico forzosamente debe de obedecer a la actualización de un hecho jurídico.

“Estos términos de “supuesto jurídico”, “consecuencias de derecho”, sujetos de derecho” que son las personas a quienes se imputan las consecuencias y “objetos de derecho” que es el elemento material y objetivo que maneja la ciencia jurídica, reciben el nombre de “conceptos jurídicos fundamentales”, sin los cuales, por lo tanto, no podría hablarse en situación o relación con la calificación jurídica”.⁵⁶

Por lo tanto, los supuestos jurídicos, son las hipótesis normativas de cuya excitación depende el que se produzcan consecuencias de derecho y las consecuencias de derecho, son las situaciones o relaciones que se originan como consecuencia de haberse activado uno o varios supuestos jurídicos.

⁵⁶ Miguel Ángel Zamora Y Valencia. *Op Cit.* p. 21

En un desenvolvimiento lógico de ideas, debemos concluir que, para que se produzcan consecuencias de derecho, se necesita actualizar un supuesto. Ahora bien, el motor, el impulso, el activador del supuesto recibe el nombre de hecho jurídico.

Además existen acontecimientos que no producen consecuencias jurídicas por no activar ningún supuesto, pero en cambio existen otros que sí las producen y a estos últimos son a los que se les denomina hechos jurídicos.

Estos hechos jurídicos pueden clasificarse en hechos jurídicos en sentido estricto y en actos jurídicos.⁵⁷

Los hechos jurídicos en sentido estricto son los acontecimientos de la naturaleza o relacionados con el hombre en los que no interviene su voluntad o que aún interviniendo, ésta es irrelevante en la producción de las consecuencias y que por la excitación de un supuesto jurídico, se producen consecuencias de derecho”.

“En cuanto al acto jurídico, es el acontecimiento del hombre en el cual interviene la voluntad en forma directa y que por la motivación que hace de un supuesto jurídico, produce consecuencias de derecho”.⁵⁸

“Si en la realización del acto jurídico interviene una sola voluntad, se dice que éste es unilateral y si intervienen dos o más voluntades, el acto será bilateral”.⁵⁹

Al referirse al acto jurídico a la materia civil y dentro de ésta a la regulación patrimonial que presupone la posibilidad de la obtención de bienes y servicios como medios de la circulación de la riqueza y además relacionando los conceptos anteriores con

⁵⁷ Eduardo Gargía Maynez. Introducción al estudio del derecho. p. 169.

⁵⁸ Enrique Lombera Pallares. Lecciones de introducción al estudio del derecho. p. 127.

⁵⁹ *Ibidem* p 130.

la posibilidad de crear y transmitir derechos y obligaciones estamos ya en posibilidad de dar un concepto del convenio como acto jurídico.

El convenio como acto jurídico, es el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear, transmitir, modificar, extinguir derechos y obligaciones de contenido patrimonial.

En este trabajo manejaremos en términos generales al convenio como un acto jurídico, para estudiar sus elementos, presupuestos y clasificación, sin desentenderse de que además es una norma jurídica individualizada y debe tenerse presente también esa naturaleza para poder comprender el funcionamiento y utilidad de la figura.

Elementos de existencia del acto jurídico.

Una vez que se ha analizado el concepto de convenio es conveniente hacer referencia a aquellos elementos que deben concurrir a su celebración para que éste se pueda realizar y surta sus efectos plenamente.

Estos elementos son de dos tipos, los primeros son elementos de existencia, sin los cuales el convenio no se puede celebrar y los segundos son los elementos de validez que constituyen aquellos requisitos que una vez que el convenio existe se deben dar a efecto de que el mismo tenga plenitud en sus consecuencias jurídicas.

El Código Civil vigente establece en el artículo 1794, para la existencia del contrato se requiere:

“I. Consentimiento.

II. Objeto que pueda ser materia de contrato”.

Respecto a la fracción primera del artículo en cita, la codificación en este precepto únicamente hace alusión a "Consentimiento", pero en ningún momento establece lo que debe entenderse por él. Se limita a establecer lo relativo a la forma en que se debe manifestar y lo hace a través del artículo 1803 que señala:

"El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presuponen o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente".

Sabemos que por consentimiento en los contratos debe entenderse el acuerdo entre dos o más voluntades con el fin de producir o transmitir derechos y obligaciones.

Del concepto antes señalado se desprenden que es indispensable que existan por lo menos dos manifestaciones de voluntad que sean coincidentes en algún punto de interés jurídico, siendo este último en materia de contratos la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

Es necesario que la voluntad que tienen las partes en celebrar el contrato, se exteriorice sea en forma de expresión o tácita.

"El acuerdo de voluntades constitutivo del consentimiento se compone de una oferta o policitud y de la aceptación lisa y llana que se haga respecto de la oferta, la manifestación de voluntad en el sentido de celebrar un negocio jurídico constituye la oferta y la conformidad con ésta constituye la aceptación".⁶⁰

"El contrato contiene dos o más declaraciones de voluntad recíprocas y correlativas

⁶⁰ Ramón Sánchez Medal. *De los contratos civiles*. p. 69.

de las cuales la primera independiente de cual sea su procedencia, se denomina oferta y la segunda, que se refiere a la oferta se denomina aceptación”.⁶¹

Ripert, establece en concordancia con otros autores como Rojina Villegas que: “un contrato no tiene objeto; tiene efectos y estos efectos consisten en la producción de obligaciones; son esas obligaciones las que tienen un objeto”.⁶²

Por su parte Rojina Villegas en el mismo sentido establece y aclara la situación, dice:

“El objeto es el contrato no es la cosa o el hecho. Este es el objeto de la obligación, pero como el contrato crea la obligación y la obligación tiene como objeto la cosa o el hecho, la terminología jurídica por razones prácticas y de economía del lenguaje, ha confundido principalmente en los códigos, el objeto de la obligación con el objeto del contrato”.⁶³

Al hablar del objeto del contrato, es necesario hacerlo en un doble aspecto, en que se distingue el objeto directo o inmediato.

El objeto directo, se traduce en la conducta del deudor, el cual consiste en una presentación de dar, hacer o no hacer; y el objeto indirecto de la cosa o el hecho relativo hacia la conducta antes señalada.

Para que un objeto pueda ser materia de un contrato se requiere:

Que el objeto sobre el cual va a versar el contrato, sea posible tanto física como

⁶¹ Wolff Enneccerus Kipp. Traado de derecho civil. p. 152.

⁶² George Ripert. Op. Cit. p. 163.

⁶³ Rafael Rojina Villegas. Derecho civil mexicano T. V. Obligaciones p. 325.

jurídicamente. La posibilidad física se refiere en tratándose de obligaciones de dar a que la cosa existe en la naturaleza, en este sentido habrá imposibilidad física para celebrar el contrato cuando no existe, ni hay posibilidad de que exista. Por otro lado, cuando se trata de obligaciones de hacer habrá imposibilidad física cuando por alguna ley de la naturaleza, la realización del hecho resulta imposible para cualquier persona ya que si existe algún sujeto que pueda realizar la presentación no habrá imposibilidad física.

Al hablar de posibilidad de que exista la cosa, se desprende que no se requiere que sean necesariamente cosas que existan al momento de celebrar el contrato, en ese sentido el Código Civil establece en su artículo 1826 que: “las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato...”, de esto se desprende que tanto las cosas presentes como las futuras pueden ser materia de un contrato, siempre y cuando las futuras tengan posibilidad real de existir. Aquí surge una excepción consagrada por el precepto indicado al establecer que “sin embargo no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando esta preste su consentimiento”.

Además de que el objeto debe de ser posible físicamente, también se requiere que lo sea jurídicamente, esto es, respecto de obligaciones de dar, que la cosa se encuentre determinada o sea susceptible de determinarse y que se encuentre dentro del comercio.

La determinación de la cosa objeto del contrato puede ser en forma individual, en cuanto a su especie y en cuanto al género. Se determina una cosa en forma individual cuando se establecen las características propias del objeto, de tal manera que se distingue de cualquier otro bien, aún siendo de la misma especie. La determinación en especie consiste en fijar el género, cantidad y calidad de la cosa, en caso de que no se fijare la calidad de la cosa se entenderá que es de mediana clase.

La determinación de la cosa en cuanto al género, carece de relevancia para el

derecho, ya que en realidad no existe una determinación precisa del objeto, verbigracia una persona se compromete a vender cereal a otra, no se establece que cantidad ni que tipo de cereal por lo que el objeto va a quedar prácticamente indeterminado.

Asimismo, para que la cosa sea jurídicamente posible debe encontrarse dentro del comercio, la regla general en relación con esto, es que todas las cosas están dentro del comercio y por excepción quedan sustraídas algunas, como por ejemplo cabe citar: el estado y la capacidad de las personas; las sucesiones futuras; los bienes de dominio público que son inalienables. Podemos decir que en términos generales están dentro del comercio todas aquellas cosas susceptibles de apropiación particular.

Por lo que se refiere a obligaciones de hacer, la posibilidad jurídica se finca en que no existe alguna norma que impida de plano que la prestación tenga lugar y por lo tanto que se integre el contrato, en este caso se trata de una norma que constituye un obstáculo insalvable para que el contrato se realice, como por ejemplo tenemos la venta de armas prohibidas.

Lo anterior no se debe confundir con la ilicitud en el objeto, situación en la que el acto jurídico si llega a realizarse, ya que la norma no impide que el contrato tenga nacimiento, como ejemplo de esto podemos mencionar la venta de armas no prohibidas cuyo objeto es asesinar a alguna persona. En conclusión el objeto será lícito cuando no vaya en contra de normas de orden público, y de las buenas costumbres.

4.3.1. Consecuencias jurídicas.

Después de haber analizado el convenio en su forma general, respecto a su concepto, objeto, elementos, formas y clasificación es motivo de este trabajo recepcional, el encuadrar este mismo convenio a la inseminación en nuestro país.

Así vemos que en las relaciones familiares encontramos fundamentalmente deberes jurídicos que se relacionan en lo íntimo y personal y que varias ocasiones tienen gran contenido económico, esto hace necesario que sean regulados por el derecho, razón por el cual surgen los convenios conyugales que tienen la misma diversidad que los deberes que surgen con la conformación de una familia.

Dentro de la conformación de los convenios conyugales tenemos los siguientes:

Convenios en relación al hogar

Estos convenios surgen de la conveniencia diaria conyugal y familiar, donde muchas de las relaciones tienen carácter de jurídicas, y en algunas es necesario el acuerdo de voluntad de los cónyuges para determinar la forma y manera como esas relaciones conyugales, o familiares, van a vivirse en lo humano y en lo jurídico.

En relación a la forma que deben tener estos acuerdos de voluntad, se observa que algunos por exigencia legal son escritos, y que sin embargo los hay también verbales. Es decir, las partes tienen plena libertad para seleccionar la forma, la ley determina cuáles deben ser escritos.

Respecto a los convenios en relación al hogar se dan en los siguientes puntos.

- ◆ Manejo del hogar.
- ◆ Establecimiento del domicilio conyugal.
- ◆ Cambio de domicilio conyugal.
- ◆ Proyecto de la vida conyugal.
- ◆ Relaciones con parientes y relaciones sociales.

Convenios sobre aspectos económicos

Respecto a los convenios sobre aspectos económicos, éstos se dan en los aspectos siguientes:

- ◆ Sosténimiento del hogar.
- ◆ Trabajo de los cónyuges.
- ◆ Contratos.
- ◆ Alimentos.
- ◆ Transacción.

Convenios en relación a los bienes.

Los convenios en relación a los bienes también se encuentran divididos en varios puntos a saber:

- ◆ Capitulaciones matrimoniales.
- ◆ Cambio del régimen de bienes conyugales.
- ◆ Disolución de la sociedad conyugal.
- ◆ Compraventa
- ◆ Cesión de bienes
- ◆ Donaciones.

Convenios familiares.

Después de haber analizado los convenios de los cónyuges respecto al hogar, aspectos económicos y los bienes, nos corresponde hablar de los convenios en relación a

los hijos y que son más verbales que escritos y éstos los puntualizamos de la siguiente manera.

- ◆ Procreación
- ◆ Educación y formación de los hijos
- ◆ Administración de los bienes de los hijos
- ◆ Tutor excluyendo a los ascendientes.
- ◆ Tutor excluyendo a los ascendientes.
- ◆ Adopción en pareja.

Respecto a la protección como fin del matrimonio es reconocida en todas las legislaciones y por todos autores. Este deber se ejerce conyugalmente de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, según lo señala el artículo 162 del Código Civil vigente. "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges". Es también en garantía individual que como derecho se encuentra en la Constitución en el artículo cuarto, referido a toda persona, con lo cual la procreación responsable alcanza el rango constitucional, como lo señalamos anteriormente.

Nuestro trabajo de investigación, tiene estrecha relación con el primer punto de los convenios familiares; el de la procreación y el cual no siempre se cumple por distintas y variadas razones de índole biológico por las cuales, en varias ocasiones la pareja asume el utilizar la inseminación artificial para cristalizar su ilusión de ser padres, pero ésta carece de una verdadera regulación jurídica que evite los conflictos jurídicos que surgen cuando existen donantes, sean de óvulos, sean de espermias y finalmente existen padres biológicos, padres de adopción, padres que reconocen o adoptan a un bebé que haya sido concebido in vitro.

4.3.2. Modalidades del Convenio.

La persona es un ser social y se desarrolla en la sociedad. El principio de solidaridad obliga a cada persona a realizarse a sí misma en la participación a la realización de sus semejantes. En el caso de la promoción de la vida y la salud, este que implica que cada ciudadano se comprometa a considerar la propia vida y la de los demás como bien no solamente personal, sino también social, y obliga a la comunidad a promover la vida y la salud de cada uno, y a promover el bien común promoviendo el bien de cada uno.

En términos sociales, este principio obliga a la comunidad a garantizar a todos sus miembros los medios para acceder a los tratamientos necesarios, aún a costa del sacrificio de los saludables.

Las intervenciones artificiales sobre la procreación no deben rechazarse por el mero hecho de ser artificiales, pero han de ser evaluadas normalmente por su relación con la persona y con su dignidad: lo que es técnicamente posible, no es, por esa sola razón moralmente admisible.

Como es evidente, las personas que intervienen en este tipo de procreación son múltiples. La relación paternidad y maternidad se trastorna drásticamente. Una persona que es “producida” por esta técnica puede incluso llegar a tener seis padres: padres genéticos (aquellos que proporcionan los gametos), padres biológicos (aquellos que llevan a cabo el embarazo), padres sociales (quienes serán los “padres” en sociedad).

El caso de las madres sobrogadas merece una particular mención. La posibilidad que ofrece la inseminación de colocar un embrión en un útero distinto del de la madre, lleva a describir a la mujer que proporciona el útero para el embarazo como “madre subrogada”.

En un principio, esta modalidad se conocía como “renta de útero”, puesto que se pagaba una suma por el útero donde el embrión se desarrollaría hasta el momento del nacimiento.

Algunas personas han tratado de definir la naturaleza “contractual” de esta situación, describiéndola como un contrato de maternidad:

“Es el contrato por el cual una mujer se obliga, de frente a una pareja estéril regularmente después de un pago, a llevar a término un embarazo, haciéndose fecundar artificialmente con el semen del marido de la pareja, o bien, recibiendo el embrión, con la obligación de entregar al recién nacido inmediatamente después del parto a la pareja, los que asumirán todo derecho y deber en relación con el niño”.⁶⁴

Esta figura ha sido también llamada “contrato de gestación”, el cual puede revestir dos formas diferentes: la primera, se presenta cuando el acuerdo se celebra por solicitud y en interés de los proveedores de las células germinales, y la segunda, es cuando este contrato se celebra por solicitud y en interés de la gestadora.

Los problemas jurídicos y los procesos judiciales que han originado estos convenios son múltiples. El deseo de maternidad se transforma en un desenfrenado: una mujer que paga para ser madre, y otra que cobra rentando su útero; los conflictos jurídicos que tales “madres” pueden ocasionar no han sido resueltos por el Derecho Mexicano la rescisión del contrato por incumplimiento o cualquier otra solución no puede ser nunca justa para el embrión que ha sido concebido de esa forma.

Existen varios casos en los cuales los padres sociales deciden “romper” el contrato y rechazan cualquier futura atribución de paternidad respecto del hijo que “encargaron” en el útero de una madre subrogada; o también se presentan problemas cuando ésta

⁶⁴ Alberto Pacheco Escobedo. La familia en el derecho civil mexicano. p. 114.

“incumple” con el contrato y se niega a entregar al hijo una vez nacido.

La determinación de la maternidad, en estos casos, es un problema difícil para el Derecho. La certeza que el hecho mismo del parto daba respecto a la maternidad, actualmente se dirige hacia una presunción, puesto que las “madres” que pueden tener un niño son, conforme a estas técnicas, múltiples. Según el Derecho Civil, el elemento prevalente para la identificación de la maternidad es el parto; por lo cuál, la madre sería aquella que ha llevado a cabo el embarazo y ha dado a luz, aún si el óvulo fecundado deriva de otra mujer.

La forma en que definimos el convenio de inseminación es el siguiente:

El convenio de inseminación es el acuerdo que se celebra entre los proveedores (masculino y femenino) de las células germinales, y la mujer que está conforme en que le sea implantado el óvulo ya fecundado, para su desarrollo hasta el momento del parto la cual por tanto, cumple el papel de probeta en relación con el embrión. Este será normalmente el supuesto cuando los proveedores sean los interesados en el producto. El convenio también puede celebrarse entre la gestadora y una institución que a solicitud fecunda un óvulo y lo implanta en la solicitante. Este será el supuesto cuando la gestadora sea la interesada en el producto, y normalmente, los proveedores serán anónimos o su identidad se guardará en secreto por la institución intermediaria.

La crítica que en el Derecho puede hacerse a esta figura es múltiple, la solicitud empero de este “convenio” es evidente, puesto que la cosa objeto de la presentación es una persona humana (el embrión se reduce a una cosa, con contenido patrimonial y objeto).

Existe sin embargo tratadistas que señalan, que se pacta contra la moral y las buenas costumbres (puesto que es en contra de ellas concebir a un hijo de tal manera).

De ahí que esta figura deba ser prohibida por el Derecho, puesto que la autonomía contractual de las partes no es ilimitada; su límite está en el orden público y en los derechos de terceros; estos dos conceptos son violadores con los “convenios de inseminación”.⁵

Consideramos que los tratadistas no establecen fundamento jurídico valedero que evite que tales convenios se realicen; nosotros consideramos que lo fundamental es que regulen los efectos de tales convenios de inseminación

4.3.3. Elementos esenciales.

Como quedó establecido, en páginas anteriores, del concepto de contrato se desprende que para que exista y nazca un contrato precisa de los siguientes elementos:

- ◆ El consentimiento o acuerdo de voluntades
- ◆ El objeto.

Y excepcionalmente se integra a la solemnidad, como elemento de existencia, aún cuando este elemento no siempre es esencial; ya que el mismo sólo eleva el rango de existencia del contrato. Para que un contrato pueda tener existencia legal, debe haberse celebrado con el consentimiento de las partes que en el mismo intervienen. Es decir, que los que van a adquirir obligaciones o derechos derivados de tal contrato, deben estar conformes con aceptar unas y gozar de los otros. En otra forma no es posible suponer la existencia legal de un contrato. Para que exista el consentimiento, la persona que otorga

debe tener la capacidad legal para obligarse; es decir, que una persona afectada en su mente, un menor o una persona sujeta a tutelar o curatela, no puede contratar.

Tomemos estos aspectos, antes de seguir adelante, para ver si en el contrato que celebra un donante o receptor existe la capacidad para contratar.

Y aquí inicia la controversia si consideramos que el donante o receptor celebra un contrato por alquilar un útero, o por proporcionar el semen para que un óvulo quede fecundado, debemos recordar que nuestra legislación admite la realización de contratos.

El otro requisito legal de contrato, consiste en que el objeto del contrato pueda ser posible, se da en el caso de los contratos de inseminación ya que sí es posible contratar para ello. En efecto, es motivo del contrato el hecho que el obligado debe hacer. Además el hecho que se contrata debe ser posible (y la procreación lo es) y lícito (y la inseminación artificial en sí siempre es lícita, ya que no va en contra del orden público ni de las buenas costumbres).

Ahora bien, cual sea la naturaleza del contrato, es motivo de discusión teórica dentro del medio de los juristas. Desde luego, veremos cuáles han sido los puntos de vista sostenidos al respecto, analizándolos debidamente.

A la fecha, todos los contratos de inseminación se han celebrado del cuadro que se designa como contrato innominados.

Al respecto señala Quiles:

“Aunque pudiese sostener que pese a dichas características el contrato de inseminación no constituye realmente un contrato de trabajo, nos encontraríamos

entonces, frente a un contrato innominado en que “sólo algunos elementos serán extraños a los comunes del contrato de trabajo”, pero entonces debería tenerse presente que, como los llamados contratos innominados se rigen por las normas que regulan los contratos nominados a los que más se asemejan, es indudable que el contrato de inseminación en el caso de ser una figura autónoma un verdadero contrato innominado, se asemeja incuestionablemente al contrato de trabajo y por ende le son aplicables las normas y válidas de la relación laboral”.⁶⁵

Consideramos que llamarlos innominados no es, actualmente, precisamente lo correcto. Los contratos innominados son aquellos que aún cuando reciban un nombre específico (en el presente caso sería posiblemente el de contratos de inseminación), no están reglamentados en forma especial por la ley. Es decir, que el nombre adecuado de este grupo de contratos debería ser atípicos o no reglamentados. Se deben ajustar, en sus cualidades intrínsecas, a las ya señaladas de consentimiento y objeto lícito, pero en su clausulado son libres las partes para establecer sus obligaciones y derechos recíprocos.

Respecto a los contratos atípicos consideramos que es de los más interesantes problemas que la ciencia jurídica ha planteado y discute en estos últimos tiempos. Figura el de los contratos llamados mixtos, que pueden formularse así: supuesta la posibilidad de que la voluntad humana de vida a fórmulas contractuales que la Ley no contemple que no parezca encajar en los tipos o figuras descritos por el legislador, o lo que es igual, supuesta la existencia de contratos atípicos al lado de los puros o típicos.

Asimismo es un contrato principal, porque la convención relativa al ejercicio de un derecho no se encuentra en relación necesaria con ningún otro negocio jurídico y cumple por sí un fin autónomo.

⁶⁵ Ismael Quiles. La persona humana p.173

C A P Í T U L O V

DERECHOS DEL PRODUCTO DE LA INSEMINACIÓN

El hombre como persona, además de ser el sujeto activo del Derecho, es también su destinatario. En este sentido, el mundo jurídico moderno está basado en dos principios

◆ Cada ser humano posee un cuanto tal, personalidad jurídica.

◆ Todos los hombres o seres humanos posee en teoría la misma personalidad jurídica.

En el ordenamiento jurídico, el ser persona trae como predicado constante, el ser sujeto de derechos. Esta subjetividad de la personalidad humana, impide que puede ser considerada y tratada como un objeto.

Así como no existen derechos sin la persona de un titular, tampoco existe persona sin derechos. La personalidad es anterior al ordenamiento jurídico; en el pasado se consideraba que el Estado era el único y omnipotente creador de todo derecho, actualmente, las Constituciones de algunos países reconocen a la persona algunos valores perennes e indiscutibles. El orden jurídico ha sido constituido para afirmarlos, y no para crearlos.

La distinción como personas como realidad existe y la personalidad como manifestación de la esencia de aquella, permite utilizar este término en sentido especialmente jurídico.

“La personalidad jurídica es: la cualidad de ser titular y perteneciente a la comunidad jurídica, que corresponde al hombre (como tal) y que se reconoce o concede

(traslativamente) a ciertas organizaciones humanas”⁷⁴

La personalidad jurídica significa ser sujeto de derechos, y expresa, en principio, una aptitud a ese titular de cualquier situación de derecho o deber jurídico:

“Personalidad en sentido jurídico es la aptitud reconocida por la ley a ser sujeto de derechos y deberes, como presunto de la concreta titularidad de las relaciones, la personalidad corresponde a la capacidad jurídica”.⁷⁵

La anterior definición exige mencionar que la sutil distinción que existe entre personalidad y capacidad jurídica:

Personalidad (como sinónimo de subjetividad) es la idoneidad abstracta a ser titular de relaciones, en la titularidad potencial de una serie determinada de relaciones.

Capacidad Jurídica es la medida de la idoneidad que define los contornos de la personalidad por ejemplo: La capacidad jurídica de los entes morales es más limitada que las normas físicas.

Esta distinción nos permite entender como dos sujetos, teniendo la misma personalidad jurídica, pueden tener distintas capacidad jurídica (piénsese en el caso del menor de edad y del adulto). Es por esto, que la atribución de la capacidad jurídica como delimitación concreta de la personalidad, designa la posición general del sujeto en cuanto destinatario de efectos jurídicos.

5.1. Derechos Naturales de la persona.

⁷⁴ Federico De Castro. Derecho civil de España. p 31

⁷⁵ Ibidem p 35

Las personas físicas o seres humanos tienen los siguientes derechos; capacidad, estado civil, patrimonio, nombre, domicilio y nacionalidad.

La capacidad jurídica es la concreta posibilidad de ser sujeto de éste o de aquél derecho, de ésta o de aquella relación, y se podría identificar mejor la titularidad, o sea, con aquella situación concreta las normas en vista de los hechos o situaciones que el ordenamiento jurídico toma en consideración, y por lo tanto a la persona, ya presupuesta en su subjetividad, como destinatarias virtual se le reconocen bienes específicos que le son jurídicamente debidos y garantizados, así como particularmente deberes, facultades o poderes.

La capacidad jurídica puede dividirse en capacidad de goce, capacidad de ejercicio. La capacidad de goce estático, que se refiere a las expectativas de atribuciones jurídicas o de derechos subjetivos. Esta capacidad, como expectativa de un bien o de un valor está tutelada jurídicamente. La capacidad de ejercicio es un concepto dinámico, puesto que se refiere al ejercicio, por parte del mismo sujeto de determinados actos jurídicos, o cuando hace valer sus intereses con respecto a otros sujetos.

De forma resumida se puede decir que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho. Esta noción se identifica en el fondo con la noción de personalidad. La capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para adquirir y ejercer derechos por sí misma.

Ahora bien, la mayoría de las legislaciones admiten el principio clásico de que la personalidad jurídica de una persona física empieza con el nacimiento y termina con la muerte, aunque también existen algunas legislaciones más progresivas que reconocen el inicio de la personalidad en el momento de la concepción. Desgraciadamente la

mentalidad que va en contra de la vida se aprovecha de lo que es la legislación común para despojar al embrión humano de cualquier derecho, abusando ilimitadamente de él.

En la legislación civil y penal, se reconocen los derechos del embrión, de carácter patrimonial, y principalmente, aquellos respecto a su integridad física. Esta situación que parece contradictoria (puesto que se reconocen derechos a alguien que según el Derecho carece de personalidad puesto que aún no ha nacido) obliga a los estudiosos a analizar y a explicar la cuestión de la personalidad jurídica del concebido.

Los Códigos Civiles de nuestro país abordan el tema que nos ocupa, en relación con la viabilidad, para determinar a partir de que momento se puede reputar nacido a un feto. En el Derecho Mexicano, el criterio de la viabilidad es determinante para la existencia de la persona física, y por consecuencia, de su capacidad jurídica.

Así tenemos que el Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorios Federales, establecía lo siguiente:

"La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; pero desde el momento en que un individuo es procreado, entra bajo la protección de la Ley; y se le tiene por nacido bajo los efectos declarados en el presente Código". (art. 12)

"Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive veinticuatro horas naturales. Si dentro de ese período de tiempo fuere presentado vivo al Registro Civil, se tendrá como nacido". (art. 327)

Los comentaristas de este Código reconocen que existen diversos criterios entre jurisconsultos sobre cuando debe entenderse que un hijo nace viable; desde la opinión

que sostiene que basta un instante de vida aunque después muera, hasta los que pretendían que debía vivir por espacio de diez días.

Esta disposición tiene sus antecedentes en la Ley 13 de Toro, ya que el término que se señalaba de veinticuatro horas parecía muy prudente a la Comisión redactora del Código. Deseando limitar este término y fijar una base más auténtica se añadió la presentación en vida al Registro Civil.

Puede observarse cómo el Código Civil de 1870 toma en consideración el nacimiento de un ser humano vivo y viable para la determinación de la capacidad jurídica, situación que se repita básicamente, en las codificaciones posteriores.

El Código Civil de 1884 para el Distrito Federal y Territorios Federales en su artículo 303, modificó el punto que nos ocupa, en relación con el anterior Código:

"Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno nace con figura humana y que, o vive veinticuatro horas naturales, o es presentado vivo al Registro Civil".

Aquí también se puede apreciar que la situación jurídica del concebido está marcada por el hecho del nacimiento, a través del concepto de viabilidad, del cual les dan requisitos para comprobarla. La viabilidad, según la explicación del texto arriba citado, consiste en aprobar que el niño ha vivido, que ha tenido existencia como ser diverso e independiente de la madre y que por lo mismo ha sido una persona jurídica.

Actualmente la ciencia puede comprobar que la vida humana comienza con la concepción, que el concebido es un ser diverso a la madre, es decir, que no es un apéndice ni un órgano de la misma, y que, en cierta forma es igual o menos independiente

de la madre, que un niño recién nacido. El derecho actual está obligado a hacer una reflexión más profunda sobre estos temas, adecuando sus normas a la realidad para así alcanzar la justicia.

Para el Código Civil del Distrito Federal de 1928, la capacidad jurídica del individuo humano se inicia con el nacimiento y termina con la muerte.

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código". (art. 22)

Este artículo señala que, a pesar del principio general (la capacidad jurídica inicia con el nacimiento) desde que el individuo es concebido, se presentan dos situaciones reconocidas por el Derecho:

- ◆ El nuevo ser humano entra bajo la protección de la Ley.
- ◆ A este nuevo humano se le tiene por nacido para ciertos efectos.

Reflexionando sobre lo anterior, se podía llegar a concluir que, indirectamente el Código Civil de 1928, reconoce personalidad al embrión humano desde el momento de la concepción. Esta afirmación se apoya en las siguientes consideraciones:

- ◆ Sólo una persona puede ser protegida por la Ley.
- ◆ Únicamente una persona se puede tener por nacida para los efectos declarados en el Código; ser heredero, legatario, donatario.

En nuestro régimen jurídico, exclusivamente la persona puede ser titular de

Derechos y Obligaciones. Los derechos que se desprenden del artículo 22 del Código que se analiza, solamente pueden referirse a una persona, misma que tiene su inicio en el momento de la concepción.

Es fácil llegar a la conclusión de que el Artículo 22 del Código Civil establece tres situaciones:

◆ La primera, es un principio general respecto a la capacidad jurídica de la persona física: inicia con el nacimiento, entendiéndose éste en términos jurídicos, es decir, a través del concepto de la viabilidad, y termina con la muerte.

◆ La segunda, es una excepción al principio general, arriba establecido, pero desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la Ley y se le atiende por nacido para los efectos declarados en el presente Código. El Código señala que "se le tiene por nacido" es decir, se le considera como nacido vivo y viable, condición que de no cumplirse, "se le tendrá por no nacido" y por lo tanto sin capacidad para ser sujeto de aquellos derechos.

◆ La tercera es que el concebido es una persona, puesto que sólo la persona:

– Puede gozar del principio general de la capacidad jurídica al momento de nacer viva y viables, y,

– Mientras se encuentre en el vientre materno puede gozar de la excepción al principio general de la capacidad jurídica, capacidad para ser heredero, legatario y donatario.

El artículo 1314 del Código Civil, parece conformar los siguientes argumentos:

"Son capaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no están concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto por el artículo 337".

Este artículo se refiere a un doble tipo de incapacidad: la primera por falta de personalidad, es para aquellos que no están concebidos al momento de la muerte del autor de la herencia o de la sucesión, lo cual resulta lógico puesto que no existe ninguna persona en el vientre de la madre, ya la persona inicia su existencia en momento de la concepción; la segunda, se refiere a los concebidos cuando no sean viables, es decir, personas ya existentes que gozan de la excepción a la regla general de la capacidad jurídica ya que "se les tiene por nacidos para los efectos declarados en el Código" pero que no llegan a cumplir con el requisito del "nacimiento jurídico". (art. 337)

Todo lo anterior nos lleva a concluir que el artículo 22 del Código Civil reconoce personalidad al embrión desde el momento de la concepción, gozando de una incapacidad jurídica genérica sujeta al momento de nacer vivo y viable.

Gracias a la anterior distinción se puede comprender como dos seres humanos (piénsese en un embrión y en un sujeto mayor de edad), puede gozar de la misma personalidad, mientras que su capacidad jurídica puede ser diferente.

Del análisis del Código Civil de 1928, debe concluirse que el concebido pero aún no nacido, tiene personalidad, con una personalidad de goce limitada, la cual se aumentará notablemente al momento del nacimiento y más aún cuando alcance la mayoría de edad.

A continuación se cita algunos documentos que tocan puntos importantes para el tema que analizamos:

Declaración Universal de los Derechos del Hombre (New York, 10 de Diciembre de 1948).

Esta declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas (resolución 217-A fue aprobada por la mayoría de votos a favor, ninguno en contra, y 8 abstenciones.

Los puntos más importantes que se encuentran en este documento con relación al tema que analizamos son los siguientes:

◆ El reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana, y sus derechos iguales e inalienables son el fundamento de la libertad, justicia y paz en el mundo.

◆ El desconocimiento y el desprecio de los derechos del hombre conducido a actos de barbarie que ofenden la conciencia de la humanidad.

◆ Es indispensable que los derechos del hombre sean protegidos por normas jurídicas.

◆ Los derechos fundamentales del hombre deben ser considerados en la dignidad y el valor de la persona humana.

Declaraciones de los derechos del niño (New York, 20 de noviembre de 1959).

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó de forma unánime esta declaración específica. Considerando que el niño, a causa de su inmadurez física e intelectual, necesita una particular tutela y un cuidado especial, incluyendo una adecuada protección jurídica, tanto antes como después del nacimiento.

Los más importantes principios de este documento son los siguientes:

IV.- El niño debe recibir los beneficios de la Seguridad Social. Debe tener la posibilidad de crecer y desarrollarse en modo sano. A tal fin de deben asegurar, a él y a la madre. Los cuidados médicos y la protección social adecuada, especialmente en el período precedente y en el que sigue al nacimiento, el niño tiene derecho a la alimentación, a una habitación, a la recreación y a los cuidados médicos adecuados.

Pacto Internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos (New York, 16 de Diciembre de 1966).

Artículo 16.- Todo individuo tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en todo lugar.

Artículo 24-1.- Todo niño sin discriminación alguna fundada sobre la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, el origen nacional o social, la condición económica o el nacimiento, tiene derecho a aquellas medidas protectoras que requiere su condición de menor, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Convención Americana sobre los Derechos del Hombre (San José de Costa Rica 22 de noviembre de 1969).

Artículo 3.- Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 4.1.- Toda persona tiene derecho a que se le respete su vida. Este derecho tiene que estar protegido por la Ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado arbitrariamente de la vida.

Carta de los Derechos de la Familia (22 de Octubre de 1983).

En este punto es importante mencionar la Carta de los Derechos de la Familia, presentada por la Santa Sede a la comunidad internacional y a todas las personas o instituciones interesadas en el desarrollo y promoción de la familia.

El artículo 4 de este documento, trata específicamente en algunos de sus puntos de la vida, concebida en el seno materno:

Artículo 4.- La vida humana debe ser respetada y protegida absolutamente desde el momento de la concepción.

a) El aborto es una directa violación del derecho de la vida (fundamental de ser humano).

b) El respeto por la dignidad del ser humano excluye toda manipulación experimental o explotación del ser humano (inseminación artificial).

c) Todas las intervenciones sobre el patrimonio genético de la persona humana que no están orientadas a corregir las anomalías, constituye una violación del derecho a la integridad física y están en contraste con el bien de la familia.

d) Los niños, tanto antes, como después del nacimiento, tienen derecho a una especial protección y asistencia, al igual que sus madres durante la gestación y durante un período razonable después del alumbramiento.

Existe un reconocimiento a la personalidad jurídica del embrión en diversos documentos, pero este reconocimiento es, a menudo, fragmentario e indirecto. Menciono

lo anterior, porque desgraciadamente, situaciones como el aborto y algunas técnicas de Reproducción artificial niegan al embrión humano el Derecho a la vida como un ser humano con personalidad ampliamente jurídica.

5.2. De la Filiación.

Desde el punto de vista jurídico podríamos establecer que la definición más adecuada y en la que estamos de acuerdo, es la que establece que: "La filiación es la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo".⁶⁴

Tomando como base el concepto señalado, sin quitarle importancia alguna a los demás conceptos ya explicados, podemos señalar que la fuente primordial de la familia es la filiación, por ser el parentesco más cercano y más importante: el que existe entre los padres y los hijos y que por su particular relevancia, toma el nombre de filiación.

La procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho natural que nadie podrá desconocer. Por eso podemos afirmar que la filiación en este sentido existe siempre en todos y cada uno de los individuos, ya que siempre y fatalmente se es hijo de un padre y de una madre, como ley biológica inexorable.

Si la filiación la tomamos en el sentido natural de la palabra, podemos entender que es la descendencia en línea recta y que comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada con tal o cual ancestro por alejado que sea, es decir, que la relación que une a una determinada persona en línea recta con su ancestro más alejado, comprenderá la relación que lo une con sus ancestros más cercanos, por ejemplo: un hijo está unido con su bisabuelo por determinada relación, en consecuencia, también comprende las relaciones que unen con su padre y con su abuelo, es decir, que estos

⁶⁴ Rafael Rojina Villegas. Derecho civil mexicano. p. 591.

últimos son los intermediarios que unen al hijo con su bisabuelo. Pero en el lenguaje del Derecho, la palabra ha tomado un sentido más restringido y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o la madre con el hijo. Esta limitación se justifica porque esa relación se produce idéntica a sí misma en todas y cada una de las generaciones.

Así podemos afirmar que la norma jurídica se apoya en el hecho biológico de la procreación para crear esa particular relación de derecho entre los progenitores por una parte y el hijo por otra. Por lo tanto, de aquel hecho biogenético, se van a crear un conjunto de deberes, obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre los progenitores y el hijo, que generalmente se constituyen tanto en la filiación legítima como en la natural, en estado jurídico.

Como la filiación es la expresión en el ámbito jurídico del hecho biológico de la procreación, a toda persona corresponde una cierta filiación cuando no sea siempre posible conocer ésta, porque se carezca de pruebas o porque éstas sean insuficientes.

La filiación va a constituir un estado jurídico, en cambio, la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, va a constituir hechos jurídicos.

5.2.1. Comparación con las clases de Filiación que contempla la Ley.

La filiación puede derivar de una relación de descendencia o de voluntad declarada por la que una persona adquiere los derechos y las obligaciones que nacen de la paternidad o de la maternidad, respecto de otra persona, en el primer caso la filiación es consanguínea y en el segundo caso la filiación es adoptiva.

En nuestro derecho civil vigente la filiación se clasifica en el matrimonio entre el padre y la madre de la persona que se trata:

Filiación Matrimonial.

"Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres, es decir, que se entiende que un hijo es legítimo cuando ha sido engendrado por un hombre y una mujer casados válidamente".⁶⁵

En nuestro derecho el hijo nacido después de la celebración del matrimonio es legítimo aunque haya sido engendrado antes del matrimonio por el varón, después se casa con la madre.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 324 establece:

Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Del ordenamiento citado podemos señalar que dichos requisitos son:

♦ Tiene que haber nacido de una mujer casada, después de contraído el matrimonio, pero no es necesario que haya nacido durante el matrimonio, sino que dentro de ciertos límites puede haber nacido también después de disuelto el matrimonio.

⁶⁵ Ibidem p. 592.

◆ El hijo ha de haber sido concebido antes del matrimonio o durante el mismo, pero no pudo haber sido concebido después de disuelto el matrimonio.

◆ El varón tiene que haber cohabitado con la mujer durante el tiempo de la concepción, siendo indiferente que esto haya ocurrido antes del matrimonio o durante el mismo.

De las recientes investigaciones de la ciencia médica resulta que en los hombres se dan cuatro tipos distintos de sangre, que se transmiten hereditariamente y se admite que la investigación de la sangre de los hombres, si bien no puede probar que uno de ellos ha sido engendrado por el otro, si cabe constar que ese hecho es imposible o posible.

Recientemente se ha tratado con frecuencia la cuestión de si un hombre puede llegar a ser padre del hijo en virtud de la fecundación artificial de la mujer con semen de el hombre. A este propósito se ha de decir, en primer lugar, que tal fecundación, se hace sin la voluntad del hombre, no es cohabitación.

La cohabitación es un acto del hombre y aquella fecundación, incluso cuando se piensa en la inimputabilidad, coacción etcétera, es cualquier cosa menos un acto. Puede resolverse en un sentido distinto cuando, con la voluntad del hombre, se ejecutan actos tales que, con respecto a la posibilidad de la procreación del hijo por el hombre, se esté autorizado a equipar a la cohabitación, la cohabitación presunta o demostrada hace aparecer la paternidad del marido, aunque notoriamente la mujer haya tenido trato con otros hombres durante el período de concepción. Sería intolerable que hubiera de decirse en igual sentido cuando al mujer es embarazada sin la voluntad del hombre. Si, por el contrario, es notorio que el nacimiento del hijo sólo puede derivarse de tal acontecimiento se habrá de considerar indudablemente como padre al hombre.

Dentro de la filiación legitimada, al respecto la misma se conceptúa como la situación jurídica por virtud de la cual mediante el subsecuente matrimonio de sus padres, se atribuye a los hijos naturales el carácter de legítimos, con todos los derechos y obligaciones que correspondan a esta calidad.⁶⁶

La legitimación es un beneficio por el cual se confiere ficticiamente el carácter de hijo legítimo, con todas sus consecuencias, a los hijos concebidos fuera del matrimonio. Este beneficio favorece tanto a los padres como a los hijos.

El Código Civil regula en su artículo 354 que: "El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos antes de su celebración" y en el 355: "para que el hijo goce del derecho que le concede el artículo que precede, los padres deben de reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres, junta o separadamente". En consecuencia, podemos concluir en que en cuanto atribuye la calidad de hijo, la legitimación tienen una función constitutiva, puesto que la misma precisamente confiere al hijo un status que antes no tenía, por consiguiente, tiene eficacia plena.

Requisitos para un hijo sea legitimado, los artículos 354 al 359 del Código Civil reglamentan este tipo de filiación y podemos señalar que dichos requisitos son los siguientes:

◆ Que el hijo haya nacido antes de la celebración del matrimonio de sus progenitores.

◆ Que los progenitores del hijo contraigan nupcias con posterioridad al nacimiento

⁶⁶ Ibidem. p. 689

de éste.

♦ Que ambos padres reconozcan expresamente al hijo antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo durante él, junta o separadamente.

Con respecto a la filiación extramatrimonio es: el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio. Rojina Villegas señala que las formas de filiación extramatrimonial son:

♦ La simple.- La filiación natural simple es aquella que corresponda al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero pudo legalmente celebrarlo con el padre, es decir, no había ningún impedimento que originase la nulidad de ese matrimonio, se hubiese celebrado. Simplemente el hijo fue procreado por un hombre y una mujer que pudieron unirse en matrimonio, pero o se unieron.

♦ La adulterina.- La filiación natural se llama adulterina cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa. El hecho de que uno de los progenitores esté unido en matrimonio con tercera persona, hará que el hijo sea natural adulterino.

♦ La incestuosa.- La filiación natural puede ser incestuosa cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impida el matrimonio, sin celebrar éste, es decir, entre ascendientes y descendientes si limitación de grado, entre parientes en línea colateral de tercer grado: tío y sobrina, o sobrino y tía, aún cuando éste es un parentesco susceptible de dispensa. De no haberse dispensado y no habiéndose celebrado el matrimonio, como el hijo procreado por esos parientes fuera del mismo, se le considera incestuoso.

En el Código Civil vigente se ha borrado hasta donde le fue posible al legislador esta clasificación que en sí misma resultó despectiva, incluso para quienes la toleraron en el campo de la doctrina o la jurisprudencia o para los legisladores que la admitieron, pues reconocieron que no debe mancharse la existencia de un ser humano desde su origen, para que su calidad de hijo incestuoso o adulterino lo perjudique toda su vida, tiene que admitirse por la fuerza misma de las cosas, que en ciertos casos, la condición del hijo tendrá que ser distinta según sea simplemente natural o nazca de una unión incestuosa o adulterina.

La adopción es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva a la filiación.

El maestro Ignacio Galindo Garfías señala que: "por la adopción una persona mayor de 25 años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación con un menor de edad o un incapacitado".⁶⁷

De los conceptos anteriores y de las disposiciones que contiene nuestro Código Civil para el Distrito Federal sobre adopción, podemos señalar que esta Institución ha sido creada fundamentalmente con fines de protección de la persona y de los bienes de los menores de edad no emancipados y de los mayores de edad incapacitados.

Ahora bien, nosotros consideramos que la filiación es un hecho biológico puro, puesto que sólo un hombre y una mujer pueden crear, mediante la relación sexual, a otro ser a sus imagen y semejanza.

Es un hecho de la naturaleza mediante una acción del hombre, que es la causa

⁶⁷ Ignacio Galindo Garfías Derecho civil p 640

productora de derechos y obligaciones, como son los que se derivan del nacimiento de las personas o aún desde la concepción en el seno materno.

Podemos sostener que sólo la relación biológica es creadora y creativa. Ese hecho natural establece un vínculo sanguíneo entre las partes -progenitores e hijo-, cuya existencia es independiente del vínculo jurídico.

Por razones de orden público, social y familiar, así como también por seguridad social y jurídica por vivencia y mantenimiento de postulados morales y religiosos, es preciso correlacionar el hecho biológico con una debida adecuación jurídica.

El hecho de la procreación produce un sujeto de derecho que se relaciona con la sociedad y con su consecuencia que es el Estado, además de establecer derechos y deberes entre procreantes e hijo.

La dificultad mayor que se presenta en la filiación es la necesidad de correlacionar, en lo posible, el vínculo biológico con el vínculo jurídico, pues mientras el vínculo biológico se haya exento de limitaciones, toda vez que en el mismo existe un sólo tipo de relación entre los progenitores y su descendiente, que es la natural, y que por lo tanto no estará influida para clasificarla por las concepciones morales y sociales de una determinada sociedad en un determinado tiempo, el vínculo jurídico, por el contrario, es limitado y restrictivo, ya que debe imponer las adecuadas limitaciones que surgen de las concepciones morales y sociales, por lo que va a crear la clasificación de la filiación con base en estos conceptos que rigen a una sociedad en una determinada época. De ahí entonces, que el vínculo biológico es el elemento natural, primario e indispensable para poder hablar del concepto jurídico de filiación. Mientras el vínculo biológico esencial, no es superior al vínculo jurídico, ya que éste es el decisivo para determinar la existencia de un concepto de familia como institución, de cuya familia forma parte de la filiación. En

definitiva, el vínculo biológico es eterno y responde a la verdad y autenticidad de una relación natural, ya que siempre Derechos y Obligaciones. Los derechos que se desprenden del artículo 22 del Código que se analiza, solamente pueden referirse a una persona, misma que tiene su inicio en el momento en cambio, el vínculo jurídico es calificador solamente, responde a la verdad jurídica que reposa en presunciones y experimenta los cambios y modificaciones que sufre el concepto moral medio de una sociedad determinada en una época también determinada.

El vínculo jurídico es la adecuación necesaria para realizar el orden social, sostener las buenas costumbres y mantener la influencia directa y profunda de la infra y supra estructura moral. No es el elemento creador de la filiación, sino que es el elemento calificador y condicionalmente de la filiación; y así establecerá si se es hijo legítimo o matrimonial, ilegítimo o extramatrimonial, legitimado o adoptivo. puede reconocer realidad biológica, puede negar reconocimiento a la realidad biológica, pero no puede crear realidad natural. No cabe duda que en los supuestos impone calificaciones y efectos jurídicos con los condignos derechos y deberes.

Mientras el vínculo biológico es ilimitado y rebasa al jurídico, éste es limitado y restrictivo y puede tener distinta extensión que el biológico, incluso en materia de filiación, la diferencia de extensión en consecuencia de la calidad por el vínculo jurídico.

La plenitud del vínculo jurídico se encuentra en el grupo básico: padres e hijos en la doble relación ascendente y descendente, a la que Messioneo llama "simetría en la relación paterno-filial", y aparece en el artículo 604 de nuestro Código Civil: "los parientes más próximos excluyen a los más remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 1609 y 1632".

Y ello hace su presencia en el derecho familiar: El derecho objetivo familiar se ordena con el propósito de que se realice aquella correlación. El derecho subjetivo familiar es el poder jurídico para alcanzar los postulados de la norma jurídica representada por el Derecho objetivo.

C O N C L U S I O N E S

- ◆ En el presente siglo, se ha dado mayor auge a las diferentes técnicas de procreación artificial sin que exista en nuestra legislación una verdadera defensa y regulación del producto de la misma.
- ◆ Es imperativo la reglamentación de las diferentes técnicas de inseminación artificial, para salvaguardar los derechos de las partes que en ellas intervienen.
- ◆ Queda manifiesta la preocupación respecto a regular con más efectividad y dentro del orden jurídico positivo la protección del producto de la inseminación artificial.
- ◆ Se hace evidente la necesidad de que se legisle al respecto sobre todo en materia de la Ley General de Salud, ya que entre uno de los puntos más importantes de los considerados, se encuentra precisamente el de la realización de la investigación que para la salud debe entenderse a aspectos éticos que garanticen la dignidad y el bienestar de la persona sujeta a investigación.
- ◆ Es necesario que el orden jurídico positivo regule las diferentes técnicas de reproducción artificial siempre con el objetivo de garantizar una tutela personal y con dignidad del producto de la inseminación.
- ◆ Debe reglamentarse que no es delito que una mujer comercialice su cuerpo si tiene como fin la procreación de un hijo.
- ◆ La inseminación se plantea como una respuesta a los problemas fisiológicos de reproducción en la pareja para formar una familia.

- ◆ El derecho de conformidad con el artículo 4° Constitucional, señala que la Ley deberá proteger el desarrollo y organización de la familia, dada la importancia que reviste como célula de la sociedad, por lo cual es importante se reglamente cualquier hecho que esté íntimamente relacionado con ésta.

- ◆ Es importante establecer las bases en que se puede llevar a cabo la inseminación en virtud de que el fin último y objeto de cualquier convenio que sobre esta se realiza es el nacimiento de un nuevo sujeto con derechos inherentes a su persona.

- ◆ La filiación es un hecho biológico puro, puesto que sólo un hombre y una mujer pueden crear.

- ◆ Es preciso correlacionar el hecho biológico con una debida adecuación jurídica, por razones de orden público, social y familiar.

B I B L I O G R A F Í A

- ALVAREZ BRAVO, Alfonso. Estudio de la pareja esteril. 2ª edición. Editorial Limusa. México 1988.
- ALVEAR ACEVEDO, Carlos. Historia de México. 7ª edición. Editorial Jus. México 1977.
- ANSON, Francisco. Se fabrican hombres. 2ª edición. Editorial Rialp, S.A. Madrid España 1988.
- ARAYA, José. Concepción. Enciclopedia jurídica Omeba. T. III. Editorial Ancafo. Buenos Aires 1974.
- AQUINO, Tomas. La suma teológica. 25ª edición. Editorial La Católica. Madrid España.
- BILLES, Claudia. Biología. 10ª edición. Editorial Nueva Editorial Interamericana. México 1984.
- BILLES, Claudia. Biología. 6ª edición. Editorial Nueva Editorial Interamericana. México 1994.
- BONNECASE, Julian. Elementos de derecho civil. T.I. Editorial Cajicas. Puebla. México 1977.
- CHAVEZ ASECIO, Manuel. Convenios conyugales y familiares. 2ª edición. Editorial Porrúa. México 1993.
- DE CASTRO, Federico. Derecho civil de España. T. II. 10ª edición. Editorial Instituto de Estudios Políticos. España 1989.
- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de familia. 2ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1982.
- DE PINA, Rafael. Diccionario de derecho. 17ª edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1991.

- DE SALVIDEA Y DE MIGUEL, María de Jesús. Protección jurídica de los embriones humanos. Tesis. Escuela Libre de Derecho. 1990.
- ENNECCERUS KIPP, Wolff. Tratado de derecho civil. T. II. 5ª edición. Editorial Bosh. Barcelona. España 1966.
- ESQUIVEL OBREGON, Toribio. Apuntes para la historia del derecho en México. T. III. Editorial Porrúa México 1987.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo. Introducción a la historia del derecho en México. 10ª edición. Editorial Esfinge. México 1993.
- FRAILE, Guillermo. Historia de la filosofía. 8ª edición. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid España 1976.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho civil. 5ª edición. Editorial Porrúa. México 1987.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. 37ª edición. Editorial Porrúa. México 1983.
- GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ILUSTRADO. T. VIII. Editorial Selecciones del Reader's Digest. México 1982.
- GRISEZ, Germani. El aborto, mitos, realidades y argumentos. 9ª edición. Editorial Sigume. Madrid España 1988.
- GÜITRON FUENTE VILLA, Julian. Derecho de familia. 2ª edición. Editorial Panorama. México 1989.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. 6ª edición. Editorial Cajica, S.A. Puebla México 1987.
- HERVADA, Javier. Cit. por CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el derecho. 2ª edición. Editorial Porrúa. México 1990.
- LEÑERO OTERO, Luis. Investigaciones de familia en México. 1ª edición. Editorial Instituto Nacional de Investigaciones Sociales, A.C. México 1982.
- LOMBERA PALLARES, Enrique. Lecciones de introducción al estudio del derecho. 1ª edición. Editorial F.E.M. México 1973.

- LLEDO YAGUE, Francisco. Fecundación artificial y derecho. 7ª edición. Editorial Tecnos. Madrid España 1988.
- LUÑO, Rodrigo. La fecundación "in vitro". 3a edición. Editorial Ediciones Palabra. Madrid España 1993.
- LYONS, Alberto y PETRUCCELLI, Joseph. Historia de la medicina. T. I. 5ª edición. Editorial Doyma. Barcelona España 1991.
- MACEDO, Pablo. El Código civil de 1870. Su importancia en el derecho mexicano. 2ª edición. Editorial Porrúa. México 1977.
- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. El matrimonio. 5ª edición. Editorial Editora Mexicana. México 1965.
- MATEOS ALARCON, Manuel. Estudio sobre el Código civil del Distrito Federal. T. II. 7ª edición. Editorial Ireneo Paz. México 1892.
- MEAD, Margarita. La Familia Samoana. Coedición Mexicana, Editorial Planeta. México 1985.
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La familia en el derecho civil mexicano. 4ª edición. Editorial Panorama. México 1991.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Jorge. Tratado práctico de derecho civil francés. T. II. Editorial Cajica. Puebla México 1979.
- QUILES, Ismael. La persona humana. 2ª edición. Editorial Espasa-Calpe. Buenos Aires Argentina 1992.
- RIPERT, George y BOOLANGER, Jean. Tratado de derecho civil. T. IV. 10ª edición. Editorial La Ley. Buenos Aires Argentina 1964.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. T.V. Obligaciones. 2ª edición. Editorial Librería Robredo. México 1951.
- SÁNCHEZ AZCONA, Jorge. Familia y sociedad. 4ª edición. Editorial Joaquín Mortíz. México 1974.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los contratos civiles. 4ª Edición. Editorial Porrúa. México 1978.

- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Las nuevas formas de reproducción humana. 5a edición. Editorial Civitas. Madrid España 1988.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos civiles. 7ª edición. Editorial Porrúa México 1983.
- ZARRALUQUI, Luis. Procreación asistida y derechos fundamentales. 4ª edición. Editorial Tecnos. Madrid España 1988.