

105

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"



"LA NECESIDAD DE LEGISLAR SOBRE LA
FECUNDACION ARTIFICIAL EN MEXICO"

296742

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
EUSEBIO FAVILA GONZALEZ

ASESOR: LIC. ISIDRO MALDONADO ROBEA



ACATLAN, EDO. DE MEX., SEPTIEMBRE DE 2001.





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS

A MI MADRE

SRA. ALICIA GONZALEZ AGÜERO

Por haberme brindado la vida y su apoyo en todos aspectos para realizar mis estudios.

A MIS AMIGOS

Por su amistad, gran comprensión e inestimable ayuda.

A G R A D E C I M I E N T O S

A LA U.N.A.M.

Gérmen de Conocimiento y Cultura.

AL LIC. ISIDRO MALDONADO RODEA

Por la atinada dirección para el logro y la integración del presente trabajo, con mi manifestación de amistad y con la certeza de la suya.

AL LIC. JOSE TRINIDAD RUIZ GAONA

Por haberme transmitido sus valiosos conocimientos.

AL LIC. MANUEL SANCHEZ CORTES

Por su gran comprensión y apoyo.

INDICE

PAGS.

INTRODUCCION.....	I
-------------------	---

CAPITULO I

FECUNDACION ARTIFICIAL

1.1 Concepto.....	2
1.1.1 Fecundación Artificial.....	8
1.2 Antecedentes.....	13
1.3 Métodos.....	28

CAPITULO II

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES QUE FAVORECERIAN LA FECUNDACION ARTIFICIAL

2.1 Artículo 1.....	34
2.2 Artículo 4.....	38
2.3 Artículo 5.....	50
2.4 Derechos Humanos.....	55

CAPITULO III

OBLIGACIONES QUE NACEN DE LA FECUNDACION ARTIFICIAL PARA LOS CONTRATANTES

3.1 Elementos de la Obligación.....	63
3.2 Convenios de Fecundación Artificial.....	67
3.2.1 Elementos Esenciales	69
3.3 Elementos Formales	74
3.3.1 Modalidades del Convenio	83

CAPITULO IV

DERECHOS DEL PRODUCTO DE LA FECUNDACION ARTIFICIAL

4.1 Derechos Naturales de la Persona.....	90
4.2 Obligación Correlativa de los Derechos Naturales.....	103
4.3 De la Filiación.....	104
4.4 De la Paternidad	107
4.4.1 Comparación de las Clases de Filiación que contempla el Código Civil para el Distrito Federal.....	109
CONCLUSIONES	120
BIBLIOGRAFIA	123

INTRODUCCION

En el presente trabajo, nos fijamos como objetivo el estudio de la Fecundación Artificial y su necesidad de ser legislada en nuestro país. Para lo cual dividimos su análisis en cuatro capítulos.

El Primero se basa en la evolución histórica que ha tenido la Fecundación Artificial, pasando por el concepto y su diversidad de métodos para concretarla, tomando en consideración los principales países que la han realizado como son los Estados Unidos y otros países europeos, además de buscar entender el concepto y el desarrollo de la Fecundación Artificial.

El Segundo lo basamos en el análisis de la Fecundación Artificial. Su relación y fundamentación constitucional realizando un estudio comparativo, entre los artículos 4o. y 5o. Constitucionales, finalizando con un breve comentario sobre los Derechos Humanos, su concepto y su reglamentación.

El Tercero lo establecimos en el estudio de lo que debemos entender como obligaciones que se dan en un convenio de Fecundación Artificial, realizando un recorrido por lo que es un elemento, y modalidades del

mencionado convenio bajo el Fundamento Legal del Código Civil para el Distrito Federal.

Y finalmente el Cuarto Capítulo está básicamente dedicado al análisis de los derechos del producto de la Fecundación Artificial, bajo el rubro de la filiación que contempla la Legislación Civil para el Distrito Federal.

La Fecundación Artificial, por ser de gran importancia, trascendencia y por lo que puede significar para la integración de la familia, debe ser reglamentada, sobre todo en sus efectos, para adecuarla a nuestra realidad jurídica social y política, ya que esta puede fortalecer el matrimonio y la familia en México.

Por ser la fecundación una figura jurídica tan importante para el desarrollo de nuestra sociedad, en el ámbito familiar; en este estudio trataremos de crear inquietud y bases de índole jurídicas, sociales y políticas, para que se realice una consideración jurídica respecto de los hijos nacidos de una Fecundación Artificial, ya que estos no tienen ninguna culpa de haber nacido dentro de esta circunstancia.

Nuestro propósito es que el presente trabajo contribuya a enmendar el vacío jurídico en nuestra ley, deseo que nos animó a realizar este estudio.

CAPITULO I

FECUNDACION ARTIFICIAL

Mientras que en distintas partes del mundo el valor de la vida se tasa a través de los distintos órganos que son vilmente negociados e implantados en otros cuerpos; en nuestro país las leyes prohíben la comercialización de cualquier parte de la anatomía humana.

Ahora bien, ¿cuánto vale crear una vida?. La lista de precios varía... En los Estados Unidos de América comienza en 1,800 dólares por inseminación artificial; 36,000 dólares (para que otra mujer inseminada artificialmente cargue la criatura) y 800,000 dólares (con 6 ciclos de fertilización in vitro para una pareja donde la mujer es mayor de 40 años y el hombre carece de esperma suficiente para procrear).

El precio de un nacimiento in vitro -un óvulo y un espermatozoide unidos en un laboratorio e insertados en el útero femenino- varía de 55,143 a 211,940 dólares pero in vitro o no, la asistencia media pre y posnatal en Estados Unidos alcanza cifras siderales.

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.

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 sustitutivas, ponen en discusión los modelos tradicionales de relación conyugal y abren la puerta para la manipulación genética de la persona.

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.

1.1 Concepto

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

“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 bioética”.¹

El problema de fondo que la bioética intenta resolver es “hasta que punto se puede ejercer dominio sobre la vida física y biológica del hombre”.²

Las raíces de esta disciplina son las siguientes:

- a) El mejor conocimiento en el campo filosófico de los límites de la ciencia.
- b) Los progresos científicos y tecnológicos en las diversas ciencias, que han planteado el problema del límite o 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 críticamente la Ley con la moral.

¹ ARAYA, José. Concepción. Enciclopedia Jurídica OMEBA. T. III. Editorial Anco. Buenos Aires 1974.

² ANSON, Francisco. Se Fabrican hombres. 4ª edición. Editorial Rialp, S.A. Madrid, España 1995. P. 93.

d) El crecimiento de la investigación y de la práctica asistencial en medicina que cada vez se va concentrando más en el poder político, el cual, financiando y programando, toma de decisiones que pueden influenciar las condiciones de vida de los ciudadanos".³

A partir de las mencionadas situaciones, surgió la bioética, la cual puede ser definida como Filosofía Moral de la investigación y de la práctica biomédica.

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

a) El principio del valor fundamental de la vida

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

"La persona es espíritu y es cuerpo, éste último es fundamental puesto que es en el cual y por medio del cual la persona se realiza y entra en el tiempo y en el espacio, se expresa y se manifiesta, construye los

³ Ibidem. P. 95.

valores, su libertad, su sociabilidad y su proyecto futuro. El respeto a la vida, así como su defensa y promoción, representan el primer imperativo ético del hombre respecto a sí mismo y hacia los demás”.⁴

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 a los ciudadanos indispensables para la defensa y la promoción de la salud.

b) El Principio de Libertad y 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 la de los demás.

Este principio podría 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 persona, sea como bien social”.⁵

⁴ DE SALVIDEA Y DE MIGUEL, María de Jesús. Protección Jurídica de los Embriones Humanos. Tesis. Escuela Libre de Derecho. 1990 P 79.

⁵ Ibidem. P 83.

c) El Principio de 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, orgánica y jerárquicamente unificadas entre sí por la existencia única y personal”.⁶

El principio de la inviolabilidad de la vida humana es reafirmado por este 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 renueve un apéndice está justificado moralmente en la medida en la cual esta intervención salvaguarda todo el organismo. Es por ésto, 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 existan 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.

⁶ Ibidem. P. 85.

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.

d) Principios de Solidaridad y Subsidiariedad

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 un 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".⁷

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

Ahora bien y sobre los principios que deben regir a la inseminación artificial; consideramos que las intervenciones artificiales sobre la

⁷ Ibidem. P. 86.

procreación no deben rechazarse por el mero hecho de ser artificiales, pero han de ser evaluadas moralmente por su relación con la persona y con su dignidad; “Lo que es técnicamente posible no es, por esa sola razón, moralmente admisible”.⁸

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

1.1.1 Fecundación Artificial

Una vez establecidos los postulados de la bioética y los principios éticos aplicables en la generación del ser humano, a continuación presentaremos brevemente una exposición de las diferentes técnicas de inseminación 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”.⁹

⁸ FRAILE, Guillermo. Historia de la Filosofía. 8ª edición. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, España 1976. P. 222.

⁹ ZARRALUQUI, Luis. Procreación Asistida y Derechos Fundamentales. 4ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, España 1988. 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 el marido, o bien, inseminación heteróloga, 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 intracorpórea) con el subsecuente transferencia del embrión a la cavidad uterina. Comúnmente se conoce como FIVET.

“Con el término FIVET se entiende un procedimiento cuyo fin principal es el 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”.¹⁰

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.

¹⁰ VIDAL MARTINEZ, Jaime. Las Nuevas Formas de Reproducción Humana. 5ª edición. Editorial Civitas. Madrid, España 1988. P. 131.

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, podrá 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 la FIVET, presentan también un problema desde el punto de vista no sólo ético sino también jurídico, puesto que muchos de ellos terminan en el útero de otra mujer, son materia de experimentación, o bien son congelados o 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 de donador; si la mujer que aspira a ser madre es fecundada pero no puede continuar la gestación se recurre a la "sorrogate mother" (madre de alquiler o renta de útero).

Estos casos se pueden complicar más, por ejemplo: una pareja 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 autores no se puede comparar con la adopción".¹¹

¹¹ Ibidem. P. 131.

La identidad biológica del nascituro 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:

1.- Gestación en la madre:

- a) con los gametos de la pareja
- b) con óvulo o esperma de donadores
- c) con óvulo y esperma de donadores

2.- Gestación en una madre sustitutiva:

- a) con los gametos de la pareja
- b) con óvulo o esperma de donadores
- c) con óvulo y esperma 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)”.

1.2 Antecedentes

A lo largo de la Historia se han presentado diversas posturas respecto a la transmisión de 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, ésto 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 cómo 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 de 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 constituyente del nuevo ser, mientras que el semen del padre, induce la forma, es decir, le imprime vida. El flujo de la mujer tiene la potenciabilidad 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”.¹²

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”.

¹² LYONS, Alberto. Y PETRUCCELLI, Joseph. Historia de la Medicina. T. I. 5ª edición. Editorial Doyma. Barcelona, España 1991. P. 488.

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 *puntúa saliens* (primer signo de embrión) y el desarrollo inicial del corazón y los grandes vasos; fue el primero en observar los latidos cardíacos 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".¹³

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 Aristóteles. Establece que el elemento germinal masculino es

¹³ Ibidem. P. 492.

activo y el femenino es primorosamente pasivo antes de ser fecundado por el masculino 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”.¹⁴

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.

¹⁴ AQUINO, Tomás. La Summa Teológica. 25ª edición. Editorial La Católica. Madrid, España. P. 118.

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

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

- b) La teoría epigenética, defendía que el organismo se origina a partir de una sustancia primitiva que va evolucionando en diversos estadios, 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 spermismo, 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".¹⁵

"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".¹⁶

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 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

¹⁵ BILLES, Claudia. *Biología*. 10ª edición. Editorial Nueva Editorial Interamericana. México 1984. P. 527.

¹⁶ *Ibidem*. P. 527.

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 la relativa ofensa a la dignidad del ser humano.

En esa Ley, las únicas normas 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, podría 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 pecunaria 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”.¹⁷

Este proyecto de Ley en lugar de eliminar la experimentación sobre inseminación artificial creemos que la favoreció puesto que sólo contempló a los embriones generados “in vitro” y sólo 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 estas acarrear. Desgraciadamente, el embrión humano no goza de la protección que le 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.

¹⁷ GRISEZ, Germani. El Aborto, Mitos, Realidades y Argumentos. 9ª edición. Editorial Sígueme. Madrid, España 1988. P. 179.

- 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 parte del presupuesto de que con la fecundación inicia el desarrollo de una vida específicamente humana, pero que el embrión es un estadio precoz en su 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 una 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".¹⁸

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

¹⁸ Ibidem. P. 181.

- 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 fase de deceso.

- La creación específica de ser humano genéticamente idénticos (clonación).

- 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, queda 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 de "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 sólo es un grupo de "células" resultante de la fecundación), y por eso se sanciona 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 nueve 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 tratados oficialmente sino hasta 1984, año en que fue presentado el Informe 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 laboratorio".¹⁹

En Suecia existe la Ley número 1140 del 20 de noviembre de 1984, que tiene por objeto la inseminación, o introducción de espermatozoides 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 1139/1984 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 se contempla al personaje más importante y más indefenso en ese 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

¹⁹ LLEDO YAGUE, Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. 7ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, España 1988. P. 241.

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 de un debate democrático sancionado por un voto.

El reconocimiento a la personalidad jurídica del embrión humano, derivado 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 puede 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, desarrolla las normas de la Ley General de Salud.

La Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, tiene por objeto el "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, 101, 102 y 103, que tienen por objeto la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

Los puntos más importantes de los considerados son:

- a) ""La investigación para la salud es el factor determinante para mejorar las acciones encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud del individuo y de la sociedad en general"".
- b) ""La realización de la investigación para la salud debe entender a aspectos éticos que garanticen la dignidad y el bienestar de la persona sujeta a investigación"".
- c) ""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 de someterse a principios éticos, pero, como veremos más adelante el concepto de Etica 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.

1.3 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 en la actualidad cuando se ha presentado la situación concreta de la "INSEMINACION ARTIFICIAL", en donde estudiosos de la medicina pretenden, retomando las ideas de esa ciencia ficción, dar vida humana, buscando primordialmente satisfacer de una u otra manera las necesidades naturales del hombre, refiriéndonos 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 cincuenta por ciento de los casos, masculina en el cuarenta por ciento y mixta en el diez por

ciento²⁰; es así que de acuerdo a los hechos que se presentan tenemos diversas formas de realizar dicha inseminación, citando por supuesto a aquellas que la ciencia médica ha realizado exitosamente:

I.- En el primer caso, el varón es causa de esterilidad y es poco lo que la ciencia puede ofrecer para mejorar su fecundidad en esos casos a excepción de la inseminación artificial o terapéutica, llamada así por Kleeman; 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:

a) Inseminación Homóloga (IH), en la que se emplea el semen del cónyuge.

b) Inseminación Heteróloga (IH), en la cual el semen procede de un donador.

II.- 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

²⁰ ALVAREZ BRAVO, Alfonso. Estudio de la Pareja Estéril. 2ª edición. Editorial Limusa. México 1988. P. 49.

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 o casos:

a) 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.

b) Otra situación se presenta cuando por cuestiones fisiológicas la mujer no puede retener en su matriz al producto, la medicina obtiene de los cónyuges las células que originan la vida para realizar la fecundación in vitro e implantar el producto en una tercera persona a la que podríamos llamar nodriza.

III.- 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 a 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".

IV.- La última situación en donde resulta imposible que una mujer pueda concebir en virtud de que existen los dos problemas anteriormente

citados, infertilidad y esterilidad, viéndose en la necesidad de que una nodriza aporte tanto el óvulo como su organismo durante el tiempo que dure la gestación, pudiendo realizarse en este supuesto la inseminación terapéutica.

En el primero de los casos y en atención a que puede existir una controversia respecto de la paternidad, puesto que en la (IH) el donante biológicamente es padre del producto de la inseminación, así como en el tercer punto por lo que hace a la inseminación in vitro realizada con el óvulo de un donante mujer, en razón de la maternidad sobre el producto. Creemos que es menester se regule de forma general tanto estos como los demás casos que a continuación pasaremos a detallar; por otra parte en los casos posteriores encontramos problemas realmente de trascendencia ya que en principio la gestación del producto de la inseminación se realiza en una tercera persona llamada "nodriza", casos concretos el inciso b) del punto II, la inseminación terapéutica del tercer supuesto en atención a las características genéticas de la donante y en la última situación por consecuencia, puesto que intervienen factores de tipo sentimental en razón de la maternidad y por los lazos naturales, que unen a una mujer con el producto.

CAPITULO II

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES QUE FAVORECERIAN LA FECUNDACION ARTIFICIAL

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 gobernadores- deben respetar.

La mayoría de las constituciones reconocen derechos de la persona, que son inherentes a su dignidad, y que por lo mismo son inalienable, imprescriptibles y oponibles erga omnes.

“A pesar de que los lineamientos generales que contenía la Constitución de 1857 son similares a la actual Constitución, tenemos que la anterior Carta fundamental tomaba como base el derecho natural, ya que reconocía al gobernador sus derechos fundamentales que eran de dos tipos:

Derechos naturales que son aquéllos que posee el hombre por el hecho de haber nacido ser humano.

Derechos del ciudadano que conquista el hombre por el hecho de vivir en sociedad".²¹

De tal forma nuestra Constitución vigente de 1917, encontramos que el Estado no reconoce sino que otorga o regala a los gobernados un conjunto de derechos públicos subjetivos, que las autoridades tienen que respetar aún en contra de su voluntad, lo anterior lo podemos fundamentar en el contenido del artículo primero que a la letra dispone:

"En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y bajo las condiciones que ella misma establece".

La Constitución de 1857 consagró las garantías individuales que actualmente plasma nuestra Constitución vigente de 1917 en sus primeros 29 artículos, garantías que deben ser respetadas por las autoridades aún cuando se trate de personas que se encuentren privadas de su libertad por ser presuntos responsables o responsables de la comisión de un delito.

²¹ HERRERA, Margarita. Manual de Derechos Humanos. Editorial PAC, S. A. México 1989. P. 134.

De lo anterior nos podemos dar cuenta que las llamadas garantías individuales dejan de ser elementos supraestatales, ya que nuestra Constitución vigente las considera como una concesión por parte del orden jurídico del Estado.

Una discrepancia entre nuestra actual Constitución y la Constitución de 1857 es que en esta última se otorgaban sólo garantías individuales, mientras que en la Constitución de 1917 se introducen garantías sociales las cuales se encuentran consagradas en los artículos 27 y 123.

Es importante señalar que la Constitución actual tiene como fundamento filosófico el individualismo y el liberalismo, pero principalmente el intervencionismo; consistente en que los particulares no podrán actuar libremente en su trato con los demás particulares, sino que el Estado fija las normas dentro de las cuales los particulares pueden establecer ciertas relaciones de tipo comercial, laboral.

2.1 Artículo 1º

La Constitución de 1857 disponía lo siguiente en su artículo primero:

“El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que

todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.²²

Actualmente la Constitución de 1917 vigente señala:

“Artículo I. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

Indudablemente que el anterior artículo hace alusión al derecho natural del ser humano. Consignando derechos básicos, inherentes al hombre.

Respecto a lo anterior y sin pretender, ni remotamente, hacer una exposición y estudio del Derecho Natural, creemos conveniente exponer las diversas formas en las que puede entenderse su estructura, para a continuación, escoger de ellas la que a nuestro juicio sea correcta noción, a cuya luz trataremos de resolver el problema del Derecho Natural en sus relaciones con los Derechos Humanos.

²² BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 25ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1993. P. 146.

Dos son las tesis que por estar en los extremos opuestos, son las principales que se disputan la verdad al tratar del Derecho Natural.

La Primera Tesis, concibe al Derecho Natural como un sistema acabado de principios eternos e inmodificables; un conjunto de principios abstractos que no admite variaciones determinadas por la realidad cambiante de tiempos y hombres, ni en sí mismo ni en sus aplicaciones que son siempre las mismas.

La Segunda Tesis, estriba en concebir al Derecho Natural, como la "regulación" justa de cualquier situación concreta, presente o venidera y admite, por ende, la variedad de contenidos del mismo derecho, en relación con las condiciones o exigencias, siempre nuevas, de cada situación especial; sin que lo dicho implique la negación de una serie de principios supremos, universales y eternos, que valen por sí mismos y deben servir de inspiración o pauta para la solución de los casos singulares y la formulación de las normas concretas aplicables a éstos.

De acuerdo con este pensamiento el Derecho Natural no puede ser codificado o formulado porque ello supondría el conocimiento previo de cada uno de los casos susceptibles de regulación -lo cual es imposible- "un Derecho Natural codificado dejaría de ser absolutamente justo, ya que se compondría exclusivamente de preceptos generales y abstractos, no

siempre enteramente adecuados a las exigencias peculiares de cada situación singular”.²³

En nuestro concepto, esta última tesis sostenida por muchos autores, es la correcta, “la cual parece tener su antecedente en el pensamiento de Francisco Suárez, gran teólogo y jurista Español del siglo XVI, quien en su “Tratado de las Leyes y de Dios Legislador”, dice que los preceptos del Derecho Natural divídense en dos grupos. Las normas que forman el primero, o Derecho Natural preceptivo, son necesarias e inmutables; las que integran el segundo, o derecho natural dominativo, tienen su fundamento en la libre decisión humana, en cuanto representan una regulación lícita al lado de otras posibles”.²⁴

En un sentido semejante se pronuncia la concepción tradicional Aristotélico-Tomista. Según la misma, “el Derecho Natural no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales, supremos, evidentes, universales que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al Derecho su finalidad necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre y establece las bases de selección de las reglas e

²³ GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 37 edición. Editorial Porrúa. México 1985. P. 49.

²⁴ *Ibidem*. P. 50.

instituciones técnicas adecuadas para realizar esa finalidad en un medio social histórico".²⁵

Preciado Hernández desarrolla esta concepción para llegar a concluir que el Derecho Natural es tanto un conjunto de criterios racionales, supremos que rigen la vida social, como los principios y normas implicados en ellos.

Finalmente lo que en este proyecto, se refleja que todo individuo posee ciertos derechos naturales, mismos que le son inherentes por su sola condición de hombre.

2.2 Artículo 4º

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,

²⁵ PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Lecciones de Filosofía del Derecho. 6ª edición. Editorial Jus. México 1970. P. 243.

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 jurídicas 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 decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

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

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

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

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.

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 terceros 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 cuarto fue insertado en el artículo quinto, 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 tácita en nuestra Ley Suprema y es por eso por lo que otorgamos a esta reforma constitucional una gran importancia, dadas las consecuencias que acarreó a todo nuestro derecho.

Son tres sus puntos principales:

1.- El varón y la mujer son iguales ante la Ley, es decir que no se hará distinción en el trato de las personas por razón de su sexo.

2.- La mujer y el hombre tienen la obligación de vigilar a la familia y recae sobre ellos la responsabilidad de cuidar y proteger a los hijos para que se desarrollen normalmente.

3.- 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; la mujer y el hombre tienen la obligación de vigilar a la familia y recae sobre ellos la responsabilidad de cuidar y proteger a los hijos para que se desarrollen normalmente.

Es evidente que nuestra Legislación no señala qué 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.

“Etimológicamente las palabra familia proviene de los famuli, que significa hambre. Fámulos son lo 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 legítimos y adoptivos, a los esclavos domésticos".²⁶

"Otra definición de familia se refiere a la vida constituida por un conjunto de parientes y allegados que viven en la misma casa, este concepto es más bien sociológico, ya que la palabra familia, en un sentido limitado, abarca 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".²⁷ Este segundo concepto ha sido formulado, principalmente, por los tratadistas de Derecho Civil.

Es 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, 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 procurar ambos por cuantos medios han tenido a su alcance.

²⁶ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 2ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1982. P. 452.

²⁷ MEAD, Margarita. La Familia Samoana. Coedición Mexicana. Editorial Planeta. México 1985. P. 57.

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 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 toda sociedad.

Transformación no quiere decir muerte, sino adaptación a las nuevas realidades de los nuevos tiempos.

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

“El matrimonio 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”.²⁸

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 sancion y que no pueden romper por su propia voluntad”.²⁹

Respecto a la filiación, ésta se 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”.³⁰

²⁸ DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. P. 452.

²⁹ Citado por DE IBARROLA, Antonio. Op. Cit. P. 617.

³⁰ Ibidem. P. 652.

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 concurre las voluntades y la autorización judicial para aprobar dicho acto.

Respecto al Segundo punto, el relativo al reconocimiento del derecho para decidir sobre el número y el 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 de espaciamiento de los hijos, según lo señalaba el artículo 162 del Código Civil incluso antes de la reforma del 25 de mayo del 2000.

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

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”.

Tras la reforma mencionada el mismo artículo con una mejor técnica jurídica quedó de la siguiente forma:

“Artículo 162.- Los Cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos así como emplear en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”.

Es obvio que la legislación sustantiva civil, recoge lo señalado por la garantía individual, establecida en el artículo cuarto Constitucional en comento, con lo cual la procreación responsable alcanza el rango 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, 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 3ro. 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 del 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 al 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 reproductiva, 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 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 el Fundamento Jurídico Constitucional de la figura en estudio denominada Fecundación Artificial.

2.3 Artículo 5^{to}

Para ser congruentes 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 el artículo 5to. anteriormente y como lo está hoy, ahondando en un comentario propio sobre la reforma sufrida.

Texto anterior:

“Artículo 5o.- 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 obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los de 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 u 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 al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona”.

Texto actual:

“Artículo 5o.- 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, 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 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 obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles 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 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 de la persona, por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su prescripción 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 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 antecedía dentro de nuestra Ley Suprema.

Así encontramos que han quedado plasmados en una sola norma la 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 50. 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 substituta por impedimento físico de la debidamente autorizada para serlo, de ninguna manera es ilícito; 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 fecundación artificial y por lo consiguiente en el capítulo siguiente desglosaremos de forma transparente como consideramos se debe realizar tal regulación.

2.4 Derechos Humanos

La preocupación por los Derechos Humanos constituye hoy un elemento central de la política mexicana, según mencionan los gobernantes en nuestro país; los derechos humanos en todas las latitudes de nuestra nación deben ser totalmente respetados.

Dentro de nuestro país, sin embargo los Derechos Humanos más elementales de un gran sector de la población son sistemáticamente

pisoteados, ya que nada se dice acerca de la necesidad de imponer respeto por el derecho supremo a obtener un trabajo remunerado, derecho del que se priva a varios millones de trabajadores mexicanos, nada se ha dicho tampoco acerca del racismo, que condena a un virtual apartheid a varios millones de indígenas mexicanos; y que de la discriminación contra las mujeres en México, quienes representan la mitad de la población nacional y cerca del 40% de la población laboral.

La idea de los Derechos Humanos es una conquista de toda la humanidad, no es concepto burgués, le tocó a la burguesía consolidar históricamente este Estado democrático de Derecho; pero los derechos humanos son de toda la humanidad y resultan irrenunciables si queremos seguir aspirando a ser cada vez más una sociedad plural y una sociedad más o menos civilizada.

Los Derechos Humanos se fundamentan en la creciente demanda de la humanidad de una vida decorosa y civilizada, en que la dignidad inherente a todo ser humano reciba respeto y protección. Esta idea va más allá de las comodidades y servicios que puedan ofrecer la ciencia y la tecnología. Cuando hablamos de los derechos humanos, no nos referimos meramente a las necesidades biológicas; más bien queremos dar a entender aquellas condiciones de vida que nos permiten desarrollar y utilizar nuestras cualidades humanas de inteligencia y conciencia, y satisfacer nuestras

necesidades espirituales. Los derechos humanos son fundamentales para nuestra naturaleza; sin ellos no podemos vivir como mejores seres humanos.

Puede hablarse de los derechos fundamentales del hombre en un sentido teórico, de fondo o en un sentido de positiva vigencia.

a) Noción Teórica:

“Se llaman derechos humanos aquellos derechos fundamentales a los que todo hombre debería tener acceso en virtud puramente de su calidad de ser humano y que por tanto toda sociedad debe garantizar a sus miembros”.³¹

b) Noción Positiva:

Los derechos humanos son los reconocidos como tales a través de un ordenamiento jurídico estimado en su totalidad normativa. “Los derechos fundamentales vienen a ser, de un modo especial, los constitucionalmente enunciados como tales, o lo que es igual, los dotados de las amplias garantías que ofrecen los textos constitucionales”.³²

³¹ NORIEGA, Alfonso. La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917. Editorial UNAM. P. 111.

³² TOBEÑAS, José. Los Derechos Humanos. Editorial Reus, S.A. Madrid, España 1985. P. 13.

Es convención aceptada que al hablar de Derechos Humanos y Democracia, se tome como referencia histórica y teórica a la Revolución Francesa que estalló en 1789. Son muchos los tratadistas que coinciden en esta apreciación. Norberto Bobbio, entre ellos sostiene: "La Revolución Francesa ha sido a lo largo de los últimos dos siglos el modelo ideal para todos aquellos que combatieron por la propia emancipación del pueblo. Fueron a principios del año 1789, los que constituyeron, para bien o para mal, un referente obligado para los amigos y los enemigos de la libertad invocados por unos, criticados por otros".³³

Los derechos humanos o derechos del hombre son derechos fundamentales que el hombre posee por su condición humana, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que deben ser consagrados y garantizados por la sociedad política.

CONCEPTOS E IMPORTANCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Derechos Humanos, concepto impreciso, aunque diversos autores han enfocado sus conocimientos y estudios a ellos, por lo que en el presente trabajo, se tomarán como punto de partida algunos conceptos de connotados tratadistas; siendo importante señalarlos, en virtud de ser el concepto de Derechos Humanos una idea expresada en la exigencia del

³³ "Derechos Humanos y Democracia". José Fernández Santillán. "Este País". Revista Mensual. No. 59. Febrero 1996. P. 30.

respeto irrestricto del Estado a la Libertad e igualdad de la persona. Por lo que comenzaremos con mencionar el concepto que de ellos, da el Tratadista Rodríguez y Rodríguez definiéndolos como el: "conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todos ellos, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente".³⁴

Margarita Herrera establece que los Derechos Humanos son: "El conjunto de derechos básicos, esenciales, fundamentales de que todo ser humano debe gozar, para alcanzar un desenvolvimiento adecuado y llevar una existencia digna".³⁵

Los Derechos Humanos son esenciales porque son derechos inherentes a todos los hombres por lo que tienen las características de ser permanentes, por otro lado el término de garantía indica que los derechos humanos se encuentran resguardados, protegidos, salvaguardados por un instrumento eficaz, que el mismo texto fundamental establece como es el juicio de amparo, debemos decir que los derechos humanos no son garantías sino derechos garantizados.

³⁴ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jorge. Derechos Humanos. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México 1989. P. 1063.

³⁵ HERRERA, Margarita. Manual de Derechos Humanos. Op. Cit. P. 5.

José Tobeñas define a los derechos humanos como: “aquellos derechos fundamentales de la persona humana considerada tanto en su aspecto individual como comunitario, que corresponden a éste por razón de su naturaleza y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder y autoridad y toda norma jurídica positiva”.³⁶

Tobeñas señala que a estos derechos también se les suele denominar como derechos originarios, este calificativo se usa para contraponerlos a los derechos adquiridos o derivativos, queriendo significar que los primeros aparecen con el hombre, sin requerir ninguna otra condición, mientras que los segundos para existir concretamente requieren de un acto previo.

Por su parte, el estudioso de Derecho Carlos R. Terrazas opina que los derechos humanos son: “Las facultades que se reconocen como exigencias inherentes a la dignidad del hombre, como derechos que deberán ser proclamados y garantizados por el ordenamiento jurídico positivo”.³⁷

Añadiendo que la manera hasta ahora más acertada para referirnos a estos derechos es la de Derechos Humanos Fundamentales, ya que con ella se quiere manifestar que toda persona posee unos derechos y que estos deben ser reconocidos y garantizados por el derecho y por el poder político,

³⁶ TOBEÑAS, José. Los Derechos Humanos. Op. Cit. P. 13.

³⁷ TERRAZAS R., Carlos. Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México. 2ª edición. Editorial Porrúa. México 1991. P. 25.

sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural, etc.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos define a estos como: "Conjunto de facultades que en cada situación y momento histórico concretan las exigencias de la dignidad humana de acuerdo con las particularidades del hombre con respecto a sus formas de ser y de estar en el mundo".³⁸

De lo anterior, se desprende que los derechos humanos tienen importancia porque son el reflejo del esfuerzo del hombre, después de una serie de luchas y sufrimientos por llegar a obtener el respeto a su integridad, constituida por derechos inherentes al mismo, siendo estos, la medida social de la condición humana, ya que el hombre ha luchado y aún muerto por el sólo hecho de que sus derechos se encuentren plasmados en las Cartas Rectoras de nuestro desarrollo como pueblos; las Constituciones. Siguiendo así un camino desde los derechos individuales hasta llegar a los derechos universales.

³⁸ COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Manual de Derechos Humanos del Interno en el Sistema Penitenciario Mexicano. México 1995. P. 9.

CAPITULO III

OBLIGACIONES QUE NACEN DE LA FECUNDACION ARTIFICIAL PARA LOS CONTRATANTES

Para determinar ciertamente las obligaciones que nacen al celebrar en sentido amplio un Convenio respecto de la Fecundación Artificial, es necesario, principalmente determinar lo que en derecho, tanto doctrinariamente como en la legislación que nos rige deberá entenderse como obligación.

Obligation est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura. “La obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad”; partiendo de los conceptos del derecho Romano, en la actualidad los autores no difieren mucho en sus definiciones, decidiendo pues para el presente estudio adoptar la definición del Tratadista Borja Soriano a la cual llego con posterioridad al análisis de las definiciones establecidas por diversos autores: “Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas llamada deudor queda sujeta para con otra llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor”.

De la anterior definición encontramos tres elementos fundamentales para que un hecho o acto que se realice por parte de dos personas con carácter recíproco, se considere una obligación para el derecho.

3.1 Elementos de la Obligación

Primer elemento; los sujetos, para efecto de llegar a lo que consideramos una obligación dentro del derecho es menester la ingerencia cuando menos de dos personas un sujeto activo, véase como acreedor y un sujeto pasivo, ugr. deudor, ya que pueden existir dos o más personas que ocupen el lugar ya sea de sujeto activo o de sujeto pasivo dentro de una relación jurídica, considerando de suma relevancia el que exista por lo menos dos personas, ya que en caso de que solo hubiese una de ellas, estaríamos en el campo de la moral y no del derecho en virtud de que un sujeto no puede imponerse obligaciones a sí mismo.

De igual forma para que podamos considerar un hecho o acto que se realice por parte de dos sujetos, con el carácter de obligación es necesario que exista la relación jurídica entendiéndose por esto que aquel hecho o acto realizado entre los sujetos se encuentre protegido y tutelado por el derecho objetivo y como consecuencia le de al acreedor una acción que ejercitar ante el Juez o tribunal para obtener la prestación objeto de la obligación o su equivalente, diferenciándose de las obligaciones de carácter moral o de trato social, esto es, que el Sujeto A se obliga a transmitir la

propiedad de X, al Sujeto B, mediante contrato de Compraventa y a su vez el Sujeto B se obliga a pagar al Sujeto A la cantidad y en contraprestación, a un plazo determinado, en el supuesto de que cualquiera de los dos sujetos fuera omiso en cuanto al cumplimiento de la obligación contraída, aquel podrá reclamar ante los tribunales el cumplimiento de ésta, lo que no sucede en el caso concreto de una cita a la que se comprometieron dos personas a estar presentes y una de ellas falta a la misma.

Otro elemento es el objeto de la obligación, el cual debe ser considerado como el Segundo elemento indispensable para que exista una obligación de carácter jurídico, que deberá entenderse como una prestación o una abstención, y esto se transforma a aquello que puede exigir el acreedor del deudor, pudiendo ser un hecho positivo, como la ejecución de un trabajo o la entrega de un dinero (hacer o dar) o un hecho negativo es decir una abstención, (artículo 1824 del Código Civil vigente para el Distrito Federal), sin embargo los autores de la Doctrina Clásica del Patrimonio sostienen que otra de las condiciones que debe llenar el objeto de la obligación es que este sea apreciable en dinero, el acreedor debe tener un interés de esta naturaleza en el cumplimiento de la obligación y no solo un interés de afección; por el contrario otros Tratadistas como Jhering y Windscheid, sostienen que no toda obligación debe tener un valor patrimonial. La promesa debe tener un interés para aquél a quien se hace aunque este interés no debe ser de naturaleza primordial, por ejemplo, una persona desea divertirse en un baile y para el efecto contrata a unos

músicos para que toquen en él. Castán Tobeñas, dice que las obligaciones siempre han estado comprendidas en el derecho patrimonial; así pues la prestación que constituye su objeto debe tener valor económico, debe ser valuable en dinero; esto no significa que la prestación debe consistir siempre para el acreedor en un aumento efectivo de sus bienes económicos, si no que basta con que el objeto pertenezca a la esfera patrimonial que sea susceptible de obtenerse con dinero, no siendo necesario que el interés del acreedor sea de carácter patrimonial, pudiendo serlo en consecuencia de naturaleza moral o de afección. Hay, pues, que distinguir el interés que el acreedor tiene en obtener la prestación, de la prestación misma que debe ser de tal naturaleza que en caso de incumplimiento se pueda condenar al deudor al pago de su equivalente económico.

Ahora bien en los métodos de Fecundación Artificial que hemos visto en el capítulo I de la presente investigación, podemos distinguir diferentes condiciones tanto para el sujeto activo como para el sujeto pasivo de la "Obligación" contraída por las partes.

Sin embargo, por lo que hace a los otros dos elementos de la obligación, encontramos problemas al respecto ya que como ha quedado establecido la obligación para poder ser considerada como tal debe en un momento determinado poderse exigir ante los tribunales, condición que se da cuando el hecho o la circunstancia generadora de la obligación se

encuentra tutelada por el derecho, lo que en el presente no existe ya que de el análisis de las legislaciones actuales se desprende la carencia de reglamentación respecto de las inseminaciones ya sean heterólogas, homólogas o bien in vitro. El otro elemento y que consideramos de mayor relevancia para el estudio que efectuamos, se refiere en concreto a la relación patrimonial, que debe ostentar el objeto materia de la obligación, ya que como hemos visto el objeto debe tener una representatividad económica para que en el supuesto de incumplimientos en los casos en que el deudor no puede por condiciones ajenas a éste dar cumplimiento a la obligación contraída, el acreedor pueda recibir en compensación el valor aproximado, económicamente hablando de aquel objeto de dicha obligación; lo anterior se acentúa más si tomamos en consideración que nuestro Código Civil tiene su antecedente en los Códigos de 1870 y 1884, que en sus artículos 1423 y 1306, respectivamente, decían: "Son legalmente imposibles: 2o.- Las cosas o actos que no se pueden reducir a un valor exigible", lo que en consecuencia, la doctrina y la interpretación judicial de la norma, estimó que si la obligación no tenía un contenido pecuniario, no era obligación jurídica, ahora bien el Código Civil de 1884 no fue abrogado por el Código Civil vigente de 1928 y por lo mismo el texto anterior se podrá aplicar en lo que no se oponga al nuevo Código.

3.2 Convenio de Fecundación Artificial

Es necesario para una mejor comprensión del tema de la celebración de un convenio de Fecundación Artificial, 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".

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 derivada una tercera acepción que abarca la función negativa a que hemos hecho referencia y es la de “Convenio Strictu Sensu” que va a tener por 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 los convenios 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”.³⁹

³⁹ MACEDO, Pablo. El Código Civil de 1870, su importancia en el Derecho Mexicano. 2ª edición. Editorial Porrúa. México 1977. P. 24.

Ripert 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".⁴⁰

3.2.1 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:

- a) El consentimiento o acuerdo de voluntades
- b) El objeto

y excepcionalmente se integra la solemnidad, como elemento de existencia, aún cuando este elemento no siempre es esencial; ya que el mismo solo eleva el rango de existencia del contrato.

Respecto al consentimiento 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 privados de tal contrato, deben estar conformes

⁴⁰ RIPERT GEORGE, Y BOOLANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. T. IV. 10ª edición. Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina 1964. P. 162.

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 tutela 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 celebran un contrato laboral por alquilar un útero, o proporcionar el semen para que un óvulo quede fecundado, debemos recordar que nuestra Legislación Laboral admite la realización de Contratos de Trabajo por menores de edad, siempre que ya hubieran cumplido los 14 años, edad mínima límite para que se autorice el trabajo de un menor.

El otro requisito legal del contrato, consiste en que el objeto del contrato pueda ser posible, se da en el caso de los contratos de Fecundación 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 Fecundación Artificial en sí siempre es lícita, ya que no va en contra del orden público ni de las buenas costumbres).

Ahora bien cuál 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 fecundación se han celebrado dentro del cuadro que se designa como contratos innominados.

Al respecto señala Quiles:

“Aunque pudiese sostenerse que pese a dichas características el contrato de Fecundación Artificial no constituye realmente un contrato de trabajo, nos encontramos entonces, frente a un contrato innominado en que “sólo algunos elementos serán extraños a los comunes del contrato de trabajo”, pero entonces deberá 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 Fecundación 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 válidas de la relación laboral”.⁴¹

Consideramos que llamarlos innominados no es, actualmente lo correcto. Los contratos innominados son aquéllos que, aun cuando reciban

⁴¹ QUILES, Ismael. La Persona Humana. 2ª edición. Editorial Espasa-Calpe. Buenos Aires, Argentina 1992. P. 173.

un nombre específico (en el presente caso sería posiblemente el de contratos de Fecundación), 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 entre los más interesantes problemas que la ciencia jurídica ha planteado y discute en estos últimos tiempos, figura el de los contratos llamados mixtos, que puede formularse así: supuesta la posibilidad de que la voluntad humana dé vida a fórmulas contractuales que la ley no contemple, que no parezcan 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.

Es además bilateral, porque en los contratos celebrados entre el donante y el receptor se dan obligaciones recíprocas para las partes.

Es también conmutativo y en ocasiones aleatorio, pero en ambos casos será oneroso.

Finalmente, cuando la existencia del donante y receptor profesional es un hecho, nacerá la contratación de los mismos desde el punto de vista legal. No cabe duda que se tratará de nuevas relaciones, nacidas de la convivencia humana y que, naturalmente, harán nacer nuevas normas jurídicas, hasta que, por su multiplicación y especialización, lleguen a formar una rama específica del derecho. Pero en la actualidad, las partes de este contrato no están protegidos por normas especiales. Apenas se empieza a manifestar entre los juristas un deseo de formar la nueva rama del derecho, y, sin embargo, la sociedad tendrá la obligación de proteger debidamente a esos profesionales, en la práctica de un ejercicio del cual depende su supervivencia económica. Así, hasta en tanto aparezca el derecho de Inseminación como rama autónoma, deben protegerse estas relaciones, por lo cual han surgido los diversos criterios sobre cuál debe ser la ubicación de tales protecciones, que no pueden ser otras que su contratación.

Así, unos juristas opinan que el contrato que celebra el donante con el receptor o inversamente, debe mantenerse dentro del derecho civil, entre la inmensa gama de los contratos innominados; y otro grupo, también numeroso, pretende que la contratación debe ser regida por el derecho del trabajo.

3.3 Elementos Formales

El Código Civil en vigencia los establece en el artículo 1795, y esta norma interpretada a Contrario Sensu exige estos:

- a) Capacidad;
- b) Exenta de vicios la voluntad de las personas;
- c) Objeto, motivo o fin lícito;
- d) Forma que exija ley para externar la voluntad.

El contrato puede ser invalidado:

- a) Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- b) Por vicios del consentimiento;
- c) Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito.
- d) Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

Respecto a la capacidad en forma genérica es la aptitud legal para ser sujeto de derechos y de obligaciones y hacerlos valer, la capacidad va a ser la regla general y la incapacidad la excepción, por lo que en principio todas las personas son capaces, exceptuando aquellas que así lo determine la ley, por lo que cualquier persona podrá contratar si no es declarada incapaz por la ley.

Cabe hacer mención que la capacidad tiene dos acepciones básicas, que encuentran fundamento en el artículo 450 del Código Civil vigente interpretado a Contrario Sensu, y estas son:

- 1.- Capacidad de Goce, y
- 2.- Capacidad de Ejercicio.

La capacidad de goce, la tienen todos los individuos y consiste en la aptitud legal para ser sujeto de derechos.

La capacidad de ejercicio, la tienen todas aquellas personas que llenan ciertos requisitos determinados por la Ley, y consiste en la aptitud jurídica para ejercitar los derechos que se tengan y para asumir obligaciones jurídicas.

La capacidad es la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida.

Ausencia de Vicios y Consentimientos

Anteriormente se expresó que el acuerdo de voluntades era indispensable para la celebración de un contrato constituyendo el consentimiento, pues si bien se ratifica el carácter necesario del mismo,

también se establece que es indispensable que las voluntades que concurren a la formación del consentimiento no estén viciadas, ésto es, que al momento en que se manifiesten las voluntades no se haga en forma incompleta o defectuosa.

Así es como el artículo 1812 del Civil establece: "El consentimiento no es válido, si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo", en este sentido el acuerdo de voluntades que así se haya manifestado traerá consigo la anulación del contrato.

Generalmente se han establecido como vicios del consentimiento los que establece el Código Civil en su articulado que va del artículo 1812 al 1823, y que resumiendo son los siguientes:

- a) Error;
- b) Violencia;
- c) Dolo o mala fe.

Algunos autores incluyen dentro de éstos a la lesión, prevista por el artículo 17 del Código Civil, la cual trae como consecuencia la rescisión del contrato o la reducción de la obligación del que se ve afectado.

A) El Error.- En términos generales "Es una creencia sobre algo del mundo exterior que está en discrepancia con la realidad o bien es una falsa o incompleta consideración de la realidad".⁴²

En forma concreta el error es la incongruencia de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas, ésto es, un falso concepto de la realidad.

Del estudio de los artículos 1813 y 1815 del Código Civil se desprende que existen tres tipos de error:

- a) Error de derecho
- b) Error de hecho
- c) Error de cálculo

"a) Error de Derecho.- Tiene lugar cuando se desconoce el alcance o interpretación de una norma jurídica originando la invalidez del contrato, siempre y cuando recaiga sobre el motivo que lo determinó a contratar".

"b) Error de Hecho.- Dentro de este tipo de error se establecen tres categorías.

"c) Error de Cálculo.- También se conoce con el nombre de error de aritmética, carece de relevancia para la validez del contrato, dando lugar

⁴² GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Op. Cit. P. 273.

simplemente a una operación de rectificación y nunca a la nulidad, al respecto el artículo 1814 del Código Civil establece que “El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique”.⁴³

B) **Violencia.-** La violencia o intimidación consiste en una presión física o moral que se ejerce sobre una persona para decidirla a realizar un acto, que en otras circunstancias no lo realizaría.

Por su parte el artículo 1814 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice que “Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas, que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.

De lo anterior se desprende que la violencia puede ser:

Física.- Que se traduce en presiones a nivel orgánico; o

Moral.- Refiriéndose a posibles amenazas o amagos en contra de las personas antes mencionadas que importen peligro de perder la vida, la honra, la salud, o parte de su patrimonio.

⁴³ Ibidem. P. 284.

A este respecto existe una excepción conocida con el nombre de "Temor Reverencial" prevista por el artículo 1820 del Código en cita, que consiste básicamente en el temor que puede tener uno de los contratantes en desagradar a alguien si no realiza determinado acto, sin que para esto haya mediado apresión de algún tipo. Ya que del análisis de la Ley se desprende que es indispensable para que se integre este vicio del consentimiento que se actualice en forma real una presión de tipo físico o moral (amenazas) en contra de alguno de los contratantes, no importando quien sea el sujeto activo de dicha presión, integrándose esto, la parte afectada podrá solicitar la anulación del acto.

C) Dolo.- Consiste en una conducta falta de providad seguida por una de las partes o por un tercero con conocimiento de ésta para engañar a su contraparte".⁴⁴

"Desde el Derecho Romano se han distinguido dos tipos de Dolo, el primero conocido como Dolo Bueno consistente básicamente en la exaltación de las características de algún producto sin que se influya en forma determinada en la voluntad del que celebra el acto".⁴⁵

Al respecto el artículo 1821 dispone: "Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que

⁴⁴ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. P. 82.

⁴⁵ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Op. Cit. P. 310.

naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo”.

El segundo tipo se conoce como Dolo Malo y es propiamente lo que la Ley establece como “Dolo” consistente en las maquinaciones utilizadas para hacer caer en el error a una persona y obtener su voluntad a efecto de que celebre un contrato, en este sentido y de conformidad con el artículo 1816 del Código Civil se producirá la anulación del contrato, salvo que ambas partes se hayan conducido con dolo al contratar, situación en la que ninguna podrá hacer valer la acción de nulidad.

Mala Fe.- Consiste en evitar que una de las partes se percate de que se encuentra en un error, como establece la parte final del artículo 1815 de la Ley de la Materia, se entiende por Mala Fe “...La disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido”.⁴⁶ El artículo citado es criticable por dos motivos, primero sale sobrando el “una vez conocido”, ya que es imposible que se oculte algo que se desconoce, por lo que en este sentido debería quedar redactado como sigue: “...: y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes”.

En segundo término se critica el artículo porque mezcla el dolo con la mala fe, abarcando como dolo a la mala fe, ya que establece que el dolo

⁴⁶ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa. México 1995.

consiste no sólo en inducir al error a uno de los contratantes (dolo), sino también mantenerlo en él (mala fe), por lo que sería conveniente suprimir "mantener en él" para que en conclusión quedará redactado como sigue: Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir al error a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes.

c) Licitud en el Objeto, Motivo o fin

La licitud en el objeto, motivo o fin se refiere a que ninguno de ellos sea contrario a las leyes del orden público, ni a las buenas costumbres.

Al hablar de licitud en el objeto, se hace entendiendo a éste como prestación, ya que como se analizó en su oportunidad el objeto tiene diversas acepciones. Por lo que entendido el objeto como prestación, el hecho o la abstención no deberán ser contrarios a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.

En relación al motivo o fin determinante de la voluntad, es necesario saber lo que se debe entender por motivo o fin: Va a ser la razón subjetiva que induce a cada una de las partes a la celebración del contrato, en tal virtud puede variar de persona a persona, sin embargo el móvil que tienen las partes al celebrar el contrato no deberá ser contrario a Leyes de Orden Público, ni a las buenas costumbres.

d) Observancia de la Forma

La ley requiere para la validez de ciertos contratos que el consentimiento se manifieste a través de formas determinadas sin las cuales el contrato adolecería de nulidad; así lo establece el artículo 1795 que señala: “El contrato puede ser invalidado, fracción IV porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”.

En términos generales por forma se entiende el conjunto de elementos externos que caracterizan un acto.

Es conveniente recordar lo expuesto en cuanto al criterio seguido por los Códigos de 1870, 1884 y el Código vigente de 1928.

El Código de 1870, sigue la línea consensual, pero empieza a regular ciertas formalidades al hablar de cada contrato en particular.

El Código de 1884, menciona ya como elemento del contrato a la forma.

El Código de 1928, da la fórmula de conciliación perfecta entre forma y consentimiento al establecer en su artículo 1796 que “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley”.

La forma escrita es exigida por la ley para dar mayor firmeza a los acuerdos que se tomen, los que son necesarios conservar en un documento y su materia es económica primordialmente.

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.

3.3.1 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, esto que 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 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 moralmente por su relación con la persona y con su dignidad: Lo que 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).

En caso de las madres subrogadas merece una particular mención, la posibilidad que ofrece 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".⁴⁷

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 egoísmo desenfrenado: una mujer que para 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.

⁴⁷ PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Op. Cit. P. 114.

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 “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 cual, 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 el Derecho puede hacer a esta figura es múltiple; empero la licitud de este "convenio" es evidente, puesto que la cosa objeto de la prestación es una persona humana (el embrión se reduce a una cosa, con contenido patrimonial y objeto).

Existen 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 tercero; estos dos conceptos son violados con los "convenios de inseminación".

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

CAPITULO IV

DERECHOS DEL PRODUCTO DE LA FECUNDACION ARTIFICIAL

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

a) Cada ser humano posee un cuanto tal, personalidad jurídica.

b) Todos los hombres o seres humanos poseen en teoría la misma personalidad jurídica.

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

Así como no existen derechos sin la persona de un titular, tampoco existen personas 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 perenes e

indiscutibles. El orden jurídico ha sido constituido para afirmarlos, y no para crearlos.

La distinción como persona como realidad existente en la personalidad como manifestación de la esencia de aquélla, 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”.⁴⁸

La personalidad jurídica significa ser sujeto de derechos, y expresa, en principio, una aptitud a ser 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 presupuesto de la concreta titularidad de las relaciones, la personalidad corresponde a la capacidad jurídica”.⁴⁹

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

⁴⁸ DE CASTRO, Federico. Derecho Civil de España. T. II. 10ª edición. Editorial Instituto de Estudios Políticos. España 1989. P. 31.

⁴⁹ Ibidem. P. 35.

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

Esta distinción nos permite entender como dos sujetos, teniendo la misma personalidad jurídica, pueden tener distinta capacidad jurídica (piénsese en el caso del menor de edad y del adulto). Es por ésto, 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.

4.1 Derechos Naturales de la persona

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 un sujeto de éste o de aquel derecho, de ésta o de aquella relación, y se podría identificar mejor con 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 destinataria virtual se le reconoce bienes específicos que

le son jurídicamente debidos y garantizados, así como particulares deberes, facultades o poderes.

La capacidad jurídica puede dividirse en capacidad de goce, capacidad de ejercicio. La capacidad de goce es un concepto estático, que se refiere a las expectativas de atribuciones jurídicas o 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 que una personalidad jurídica de una persona física empieza con el nacimiento y termina con la muerte, aunque también existen algunas legislaciones 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 al 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 la personalidad puesto que aún no ha nacido) obliga a los estudiosos a analizar y explicar la cuestión de la personalidad jurídica del concebido.

Ahora bien los Códigos Civiles de nuestro país abordan el tema que nos ocupa en relación con la viabilidad, para determinar a partir de qué 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”. (artículo 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". (artículo 327)

Los comentaristas de este Código reconocen que existen diversos criterios entre jurisconsultos sobre cuándo 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 pareció 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 repite 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 se 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". (artículo 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:

- 1.- El nuevo ser humano entra bajo la protección de la ley.
- 2.- 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 fecundado artificialmente desde el momento de la concepción. Esta afirmación se apoya en las siguientes consideraciones:

a) Sólo una persona puede ser protegida por la Ley.

b) 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.

No es difícil llegar a la conclusión de que el artículo 22 del Código Civil establece tres situaciones:

1.- La primera, es un "Principio General" respecto a la capacidad jurídica de la persona física: inicia con el nacimiento, entendiendo éste en términos jurídicos, es decir, a través del concepto de la viabilidad, y termina con la muerte.

2.- 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 tiene 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 tendría por no nacido"" y por lo tanto sin capacidad para ser sujeto de aquéllos derechos.

3.- 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 viable, 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 o 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 estén 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 aquéllos que no estén 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”. (artículo 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 capacidad 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), pueden 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 citamos 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 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 han 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.

Declaración 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 se 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 del ser humano).

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

4.2 Obligación Correlativa de los Derechos Naturales

Para legislar, en materia civil, consideramos no deben tomarse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, porque hay necesidades ficticias cuya satisfacción acarrearía gravísimos males, porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso descubrir y remediar, porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijados en el porvenir.

Si, el legislador debe tener los ojos puestos en el porvenir es preciso entender que no puede quedarse la labor que apuntamos en la sola etapa de modernización. Debe pensarse en el futuro; deben preverse los conflictos sociales que ya se avisan o que son graves en otros países.

Así el problema de la fecundación artificial en seres humanos, tiene preocupados a los distintos estratos sociales del mundo y de México especialmente lo relacionado con la denominada "Clonación" y si en México el problema aún no aflora, es el momento de dar una serie de principios que sirvan para solucionarlo en cuanto se presente; puede pensarse en este momento sobre las obligaciones que acarrea tal figura jurídica. Es necesario implementar una serie de normas que regulen la Inseminación Artificial en seres humanos, ya aceptándola, ya proscribiéndola o precisando los casos en que se admita o en los que se prohíba; pero es ineludible la necesidad de reglamentar esa materia pues en nuestro país ya se practica a gran escala,

y no así sus efectos tanto en el ámbito obligacional o lo relacionado con los derechos naturales.

4.3 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".⁵⁰

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 estos entido 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.

⁵⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. II. 26ª edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1995. P. 521.

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 éstos 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 aún cuando no sea siempre posible conocer ésta, porque 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, van a constituir hechos jurídicos.

El Tratadista Rojina Villegas al respecto señala: Es necesario hacer la distinción del hecho jurídico de la procreación y el estado jurídico de la filiación, ya que en el primero, el derecho toma en cuenta la paternidad o la maternidad, es decir, el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre o con la madre. En cambio, en el estado jurídico de la filiación se puede partir de este hecho biológico que crea el vínculo de consanguinidad, pero además interviene una situación reconocida por el derecho, que no necesariamente corresponde a la procreación, como ocurre en el reconocimiento del hijo, aún cuando no haya vínculo consanguíneo, o en la filiación adoptiva, en donde expresamente la ley da al adoptado el estado jurídico de hijo, con todos sus derechos y obligaciones, partiendo de que no existe el hecho biológico de la procreación y, por consiguiente, el vínculo de la consanguinidad".⁵¹

⁵¹ Ibidem. P. 602 y Ss.

Sigue diciendo el Jurista "La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa, y por consiguiente, perfectamente conocido. En cambio, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino sólo presumirse. Además, para poder determinar quién es el padre, es necesario conocer quién es la madre. Por lo cual, si la maternidad es desconocida, no se puede investigar la paternidad, porque a través de las madres es como podemos llegar, con ciertos elementos y presunciones, hasta el padre, sin declarar el nombre de la madre, o cuando el hijo aparezca en el Acta de Nacimiento como de madre desconocida y exista el reconocimiento expreso del padre, o a través del juicio de investigación de la paternidad, el juez la declara".⁵²

Ahora bien, dentro de los elementos que conforman la filiación encontramos que los mismos se integran de distinta manera según se trate de establecerla; respecto de la madre o en relación con el padre.

4.4 De la Paternidad

Cuando la filiación se funda en la procreación misma, a su vez tenemos que distinguir el simple hecho como fenómeno aislado, que el derecho toma en cuenta y la situación permanentemente que se desprenderá si el hijo tiene dentro de la familia del padre o de la madre, la calidad de hijo a través del nombre, del trato o de la fama.

⁵² Ibidem. P. 590 y Ss.

Ahora bien, la paternidad no puede ser conocida directamente en forma inmediata porque las relaciones sexuales que hayan podido existir entre un varón y una mujer y que han dado como consecuencia el nacimiento, se encuentran rodeadas de un velo impenetrable; tanto porque aquellas relaciones de las que puede suponerse que han dado lugar al embarazo de la madre se han llevado a cabo en la intimidad, cuanto porque sólo a través de una presunción puede afirmarse verosímilmente que el embarazo de la mujer es obra de un determinado hombre. El hecho constitutivo de la filiación paterna, es decir, la fecundación de la madre sólo puede ser conocida a través de una presunción que el derecho establece, partiendo de ciertos indicios que sin lugar a duda permiten concluir que tal varón es el autor del embarazo de la madre.

Naturalmente que estos casos, sobre todo el reconocimiento de confesión de la paternidad, pueden ser contrarios a la realidad, es decir, un hombre puede atribuir la paternidad de un hijo sin que en realidad lo haya engendrado y la ley da efectos a ese reconocimiento por las obligaciones que le impone a aquel que quiere ser padre. Por ésto, desde el punto de vista doctrinal, debe estudiarse primero la maternidad, para llegar después a la paternidad.

Después de haber probado la maternidad y la paternidad, aún no han quedado integrados todos los elementos necesarios para conocer la filiación porque será necesario demostrar la identidad de la persona que pretende ser

hijo de una cierta mujer o de un cierto hombre: por lo que es preciso comprobar que la persona que ha dado a luz aquella mujer y que ha engendrado determinado varón, es aquella cuya filiación se está tratando de conocer.

4.4.1 Comparación con las Clases de Filiación que contempla el Código Civil para el Distrito Federal

La filiación puede derivar de una relación de descendencia o de la 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 matrimonial, legítima ya derogada, extramatrimonial y adoptiva, según que existe el vínculo del matrimonio entre el padre y la madre de la persona de 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".⁵³

⁵³ Ibidem. P. 592.

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

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 324 establece tras la reforma del 25 de mayo del 2000 lo siguiente:

Se presumen hijos de los cónyuges salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro del matrimonio, y

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la cónyuge. 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:

a) Tiene que haber nacido de una mujer casada, después de contraído el matrimonio, y es necesario que haya nacido durante el matrimonio, empero que dentro de ciertos límites de tiempo puede haber nacido también después de disuelto el matrimonio.

b) El hijo ha de haber sido concebido en el momento de matrimonio o durante el mismo, pero no puede haber sido concebido después de disuelto el matrimonio y hayan transcurrido 300 días o la cónyuge haya contraído nuevas nupcias.

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, sí 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 aquel hombre. A este propósito se ha de decir, en primer lugar, que tal fecundación, si 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 equiparar 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 la 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.

Con motivo de la reforma a la codificación civil para el Distrito Federal de fecha 25 de mayo del año pasado el capítulo III del Título Séptimo que se refiere a la "Paternidad y Filiación" fue derogado en su totalidad; sin embargo, por razones del tema sólo haremos pequeños comentarios a lo que prescribía.

Dentro de la Filiación legitimada, al respecto la misma se conceptuaba 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 corresponden a esta calidad".⁵⁴

La legitimación era un beneficio por el cual se confería ficticiamente el carácter de hijo legítimo, con todas sus consecuencias, a los hijos concebidos fuera de matrimonio. Este beneficio trataba de favorecer tanto a los padres como a los hijos.

⁵⁴ Ibidem. P. 689.

El Código Civil regulaba 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 atribuía la calidad de hijo, la legitimación no tenía una función constitutiva, puesto que la misma precisamente confiere al hijo un status que antes ya tenía, por consiguiente, no tenía eficacia plena.

Los requisitos para que un hijo fuera legitimado. Los artículos 354 al 359 del Código Civil reglamentaba este tipo de filiación y podemos señalar que dichos requisitos eran los siguientes:

a) Que el hijo hubiera nacido antes de la celebración del matrimonio de sus progenitores.

b) Que los progenitores del hijo hubieran contraído nupcias con posterioridad al nacimiento de éste.

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

Afortunadamente el legislador, con atinada visión, pudo advertir que los hijos cualquiera que sea la situación jurídica de los padres, no necesitan ser legitimados por estos, los hijos son legítimos cualquiera que sea el status jurídico de los padres.

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:

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

b) La adulterina.- La filiación natural se llama adulterina cuando el hijo es concebido por la madre estando esta 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.

c) 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 sin 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 fue 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 odiosa, 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 Garfias 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".⁵⁵

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 su imagen y semejanza.

Es un hecho de la naturaleza mediante una acción del hombre, que es la causa productora de derechos y obligaciones, como son los que se

⁵⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 5ª edición. Editorial Porrúa. México 1987. P. 640.

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 y 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 solo tipo de relación entre los progenitores y su descendiente, que es la natural, y que por lo tanto no está 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 restringido, 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 la filiación. En definitiva, el vínculo biológico es eterno y responde a la verdad y autenticidad de una relación natural, ya que siempre subsistirá; 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, 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 restricto y puede tener distinta extensión que el biológico, incluso en materia de filiación. La diferencia de extensión es consecuencia de la calidad del vínculo jurídico, según sea, a su vez, la relación biológica originaria calificada 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 Messineo llama "simetría en la relación paterno-filial". Y aparece en el artículo 1604 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.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El concepto de Fecundación Artificial, ha venido evolucionando con el transcurso del tiempo. A un principio consistía en experimentos con animales y actualmente es uno de los principales recursos con que cuentan las parejas que por alguna problemática no pueden tener descendencia.

SEGUNDA.- Hoy en día acceder a la Fecundación Artificial es un derecho y garantía constitucional establecida en nuestra Carga Magna.

TERCERA.- Es necesario que se establezcan una serie de mecanismos jurídicos que regulen la Fecundación Artificial en México, y que otorguen la facultad o derecho de procrear solamente a quienes sean aptos y responsables para realizar satisfactoriamente dicho acto.

CUARTA.- La familia es la unidad básica de toda sociedad, por lo que el derecho a fecundar artificialmente para asegurar la continuidad de la especie se convierte en factor de consolidación y preservación de la prole.

QUINTA.- La procreación es una garantía constitucional que como tal se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4o., el cual se refiere al derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

SEXTA.- Dada la importancia de la institución de la familia, es necesario crear instrumentos legales que se encarguen de regular todo lo relacionado con la Fecundación Artificial, y sus consecuencias en relación a la filiación y el parentesco en los cuales hasta el momento se es omiso.

SEPTIMA.- El derecho debe reglamentar la comercialización de la reproducción humana, concretamente las fecundaciones artificiales heterólogas. Los experimentos científicos con relación a la Fecundación de la vida humana, deben respetar la naturaleza humana.

OCTAVA.- Existen diversos tipos de Fecundación Artificial, pudiendo ser esta interna o in vitro.

NOVENA.- Consideramos que se debe reglamentar el lucro que se obtiene en una Fecundación Artificial, ya sea proveyendo óvulos o semen o bien vientres que se presten para la fecundación.

DECIMA.- La Fecundación Artificial puede de alguna forma suplir la concepción natural y alterar por consiguiente la relación de paternidad y filiación que actualmente contempla el Código Civil, para el Distrito Federal.

DECIMA PRIMERA.- En nuestra sociedad actual el objetivo fundamental es el bienestar de la familia integral.

DECIMA SEGUNDA.- Concluimos que ambos cónyuges deben participar en la Fecundación Artificial dando su consentimiento para que puedan ser sujetos de cualquiera de las formas de Fecundación Artificial.

DECIMA TERCERA.- Apegándonos a derechos podemos concluir que la Fecundación Artificial es un acto jurídico del derecho de familia y que para realizarse, lógicamente se necesita de los elementos esenciales y de validez.

DECIMA CUARTA.- En virtud de que la Fecundación Artificial es un acto jurídico, es conveniente adecuarlo a la materia familiar, y legislar en relación a la filiación y la paternidad que se genera de dicho acto y por consiguiente garantizar los derechos del producto en la Fecundación Artificial.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ BRAVO, Alfonso. Estudio de la Pareja Estéril. 2ª edición. Editorial Limusa. México 1988.

ANSON, Francisco. Se Fabrican Hombres. 4ª edición. Editorial Rialph, S.A. Madrid, España 1995.

AQUINO, Tomás. La Summa Teológica. 25ª edición. Editorial La Católica. Madrid, España 1985.

ARAYA, José Concepción. Enciclopedia Jurídica OMEBA. T. III. Editorial Ancalo. Buenos Aires 1974.

BILLES, Claudia. Biología. 10ª edición. Editorial Nueva Editorial Interamericana. México 1984.

BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 25ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1993.

CHAVEZ ASENCIO, Manuel. Convenios Conyugales y Familiares. 2ª edición. Editorial Porrúa, S.A. 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 SALVIDEA Y DE MIGUEL, María de Jesús. Protección Jurídica de los Embriones Humanos. Tesis. Escuela Libre de Derecho. México 1990.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. Introducción al Estudio del Derecho Mexicano. 10ª edición. Editorial Esfinge, S.A. México 1994.

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.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 37ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1985.

GRISEZ, Germani. El Aborto. Mitos, Realidades y Argumentos. 9ª edición. Editorial Sígueme. Madrid, España 1988.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5ª edición. Editorial Cajica, S.A. Puebla, México 1978.

HERRERA, Margarita. Manual de Derechos Humanos. Editorial PAC, S.A. México 1989.

LYIONS, Alberto y PETRUCCELLI, Joseph. Historia de la Medicina. T. I. 5ª edición. Editorial Doyma. Barcelona, España 1991.

LLEDO YAGUE, Francisco. Fecundación Artificial y Derecho. 7ª edición. Editorial TECNOS. Madrid, España 1988.

MACEDO, Pablo. El Código Civil de 1870. Su Importancia en el Derecho Mexicano. 2ª edición. Editorial Porrúa. México 1977.

MEAD, Margarita. La Familia Samoana. Coedición Mexicana. Editorial Planeta. México 1985.

NORIEGA, Alfonso. La Naturaleza de las Garantías Individuales en la Constitución de 1917. Editorial U.N.A.M. México 1987.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Editorial Panorama. México 1990.

PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Lecciones de Filosofía de Derecho. 6ª edición. Editorial Jus. México 1970.

QUILES, Ismael. La Persona Humana. 2ª edición. Editorial Espasa-Calpe. Buenos Aires, Argentina 1992.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jorge. Derechos Humanos. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. México 1989.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T. II. 8ª edición. Editorial Porrúa. México 1993.

RIPERT, George y BOOLANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. T. IV. 10ª edición. Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina 1964.

SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 14ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1995.

TERRAZAS R., Carlos. Los Derechos Humanos en las Constituciones Políticas de México. 2ª edición. Editorial Porrúa. México 1991.

TOBEÑAS, José. Los Derechos Humanos. Editorial Reus, S.A. Madrid, España 1985.

VIDAL MARTINEZ, Jaime. Las Nuevas Formas de Reproducción Humana. 5ª edición. Editorial Civitas. Madrid, España 1988.

ZARRALUQUI, Luis. Procreación Asistida y Derechos Fundamentales. 4ª edición. Editorial TECNOS. Madrid, España 1988.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Editorial Sista. México 2001.

CODIGO CIVIL. Para el Distrito Federal. Editorial Sista. México 1994.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO. 54ª edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1986.

LEY GENERAL DE SALUD. Editorial Porrúa, S.A. México 1996.

DECLARACION UNIVERSIDAD DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. 1984.

DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 1959.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. 1966.

CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. 1969.

CARTA DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA. 1983.

NUEVAS REFORMAS A LOS CODIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL AÑO 2000. Gaceta Oficial del 25 de mayo del año 2000.

OTRAS FUENTES

COMISION NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Manual de Derechos Humanos del Interno en el Sistema Penitenciario Mexicano. México 1995.

DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA. José Fernandez Santillán. Este País. Revista Mensual No. 59. Febrero 1996.