



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

“PROPUESTA PARA REGULAR EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

DULCE ANABEL GARCÍA GONZÁLEZ

ASESOR: JESÚS VILCHIS CASTILLO



CIUDAD UNIVERSITARIA JULIO 2005

m348719



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/4/07/05/34

ASUNTO: Aprobación de Tesis

**SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .**

La alumna **DULCE ANABEL GARCÍA GONZÁLEZ**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. Jesús Vilchis Castillo, la tesis denominada **"PROPUESTA PARA REGULAR EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL"** y que consta de 248 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado receptor en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F. 4 de Julio de 2005


LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGAS'egr.

México, D.F. a 30 de junio del año 2005.

LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS,
DIRECTOR DEL SEMINARIO DEL DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E:

Fui autorizado para dirigir y revisar el trabajo intitulado: "PROPUESTA PARA REGULAR EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL", mismo que fue elaborado por la alumna: DULCE ANABEL GARCÍA GONZÁLEZ, el cual a mi consideración ha sido una investigación seria, con la bibliografía adecuada, por lo que considero, reúne los requisitos legales y formales que exige el Reglamento de Exámenes profesionales.

Después de haber revisado el trabajo en cuestión y aprobado las correcciones realizadas a dicha investigación, le solicito tenga a bien aprobarla y autorizar su impresión, salvo su docta opinión al respecto.

Por lo anterior, le agradezco las atenciones que se sirva prestar a la portadora de la presente, manifestándole la más alta y distinguida consideración de mi persona.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"



LIC. JESÚS VILCHIS CASTILLO.

***A DIOS, por regalarme
el don de la vida y por sus
infinitas bendiciones,
alegrías y tristezas.***

***A mis PADRES Toño y Gelos,
por su amor, comprensión, respeto
y apoyo en todas y cada una de las
etapas de mi vida, gracias por brindarme
las bases para mi desarrollo personal
y profesional.***

***A mis hermanas Sandra y Rosalinda,
por su presencia en mi vida,
gracias por los momentos compartidos.***

***A mis sobrinos Andrea y Andrés,
quienes con su existencia, me dan un motivo
para vivir y luchar día con día.***

***A mis abuelos, tíos, primos y sobrinos,
por motivar mi superación.***

***A mis amigos, en especial al Lic. Salvador
Avendaño Nava, por ser una parte
importante en cada uno de los momentos de mi vida.***

***A todas las personas que con su apoyo,
compañía y cariño, han hecho posible
la culminación de esta meta.***

***A mis compañeros de trabajo,
por su amistad, apoyo y enseñanzas.***

***A la Universidad Nacional Autónoma de México,
por brindarme la oportunidad de formarme
profesionalmente, perteneciendo a esta gran institución.***

***A la Facultad de Derecho y a mis profesores,
por transmitir sus conocimientos
y permitirme lograr una formación académica.***

PROPUESTA PARA REGULAR EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO 1. CONCEPTOS GENERALES.

1.1	CONTRATO.....	1
1.1.1	Concepto.....	1
1.1.2	Elementos de integración.....	5
1.1.2.1	Esenciales.....	5
1.1.2.2	Validez.....	20
1.1.2.3	Accidentales.....	48
1.2	CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.....	54
1.2.1	Concepto.....	54
1.2.2.	Derechos y obligaciones de las partes.....	56
1.3	SUBROGACIÓN.....	65
1.3.1.	Concepto.....	65
1.3.2.	Tipos.....	71
1.4	MATERNIDAD.....	74
1.4.1.	Concepto.....	74
1.4.2.	Especies.....	78
1.5	TÉCNICAS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA.....	81
1.5.1.	Reproducción <i>in vitro</i>	84
1.5.2.	Inseminación artificial.....	87
1.5.3.	Arrendamiento de útero o maternidad subrogada.....	91
1.5.3.1	Madres de alquiler a través de fertilización <i>in vitro</i>	96
1.5.3.2	Madres de alquiler a través de gestación con óvulos del donante.....	97

CAPÍTULO 2. LA MATERNIDAD SUBROGADA.

2.1	Antecedentes históricos.....	99
-----	------------------------------	----

II

2.2	Ausencia de disposiciones legales.....	110
2.2.1.	Contrato innominado y atípico.....	110
2.2.2.	Contrato de arrendamiento.....	115
2.2.3.	Partes en el contrato.....	117
2.2.4.	Derecho a la reproducción.....	119
2.2.5.	Naturaleza jurídica de dicha figura.....	127
2.3	Cumplimiento de obligaciones.....	132
2.4	Reparación del daño por incumplimiento.....	138
2.5	La filiación.....	146
2.6	Impugnación e investigación de la maternidad.	157

CAPÍTULO 3. MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE MATERNIDAD.

3.1	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	166
3.2	Código Civil para el Distrito Federal.....	171
3.3	Otras disposiciones legales.....	197

CAPÍTULO 4. PROPUESTA DE LA SUSTENTANTE.

4.1	Conveniencia de determinar y regular dicha figura.....	220
4.2	Regulación en materia de maternidad subrogada.....	227
4.3	Texto de la propuesta planteada.....	232
4.4	Viabilidad de dicha propuesta.....	236

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

En la actualidad, se han suscitado diversos avances científicos y tecnológicos que han repercutido favorablemente en el desarrollo del ser humano, sin embargo, al no encontrarse regulada su aplicación y el uso de dichos avances, nos encontraríamos en muchas ocasiones en la grave problemática de utilizar la ciencia para fines no adecuados.

En este sentido, es necesario que la ciencia jurídica evolucione a la par, con los diversos cambios a los que la sociedad actual se enfrenta.

Uno de esos avances científicos lo es sin duda alguna, el empleo de las técnicas de reproducción asistida, las cuales ofrecen la posibilidad de que todas las personas puedan ejercer su derecho a reproducirse y poder dar forma al núcleo principal de nuestra sociedad, como lo es la familia.

La problemática que en este trabajo se plantea, consiste en exponer la conveniencia de legislar el uso de las técnicas de reproducción asistida, particularmente el uso de la maternidad subrogada o arrendamiento de útero.

En el primer capítulo, estudiaremos diversos conceptos generales, necesarios para una mejor comprensión del tema a tratar, tales como contrato, contrato de arrendamiento, subrogación, maternidad, técnicas de reproducción asistida.

En un segundo capítulo, nos adentraremos en el estudio de la maternidad subrogada, señalando los antecedentes históricos de dicha figura, sus generalidades y naturaleza jurídica, así como abordaremos diversos conceptos jurídicos que guardan una estrecha relación con la figura de la maternidad tales como la filiación.

En el tercer capítulo del presente trabajo, expondremos los diversos ordenamientos jurídicos de nuestro país, que regulan el concepto de maternidad .

Por último, en el cuarto capítulo se presentará la propuesta de regular el contrato de maternidad subrogada o arrendamiento de útero en nuestra legislación actual, así como los procedimientos necesarios para que dicha figura sea regulada por las autoridades competentes.

CAPÍTULO 1. CONCEPTOS GENERALES

1.1. CONTRATO

1.1.1. CONCEPTO

En este trabajo, analizaremos en forma deductiva los conceptos generales para poder adentrarnos en el tema de estudio, por lo que el conocimiento del contrato en general resulta de gran utilidad, para lo que nos apoyaremos en las muy diversas aportaciones a este respecto que grandes estudiosos de la materia han elaborado, lo que se analiza en las siguientes líneas.

De acuerdo con el maestro MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ *"el contrato es una especie de convenio. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones. Ahora bien, los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Por exclusión, los que modifican o extinguen derechos y obligaciones se llaman convenios en sentido estricto... El contrato como todo convenio es un acto jurídico, una manifestación exterior de voluntad tendiente a la producción de efectos de derecho*

sancionados por la ley. Al consistir en una doble manifestación de voluntad, la de ambos contratantes que se ponen de acuerdo, es un acto jurídico bilateral o plurilateral: su integración y existencia depende forzosamente de la concertación de dos o más voluntades jurídicas, lo que en derecho se conoce como el consentimiento.¹

En este mismo sentido, el maestro FRANCISCO M. CORNEJO CERTUCHA nos dice que "el contrato es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo, tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada".²

Mientras que encontramos al maestro emérito IGNACIO GALINDO GARFÍAS, quien nos dice que "por contrato entiende la doctrina el vínculo jurídico que nace del consentimiento o acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear derechos y obligaciones coercibles, vínculo por virtud del cual el acreedor o acreedores están facultados para exigir el cumplimiento de lo pactado en ese negocio jurídico... En el contrato

¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, 5a. ed., Edit. Oxford, México, 1999, pp. 26-27.

² INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Edit. Porrúa-UNAM, México, 1998, p. 831.

intervienen dos o más personas declarando voluntades coincidentes entre las partes a fin de crear derechos y obligaciones de contenido económico, por lo que el contrato tiene uno o varios fines patrimoniales y así se distingue de los demás acuerdos de voluntades o convenios de contenido extrapatrimonial... Es pues el contrato un convenio que nace del consentimiento de las partes para crear o transmitir en ellas derechos y obligaciones al propósito de alcanzar una finalidad económica... Habremos de agregar que este acuerdo de voluntades tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones entre los contratantes. Las partes quedan vinculadas entre sí y existe en el contrato una especie de sujeción al deudor o deudores, frente al acreedor o acreedores, quienes están jurídicamente facultados para exigir de aquéllos el cumplimiento de lo convenido en el acuerdo de voluntades. Si es necesario, esa exigencia del cumplimiento pueda hacerla efectiva el acreedor, por medio de una acción judicial, que por su naturaleza misma, es coercible. Quiere decir que el deudor remiso puede ser obligado a ejecutar su promesa, aun por medio de la fuerza pública, mediante la intervención del poder judicial... En resumen, en el contrato encontramos: a) el acuerdo de voluntades; b) la creación de relaciones jurídicas individualizadas y coercibles. Gracias al reconocimiento y a la sanción que el Derecho Objetivo (la ley) atribuye a

se consentimiento otorgado, adquiere dicho pacto o convenio la fuerza coactiva para su cumplimiento."³

Por otra parte, los maestros ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ y SERGIO T. AZÚA REYES son muy concretos establecen respectivamente que "contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones."⁴ Mientras que el segundo de los antes citados menciona que "contrato es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones."⁵

Ahora bien, nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1793 establece que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. En este sentido, un contrato es un acuerdo de voluntades que sirve para crear o transmitir derechos y obligaciones (producción de consecuencias de Derecho).

Como podemos apreciar, el tema en cuestión, resulta debidamente analizado y explicado tanto por los tratadistas como por la legislación, por lo que nos quedamos con el concepto sencillo y tradicional, apegado al derecho positivo que establece que el contrato es el convenio que

³ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Teoría de las Obligaciones, Edit. Porrúa, México, 2000, pp. 35-36.

⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 12a. ed., Edit Porrúa, México, 1998, p. 217.

⁵ AZÚA REYES, Sergio T., Teoría General de las Obligaciones, 2a. ed., Edit. Porrúa, México, 1997, p. 48.

produce o transfiere obligaciones y derechos, en el que una persona recibe el nombre de acreedor y la otra el nombre de deudor y esta obligación es coercible por haber nacido de la voluntad de los contratantes.

1.1.2. ELEMENTOS DE INTEGRACIÓN

1.1.2.1. ESENCIALES

Teniendo un claro concepto de lo que se debe entender por contrato, ahora es necesario analizar los elementos con los que se integra, que estos a su vez se dividen en esenciales y accidentales, por lo que daremos a continuación estudio a los elementos esenciales del contrato.

Los elementos esenciales, que también se conocen como elementos de existencia de los contratos, se encuentran contemplados en el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal, y este precepto legal nos dice que son dos: el consentimiento y el objeto.

Estos elementos se denominan esenciales o de existencia porque si falta uno de ellos, el contrato ya no existe como tal. En este sentido, de acuerdo con el maestro BEJARANO SÁNCHEZ, la falta de la voluntad exteriorizada

(consentimiento) o del objeto posible, provocan la inexistencia del contrato, el cual no nace y por consiguiente no produce sus efectos esperados.⁶

A sabiendas que, la falta de alguno de los elementos esenciales o de existencia del contrato, produce su inexistencia y nulidad absoluta, ahora analizaremos en que consiste cada uno de estos dos elementos esenciales o de existencia del contrato.

Por lo que respecta al consentimiento, el autor LISANDRO CRUZ PONCE establece que *"es el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal en la celebración de cualquier convenio o contrato... El consentimiento es un requisito de existencia del contrato, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1794 y 2224 del Código Civil. Si no existe consentimiento, no habrá contrato... El consentimiento nace en el instante en que legalmente se produce el acuerdo de voluntades de las partes que intervienen en una relación jurídica en formación, o sea, cuando coinciden entre sí las voluntades individuales, de cada uno de los interesados."*⁷

⁶ Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, op. cit., pp. 43-44.

⁷ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., p. 779.

Mientras que el maestro JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO, explica al consentimiento como "el acuerdo de voluntades respecto a un objeto común que consiste en producir consecuencias jurídicas que son la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones... El consentimiento es un elemento de naturaleza psicológica que consiste en el encuentro de dos voluntades que se complementan recíprocamente para alcanzar un fin que les es común."⁸

De acuerdo con el maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS, "el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones. En los convenios, lato sensu, el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos. Todo consentimiento, por tanto implica la manifestación de dos o más voluntades, y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico. Si existe la manifestación de voluntades, pero no existe el acuerdo, no hay consentimiento; si existe esa manifestación y se llega a un acuerdo, pero no se trata de un punto de interés jurídico, tampoco hay consentimiento; dos personas manifiestan su voluntad para ocurrir a una cita y se ponen de acuerdo en día, hora y lugar. Este concurso de voluntades que no tiene interés jurídico, no se llama consentimiento. Se requiere, pues, el concurso

⁸ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, 8a. ed., Edit. Porrúa, México, 2001, p. 25.

de voluntades a efecto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, para que jurídicamente se integre este elemento en el contrato o en el convenio."⁹

Y para el maestro ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, "el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción de efectos de Derecho y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación interior, o dicho en una forma más amplia, que sirve para el contrato y el convenio: ES EL ACUERDO DE DOS O MÁS VOLUNTADES QUE TIENDEN A CREAR, TRANSFERIR, CONSERVAR, MODIFICAR O EXTINGUIR, EFECTOS DE DERECHO, Y ES NECESARIO QUE ESAS VOLUNTADES TENGAN UNA MANIFESTACIÓN EXTERIOR."¹⁰

El maestro SERGIO T. AZÚA REYES señala que el autor LUIS MUÑOZ "define el consentimiento diciendo que es integración de voluntades de las partes complementarias y de diverso contenido, y cuyas declaraciones o manifestaciones se implican mutuamente, por lo que la una sin la otra carece jurídicamente de valor."¹¹

⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Obligaciones, 5a. ed., Porrúa, México, 1985, p. 271.

¹⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, op. cit., p. 249.

¹¹ AZÚA REYES, Sergio T., Teoría General de las Obligaciones, op. cit., p. 62.

Desde el punto de vista del maestro MANUEL MOGUEL CABALLERO, "el consentimiento jurídico es el acuerdo de voluntades sobre un objeto de derecho... AUBRY Y RAU, invocados por PLANIOL Y RIPERT, dicen que es el acuerdo de dos o más personas sobre el objeto de interés jurídico; para BONNECASE es el acuerdo constitutivo del contrato."¹²

De acuerdo con el maestro ROBERTO SANROMÁN ARANDA, "para hablar de consentimiento hay que hablar de la voluntad, que se refiere a la aceptación por medio de la inteligencia, y el consentimiento significa que se reconoce el acto jurídico como bueno y se lo acepta... Al hablar de consentimiento hay que tener presente la voluntad de los contratantes, ya que sin ella no se da éste, ni tampoco el contrato. Por consiguiente, a través del acuerdo de voluntades se da el consentimiento que proyecta al acto jurídico, con el objeto de adquirir derechos y obligaciones."¹³

Por otro lado, el autor LISANDRO CRUZ PONCE menciona que "en el proceso legal de formación del consentimiento, pueden destacarse dos etapas sucesivas: la oferta y la aceptación... La oferta, denominada también propuesta o policitación, consiste en la declaración unilateral de voluntad que hace una persona a otra u otras proponiéndoles la

¹² MOGUEL CABALLERO, Manuel, Obligaciones Civiles Contractuales y Extracontractuales, Edit. Porrúa, México, 2000, p. 16.

¹³ SANROMÁN ARANDA, Roberto, Derecho de las Obligaciones, 2a. ed., Edit. McGraw-Hill, México, 2002, p. 25.

*celebración de un contrato... La oferta puede ser expresa cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, y tácita cuando resulta de hechos o actos que la presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o convenio la voluntad deba manifestarse expresamente."*¹⁴

En tanto, podemos señalar que la aceptación es el acto por el cual la persona o personas a quienes va dirigida la oferta, propuesta o policitud, manifiestan su conformidad con la misma. El autor LISANDRO CRUZ PONCE apegándose a las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal señala que *"la persona a quien se propone la celebración de un contrato debe aceptarlo en los mismos términos en que se le ofrece. Si le introduce modificaciones a la propuesta, éstas se considerarán como una contraoferta o nueva oferta."*¹⁵

En este sentido, el maestro JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO –siguiendo a Mazeaud y Gutiérrez y González– señala que *"los elementos que integran el consentimiento son las dos manifestaciones de voluntad llamadas Oferta y Aceptación."*¹⁶

¹⁴ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., p. 780.

¹⁵ Ibid., p. 781.

¹⁶ Mazeaud y Gutiérrez y González citados por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 26.

*"La Oferta, también llamada policitud, es la primera manifestación de la voluntad y consiste en la proposición u ofrecimiento que una parte hace a otra, con la intención de obligarse si hay aceptación."*¹⁷

Para el maestro ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, la policitud "ES UNA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD , RECEPCIA, EXPRESA O TÁCITA, HECHA A PERSONA PRESENTE O NO PRESENTE, DETERMINADA O INDETERMINADA, QUE ENUNCIA LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE UN CONTRATO CUYA CELEBRACIÓN PRETENDE EL AUTOR DE ESA VOLUNTAD, SERIA Y HECHA CON ÁNIMO DE CUMPLIR EN SU OPORTUNIDAD."¹⁸

*"La Aceptación, es la manifestación de voluntad hecha por quien recibió la oferta, dirigida al oferente, y que consiste en la conformidad con dicha oferta; por tanto el consentimiento se formará cuando haya aceptación de la oferta."*¹⁹

El maestro ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ establece que la aceptación es "UNA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD, MEDIANTE LA CUAL SE

¹⁷ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 26.

¹⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, op. cit., p. 251.

¹⁹ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 26.

EXPRESA LA ADHESIÓN A LA PROPUESTA, POLICITACIÓN U OFERTA.²⁰... O bien se puede dar con mayor amplitud el concepto, y decir que ES UNA DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD, EXPRESA O TÁCITA, HECHA A PERSONA DETERMINADA, PRESENTE O NO PRESENTE, SERIA, LISA Y LLANA, MEDIANTE LA CUAL SE EXPRESA LA ADHESIÓN A LA PROPUESTA, Y SE REDUCE A UN "SI".²¹

Desde el punto de vista del maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS, "el consentimiento, dada su naturaleza, se forma por una oferta o policitación y por la aceptación de la misma. Como es el acuerdo de dos o más voluntades, necesariamente una voluntad debe manifestarse primero y es la oferta o policitación; es decir, que una parte propone algo a la otra respecto de un asunto de interés jurídico. La aceptación implica la conformidad con la oferta."²²

"El consentimiento se puede formar de un modo instantáneo o de un modo progresivo."²³ "Es instantáneo cuando la aceptación de la oferta es lisa, llana e inmediata. En cambio será progresivo cuando el aceptante discute la oferta imponiendo condiciones o pidiendo que se modifiquen los

²⁰ Rocco, Ob. Cit, pág. 331 citado por GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, op. cit., p. 257.

²¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, op. cit., p. 257.

²² ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Obligaciones, op. cit., p. 272.

²³ Messineo y Borja Soriano citados por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 26.

*términos de la oferta, volviéndose oferente por lo que hace a sus condiciones o modificaciones que propone."*²⁴

Como podemos apreciar de todas las ideas que se han generado respecto del consentimiento, se trata de un tema por demás abordado, y nos queda únicamente recoger las ideas pregonadas por los tratadistas y entender en forma sencilla que, el consentimiento consiste en la manifestación de dos o más voluntades, que llegan a un acuerdo sobre un punto de derecho o con consecuencias jurídicas, que dicho acuerdo tiene como finalidad la de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. La formación del consentimiento, se entiende en dos etapas sucesivas: la oferta y la aceptación; la oferta, que también se llama como propuesta o policitación, consiste en la declaración unilateral de voluntad que hace una persona a otra u otras proponiéndoles la celebración de un contrato y esta puede ser expresa cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, y tácita cuando resulta de hechos o actos que la presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o convenio la voluntad deba manifestarse expresamente, mientras que la otra parte del consentimiento, es la aceptación que implica la conformidad con la oferta en forma lisa o llana, o bien, imponiendo sus propias condiciones al contrato a celebrarse, y al llegar a

²⁴ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 26.

un acuerdo los contratantes, se entiende que se generó el primero de los elementos de existencia en estudio que consiste en el consentimiento.

Analizaremos a continuación, el otro de los elementos esenciales de los contratos que es el objeto. Al respecto el maestro JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ MONRROY establece que *"doctrinariamente, se distingue entre objeto directo y objeto indirecto de un acto jurídico²⁵. El primero es la creación, transmisión, modificación o extinción de una obligación, y el segundo, es la cosa que debe darse, el hecho que debe realizarse o no realizarse y son propiamente el objeto de la obligación... En la teoría de la inexistencia y de las nulidades del acto jurídico, el objeto directo es un elemento esencial sin el cual no es posible hablar de acto jurídico. En cambio, el objeto indirecto puede afectar de nulidad a determinado acto jurídico cuando es ilícito."*²⁶

RAFAEL ROJINA VILLEGAS señala que *"desde el punto de vista doctrinario se distingue el objeto directo, que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. A su vez, en la*

²⁵ Debemos recordar a efecto de evitar confusiones que el contrato es propiamente un acto jurídico, por lo cual las disposiciones del acto jurídico son igualmente aplicables a los contratos.

²⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., p. 2660.

*obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto la cosa o el hecho relacionados con dicha conducta."*²⁷

El maestro ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ menciona que "OBJETO DIRECTO DEL CONTRATO, que de acuerdo con la definición de lo que es contrato, resulta ser EL CREAR Y TRANSMITIR DERECHOS Y OBLIGACIONES."²⁸

En tanto, en cuanto al objeto indirecto del contrato señala que "es el objeto directo de la obligación, una conducta de dar, hacer o no hacer."²⁹

Por su parte, el autor MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ establece que el objeto consistirá "en el contenido de la conducta del deudor, aquello a lo que se comprometió o que debe efectuar."³⁰

El mismo autor señala que el objeto "puede consistir en dar algo, hacer algo o no hacerlo... En resumen, hay obligaciones de dar (o prestaciones de cosa); hay obligaciones de hacer (o prestaciones de hecho) y hay obligaciones de no hacer (o abstenciones)."³¹

²⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Obligaciones, op. cit., p. 287.

²⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, op. cit., p. 277.

²⁹ Idem.

³⁰ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, op. cit., p. 57.

³¹ Idem.

En esta tesitura, el Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 1824 que son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar y, II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

En términos de los Artículos 1824, Fracción I, y 1825 del C. C., las cosas materia del contrato deben reunir las siguientes características:

1. Existir en la naturaleza o ser susceptibles de llegar a existir ya que de acuerdo al Artículo 1826 C. C. también se puede contratar sobre cosas futuras, excepto la herencia de una persona viva.
2. Que la cosa sea determinada o determinable, lo cual quiere decir que se debe precisar en qué consiste esa cosa objeto del contrato.

Para efectos de hacer la determinación de las cosas, operación que también se conoce como individualización, se pueden aplicar los siguientes grados de determinación: a) por género; b) por especie; c) vía individual; d) por calidad. El Código Civil exige que la determinación sea en especie o individual y no acepta la determinación genérica por ser vaga e imprecisa.

3. Que la cosa debe estar en el comercio, ello significa que la cosa sea susceptible de apropiación particular.

En torno a este particular, el maestro ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ señala que los requisitos que debe satisfacer la cosa objeto del contrato son los siguientes: "1º.- La cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza...2º.- La cosa objeto del contrato debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie... 3º.- La cosa objeto del contrato debe estar dentro del comercio..."³²

En relación a los hechos materia del contrato, éstos pueden ser positivos o negativos, tienen que ser posibles físicamente y deben ser lícitos (posibilidad jurídica).

Es importante señalar que el objeto en las obligaciones de dar (objeto cosa) o hacer (objeto hecho) debe ser posible tanto física como jurídicamente, ya que su imposibilidad arrojaría su inexistencia.

En este sentido, para el autor MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ "la cosa es físicamente imposible cuando no existe ni puede llegar a existir, por impedirlo una ley natural que debe regirla necesariamente y que

³² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, op. cit., pp. 285, 289-290.

constituye un obstáculo insuperable para su realización. La cosa es jurídicamente imposible cuando no es realizable, por oponerse a ello una norma jurídica que debe regirla necesariamente."³³

RAFAEL ROJINA VILLEGAS señala que *"la cosa es físicamente posible cuando existe en la naturaleza; por lo tanto hay una imposibilidad física cuando no existe, ni puede existir en ella."*³⁴ Asimismo, establece que la cosa es jurídicamente posible *"cuando está en el comercio y cuando es determinada o susceptible de determinación jurídica; por lo tanto; son cosas imposibles desde el punto de vista jurídico las que están fuera del comercio y las que no pueden determinarse."*³⁵

Ahora bien, por lo que respecta a las obligaciones de hacer, el maestro RAFAEL ROJINA VILEGAS señala que *"hay una imposibilidad física para ejecutar una obligación de hacer, cuando una ley de la naturaleza impide la realización del hecho, constituyendo un obstáculo insuperable, de tal manera que en forma absoluta y para toda persona no podrá realizarse la prestación convenida... Por lo tanto, la imposibilidad física de las obligaciones de hacer debe conceptuarse en términos absolutos cuando el hecho vaya en contra de una ley de la naturaleza que constituye un*

³³ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, p. 60.

³⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*. Obligaciones, p. 287.

³⁵ *Ibid.*, p. 288.

*obstáculo insuperable para su realización... Se dice que hay imposibilidad jurídica, cuando el hecho no puede realizarse porque una norma de derecho constituye a su vez un obstáculo insuperable para su ejecución."*³⁶

Para el maestro ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, "un hecho o abstención, son posibles, cuando van de acuerdo a las leyes de la naturaleza y las jurídicas de orden público; en sentido contrario, no podrá constituir el objeto de un contrato aquel hecho o abstención que vaya contra una ley de la naturaleza que necesariamente debe regirlo, bien contra una norma jurídica cuyo obstáculo es insuperable, bien finalmente, porque pugne simultáneamente con una ley natural y una jurídica."³⁷

Realizadas las anteriores citas respecto del segundo elemento de existencia de los contratos como lo es el objeto, podemos concluir que consiste en aquello a lo que se comprometió o que debe efectuar, hay obligaciones de dar (o prestaciones de cosa); hay obligaciones de hacer (o prestaciones de hecho) y hay obligaciones de no hacer (o abstenciones). Encontramos que existen algunas características en el objeto para que este pueda ser elemento de existencia de las obligaciones, y estas se reúnen y clasifican de la siguiente forma: a) La cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza. b) La cosa objeto

³⁶ *Ibid.*, pp. 293-294.

³⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, pp. 292-293.

del contrato debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie y c) La cosa objeto del contrato debe estar dentro del comercio.

Comprendemos que la cosa es considerada como jurídicamente posible, cuando se encuentra en el comercio y cuando está determinada o es susceptible de su determinación jurídica; en consecuencia son cosas imposibles desde el punto de vista jurídico las que están fuera del comercio y las que no pueden determinarse.

En consecuencia, al tener un conocimiento detallado de los elementos de existencia que se requieren para los contratos, tales como el consentimiento y objeto, resulta ahora necesario, analizar los requisitos de validez del contrato, lo que se hace a continuación.

1.1.2.2. VALIDEZ

Aunado a los denominados elementos esenciales o de existencia del contrato, también existen los llamados elementos o requisitos de validez, mismos que se conocen a contrario sensu y se desprenden del contenido del artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal, siendo éstos los siguientes:

- a) Capacidad de las partes.
- b) Ausencia de vicios de la voluntad (consentimiento).
- c) Forma.
- d) Licitud en el objeto, motivo, fin o condición.

A continuación, daremos paso al estudio de cada uno de estos elementos o requisitos de validez de los contratos.

A) CAPACIDAD.

La capacidad, es un elemento básico para que las personas puedan ejercer su derecho, no solo del derecho civil, sino que constituye una base fundamental alrededor de la cual giran todos los derechos de las relaciones existentes entre las personas; en este caso concreto analizaremos a la capacidad tomándola en cuenta como un atributo de la personalidad, es decir como un elemento propio de las personas, innato y atento a su calidad de ser humano (tratándose de las personas jurídicas físicas). En consecuencia, la capacidad según la define el maestro Gutiérrez y González, es *"la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos, deberes y obligaciones, y de ejercitarlos."*³⁸

³⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, El patrimonio, 7a. ed., Edit. Porrúa, México, 2002, p. 54.

La doctrina distingue a la capacidad y la compone en dos elementos, uno de los cuales es conocido como "capacidad de goce o jurídica", y el otro como "capacidad legal o de ejercicio". A continuación, conoceremos los principales puntos de vista esgrimidos por los doctrinarios que se han ocupado del citado concepto.

La capacidad, según el maestro SAMUEL ANTONIO GONZÁLEZ RUIZ, *"jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona puede ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma. Hans Kelsen considera al respecto, que debe entenderse por capacidad la aptitud de un individuo para que de sus actos se deriven consecuencias de Derecho... A la capacidad se le estudia desde dos aspectos diferentes: a) la de goce y b) la de ejercicio. La capacidad de goce es un atributo de la personalidad (que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte) en virtud de la cual una persona puede ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de ejercicio es la aptitud que requieren las personas para ejercitar por sí mismas sus derechos y cumplir sus obligaciones; se adquiere con la mayoría de edad o con la emancipación y se pierde junto con las facultades mentales... La capacidad de ejercicio, para los efectos de los actos jurídicos, tiene un doble aspecto: a) capacidad general, referida a aquella aptitud*

requerida para la realización de cualquier tipo de actos jurídicos, y b) la capacidad especial como la aptitud requerida a determinadas personas en la realización de actos jurídicos específicos..."³⁹

Por su parte, el maestro MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ, señala que la capacidad "es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejercitarlos... Hay dos clases de capacidad: a) La de goce, esto es, la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, y b) La de ejercicio, es decir, la aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos."⁴⁰

El maestro ROJINA VILLEGAS refiere que "la capacidad es un atributo de la persona, y por eso se considera que el sujeto la tiene. Se entiende por capacidad la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y para ejercitarlos. Hay por consiguiente, una capacidad de goce: es decir, que el sujeto puede ser titular de derechos y obligaciones, y que además podrá hacerlos valer, o sea, que está facultado para ejercitarlos, para celebrar válidamente actos jurídicos y para comparecer en juicio."⁴¹

Para el maestro JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO, "la capacidad es un atributo de las personas y también un elemento de validez del acto jurídico..."

³⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, pp. 467-468.

⁴⁰ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, p. 102.

⁴¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Obligaciones, p. 383.

Capacidad es la aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones; así como para, por sí mismo, hacerlos valer, cumplirlas y comparecer en juicio... La capacidad puede ser de goce y de ejercicio... Capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones... Capacidad de ejercicio es la aptitud para, por sí mismo, hacer valer los derechos, cumplir las obligaciones y comparecer en juicio..."⁴²

El autor ROBERTO SANROMÁN ARANDA establece que "la capacidad se ha contemplado desde dos puntos de vista: la de goce y la de ejercicio. La capacidad de goce es la facultad que tiene la persona de tener derechos y obligaciones, se encuentra regulada en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código... La capacidad de ejercicio es la facultad de ejercer los derechos y obligaciones. Para el Código Civil para el Distrito Federal son capaces todas las personas mientras no se prohíba,

⁴² MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, p. 63-64.

conforme a su artículo 1798 que dispone: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley."⁴³

En este sentido, es indispensable que "el acto jurídico sea realizado por una persona capaz de ejercicio con el propósito de proteger a ciertos grupos de personas que, por varias causas podrían ser víctimas de abusos: se les veda obligarse por acto jurídico para salvaguardar sus propios intereses."⁴⁴ En caso contrario, es decir, que el acto fuese celebrado por una persona incapaz ello traería como consecuencia la nulidad de dicho acto.

El concepto de capacidad, pudiera confundirse con el de personalidad, sin embargo su diferencia estriba en que la capacidad se refiere a situaciones concretas además de que cualquier persona pudiera carecer de capacidad para la realización de algún acto jurídico determinado, sin que ello implique que su personalidad misma se vea menguada o entredicha, como es el caso de la incapacidad para heredar o para ejercer el comercio.

⁴³ SANROMÁN ARANDA, Roberto, Derecho de las Obligaciones, p.34.

⁴⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, p. 103.

B) LA AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD (CONSENTIMIENTO).

Es preciso mencionar que los vicios de la voluntad o vicios del consentimiento, son todas aquéllas circunstancias que impiden la libre y espontánea manifestación de la voluntad.

El maestro BEJARANO SÁNCHEZ establece al respecto que *"la voluntad debe ser cierta y libre: debe ser el resultado de una determinación real y espontáneamente decidida... Si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaños (dolo) o ha sido arrancada con amenazas (violencia o temor), entonces es una voluntad viciada que anula el contrato."*⁴⁵

Al respecto el maestro JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO señalar que *"es preciso que el consentimiento de las partes contratantes se manifieste con un conocimiento apegado a la verdad respecto a la materia que es objeto del contrato; es decir, las partes, al manifestar su voluntad, no deben haber sufrido error... Igualmente, dicho consentimiento debe expresarse en forma libre, sin miedo, ni temor; o sea, es necesario que la voluntad no esté viciada por la violencia."*⁴⁶

⁴⁵ Ibid., p. 73.

⁴⁶ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, p. 92.

En este sentido, los doctrinarios se han avocado al estudio de las circunstancias externas y ajenas a la voluntad que pudieran alterar su sentido hasta el punto de anularla, y han llegado al concepto de los vicios de la voluntad que también se conocen como vicios del consentimiento, cuya ausencia es indispensable para la validez del contrato, y se han puesto de acuerdo en determinar que son los siguientes:

1) EL ERROR.

Este vicio del consentimiento ha sido contemplado por nuestra legislación civil, específicamente en los artículos 1812 al 1814 del Código Civil del Distrito Federal, que dicen:

Artículo 1812. El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

Artículo 1813. El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

Artículo 1814. El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique.

El maestro BEJARANO SÁNCHEZ establece que "es un concepto falso de la realidad, es una creencia no conforme con la verdad... El error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia su voluntad y provoca la nulidad del acto; pero no todo error provoca tal consecuencia jurídica; es decir, no todo error tiene trascendencia para el Derecho... Hay, por tanto, error que no tiene repercusión alguna sobre la vida del contrato, y otro que provoca la nulidad del mismo al viciar la voluntad. Al primero se le llama error indiferente, al segundo, error nulidad... A estas categorías, la doctrina agrega una tercera: los errores que impiden la formación del consentimiento, o error obstáculo."⁴⁷

Para el maestro JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO, el error "es un falso conocimiento de la realidad, es decir es lo contrario a la verdad y consiste en un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad objetiva... El error puede ser fortuito o inducido. ES fortuito cuando se originó por circunstancias accidentales, de modo casual o espontáneo, e inducido cuando fue provocado por dolo, es decir, mediante artificios o maquinaciones... Las dos clases de error mencionadas a su vez pueden dividirse en las

⁴⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, op. cit., p. 74.

siguientes especies:⁴⁸ 1. *Error obstáculo*, 2. *Error nulidad*, y 3. *Error indiferente*.⁴⁹

Para RAFAEL ROJINA VILLEGAS, el error es *"la noción falsa que tenemos de una cosa."*⁵⁰ El error, en cuanto a sus grados, el autor en cita distingue los siguientes: *"a) el que destruye la voluntad, originando la inexistencia del acto jurídico o del contrato; b) el que simplemente vicia el consentimiento y motiva la nulidad relativa del negocio jurídico y, finalmente, c) el error que es indiferente en cuanto a la calidez del acto o contrato..."*⁵¹

El maestro MANUEL BORJA SORIANO señala que *"el error es una creencia no conforme con la verdad..., un estado psicológico en discordancia con la realidad objetiva..., una noción falsa..."*⁵²

Para el autor SERGIO T. AZÚA REYES, *"el error, es decir la discordancia de la realidad con lo pactado, afecta al consentimiento de las partes o de una de ellas de tal forma que*

⁴⁸ Gutiérrez y González, Bejarano Sánchez, Ortiz Urquidi, Borja Soriano, Rojina Villegas, Sánchez Medal citado por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., p. 93.

⁴⁹ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., p. 93.

⁵⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*. Obligaciones, op. cit., p. 407.

⁵¹ Idem.

⁵² BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 18a. ed., Porrúa, México, 2001, p. 216.

el acto jurídico puede resultar viciado en sus diferentes grados, según sea el nivel del error padecido."⁵³

2) EL DOLO.

De acuerdo con el artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal, es cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 1815. Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido

El maestro MARTÍNEZ ALFARO define al dolo como "*la maniobra, trampa o engaño del contratante o de un tercero, para inducir o mantener en error a la otra parte al celebrar un contrato... El dolo es una conducta de naturaleza activa que en sí misma no es un vicio del consentimiento, sino que trata de provocar el vicio error y cuando no logra inducirlo el consentimiento no está viciado,*

⁵³ AZÚA RBYBS, Sergio T., Teoría General de las Obligaciones, op. cit., pp. 89-90.

*por tanto, y a pesar del dolo, el contrato es válido porque el dolo sólo es un medio para inducir a error*⁵⁴.⁵⁵

En este mismo sentido, de acuerdo con el maestro BEJARANO SÁNCHEZ, "el dolo es activo, esto es, son todas aquéllas sugerencias o artificios usados para inducir o mantener a otro en error."⁵⁶

De acuerdo con el maestro ROJINA VILLEGAS, "el dolo no es por sí mismo un vicio de la voluntad, sino que sólo se considera como tal en tanto que induce a un error determinante de aquélla... Desde la más remota antigüedad se ha concebido el dolo como toda maniobra, astucia, trampa o disimulación de que una de las partes se sirve para inducir a la otra a la celebración de un acto jurídico con el objeto de procurar, para sí o para un tercero, una ventaja injusta o de perjudicar simplemente a su contratante sin obtener ventaja alguna."⁵⁷

⁵⁴ Rojina Villegas, Borja Soriano, Ortiz Urquidi, Gutiérrez y González citado por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 99.

⁵⁵ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 99.

⁵⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, op. cit., p. 79.

⁵⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Obligaciones, op. cit., p. 407.

El autor SERGIO T. AZUA REYES menciona que "*el dolo requiere de una actividad maliciosa para obtener un beneficio del error en que tal vez incurra la otra parte...*"⁵⁸

3) LA MALA FE.

La mala fe, que el propio artículo 1815 del Código Civil del Distrito Federal, la define como la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. En este sentido, el maestro BEJARANO SÁNCHEZ estima que "*la mala fe es pasiva: es sólo abstenerse de alertar al que padece el error; únicamente es disimular el error de otro.*"⁵⁹

Para JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO, *la mala fe consiste en disimular un contratante su conocimiento respecto del error en que se encuentra el otro contratante, para mantenerlo en ese estado erróneo... Es una conducta de naturaleza pasiva que tiene las mismas consecuencias que el dolo, pues anula el contrato cuando por disimulación de un contratante el otro permanece*

⁵⁸ AZÚA REYES, Sergio T., Teoría General de las Obligaciones, op. cit., p. 93.

⁵⁹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, op. cit., p. 79.

*en error que recae sobre el motivo determinante de su voluntad..."*⁶⁰

El autor SERGIO T. AZUA REYES establece que *"la mala fe sólo implica una actitud pasiva pero igualmente mal intencionada: una parte se calla el error que ha advertido en la otra para sacar algún provecho."*⁶¹

El maestro BORJA SORIANO al tocar el tema del dolo y la mala fe señala que *"no son vicios del consentimiento, sino que la Ley los considera como causa del error..., que sí es uno de esos vicios... "El dolo no es reprimido por el derecho sino en razón del error que engendra en el espíritu de su víctima; cuando se frustra y el artificio es descubierto, falta su efecto y el Derecho Civil no tiene que preocuparse por él!"...*⁶²

El maestro BORJA SORIANO cita a DIAS FERREIRA, quien establece lo siguiente: *"... "El dolo y la mala fe, tienen los mismos efectos jurídicos, distinguiéndose apenas en que el dolo es, por decirlo así, activo y la mala fe pasiva." "Procede con dolo el que procura*

⁶⁰ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., p. 99.

⁶¹ AZÚA REYES, Sergio T., *Teoría General de las Obligaciones*, op. cit., p. 93.

⁶² BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, op. cit., p. 220.

persuadir al comprador de que el objeto es de oro cuando es de cobre, y con mala fe el vendedor a quien el comprador ofrece un precio como si el objeto fuese de oro y no lo desengaña de que el objeto no es de oro"... El dolo y la mala fe importan siempre premeditación, y propósito de engañar y de no desengañar, cuando el error ha nacido naturalmente..."⁶³

4) LA VIOLENCIA

La violencia, que de acuerdo con el artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal, existe 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.

El maestro BEJARANO SÁNCHEZ estima que la violencia es "*la fuerza física o amenazas sobre una persona, para debilitar su ánimo y arrancarle una declaración de voluntad que no desea,...* que se divide así en física y moral. Ambas producen el temor,

⁶³ Ibid., pp. 220-221.

*elemento psicológico que realmente vicia la voluntad al suprimir la libertad de decisión que debe presidir a todo acto volitivo."*⁶⁴

El maestro JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO menciona que la violencia "es toda coacción grave irresistible e injusta, que se ejerce sobre una persona para que consienta en obligarse en contra de su voluntad. Dicha coacción consiste en usar la fuerza material o en hacer amenazas que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos... Según lo anterior la violencia puede ser física o moral. La violencia física consisten en coaccionar la voluntad del individuo por medio de la fuerza material o bien por la privación de la libertad, para que se obligue en contra de su voluntad... La violencia moral consiste en hacer amenazas que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o los bienes del contratante, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, para que se obligue en contra de su voluntad."⁶⁵

⁶⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, op. cit., pp. 80-81.

⁶⁵ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., p. 101.

El maestro ROJINA VILLEGAS establece que la violencia "es toda coacción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona razonable con el objeto de determinarla, contra su voluntad, a aceptar una obligación o a cumplir una prestación dada."⁶⁶

Por su parte, MANUEL MOGUEL CABALLERO señala que "entendemos por violencia, la coacción física o psíquica que se ejerce sobre una persona, conminándola con la realización de un daño inminente sobre ella o sobre una persona con la que esté ligada por algún vínculo afectivo, para obtener la celebración de un acto jurídico o la abstención de un acto favorable a los intereses del amenazante."⁶⁷

5) LESIÓN.

El autor BEJARANO SÁNCHEZ señala que "algunos juristas comprenden la lesión entre los vicios de la voluntad, porque la existencia misma de la desproporción en las prestaciones es evidencia de que uno de los contratantes consintió en el acto por estar bajo el influjo de motivos extraños que desviaron su

⁶⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Obligaciones, op. cit., p. 408.

⁶⁷ MOGUEL CABALLERO, Manuel, Obligaciones Civiles Contractuales y Extracontractuales, op. cit., pp. 25-26.

*voluntad: el perjudicado por la lesión obró por ignorancia, por inexperiencia, por un estado de necesidad, por el temor de sufrir peores consecuencias... Sin embargo, no puede perderse de vista que la lesión, en sí, es una inequivalencia de prestaciones que, si bien puede provenir de un vicio de la voluntad, no es vicio de la voluntad por sí misma. Es la consecuencia de la voluntad viciada y no el vicio mismo."*⁶⁸

En este sentido, para el autor en comento la lesión consiste "en la *desproporción exagerada de las prestaciones que las partes se deban recíprocamente por el acto jurídico... El artículo 17 del Código Civil caracteriza a la lesión como una desproporción evidente entre el valor de las prestaciones de las partes, que produce un lucro excesivo en favor de una de ellas, y tiene por causa la explotación de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de la otra.*"⁶⁹

El autor ROBERTO SANROMÁN ARANDA, establece que "la lesión debe ser estudiada como vicio del consentimiento debido a que la voluntad no se exterioriza libremente, por lo que no es real, además de que la reglamentación jurídica acerca de la lesión es

⁶⁸ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Cíviles*, op. cit., p. 88.

⁶⁹ *Ibid.*, pp.84-85.

la misma que se sigue con los demás vicios que puede sufrir el consentimiento; el CCDF en su artículo 2230 dispone: "La nulidad por falta de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz"... A pesar de encontrarse regulada la lesión en distintos apartados del CCDF, éste la trata como vicio. Entre otros artículos está contemplada en su precepto 17, el cual estatuye: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios."⁷⁰

Para el maestro JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO, "lesión es el perjuicio que se experimenta en la celebración de un contrato conmutativo, por ser desproporcionadas las prestaciones que intercambian los contratantes, por lo que hay un contratante beneficiado y otro perjudicado por esa desproporción que está determinada por la ignorancia, inexperiencia, miseria o necesidad

⁷⁰ SANROMÁN ARANDA, Roberto, Derecho de las Obligaciones, op. cit., p. 41.

del perjudicado... La lesión sólo se da en los contratos conmutativos⁷¹... Contrato conmutativo, es aquél cuyas prestaciones están determinadas desde el momento de su celebración, tanto en su existencia, como en su cuantía..."⁷²

Para el autor en comento, los elementos de la lesión son los siguientes: "1º Elemento psicológico. Este es de naturaleza subjetiva y consiste en aprovecharse del estado de inexperiencia, necesidad, miseria o ignorancia de un contratante para obtener una ventaja desproporcionada... 2º Elemento material. Es de carácter objetivo y consiste en la desproporción del valor de las prestaciones que intercambian los contratantes..."⁷³

El maestro MANUEL BORJA SORIANO, citando a Demontes, establece que la lesión "es el perjuicio que un contratante experimenta, cuando en un contrato conmutativo, no recibe de la otra un valor igual al de la prestación que suministra. Este perjuicio nace, pues, de la desigualdad de los valores, y el daño que causa parece un atentado a la idea de justicia..."⁷⁴

⁷¹ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 108.

⁷² Ortiz Urquidi, Galindo Garfias, Sánchez Medal, Gaudemet, Mazeaud citados por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 108.

⁷³ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., pp. 108-109.

⁷⁴ BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, op. cit., p. 228.

Por su parte, el autor MANUEL MOGUEL CABALLERO al referirse a la lesión menciona que en el Código Civil se establece lo siguiente: *"1º) Se necesita que un contratante se proponga explotar del otro su suma ignorancia, su notoria inexperiencia o su extrema miseria, es decir, que se aproveche con conocimiento de causa de alguna de las deficiencias o carencias del cocontratante y 2º), que obtenga un lucro excesivo que sea evidentemente desigual, desproporcionado a lo que él por su parte se obliga. El primero es el elemento subjetivo y el segundo, la desigualdad de las prestaciones, que es un elemento objetivo..."*⁷⁵

Nosotros consideramos y nos adherimos, a la idea que establece que la lesión es un vicio del consentimiento, tal como se desprende de los artículos 2230 en relación con el artículo 17 ambos del Código Civil para el Distrito Federal, preceptos que a la letra establecen lo siguiente:

Artículo 2230. La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad, sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.

⁷⁵ MOGUEL CABALLERO, Manuel, Obligaciones Civiles Contractuales y Extracontractuales, op. cit., p. 28.

Artículo 17. Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

C) FORMA

Para el maestro MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ, la forma *"es la manera como se exterioriza la voluntad: es el conjunto de elementos sensibles que envuelven a la expresión de voluntad; en tal sentido, todo contrato tiene necesariamente una forma."*⁷⁶

Desde el punto de vista del maestro en comento, *"la forma únicamente es requisito de validez del acto: su falta no impide que éste sea creado, constituido, pero es causa de nulidad... No es forzosamente nulo porque puede convalidarse dándole la forma legal, pues se trata de una nulidad relativa que puede compurgarse con ratificación formal del acto."*⁷⁷

⁷⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, op. cit., p. 67.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 68.

El maestro JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO señala que "la forma es un elemento de validez del acto jurídico que se refiere a la manera de exteriorizar el consentimiento, el que se puede manifestar de dos modos: expreso y tácito... El modo expreso se subdivide en cuatro especies que son: verbal, escrito, mímico y por medios electrónicos u ópticos..."⁷⁸

Por su parte, el autor ALEJANDRO CÁRDENAS CAMACHO señala que "la forma puede definirse como el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad de la o las partes de un acto jurídico y del contrato. Las formalidades son el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan cómo debe exteriorizarse la voluntad para la validez del acto jurídico y del contrato... En atención a su forma, los contratos se clasifican en consensuales, formales y solemnes. Los primeros son aquéllos que no requieren ninguna forma (formalidad) para su perfeccionamiento, basta con que exista consentimiento para que éste produzca sus efectos; el contrato formal es aquél para cuyo perfeccionamiento la ley exige determinada formalidad, que es, por regla general, la escrita. Por último, el contrato solemne es aquél para cuya existencia misma del contrato requiere cierta forma que se traduce, generalmente, en una serie de

⁷⁸ MARTÍNEZ ALFARO, Manuel, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 85.

requisitos que se proyectan sobre el acto o negocio jurídico en el momento de su celebración."⁷⁹

RAFAEL ROJINA VILLEGAS señala que "el consentimiento en los contratos debe manifestarse por cualquier medio que revele cuál es la voluntad de los contratantes. La exteriorización de la voluntad es indispensable para que se forme el consentimiento en los contratos... El consentimiento puede expresarse expresa o tácitamente; la ley requiere simplemente que se exteriorice, y la exteriorización del consentimiento en algunos contratos debe ser expresa, mediante la palabra; en otros mediante la escritura, redactando un documento público o privado; en algunos contratos es suficiente la expresión del consentimiento a través de señas o de gestos que revelen la voluntad. Además, el consentimiento puede manifestarse tácitamente sin recurrir a la palabra, a la escritura o al lenguaje mímico. Basta con que se ejecuten ciertos actos que necesariamente supongan la manifestación de una voluntad, aunque no se lleve a cabo seña o gesto algunos, para que la ley considere en ciertos contratos que se ha manifestado válidamente el consentimiento..."⁸⁰

⁷⁹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., p. 1722.

⁸⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Obligaciones, op. cit., p. 339.

Asimismo, el autor en cita establece que *"es un elemento de validez en los contrato, que la voluntad se manifieste con las formalidades que en cada caso exige la ley. Es decir, si la voluntad no se manifiesta con las formalidades legales, el contrato está afectado de nulidad relativa. Las formalidades que requiere la ley suponen siempre el consentimiento expreso; en el tácito no hay formalidades; pero dentro del consentimiento expreso, las formalidades suponen que la voluntad se manifiesta o por la escritura o por la palabra."*⁸¹

Desde el punto de vista del maestro BORJA SORIANO, *"para que haya contrato válido no basta el consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades, sino que es necesario que éstas tengan una manifestación exterior; la manifestación del consentimiento es un elemento intrínseco del contrato, lo que constituye la forma de él."*⁸²

El autor MANUEL MOGUEL CABALLERO señala que *"la forma se refiere a la escritura pública o privada que debe observar determinados actos jurídicos para ser válidos, no a los elementos o requisitos a cumplir por éstos..."*⁸³

⁸¹ Ibid., p. 344.

⁸² BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, op. cit., p. 180.

⁸³ MOGUEL CABALLERO, Manuel, *Obligaciones Civiles Contractuales y Extracontractuales*, op. cit., p. 50.

En este sentido, entendemos que la forma es el conjunto de elementos perceptibles que dan certidumbre a la expresión de voluntad, por lo que debemos atender a lo que nuestra legislación se ha manifestado por el elemento de validez conocido como forma, y al respecto el artículo 13 fracción IV del Código Civil establece que la forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, los celebrados fuera del Distrito Federal, podrán sujetarse a las formas prescritas en dicho Código, cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal, mientras que el artículo 1795 fracción IV del mismo ordenamiento señala que el contrato puede ser invalidado porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece, por otra parte el artículo 1796 establece que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Mientras que el artículo 1833 establece que cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal. Por lo que, habría que entender cada caso concreto para conocer si la forma se otorgó conforme a las formalidades establecidas con la ley, pues existen contratos que si no cuentan con la forma prescrita, no son perfectos, salvo las excepciones establecidas en la ley, cualquier medio de

expresar el consentimiento puede ser suficiente para la creación de un contrato.

D) LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO, FIN O CONDICIÓN.

El maestro MARTÍNEZ ALFARO señala que *"al exponer este elemento, es preciso recodar las nociones del objeto y motivo determinante de la voluntad... según el Art. 1824, "son objeto de los contratos: la cosa que el obligado debe dar y el hecho que debe hacer o no hacer"... Por motivo determinante de la voluntad se entiende a las razones personales que tiene un contratante para celebrar un contrato, razones que consisten en cualidades físicas o jurídicas del objeto del contrato o de la persona con la que se contrata... Respecto a la noción de fin, éste es la consecuencia que un sujeto debe alcanzar como resultado de su conducta... Por lo que hace a la condición, ésta se le define como un acontecimiento futuro de cuya realización incierta depende el nacimiento o extinción de derechos y obligaciones..."*⁸⁴

Para el autor en comento, *"lo lícito es lo que está de acuerdo con las leyes de orden público y con las buenas costumbres... Por leyes de orden público se entiende aquéllas cuya observancia se impone aun en contra*

⁸⁴ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., pp. 119-121.

de la voluntad de los particulares, a diferencia de las leyes supletorias de la voluntad que pueden dejar de observarse... Por buenas costumbres se entiende la moral media de un lugar y una época, considerando que la moral varía en el tiempo y en el espacio..."⁸⁵

Por su parte el maestro MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA al hablar de la licitud en el objeto, motivo o fin, establece que *"el objeto, o sea la conducta manifestada como una prestación o como una abstención, debe ser lícita además de posible y asimismo el hecho, como contenido de la prestación, también debe ser lícito... También los motivos y fines del contrato deben ser lícitos, es decir que no estén en contradicción con una disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo... Los motivos son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte... Los fines son las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte."*⁸⁶

En este sentido, encontramos que otro elemento de validez de los contratos sea que el objeto, motivo o fin que se persigue con su celebración sean lícitos, para lo cual debemos entender cuales son los

⁸⁵ *Ibid.*, p. 123.

⁸⁶ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 4a. ed., Porrúa, México, 1992, pp. 47-48.

actos lícitos, y a contrario sensu, lo establece el Código Civil del Distrito Federal en el artículo 1830 que señala que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Por lo que encontramos que, todo acto que no esté contemplado por las leyes como prohibitivo o en las buenas costumbres, sería lícito, y la consecuencia de la ilicitud del contrato es su invalidez, tal como lo establece el artículo 1795 fracción III que dice que el contrato puede ser invalidado, debido a que su objeto, o su motivo o fin sea ilícito, situación que se robustece con el contenido del artículo 1827 fracción II del multicitado ordenamiento legal, que señala que el hecho motivo de las obligaciones debe ser lícito, por lo que la licitud en el contrato constituye un elemento de validez de los contratos, por lo que nos apegaremos al principio de seguridad jurídica contenida en nuestra carta magna, en el sentido que a los gobernados lo que no les está prohibido, les esta permitido.

1.1.2.2. ACCIDENTALES

Los tratadistas de la materia, establecen que los elementos accidentales de los contratos, son el término y el plazo, la condición y el modo y carga, mismos que analizaremos a continuación:

A) TÉRMINO Y PLAZO

De acuerdo con el maestro MARTÍNEZ ALFARO, "término es un acontecimiento futuro de realización cierta que difiere la exigibilidad del cumplimiento de la obligación o bien su extinción... Según la definición que antecede, el término puede ser suspensivo o resolutorio... Término suspensivo es el acontecimiento futuro de realización cierta que suspende la exigibilidad del cumplimiento de la obligación... Término resolutorio es el acontecimiento futuro de realización cierta que extingue la obligación al vencerse..."⁸⁷

Por su parte, el autor SERGIO T. AZUA REYES, "la obligación a plazo surge desde que se celebra el acto que le da nacimiento, pero no será exigible su cumplimiento sino hasta la llegada del día que se ha fijado para ser satisfecha... Tradicionalmente se ha clasificado el término en suspensivo y extintivo. Entiéndase por suspensivo aquél que retrasa la exigibilidad de la obligación...; el extintivo, por el contrario, no difiere la exigibilidad, sino su llegada da por terminada las obligaciones que al pactarse habían empezado a surtir sus efectos..."⁸⁸

⁸⁷ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., pp. 379-380.

⁸⁸ AZÚA REYES, Sergio T., *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., p. 236.

Para el maestro BORJA SORIANO, "el plazo es la modalidad en virtud de la cual la obligación no se cumplirá inmediatamente, sino en cierto día... El plazo o término puede ser suspensivo o extintivo."⁸⁹

B) CONDICIÓN

Para el maestro MARTÍNEZ ALFARO, "condición es un acontecimiento futuro de cuya realización incierta depende el nacimiento o la extinción de la obligación.. Según la anterior definición, la condición puede ser suspensiva o resolutoria... Condición suspensiva es el acontecimiento futuro de cuya realización incierta depende el nacimiento de la obligación... Condición resolutoria es el acontecimiento futuro de cuya realización incierta depende la extinción de la obligación y las cosas vuelven al estado que tenían antes de nacer la obligación, como si ésta nunca hubiera existido..."⁹⁰

De acuerdo con SERGIO T. AZÚA REYES, "condición es el acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la existencia o la resolución de una obligación... En el primer supuesto, es decir cuando de la realización de un acontecimiento depende su existencia, la obligación se llama suspensiva. En el segundo, es decir cuando de la realización de un

⁸⁹ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, op. cit., pp. 410-411.

⁹⁰ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., pp. 373-374.

acontecimiento depende la resolución, la obligación se llama resolutoria..."⁹¹

Para MANUEL BORJA SORIANO, *"podemos decir que condición es el acontecimiento futuro e incierto del cual depende la existencia, o la resolución de una obligación. En el primer caso la condición se llama suspensiva y en el segundo, resolutoria La condición suspensiva es aquella a la realización de la cual está subordinado el nacimiento de una obligación... Se dice entonces que la condición es suspensiva, porque la obligación no nacerá si no es que el acontecimiento se realiza; hasta entonces, esta obligación está en suspenso. La condición puede tener por fin extinguir una obligación. Se llama a esta segunda especie de condición, condición resolutoria. La obligación se forma inmediatamente; produce sus efectos como si fuera pura y simple, pero su desaparición está subordinada a la llegada del hecho previsto..."⁹²*

Nosotros, nos remitimos a lo establecido por el Código Civil en este tema de la condición, pues un capítulo especial se avoca al estudio correspondiente, la condición como doctrinariamente se conoce, es un acontecimiento futuro de realización incierta, del que depende el nacimiento de derechos y obligaciones, y se encuentra regulado

⁹¹ AZÚA REYES, Sergio T., *Teoría de las Obligaciones*, p. 230.

⁹² BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, p. 393.

principalmente en los artículos 1938 al 1952 del Código Civil, en los que se establecen los lineamientos de este elemento de integración, en el que el artículo 1938 establece que: La obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto; mientras que los artículos 1939 y 1940 nos explican los tipos de condición al decir que, la condición es suspensiva cuando de su cumplimiento depende la existencia de la obligación; y la condición es resolutoria cuando cumplida resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido. Los efectos de la condición y el nacimiento de la obligación se contemplan en el artículo 1941, que dice que cumplida la condición se retrotrae al tiempo en que la obligación fue formada, a menos que los efectos de la obligación o resolución, por la voluntad de las partes o por la naturaleza del acto, deban ser referidas a fecha diferente, mientras que encontramos que en tanto que la condición no se cumpla, el deudor debe abstenerse de todo acto que impida que la obligación pueda cumplirse en su oportunidad, el acreedor puede, antes de que la condición se cumpla, ejercitar todos los actos conservatorios de su derecho tal como lo dice el artículo 1942. Estos son los aspectos generales que rigen a la condición, mientras que los preceptos siguientes de los que rigen la condición, atienden a circunstancias especiales, por lo que no se analizan en el presente trabajo.

C) MODO O CARGA

De acuerdo al maestro MARTÍNEZ ALFARO, "modo es la prestación a cargo del beneficiario de una liberalidad, ya sea por causa de muerte o entre vivos; puede ser a favor del que hace la liberalidad o de un tercero... El modo no tiene efectos suspensivos ni resolutorios, pero confiere el derecho reexigirlo en forma coactiva en caso del incumplimiento del beneficiario e igualmente es posible demandar la rescisión del acto en el que se hizo la liberalidad, en virtud del incumplimiento aludido."⁹³

SERGIO T. AZÚA REYES, señala que "generalmente se ha entendido por modo "una carga o peso que aquél que hace una liberalidad impone al beneficiario"⁹⁴. La carga, con tal de ser posible y lícita, puede ser de cualquier naturaleza y establecerse en beneficio del mismo que hace la liberalidad o de un tercero..."⁹⁵

MANUEL BORJA SORIANO señala que "el modo es una carga impuesta al que recibe una liberalidad. No suspende ni resuelve el vínculo contractual, pero constriñe y obliga al aceptante a efectuar las cargas que se le imponen. No modifica en rigor el contrato, sino que constituye en él una

⁹³ Bejarano citado por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 381.

⁹⁴ Francisco Bonnet Ramón. Ob. Cit., T.I. p. 688 citado por AZÚA REYES, Sergio T., Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 238.

⁹⁵ AZÚA REYES, Sergio T., Teoría de las Obligaciones, op. cit., pp. 238-239.

prestación accesoria, la cual, si no hace absolutamente conmutativo un contrato que de otra manera sería a título gratuito, disminuye por otra parte el beneficio del gratificado, y hace al contrato, al menos imperfectamente, sinalagmático..."⁹⁶

Estos dos últimos puntos comentados, corresponden a las modalidades de las obligaciones, como elementos de integración accidentales, es decir, no se encuentran presentes en todos los contratos, y los encontramos principalmente en el derecho sucesorio y algunas figuras reales como usufructos, en donde la permanencia y vigencia de los contratos, dependen de circunstancias que algunas veces no son previsibles, o con alguna contraprestación u obligación recíproca como sucede con las cargas.

1.2. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

1.2.1. CONCEPTO

El maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS define al arrendamiento "*como un contrato por virtud del cual, una persona llamada arrendador concede a otra, llamada arrendatario, el uso o goce temporal de una cosa, mediante*

⁹⁶ BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, op. cit., p. 408.

*el pago de un precio cierto... Por tanto, son elementos de la definición del contrato, los siguientes: 1º La concesión del uso o goce temporal de un bien. 2º El pago de un precio cierto, como contraprestación correspondiente a la concesión del uso o goce, y 3º La restitución de la cosa, supuesto que sólo se transfiere temporalmente ese uso o goce..."*⁹⁷

El maestro RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL define al arrendamiento como "un contrato por el que el arrendador se obliga a suministrar o proporcionar el goce temporal de una cosa al arrendatario a cambio de un precio cierto..."⁹⁸

Para el autor MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA "el contrato de arrendamiento es aquel por virtud del cual una persona llamada arrendador se obliga a conceder temporalmente el uso o el uso y goce de un bien a otra persona llamada arrendatario, quien se obliga a pagar como contraprestación, un precio cierto."⁹⁹

Asimismo señala como características de este contrato las siguientes: "1. El arrendamiento es un contrato traslativo de uso o de uso y goce... 2. La concesión del uso o del uso y goce siempre debe ser temporal... 3. Es un

⁹⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil. Contratos, 23a. ed., Porrúa, México, 1995, pp. 229-230.

⁹⁸ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Cíviles, 17a. ed., Porrúa, México, 1999, pp. 233-234.

⁹⁹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos Cíviles, op. cit., 1992, p. 155.

*contrato siempre oneroso... 4. Por último, el contrato de arrendamiento siempre regulará una conducta específica del arrendador en beneficio del arrendatario..."*¹⁰⁰

En términos del artículo 2398 del Código Civil para el Distrito Federal, hay arrendamiento cuando las partes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto, y nosotros nos quedamos con el concepto que el derecho positivo ha dado al contrato de arrendamiento.

1.2.2. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En principio debemos señalar que las partes o elementos personales del contrato de arrendamiento son: 1) El arrendador, que es la persona, física o moral, que transmite el uso y goce temporal de un bien, y 2) El arrendatario que es la persona, física o moral, que se obliga a pagar un precio cierto como contraprestación por el uso o goce temporal que recibe del objeto u objetos materia del contrato.

Ahora bien, en estricto sentido, los derechos que genera el contrato de arrendamiento son personales, porque son derechos de carácter relativo y

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 157-159.

en ningún momento hay transmisión de propiedad. De esta manera, nunca se genera un derecho real.

Por lo que respecta al acto propio del contrato, para el arrendador la celebración del contrato implica un acto de dominio, es decir, un acto de disposición de la cosa; en tanto que para el arrendatario la celebración del contrato implica un acto de administración porque va a usar y disfrutar una cosa y pagar un precio cierto por ello.

En cuanto a las obligaciones de las partes, en primer lugar haremos referencia a las obligaciones del arrendador, para lo cual tomaremos en cuenta diferentes puntos de vista de autores que han abordado este particular.

Para el maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS las obligaciones del arrendador son las siguientes: "1. *Transmitir el uso o goce temporal de una cosa...* 2. *Entregar la cosa arrendada...* 3. *Reparar la cosa arrendada...* 4. *Garantizar el uso pacífico de la cosa arrendada...* 5. *Garantizar una posesión útil de la cosa arrendada...* 6. *Responder de los daños y perjuicios que se causen al arrendatario en el caso de que el arrendador sufra evicción...* 7. *No alterar la forma de la cosa arrendada, ni estorbar el uso de la misma...* 8. *Pagar las*

mejorar hechas por el arrendatario y devolverte el saldo que hubiere a su favor al terminar el contrato..."¹⁰¹

Ante las reformas efectuadas a nuestra legislación civil y actualizando la novena obligación que alude el maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS en su obra "Compendio de Derecho Civil. Contratos", es también obligación del arrendador preferir al arrendatario en igualdad de circunstancias en caso de que se desee nuevamente arrendar el inmueble, siempre y cuando se encuentre al corriente en el pago de las rentas, así como respetar el derecho de preferencia por el tanto a favor del arrendatario, en caso de que desee vender el inmueble arrendado.

Por otro lado, el maestro RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL señala que *"las obligaciones del arrendador son obligaciones de hacer... Dichas obligaciones consisten sustancialmente en entregar la cosa en estado apto para el uso convenido o natural de la misma cosa, conservar la cosa en estado adecuado, y garantizar dicho uso que es la única obligación que no puede renunciarse y nunca puede faltar..."¹⁰²*

Señala que nuestra legislación civil establece tres obligaciones fundamentales del arrendador y dos eventuales, y dichas obligaciones son

¹⁰¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil. Contratos, op. cit., pp. 241-246.

¹⁰² SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, op. cit., pp. 250-251.

las siguientes: "1ª obligación (deber de entregar). Es una obligación compleja: el arrendador debe entregar la cosa, debe entregarla con todas sus pertenencias, y debe entregarla en estado de servir para el uso convenido o natural de la misma cosa... 2ª obligación (deber de conservar). El arrendador debe conservar la cosa en ese mismo estado, o sea en estado de servir para el uso convenido, y, a falta de un destino pactado, para el uso que sea conforme a la naturaleza de la cosa... 3ª obligación (deber de garantizar). Tiene el arrendador la obligación de garantizar al arrendatario el uso convenido o el uso natural de la cosa arrendada, puesto que con razón se hace notar que el arrendador debe proporcionar un uso útil y garantizado de la cosa. Este deber de garantía jamás puede faltar, ya que si por caso fortuito o fuerza mayor durante la vigencia del arrendamiento se pierde la cosa, desaparece la obligación del arrendatario de pagar la renta... 4ª obligación (reembolso de mejoras). Por regla general puede el arrendatario hacer mejoras a la cosa arrendada, ya que quien tiene facultad para usar la cosa, puede adaptar ésta a un mejor uso de la misma, y hacer obras que mejoren la utilidad de la misma cosa, pero sin perjuicio de su obligación de restablecer la cosa al estado en que la recibió, al momento de devolverla. Sin embargo, hay dos casos en que, por excepción, no puede el arrendatario hacer mejoras en la cosa arrendada, a saber: a) Cuando se trata de mejoras de tal manera importantes que varíen la forma de la cosa arrendada, o pongan a ésta en

peligro de destrucción o deterioro, ya que para hacer este tipo de mejoras requiere el arrendatario del "consentimiento" expreso del "arrendador"...

b) Cuando en el contrato de arrendamiento expresamente se haya prohibido al arrendatario hacer toda clase de mejoras u obras en la cosa arrendada... Fuera de estas dos limitaciones y casos de excepción, en los que las obras realizadas por el arrendatario no le dan a éste ningún derecho de reembolso, pueden las demás obras realizadas por el arrendatario engendrar la obligación a cargo del arrendador de reembolsar o de pagar al arrendatario el importe de tales obras..."¹⁰³

Como quinta obligación y que el maestro SÁNCHEZ MEDAL considera de carácter eventual, señala la consistente en el deber del arrendador de respetar el derecho de preferencia por el tanto a favor del arrendatario, en caso de que desee vender el inmueble arrendado.

Para el autor MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA, son obligaciones del arrendador las siguientes. "a) Entregar la cosa (objeto del contrato) para que el arrendatario la use o use y goce en los términos convenidos o conforme al empleo al que naturalmente está destinada... b) Conservar la cosa arrendada en el mismo estado durante todo el arrendamiento, y para tal efecto deberá hacer las reparaciones que fueren necesarias... c)

¹⁰³ Ibid., pp. 251-256.

No estorbar ni embarazar de manera alguna el uso de la cosa ni variar su forma... d) Responder de los daños y perjuicios que sufra el arrendatario como consecuencia de perturbaciones que por vías de hecho o por actos jurídicos suyos sufra el arrendatario sin tener justificación legal, ya que tal conductilla constituiría un hecho ilícito y por lo tanto está obligado a responder de los daños y perjuicios que origine... e) Indemnizar al arrendatario por los daños y perjuicios que éste sufra por la privación del uso proveniente de la evicción de la cosa si actuó de mala fe... f) Responder de los daños y perjuicio que sufra el arrendatario por los defectos o vicios ocultos de la cosa, anteriores a la celebración del contrato... g) Pagar las mejoras hechas por el arrendatario, en los siguientes casos: Si se obligó a hacerlo. Si se trata de mejora útiles y por su culpa se rescinde el contrato. Cuando el plazo del contrato es indeterminado, si autorizó al arrendatario a hacerlas y antes de que éste quede compensado con el uso de los gastos hechos, da el arrendador por concluido el arrendamiento. En este caso y en el anterior deberá pagar las mejoras aun cuando se hubiese estipulado en el contrato que quedasen en beneficio de la cosa arrendada... h) A pagar los daños y perjuicios originados al arrendatario si no respeta el derecho de preferencia por el tanto en los casos de enajenación del bien arrendado o de la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento"¹⁰⁴, siempre que esté al corriente

¹⁰⁴ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos Civiles, op. cit., pp. 166-168.

en el pago de las rentas en arrendamientos que han durado más de tres años.

En tanto para el maestro BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO como obligaciones del arrendador que podríamos denominar fundamentales, tenemos las siguientes: "1ª Conceder el uso o el uso y goce de una cosa... 2ª Entregar la cosa arrendada... 3ª Conservar la cosa en el mismo estado en que la entrega... 4ª No estorbar el uso de la cosa... 5ª Garantizar el uso pacífico de la cosa... 6ª Responder de los vicios o defectos ocultos."¹⁰⁵

Asimismo como obligaciones accesorios del arrendador, el maestro PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO enuncia las siguientes: "1ª Pagar las mejoras... 2ª Dar el derecho de preferencia en caso de venta del inmueble arrendado... 3ª Registrar el contrato... 4ª Registrarlo en el Registro Público de la Propiedad."¹⁰⁶

Ahora bien, pasaremos a analizar lo que para la legislación civil y para los doctrinarios, constituyen las obligaciones del arrendatario.

¹⁰⁵ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, 8a. ed., Edit. Porrúa, México, 2001, pp. 191-193.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 193-194, 199.

Para el maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS son obligaciones del arrendatario las siguientes: "1. Pagar la renta... 2. Conservar y cuidar de la cosa arrendada... 3. Pago de los daños y perjuicios que por culpa del arrendatario o de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios, se causen en la cosa arrendada... 4. Responder en los casos de incendio... 5. Restituir la cosa arrendada al terminar el contrato."¹⁰⁷

Para el maestro RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL "son seis las obligaciones del arrendatario, a saber: 1ª Pagar la renta; 2ª Usar debidamente la cosa; 3ª Conservar la cosa; 4ª Avisar las reparaciones necesarias y de las novedades dañosas; 5ª Permitir ciertos actos al arrendador, y 6ª Devolver la cosa."¹⁰⁸

Al detallar cada una de las anteriores obligaciones RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL establece lo siguiente: "Primera obligación: Pagar la renta en la forma y tiempo convenidos. Esta obligación es la principal porque constituye ella la contraprestación fundamental por el uso de la cosa, de manera que cuando se priva de ese uso al arrendatario, se suspende también el pago de la renta... La segunda obligación consiste en usar de la cosa rentada precisamente para el destino convenido en su defecto, para el que sea conforme a la naturaleza de la misma cosa... La tercera

¹⁰⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil. Contratos, op. cit., pp. 247-255.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, op. cit., p. 258.

obligación consiste en conservar en buen estado la cosa arrendada y responder de los perjuicios que sufra la misma por culpa o negligencia del arrendatario o por las de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios, obligación compleja que involucra tanto obligaciones de hacer como obligaciones de no hacer... Cuarta obligación: Poner en conocimiento del arrendador, a la brevedad posible, la necesidad de las reparaciones que en concreto exija la cosa arrendada, así como avisarle de toda usurpación o novedad dañosa que un tercero haya realizado o abiertamente prepare en relación con la cosa arrendada, so pena de pagar daños y perjuicios al arrendador si omite dar en tiempo oportuno uno u otro aviso... Quinta obligación: Permitir al arrendador determinados actos en la cosa arrendada antes del término del arrendamiento, cuando sean urgentes e indispensables y respecto de las cuales el propio arrendatario hubiera puesto en conocimiento del arrendador... Sexta obligación: Devolver la cosa arrendada, al concluirse arrendamiento, tal como la recibió, salvo lo que hubiere perecido o se hubiere menoscabado por el tiempo o por causa inevitable."¹⁰⁹

Para el autor MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA, las obligaciones del arrendatario son las siguientes: "a) Pagar el precio cierto... b) Conservar la cosa... c) Debe de indemnizar al arrendador por los perjuicios que sufra la

¹⁰⁹ Ibid., pp. 258, 261-262, 265.

cosa arrendada por su culpa o negligencia, la de sus familiares, sirvientes o subarrendatarios, o por su dolo. La pérdida de la cosa en su poder se presume por su culpa, mientras no pruebe lo contrario... d) Debe devolver la cosa al término del contrato tal como la recibió, salvo que hubiere perecido o se hubiere menoscabado por el tiempo por causa inevitable y se presume que la recibió en buen estado, salvo prueba en contrario..."¹¹⁰

Para el maestro BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, son obligaciones del arrendatario las siguientes: "1º Pagar la renta... 2º Conservar la cosa arrendada... 3º Usarla para el uso convenido... 4º Hacer reparaciones de poca importancia... 5º Informar al arrendador la necesidad de hacer reparaciones... 6º Informar al arrendador de toda usurpación o novedad dañosa... 7º No variar la forma del bien arrendado... 8º Restituir la cosa..."¹¹¹

1.3. SUBROGACIÓN

1.3.1. CONCEPTO

El maestro MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ establece que "subrogar significa precisamente "sustituir". Hay subrogación real cuando se sustituyen unos

¹¹⁰ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, op. cit., p. 170.

¹¹¹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Contratos Civiles*, op. cit., pp. 200-205.

bienes por otros, y subrogación personal por pago, cuando el acreedor es sustituido por un tercero interesado que paga la deuda o presta dinero para tal fin.... La sustitución del acreedor por el tercero que le paga el importe de su crédito permite a éste adquirir el mismo derecho que tenía el acreedor, con sus garantías y accesorios. Su subrogación por pago ingresa así al tercero en la misma relación jurídica que vinculaba al acreedor con el deudor, sustituyendo al acreedor y quedando en su lugar."¹¹²

Asimismo, el autor en cita establece que la subrogación tiene como efectos los siguientes:

1. *Trasmite el crédito del acreedor original al tercero solvens.*
2. *Lo transfiere con todas sus garantías, vicios y limitaciones porque se trata de la misma relación jurídica.*
3. *Desliga y desinteresa al acreedor primitivo, aun contra su voluntad, al ser solventado su crédito.*¹¹³

Por su parte, para el maestro JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO, "la subrogación personal es un modo translativo de las obligaciones a título particular y entre vivos, que puede ser por disposición de la ley o por voluntad de las partes y que se efectúa mediante el cambio de acreedor, quien transmite,

¹¹² BEJARANO SÁNCHEZ, Manuei, *Obligaciones Civiles*, op. cit., p. 339.

¹¹³ *Ibid.*, p. 343.

a un tercero llamado subrogado, los derechos que tiene contra su deudor; en virtud del pago o del préstamo que hace el tercero subrogado; comprendiendo la subrogación los derechos accesorios y los intereses vencidos."¹¹⁴

Asimismo el autor en cita establece que las partes que intervienen en la subrogación son las siguientes:

- a) El acreedor subrogante que es sustituido, por el tercero subrogado, en virtud del pago que se le hace.
- b) El deudor que cambia de acreedor.
- c) El tercero subrogado que paga al acreedor subrogante o presta al deudor para pagar al acreedor con el fin de sustituirlo.¹¹⁵

Además, cabe señalar que, de acuerdo con el maestro MARTÍNEZ ALFARO, "el acreedor transmite su crédito, al tercero subrogado, con las excepciones que le son oponibles y con sus accesorios como son los intereses vencidos y las garantías consistentes en la fianza, hipoteca, prenda o privilegio; por tanto el crédito que se le transmite al subrogado es el mismo que tenía el acreedor, es decir, el subrogado no tendrá mayores

¹¹⁴ Bejarano, Rojina Villegas, Ruggiero, Gaudemet citados por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., pp. 361-362.

¹¹⁵ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 362.

derechos que el acreedor, pero sí podrán ser menores sus derechos como sucede con la subrogación convencional consentida por el acreedor."¹¹⁶

El maestro MANUEL BORJA SORIANO señala que *"la palabra subrogación evoca la idea de una sustitución, sea de una cosa por otra, sea de una persona por otra. En el primer caso es real, en el segundo es personal..."*¹¹⁷

Para el autor en comento, la subrogación *"es la substitución admitida o establecida por la ley en los derechos del acreedor por un tercero que paga la deuda o presta al deudor fondos para pagarla..."*¹¹⁸

Para el maestro IGNACIO GALINDO GARFÍAS, *"la subrogación... entraña la idea de "sustitución" y este concepto se refiere a la sustitución de una de las personas que forman parte de un determinado vínculo obligacional producida por un pago que un tercero hace de la deuda. Propiamente deberíamos hablar de "pago por subrogación". Esto quiere decir que para que tenga lugar la subrogación el tercero que paga, con ello satisface el interés del acreedor; es decir este debe recibir el pago de su crédito. Pero dicho pago no es efectuado por el deudor, sino por un tercero que interviene (subrogatario) realizando la prestación de la obligación que es a*

¹¹⁶ Ruggiero, Bejarano, Rojina Villegas, Hémard, Marty, Starck, Planiol, Colin Et Capitant, Gaudemet citados por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., p. 362.

¹¹⁷ BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, op. cit., p. 590.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 591.

cargo del deudor, o le proporciona a este último los medios para cumplir la deuda contraída... Así pues, como un requisito previo, la subrogación es consecuencia del pago que efectúa un tercero o facilita al deudor los medios para efectuarlo, que si bien libera al deudor frente al acreedor – cuyo interés ha quedado satisfecho– coloca al tercero como el titular de los derechos y acciones del acreedor pagado, quien por virtud del pago recibido, queda fuera de la relación jurídica y es sustituido en sus derechos frente al deudor, por la persona que ha hecho el pago (subrogatario)... Es pues la subrogación, la sustitución en los derechos del acreedor, por un tercero que paga la deuda, o presta al deudor fondos para pagarla.”¹¹⁹

Para el autor MANUEL MOGUEL CABALLERO, quien cita a BIANCA, *“la subrogación es el subingresso de un tercero en los derechos del acreedor a consecuencia del pago de la deuda y con el concurso de las otras condiciones de la ley.”*¹²⁰

En este contexto se encuentra regulada la subrogación en nuestra legislación, y nos adherimos en consecuencia al derecho positivo que regula la materia, y nos referimos a los artículos 2058 al 2061 del Código Civil del Distrito Federal que establecen lo siguiente; el artículo 2058

¹¹⁹ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., pp. 171-172.

¹²⁰ MOGUEL CABALLERO, Manuel, *Obligaciones Civiles Contractuales y Extracontractuales*, op. cit., p. 101.

menciona que la subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados en los siguientes supuestos: I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente; II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación; III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición. Mientras que el artículo 2059 establece que cuando la deuda fuere pagada por el deudor, con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato; Mientras que el artículo 2060 dice que: No habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible. Y el artículo 2061 dice que: El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, cuando no basten los bienes del deudor para cubrirlos todos, se hará a prorrata.

1.3.2. TIPOS

El maestro MARTÍNEZ ALFARO al abordar el tema de la subrogación personal, señala que ésta puede ser legal o convencional y esta última a su vez se subdivide en dos especies, según sea consentida por el acreedor o por el deudor.¹²¹

La subrogación personal legal *"es una forma de transmitir las obligaciones a título particular, entre vivos y por cambio del acreedor que se opera por ministerio de ley cuando un tercero, que tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, para al acreedor o presta para que se le pague, substituyéndolo de pleno derecho en sus facultades."*¹²²

En cuanto a la subrogación personal convencional, como señalamos, ésta se subdivide en dos: la consentida por el acreedor y la consentida por el deudor. *"La subrogación convencional consentida por el acreedor es un modo de transmitir las obligaciones a título particular, entre vivos y cambiando al acreedor, mediante un contrato que celebran el acreedor que se llama subrogante y un tercero llamado subrogado, por el cual el acreedor subrogante transmite al tercero subrogado los derechos que tiene en contra de su deudor, a cambio del pago que le hace el tercero*

¹²¹ Cfr. MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., 363,369.

¹²² *Ibid.*, p. 363.

subrogante y no el importe total del crédito en el caso de haber pagado una suma inferior... La subrogación convencional consentida por el deudor es una forma de transmitir las obligaciones a título particular, entre vivos y cambiando al acreedor, mediante un contrato que celebran el deudor y un tercero, por el cual el tercero presta dinero al deudor para pagar al acreedor, sustituyéndolo en virtud del préstamo que hace, debiendo constar el mutuo en un título en el que se declara que el dinero se prestó para pagar esa deuda..."¹²³

Por su parte el maestro IGNACIO GALINDO GARFÍAS señala que, la subrogación puede tener verificativo en los siguientes casos: "a) Por disposición de la ley en los casos previstos por el artículo 2058 del Código Civil. y b) Por convenio celebrado entre el deudor (subrogante) y el tercero (subrogatario) que paga el adeudo o presta a aquél los elementos para hacer el pago (artículo 2059 del Código Civil). Así debe distinguirse entre subrogación legal y subrogación convencional... La primera se verifica por mandato de la ley, independientemente de la voluntad de las partes (deudor y acreedor)... El contrato de subrogación convencional es celebrado entre el deudor y el tercero que paga la deuda, o presta dinero para ello."¹²⁴

¹²³ Ibid., pp. 369, 372.

¹²⁴ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 172.

Por su parte el maestro MANUEL BORJA SORIANO establece que *"hay dos especies de subrogación: la subrogación convencional y la subrogación legal. La subrogación convencional es la que deriva del convenio de las partes, mientras que la subrogación legal se realiza por el efecto de la ley, por el hecho sólo de que una persona está en determinadas condiciones."*¹²⁵

En tanto, el maestro MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ menciona que *"por su causa o fuente, la subrogación puede ser legal o convencional. La legal es la más frecuente e importante. Está instituida en la ley y produce sus efectos por el mismo derecho –ipso iure– sin la necesidad de que las partes lo declaren... La convencional, que es útil en los casos en los cuales el tercero no tiene interés jurídico en el pago y que proviene de un acuerdo de voluntades, resulta de un contrato que éste celebra: a) Con el acreedor (subrogación ex parte creditoris), quien acepta ser subrogado por el tercero que le está pagando el crédito, al cual le deja voluntariamente su sitio de acreedor en la relación, y b) Con el deudor (subrogación ex parte debitoris), quien permite al tercero solvens sustituir al acreedor y aprovechar la situación de éste en la relación jurídica."*¹²⁶

¹²⁵ BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, op. cit., p. 591.

¹²⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, op. cit., p. 341.

(subrogación ex parte debitoris), quien permite al tercero solvens sustituir al acreedor y aprovechar la situación de éste en la relación jurídica."¹²⁶

1.4. MATERNIDAD

1.4.1. CONCEPTO

Desde el punto de vista de los autores ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y N. y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA, la maternidad "es la condición natural y necesaria de reproducción que permite la sobrevivencia del ser humano. El artículo 4o. de la Constitución es la primera referencia que encontramos sobre este tema. Los derechos que se establecen en este artículo respecto de la maternidad son dos: el derecho a recibir de manera libre y responsable sobre el número y esparcimiento de los hijos y el derecho a la protección de la salud; tiene, además, en derecho varios efectos: con relación a la filiación; al ejercicio de la patria potestad; a los alimentos; a las sucesiones; en las relaciones laborales, en el establecimiento de la punibilidad, etcétera."¹²⁷

¹²⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, op. cit., p. 341.

¹²⁷ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., p. 2471.

Para el autor MANUEL F. CHÁVEZ ASENCIO, "la maternidad es un hecho susceptible de prueba directa, y por consiguiente, perfectamente conocido. Los elementos de la filiación en relación a la maternidad son el parto y la identidad... Por lo tanto, en relación a la madre el parto es un hecho que permite conocer la filiación, bien dentro o fuera del matrimonio. El alumbramiento se puede constatar como un hecho por prueba directa. Los romanos decían que el "parto sigue al vientre" (**partus sequitur ventrem**)... Pero además del parto es necesario, como segundo elemento, establecer la identidad del hijo. Es decir, determinar si el hijo que reclama la filiación es realmente el que la mujer dio a luz, lo cual se puede acreditar mediante la posesión del estado del hijo, o con el acta de nacimiento."¹²⁸

En este mismo sentido se expresa el maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS para quien "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 quien es el padre, es necesario conocer quien es la madre."¹²⁹

¹²⁸ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, 4a. ed., Porrúa, México, 2001, pp. 10-11.

¹²⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia, 24a. ed., Porrúa, México, 1991, p. 454.

Desde el punto de vista jurídico, la maternidad resulta en un hecho conocido y que admite la prueba directa, naturalmente, encontramos que es un hecho necesario para la conservación de la especie, y se refiere al vínculo filial y natural que existe entre la madre y el hijo, esta puede ser demostrada por prueba directa, como lo es el testimonio de las personas que se percataron del nacimiento y las formalidades de los organismos de salud que acreditan el mencionado vínculo, a diferencia de los comentarios vertidos por los autores antes citados, consideramos que la paternidad, actualmente también es susceptible de ser probada con los avances tecnológicos, como lo es la prueba del ácido desoxiribonucleico que establece la identidad genética de los padres y los hijos.

En este sentido, el artículo 54 del Código Civil, establece que las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquel hubiera nacido, acompañando el certificado de nacimiento. El certificado de nacimiento deberá ser suscrito por médico autorizado para el ejercicio de su profesión, o persona que haya asistido el parto, en el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Distrito Federal, el cual contendrá los datos que establezca el Reglamento del Registro Civil. Dicho certificado hace prueba del día, hora y lugar del nacimiento, sexo del nacido y de la maternidad, es decir, con este certificado se acredita la maternidad del

menor lo que hace prueba directa de tal circunstancia. Por otra parte encontramos en el Artículo 60 del Código Civil que el padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos, y establece que la investigación tanto de la maternidad como de la paternidad, podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas al Código.

Conjuntamente analizamos el contenido del artículo 382 del ordenamiento en comento, que establece que la paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre; con lo que se confirma que actualmente la paternidad y maternidad de los menores ya es sujeta de prueba directa, sin embargo, aquí no se aplica la confesión en sentido negativo que se aplica en materia familiar de acuerdo con el artículo 271 último párrafo del Código de Procedimientos Civiles, lo que podría ser sujeto de otro debate.

Atendiendo los puntos de vista jurídicos comentados con anterioridad, encontramos que existen incluso algunas clasificaciones de la maternidad, algo que parece tan simple y natural, pues así ha acontecido en la historia del hombre, actualmente se está haciendo un tema de debate, y a

continuación mencionaremos las especies de maternidad según algunos autores.

1.4.2. ESPECIES

La autora ALICIA PÉREZ DUARTE establece que *"en relación con la maternidad se presentan tres tipos de figuras maternas: la social, aquella que la sociedad y la ley reconocen como la madre; la genética, correspondiente a la mujer que aporta los gametos para la fecundación; y, finalmente, puede darse el caso de que una mujer porte a término el embarazo en su útero sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo para la fecundación. En este último caso, la mujer literalmente sólo permite que se desarrolle y viva un nuevo ser, por ello se le nombra madre biológica, en lo que se ha dado en llamar maternidad sustituta o subrogada."*¹³⁰

Por otro lado, GUSTAVO ADOLFO MARÍN VÉLEZ dentro de la revista Opinión Jurídica establece los siguientes tres tipos de maternidad: *"Maternidad fisiológica: Asociada al acto médico del parto (gestación-parto)... Maternidad biológica (o genética): Mujer aportante de su propio óvulo para ser implantado en el útero de otra mujer... Maternidad educacional*

¹³⁰ PÉREZ DUARTE, Alicia, Derecho de Familia, FCE, México, 1994, p. 185.

o afectiva: Rol cumplido por la mujer que funge como madre y que velará por el desarrollo integral del niño, como auténtico ser humano."¹³¹

Por otro lado, dentro de la Revista de Derecho Político se establecen los siguientes supuestos en torno a la maternidad: "1) *Maternidad plena*, que es la que, junto a la relación biológica única de una mujer con su hijo, se une el haz de derechos y obligaciones que implica el reconocimiento jurídico de la generación... 2) *Maternidad genética o gestativa parcial*, en el supuesto de que la aportación de la mujer que después asume legalmente la condición de madre no haya sido única, existiendo, por tanto, la concurrencia de la aportación de otra u otras mujeres al nacimiento del niño... 3) *Maternidad legal*, que es aquella en la que la mujer asume los derechos y obligaciones respecto al nacido sin que existan entre ellos lazos biológicos."¹³²

La autora CLAUDIA GANA WINTER establece que "hoy, la gama de posibilidades de intervención de terceros en el acto de la procreación ha hecho evolucionar este concepto de maternidad, que en un principio fue unívoco. La maternidad, que es un acto único, se ha fraccionado, llevando a una nueva clasificación que analizaremos a continuación,

¹³¹ MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo, "El arrendamiento de vientre en Colombia", en *Opinión Jurídica*, Colombia, número 3, enero/junio de 2003, p. 72.

¹³² "Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida", en *Revista de Derecho Político*, España, número 26, 1988, p. 98.

siempre a la luz del llamado contrato de arrendamiento de útero... Así, la madre biológica o gestacional es la mujer que durante nueve meses gesta al embrión en su vientre, para luego dar a luz al niño, sin importar qué origen genético tiene el embrión. El óvulo puede ser aportado por esta mujer, por la mujer que forma parte de la pareja contratante, o bien por un donante ajeno. Este tipo de maternidad será plena en el caso de que se reúnan en la misma mujer el aspecto genético y gestacional, y parcial en el caso contrario... Madre educacional o afectiva apunta a la persona que se encarga de criar al niño. Respecto del contrato en cuestión, generalmente esta función le va a corresponder a la arrendataria, quien impulsó todo el procedimiento y aparece como la más interesada en tener un hijo... Con el nombre de madre legal se indica aquella mujer que ante los ojos del derecho se encuentra en calidad de serlo... De acuerdo a lo dicho, se puede concluir que la arrendadora de útero será siempre la madre gestacional del niño, posiblemente llegando a ser la madre afectiva, y será la madre legal sólo si la legislación aplicable así lo determina."¹³³

Como podemos ver, existen algunos criterios para encontrar y tratar de clasificar el tipo de maternidad que se da en cada caso, situación que a lo mejor hace veinte años era inimaginable, pero a nosotros nos queda

¹³³ GANA WINTER, Claudia, "La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?", en *Revista Chilena de Derecho*, Chile, número 4, volumen 25, 1998, Alejandro Vergara Blanco, pp. 852.

únicamente tratar de entenderlos y al derecho tratar de regularlo, pues la realidad y los avances científicos lo han rebasado.

1.5. TÉCNICAS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA

La autora ALICIA PÉREZ DUARTE establece que *"a través del concepto de reproducción asistida se designan todas aquellas manipulaciones médicas encaminadas a favorecer la fecundación cuando ésta no se puede o no se desea realizar mediante la cópula. Es un concepto de uso reciente en el léxico jurídico que debió ser incluido como objeto de estudio y preocupación para el derecho por las consecuencias jurídicas que este tipo de manipulaciones han presentado, sobre todo en el ámbito de la filiación... Hasta el momento este tipo de manipulaciones se puede dar en dos formas básicas; la corpórea o la extracorpórea o **in vitro**; en ambas se puede realizar con gametos del varón y la mujer que desean procrear en tanto pareja –como cónyuges o concubinos– o con gametos de personas extrañas a la relación de pareja, quienes hacen donación de los mismos... Ambos tipos de fecundación son ya una práctica cotidiana en centros de salud en todo el mundo. La corpórea se realiza mediante la introducción del líquido seminal en la cavidad interna de la mujer durante el periodo fecundo. Es una práctica frecuente para resolver problemas de infertilidad de la pareja causada por razones de diversa índole o, en el caso de*

mujeres solteras que desean ser madres sin tener relaciones sexuales con un varón... La fecundación extracorpórea es un tratamiento que requiere hospitalización, por lo que sólo se recurre a él en casos extremos relacionados con la infertilidad de la mujer. Abarca tres etapas: la obtención de varios óvulos maduros, su fertilización **in vitro** y su implantación intrauterina."¹³⁴

Para GUSTAVO ADOLFO MARÍN VÉLEZ la reproducción humana asistida "consiste en la asistencia médica para lograr el embarazo."¹³⁵

Dentro de la Revista Mexicana de Justicia en el capítulo respectivo a las "Técnicas de reproducción asistida. Manipulación genética" se establecen como sinónimos de procreación asistida los siguientes: "reproducción asistida, métodos artificiales de reproducción, fecundación artificial, fertilización artificial... Con estos nombres se conocen los distintos procedimientos que aportan una ayuda para la reproducción de las parejas, venciendo las causas de la esterilidad que les afligen... El proyecto de Ley Braivant, en Francia, la define a los efectos jurídicos en estos términos: La reproducción asistida es la que resulta de los siguientes procesos: 1. La inseminación artificial de una mujer con el esperma del

¹³⁴ PÉREZ DUARTE, Alicia, Derecho de Familia, op. cit., pp. 182-184.

¹³⁵ MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo, "El arrendamiento de vientre en Colombia", en *Opinión Jurídica*, op. cit., p. 72.

marido, de su pareja estable o de un tercero. 2. La fecundación *in vitro* mediante los gametos de su pareja o de un tercero. 3. Cualquier otro procedimiento equivalente."¹³⁶

La autora MARÍA DOLORES DE LA CALLE GONZÁLEZ-HABA señala que "la disociación entre el sexo y la procreación hace necesario el consentimiento que pasa a ser el núcleo habilitante de las prácticas. Ahora bien en todas las técnicas de reproducción asistida, interviene como mínimo aparte del equipo médico que va a practicar estas técnicas, la mujer usuaria de las mismas, si estuviera casada también será parte el marido, o pareja estable en caso de no estarlo e incluso puede existir también un tercero: el donante de gametos o preembriones. En definitiva hemos de distinguir: 1º El consentimiento de donantes de gametos o preembriones 2º el consentimiento de la mujer usuaria de las técnicas 3º el marido de ésta, en el caso de que estuviera casada y 4º el del conviviente en caso de que no estuviera casada."¹³⁷

El reciente descubrimiento del genotipo, y los avances científicos en materia genética incluyendo la clonación, han desencadenado una serie

¹³⁶ Procuraduría General de la República, "Técnicas de reproducción asistida. Manipulación genética", en *Revista Mexicana de Justicia*, México, número 10, septiembre del 2000, José Antonio García Ocampo, p. 192.

¹³⁷ CALLE GONZÁLEZ-HABA, Ma. Dolores De la, "La prestación del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida", en *Boletín de la Facultad de Derecho*, España, número 7, invierno 1994, p. 150.

de fenómenos que el derecho debe atender y que nosotros debemos observar con atención, para poder realizar propuestas en este sentido.

1.5.1. REPRODUCCIÓN *IN VITRO*

De acuerdo con GUSTAVO ADOLFO MARÍN VÉLEZ, la fecundación *in vitro* "consiste en la unión de un óvulo y un espermatozoide en el laboratorio, para luego ser implantado en el útero de la mujer. Procedimiento completo para la instalación del óvulo fecundado en el útero de la madre sustituta."¹³⁸

Los autores J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ y J. M. MASSIGOGE BENEGUI señalan que por fecundación *in vitro* "debe entenderse, también según el CAHGE (Committee of Experts on Genetic Engineering), la fusión del óvulo y el espermatozoide, realizada en un instrumento de cultivo. De modo más genérico, puede definirse, como aquella, técnica utilizada en las mujeres, consistente en la eliminación de la obturación existente en las trompas de Falopio, para introducir allí el óvulo fecundado previamente en el laboratorio para su posterior reimplantación en el útero."¹³⁹

¹³⁸ MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo, "El arrendamiento de vientre en Colombia", en *Opinión Jurídica*, op. cit., p. 72.

¹³⁹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegui, La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, Ed. Dykinson, España, 1994, p. 19.

De acuerdo con el autor XAVIER HURTADO OLIVER, "la fecundación *in vitro* consiste en la fertilización de un óvulo por el espermatozoide en un recipiente de laboratorio y la posterior implantación del embrión resultante en el útero de la mujer para su gestación (FIVTE). Constituye la FIVTE (fecundación *in vitro* con transferencia de embrión) un sofisticado procedimiento que solamente debe ser realizado por médicos especializados, en clínicas debidamente equipadas y autorizadas para el manejo. Sus riesgos no son menores."¹⁴⁰

Por su parte, el maestro PEDRO SILVA RUIZ "por fecundación *in vitro* (FIV) se entiende la "fecundación en condiciones de laboratorio de un óvulo previamente extraído quirúrgicamente de la mujer por un espermatozoide"... Los óvulos se obtienen mediante laparoscopia o "exploración visual de la cavidad peritoneal" Una vez fecundados, un cierto número de embriones son trasladados o transferidos al útero (FIVTE), cuando éstos están en condiciones apropiadas para la anidación."¹⁴¹

De acuerdo con ANÍBAL GUZMÁN AVALOS, en la fecundación *in vitro* "ocurre en probeta su proceso y al igual que la inseminación puede ser homóloga o heteróloga, según se trate del óvulo de la cónyuge o de la

¹⁴⁰ HURTADO OLIVER, Xavier, El derecho a la vida y a la muerte? Procreación humana, fecundación *in vitro*, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, México, Porrúa, 1999, p. 32.

¹⁴¹ SILVA RUIZ, Pedro, "Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta", en *Anuario*, Venezuela, volumen 21, tomo único, 1998, pp. 146-147.

mujer extraña. El procedimiento es bastante complejo, pero en términos generales supone: a) superovulación (las posibilidades de embarazo son escasas si sólo se transfiere un embrión al útero, de ahí que sea necesario obtener varios óvulos; b) intervención quirúrgica para remover los óvulos maduros; c) fertilización **in vitro** con semen previamente analizado y preparado para inseminación; d) incubación por algunos días a fin de constatar su normal desarrollo; y e) implantación de varios embriones en el útero femenino. Este último paso constituye una modalidad de la transferencia de embriones...¹⁴²

El autor en comento al referirse a los dos tipos de fecundación in vitro señala lo siguiente: "1.- Homóloga. Se realiza dentro del matrimonio con la implantación del propio óvulo en la matriz de la mujer para producir la fertilización extracorpórea, introduciendo posteriormente por medios quirúrgicos el embrión en el vientre de la cónyuge y así desarrollar la gestación, (con gametos de la esposa y del marido) pero ello no representa problemas jurídicos en cuanto a las relaciones paterno-filiales, porque no se alteran de ninguna manera, ya que la filiación biológica paterna y materna coincide con el vínculo jurídico de la filiación consanguínea... 2.- Heteróloga. La fecundación del embrión es con óvulo de otra mujer y el semen del marido, o sin gametos de ninguno de ambos

¹⁴² GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, "Algunas consideraciones civiles de la procreación asistida", en *Revista Jurídica Veracruzana*, México, número 71, tomo LV, abril-junio de 1995, Julio Patiño Rodríguez, p. 126.

cónyuges, para insertarse después en el vientre de la esposa o de otra extraña al matrimonio (subrogación)..."¹⁴³

La autora DORA ROCÍO LAPLACETTE manifiesta al respecto que "se dan distintas especies de fertilización: la llamada homóloga, cuando se realiza con semen y óvulos de la pareja y se inseminan en la mujer de la misma, o la heteróloga, cuando se utiliza semen de un donante. Una tercera posibilidad se da cuando se utiliza el semen del marido de la pareja contratante, y se insemina con él a la mujer contratada."¹⁴⁴

1.5.2. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

De acuerdo con PEDRO SILVA RUIZ "la inseminación artificial (IA) es la "introducción del semen dentro de la vagina o el útero de la mujer por medios diferentes a la cópula o acoplamiento sexual. Puede realizarse: con semen del marido o del compañero, en caso de pareja estable (IAC)" o "con semen de donante (IAD)"."¹⁴⁵

¹⁴³ Ibid., pp. 127-128.

¹⁴⁴ LAPLACETTE, Dora Rocío, "Contrato de Locación de Vientre", en *Prudentia Iuris*, Argentina, número XL, noviembre 1995, Alfredo Di Prieto, p. 75.

¹⁴⁵ Juan Ramón Lacadena: Glosario de términos científicos referentes a la reproducción humana, en sus aspectos biológicos naturales y artificiales, en Javier Gafo, ed.: "Nuevas técnicas de reproducción humana" (Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986), p. 206 citado por SILVA RUIZ, Pedro, "Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta", en *Anuario*, op. cit., p. 146.

Los autores J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ y J. M. MASSIGOGE BENEGUI señalan que de acuerdo con el CAHGE (Committee of Experts on Genetic Engineering), la inseminación artificial *"es la introducción de espermatozoides en la vagina o útero de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual natural. Más académicamente puede conceptuarse, como cualquier procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo mediante cualquier artificio y, en definitiva, puede entenderse por dicha técnica, aquel proceso genético que prescinde de la unión sexual fecundadora y natural, reemplazándola por otro procedimiento... Cabe distinguir, a su vez, empleando la terminología más en uso, entre IA homóloga, que tiene lugar cuando la mujer es fecundada con semen del marido, e IA heteróloga, en el caso de que el semen proceda del varón distinto del esposo."*¹⁴⁶

El autor GUSTAVO ADOLFO MARÍN VÉLEZ se refiere a la inseminación artificial en los siguientes términos: *"Mediante medios, instrumentos y personal médico, inocular el semen en el útero de la mujer que adelantará la gestación."*¹⁴⁷ En cuanto a las formas de inseminación artificial señala lo siguiente: *Inseminación artificial homóloga: Cuando el semen inoculado a la mujer corresponde al de su cónyuge o compañero... Inseminación*

¹⁴⁶ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegui, La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, op. cit., p. 19.

¹⁴⁷ MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo, "El arrendamiento de vientre en Colombia", en *Opinión Jurídica*, op. cit., p. 72.

artificial heteróloga: Cuando el semen inoculado a la mujer no corresponde al de su cónyuge o compañero, es decir, el semen es de un tercero. También ocurre cuando el semen del cónyuge o compañero se inyecta en el útero de una mujer diferente de su cónyuge."¹⁴⁸

El autor ANÍBAL GUZMÁN ÁVALOS al referirse a los dos tipos de inseminación artificial señala lo siguiente: "Inseminación artificial homóloga. Recibe este nombre porque se toma el espermatozoide del propio marido para hacerlo llegar al óvulo de la esposa, introduciendo el semen en el útero materno.¹⁴⁹ Es decir, tiene lugar como cuando todo el proceso sucede por vía natural, pues el semen se deposita en la vagina, en el cérvix o el útero, según indicaciones médicas, en el momento en que la ovulación está próxima a realizarse... Inseminación artificial heteróloga. Es la que se practica con semen de un sujeto diferente al esposo, por la esterilidad del marido causada por una azoospermia (ausencia de espermatozoides) de cualquier tipo, o por no tenerlos en números suficientes (oligospermia) o con la vitalidad indispensable (astenospermia),

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Beatriz Boza Dibos. "Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho en torno a la reproducción humana asistida", en *Derecho*, número 45, diciembre 1991 Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima Perú. P. 74 citado por GUZMÁN ÁVALOS, Anibal, "Algunas consideraciones civiles de la procreación asistida", en *Revista Jurídica Veracruzana*, op. cit., p. 117.

anomalías cromosómicas-genéticas, enfermedades genéticas o infecciones graves del varón, transmisibles a la descendencia."¹⁵⁰

El autor XAVIER HURTADO OLIVER establece que "la inseminación homóloga (IAH) es la que se practica utilizando semen de la pareja de la mujer inseminada cuando por razones físicas o de otra índole el varón está imposibilitado para depositar naturalmente sus células germinales en el tracto reproductivo de su mujer, generalmente se considera como una forma apropiada y aceptable de tratamiento cuando ha sido clínicamente recomendada y se pretende procrear un hijo dentro del contexto de una relación estable... pues se trata simplemente de reunir sus gametos para que la fecundación se produzca... Por su parte la inseminación heteróloga (IAD), la que se hace utilizando gametos de un extraño a la pareja, cuando los producidos por el marido o concubino no son aptos para la fecundación, o bien siéndolo sean transmisores de enfermedades genéticas, ha sido a través de la historia generadora de graves problemas de orden moral, legal y psicológico"¹⁵¹

¹⁵⁰ GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, "Algunas consideraciones civiles de la procreación asistida", en *Revista Jurídica Veracruzana*, op. cit., pp. 120-121.

¹⁵¹ HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos*, op. cit., p. 17.

1.5.3. ARRENDAMIENTO DE ÚTERO O MATERNIDAD SUBROGADA

Actualmente, y en atención a los avances tecnológicos, se ha podido brindar la posibilidad de tener hijos a las personas que tienen algún problema fisiológico para reproducirse, para lo cual la sociedad ha encontrado algunos actos jurídicos para formalizar esta actividad, apoyándose para tal efecto, en las figuras jurídicas actualmente vigentes, sin embargo, el sistema jurídico debe entender estas nuevas conductas, y tratar de regularlas para poder establecer con la mayor justicia posible, la equidad entre las partes que en los actos jurídicos intervienen. Dentro de estas actividades, se han apoyado en el contrato de arrendamiento, que no del todo es ad hoc para regular estas nuevas figuras, y se ha llamado arrendamiento de útero, apoyados por otra figura antes analizada que es la subrogación, que de la misma forma resulta complicada su aplicación, pero se analizará adelante.

Un artículo de la revista de Derecho Político ha establecido que *“La llamada maternidad subrogada o gestación de sustitución es un aspecto surgido como consecuencia de las nuevas técnicas de reproducción asistida, especialmente por la posibilidad de la fecundación in vitro, ya que esta práctica combinada con la gestación por sustitución permite a una mujer que no puede llevar a término un embarazo tener un hijo*

genéticamente suyo por la fecundación de su propio ovocito y semen de su compañero o donado en laboratorio... Por tanto, las llamadas madres de alquiler son mujeres que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que, normalmente, se ha generado mediante espermatozoides del varón que aparecerá como padre y un ovocito de la mujer que aparecerá como madre, para que una vez producido el parto, entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.¹⁵²

Para el autor XAVIER HURTADO OLIVER, "la subrogación de maternidad es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño para otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento."¹⁵³

De acuerdo con PEDRO SILVA RUIZ, "por maternidad subrogada o gestación por cuenta de otro y para otro, se alude a la posibilidad (el convenio) en la cual el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer (distinta a la que aporta el óvulo), que lo gesta y lo procrea en beneficio de la pareja. Adviértase que la mujer portadora y gestadora de la criatura no es la madre genética o biológica; la mujer que crea

¹⁵² "Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida", en *Revista de Derecho Político*, op. cit., p. 106.

¹⁵³ HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida ¿y a la muerte?* Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, op. cit., p. 54.

cesará de ser la madre –concepto jurídico distinto a progenitora– si entrega el hijo, renunciando a los derechos filiatorios.”¹⁵⁴

Asimismo establece que “la maternidad sustituta, suplente o subrogada puede decirse que no es una técnica de concepción (procreación, reproducción) artificial, sino que el uso de éstas la posibilitan: 1. Una mujer es inseminada artificialmente **in vitro** con semen de donante; nacida la criatura, la custodia se transfiere al donante del semen. 2. El óvulo que ha sido extraído de una mujer se fertiliza **in vitro**; el embrión es trasplantado al útero de una mujer distinta de la donante del óvulo, que puede gestarlo y procrear una criatura; al nacer la criatura, se le entrega a la (mujer) donante del óvulo. 3. Una mujer es fertilizada **in vivo**, el embrión se remueve de ella (lavado de embrión) y se trasplanta al útero de otra mujer que es capaz de gestar una criatura; al nacer el niño, se le entrega a la donante del óvulo. 4. El óvulo de una mujer es fertilizado **in vitro** o **in vivo** después de una obtención mediante lavado; es trasplantado al útero de otra mujer, y nacido el niño, es entregado a tercera(s) persona(s), tales como el donante del semen y su esposa.”¹⁵⁵

¹⁵⁴ SILVA RUIZ, Pedro, “Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta”, en *Anuario*, op. cit., p. 155.

¹⁵⁵ Ontario Law Reform Commission, Report on Human Artificial Reproduction an Related Matters, Ministry of the Attorney General, Ontario, Canadá, vol. II, 1985, pág. 218 (traducción) citado por SILVA-RUIZ, Pedro F., “Filiación por procreación/reproducción asistida”, en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Puerto Rico, número 1, vol. 64, enero-marzo, 2003, Carmelo Delgado Cintrón, pp. 56-57.

De acuerdo con los autores J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ y J. M. MASSIGOGUE BENEGUI, "la técnica conocida como de las denominadas <<madres portadoras>>, según el citado CAHGE, consiste en que una mujer lleva en su cuerpo implantado un embrión hasta el nacimiento para beneficio de otra mujer o pareja... Se define en el Informe Warnock¹⁵⁶... como la técnica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con intención de entregárselo después de su nacimiento... La madre subrogada o portadora es una mujer fértil, que conviene, mediante contrato, que se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado o pareja de otra mujer, gestar y dar a luz dicha criatura. Una vez producido el alumbramiento, la madre suplente renuncia a la custodia a favor del padre biológico y concluye todos sus derechos en orden a la filiación sobre el nacido para que la esposa del donante del semen utilizado en la fecundación, le adopte¹⁵⁷."¹⁵⁸

Por su parte la autora DORA ROCÍO LAPLACETTE establece que existen dos especies de subrogación materna: "1) Cuando una mujer se presta para engendrar un hijo de otros, porque la pareja (padres biológicos) ha

¹⁵⁶ Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (Informe Warnock), Ommid. 9314, Julio de 1984, pág. 42 citado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegui, La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, op. cit., p. 19.

¹⁵⁷ Silva Ruiz, ob cit., nota 5, citando a Phyllis Coleman, <<Surrogate Motherhood Análisis of the Problems and Suggestions for solutions>> 50 Tennessee Law Review 71, 75 (1982) citado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegui, La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, op. cit., p. 20.

¹⁵⁸ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegui, La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, op. cit., pp. 19-20.

provisto el embrión, que proviene de ella dado que el óvulo y el semen han sido extraídos de la pareja contrante. La contratada, después del alumbramiento entrega el hijo en forma gratuita o cobra un precio. 2) Cuando la mujer que presta su útero para la gestación del nuevo ser aporta también el óvulo siendo inseminada con semen del varón contratante; en este caso la contratada es la madre biológica del niño, que luego entregará en forma gratuita o cobrando un precio... La verdadera subrogación se da en el primer caso, ya que en el segundo se trata en realidad de la madre genética y no existiría un elemento esencial en la subrogación; el de substituir, ocupar el lugar del otro, ya que coincide la maternidad biológica y la subrogada."¹⁵⁹

En este sentido, y como se menciona al principio de este punto, se ha utilizado como figura jurídica compatible con esta actividad la del arrendamiento, y se analizará en el cuarto capítulo del presente trabajo que tan viable es, conservar esta figura para adecuar la conducta de portar un bebe de otras personas o que se conoce como arrendamiento de útero.

¹⁵⁹ LAPLACETTE, Dora Rocio, "Contrato de Locación de Vientre", en *Prudentia Iuris*, op. cit., p. 75.

1.5.3.1. MADRES DE ALQUILER A TRAVÉS DE FERTILIZACIÓN IN VITRO

Es importante recordar que la fertilización *in vitro*, en tanto técnica de reproducción asistida "consiste en la unión de un óvulo y un espermatozoide en el laboratorio, para luego ser implantado en el útero de la mujer. Procedimiento completo para la instalación del óvulo fecundado en el útero de la madre sustituta."¹⁶⁰

Ahora bien, en este caso la subrogación de la maternidad, de acuerdo con el autor ANÍBAL GUZMÁN AVALOS, "se realiza con el uso de la fecundación [*in vitro*] heteróloga y es la práctica que consiste en contar con los servicios de una mujer [madre de alquiler] para que ésta lleve el embarazo con la intención de entregar al niño al nacer a la persona que lo ha encargado.. La mujer inseminada es una madre sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer estéril."¹⁶¹

Es de recordar que en la fecundación *in vitro* heteróloga, "la fecundación del embrión es con el óvulo de otra mujer y el semen del marido, o sin

¹⁶⁰ MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo, "El arrendamiento de vientre en Colombia", en *Opinión Jurídica*, op. cit., p. 72.

¹⁶¹ GUZMÁN AVALOS, Anibal, "Algunas consideraciones civiles de la procreación asistida", en *Revista Jurídica Veracruzana*, op. cit., p. 130.

gametos de ninguno de ambos cónyuges, para insertarse después en el vientre... de otra extraña al matrimonio."¹⁶²

Encontramos, que ante la necesidad económica o tal vez la ambición desmedida de algunas mujeres, han encontrado en el arrendamiento de su cuerpo una forma de vida, pues alquilan un espacio dentro del mismo para portar un bebe que saben a la postre no les corresponde, situación que resulta ampliamente discutible y no podemos descalificar *a priori*, pues de la misma forma resulta en un beneficio para los futuros padres del bebe, ya que se les está permitiendo la experiencia de la paternidad, en este caso concreto del punto que nos ocupa, se trata únicamente del implante de un embrión en el cuerpo de la madre en alquiler, es decir, su genética no está dentro del bebe que transporta y cuida en su vientre.

1.5.3.2. MADRES DE ALQUILER A TRAVÉS DE GESTACIÓN CON ÓVULOS DEL DONANTE

En torno a este particular, la autora DORA ROCÍO LAPLACETTE cita al Dr. Cáceres para quien *"la verdadera subrogación presupone que el*

¹⁶² *Ibid.*, p. 128.

embrión es ajeno, esto es, que ha sido implantado en una mujer [madre de alquiler] que no ha aportado los óvulos para la procreación."¹⁶³

Como ya quedó señalado anteriormente para el autor PEDRO F. SILVA-RUIZ, la maternidad sustituta, suplente o subrogada no es una técnica de concepción artificial, sino que es el resultado de la puesta en práctica de dichas técnicas de concepción artificial, dentro de las que destacó el siguiente supuesto que maneja y que nos ilustra perfectamente el tema que estamos tratando: "...2. *El óvulo que ha sido extraído de una mujer se fertiliza in vitro; el embrión es trasplantado al útero de una mujer distinta de la donante del óvulo, que puede gestarlo y procrear una criatura; al nacer la criatura, se le entrega a la (mujer) donante del óvulo...*"¹⁶⁴

Cabe señalar que la madre de alquiler o sustituta es un madre gestacional en contraposición a la madre genética, en virtud de que el óvulo ya fecundado (y por supuesto no aportado por dicha madre sustituta) se implanta en su útero, a fin gestar y procrear a una criatura, y no en el de la propia donadora.

¹⁶³ Ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia de 1987 (España) citado por LAPLACETTE, Dora Rocío, "Contrato de Locación de Vientre", en *Prudentia Iuris*, op. cit., p. 75.

¹⁶⁴ SILVA-RUIZ, Pedro F., "Filiación por procreación/reproducción asistida", en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, op. cit., p. 57.

CAPÍTULO 2. LA MATERNIDAD SUBROGADA.

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La autora CLAUDIA GANA WINTER señala que *"la historia a través de sus diversas experiencias, ha ido sensibilizado al hombre ante ciertos comportamientos. De este modo puede llegar a instaurarse una institución en la cultura del hombre. Por ejemplo, se ha descubierto de a poco el contenido inmoral de la esclavitud, el racismo, etc., sin duda con cierto desfase en el tiempo. Es así como hoy vemos a lo largo del mundo la aparición, con más o menos aceptación, de esta institución de la maternidad subrogada que merece especial cuidado... Algunos pretenden defender esta institución proclamando su validez histórica; ponen el ejemplo clásico de la Biblia, cuando Sara, la esposa de Abraham, ante la imposibilidad de darle descendencia a éste, la "presta" su sirvienta Agar, quien sí concibe para él un hijo. Sin embargo, un más cuidadoso análisis revela que tal argumento no es válido, desde que Agar concibió a Ismael sólo una vez que Sara se la diera a Abraham como su "segunda mujer"; en realidad no se trató de un caso de maternidad subrogada sino de una extensión familiar de acuerdo a las costumbres de la época. Es*

más, según esta tradición la mujer jamás delegaba responsabilidad por sus hijos a otra¹⁶⁵.¹⁶⁶

Los autores J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ y J. M. MASSIGOGE BENEGUI mencionan que "aunque el fenómeno de las madres portadoras no ha podido surgir hasta que el desarrollo de las ciencias biológicas aplicadas al hombre y de las correspondientes técnicas lo han hecho posible, lo que ha acaecido muy recientemente, ello no impide que podamos encontrar incluso remotos precedentes, que guardan una cierta analogía con dicha figura. En los primitivos pueblos patriarcales y poligámicos en los que resultaba imprescindible la existencia de hijos para la guerra, la defensa y el pastoreo y constituía un grave aprobio la esterilidad femenina, pueden encontrarse algunos ejemplos. Puede citarse el caso de Sara, que no podía dar hijos a su marido Abrahàm, pero tenía una sierva egipcia llamada Agar y dijo a su esposo: <<ruégote que entres a mi sierva; quizás tendré hijos de ella. Y Sara, mujer de Abram, tomó a Agar su sierva egipcia y dióla a su marido por mujer, el cual cohabitó con ella y concibió>>¹⁶⁷. Parece ser que se ajustó el patriarca, al que más tarde el Señor cambiaría de nombre por el de Abraham, al Código de

¹⁶⁵ KRIMMEL, H.T. "The Case Against Surrogate Parenting", *Classic Works in Medical Ethics*, p. 130, McGraw-Hill, 1998 citado por GANA WINTER, Claudia, "La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?", en *Revista Chilena de Derecho*, op. cit., pp. 852.

¹⁶⁶ GANA WINTER, Claudia, "La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?", en *Revista Chilena de Derecho*, op. cit., pp. 851-852.

¹⁶⁷ Génesis, 16.1 a 4 citado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegui, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, op. cit., p. 25.

Hammurabi, que regulaba toda su vida conyugal¹⁶⁸ Según dicha normativa, la mujer estéril podía dar a su marido una esclava por mujer perdiendo así el marido todo el derecho a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, ésta podía venderla. Si la mujer principal no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, podía el marido tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal, pero si la esclava proporcionada por la mujer dio hijos al señor, no podía este tomar concubina¹⁶⁹... Pero también pueden encontrarse otros casos que no encuentran el mismo apoyo legal, como el de Raquel, que dijo a Jacob: <<He aquí a mi sierva Bibla; entra en ella y parirá sobre mis rodillas y yo también tendré hijos de ella>>¹⁷⁰, donde no existía la misma razón tenida en cuenta por el Código de Hammurabi, puesto que Jacob tenía otras mujeres y no estériles.¹⁷¹

De acuerdo con el autor XAVIER HURTADO OLIVER, "no existen antecedentes de la subrogación de maternidad como hoy se practica.

¹⁶⁸ E. Nacar y A. Colunga O.P. en <<Sagrada Biblia>>, BAC, Madrid 1951, pág. 33, notas 2 y 3 citado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegui, La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, op. cit., p. 25.

¹⁶⁹ <<Código de Hammurabi>>, edición preparada por Federico Lara Peinado. Editora Nacional, Madrid, 1982, pág. 107 citado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegui, La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, op. cit., p. 25.

¹⁷⁰ Génesis, 30.3 y también 30.0 y sigs. citado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegui, La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, op. cit., p. 25.

¹⁷¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegui, La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español, op. cit., pp. 25-26.

Quienes se ocupan de este tema gustan de señalar como tales los casos de las mujeres de Abraham y Jacob que imposibilitadas para concebirles dieron a sus esclavas para "procrear a través de ellas".¹⁷²

El primer caso de un niño gestado por encargo, mediante contrato de una agencia intermediaria, tuvo lugar en los Estados Unidos, en Louisville, Kentucky, en el año de 1980, cuando una mujer identificada como Elizabeth Kane, de 37 años de edad y madre de tres hijos, recibió diez mil dólares por el servicio. Las mujeres casadas con descendencia son generalmente preferidas a las que no han tenido experiencia maternal... En Knoxville, Tennessee, en 1980, Somata Troy concibió un hijo por cuenta de su hermana estéril, permitiendo ser embarazada con gametos de su cuñado.. A partir de entonces cientos de niños ¿o miles? En los Estados Unidos y otras partes del mundo han nacido mediante contrato de subrogación, a pesar de la oposición de la sociedad al respecto y de los graves problemas legales y morales a que la práctica ha dado lugar.¹⁷³

"En el año de 1981¹⁷⁴ Mary Roe fue contratada para ser artificialmente inseminada con espermia del esposo de una señora incapacitada para

¹⁷² HURTADO OLIVER, Xavier, El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, op. cit., pp. 55-56.

¹⁷³ Ibid., p.56.

¹⁷⁴ Roe vs. Doe, Waller Louis, *Monash university law review*, vol. 10, Sept. 1984, p.122 citado por HURTADO OLIVER, Xavier, El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, op. cit., p. 57.

*procrear por haberse ligado las trompas. De acuerdo con el contrato celebrado, recibiría cinco mil dólares por la promesa de gestar y dar a luz a un hijo que entregaría al padre biológico a su nacimiento... Según los planes, antes del nacimiento el padre biológico daría a conocer su intención de reclamar la paternidad y al ser asentado lo reconocería como suyo. Por su parte, la subrogada y su esposo aceptarían que el contratante era padre de su hijo, renunciarían a su custodia y demás derechos sobre él y consentirían en que la esposa estéril lo adoptará."*¹⁷⁵

*"Un nuevo intento de manipular las leyes de adopción en el Estado de Michigan tuvo lugar en 1981 cuando un marido sin hijos contrató a una mujer casada, para que con el consentimiento de su marido la mujer fuera artificialmente inseminada con su esperma y gestará a un hijo suyo mediante la suma de diez mil dólares... Cuando la señora se embarazó, el contratante pretendió ampararse en Paternity Act, ley del Estado sobre filiación, solicitó que se declarara judicialmente que él era el padre del niño por nacer y que con el consentimiento de la madre se le garantizará la custodia después de su nacimiento. Más adelante solicitó una orden para que en el certificado de nacimiento apareciera como padre del niño."*¹⁷⁶

¹⁷⁵ HURTADO OLIVER, Xavier, El derecho a la vida y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, op. cit., p.57.

¹⁷⁶ Ibid., pp. 58-59.

*"El 10 de junio de 1983, nació en Lansing, Michigan, un hijo de la señora Judy Stiver. Ella y el marido habían aceptado que fuera inseminada con semen de Alexander Malahoff, encargándose del contrato una de las muchas agencias que en los Estados Unidos se dedican a este lucrativo negocio... De acuerdo con el pacto, la señora Stiver y su marido recibirían diez mil dólares cuando naciera el niño y renunciara a sus derechos a favor del padre biológico... El niño nació microcefálico, deformación que es signo de retraso mental, y pronto desarrolló una infección producida por estreptococos."*¹⁷⁷

*"Más dramático aún, por lo violento de los acontecimientos que precedieron al juicio, fue el caso de Baby M., una niña nacida merced a un contrato de subrogación que por casi dos años careció de nombre, por la disputa que por su custodia y posesión protagonizaron sus padres biológicos y sus consortes..."*¹⁷⁸

En torno a este particular, la autora CLAUDIA GANA WINTER señala que "el caso más controvertido y conocido es el de "baby M" resuelto en 1988 en el estado de Nueva Jersey. Ante la imposibilidad de la pareja de los Stern de concebir su propio hijo, el señor Stern convino con los Whitehead un

¹⁷⁷ Ibid., p. 61.

¹⁷⁸ Ibid., p. 62.

acuerdo de maternidad subrogada, por el cual a la madre suplente Whitehead se le pagarían 10,000 dólares más gastos médicos por procrear y entregar el niño a los Stern para su posterior adopción, después de ser inseminada artificialmente con el semen del señor Stern. A su vez, los Whitehead renunciaron a todo derecho como padres... El conflicto surgió cuando, al nacer la niña, la madre biológica se negó a entregarla, provocando la demanda judicial de los Stern. Hasta entonces no había en Nueva Jersey legislación específica que regulara la situación, y tampoco se pudo aplicar por analogía normativa existente sobre adopción. El tribunal resolvió a favor de la validez del contrato suscrito, pero distinguió dos etapas. Antes de la concepción, la madre subrogada puede arrepentirse e incluso abortar, indemnizando. El hombre contratante no puede exigir el cumplimiento. No obstante, después de la concepción, los efectos del contrato quedan irrevocablemente fijados y son exigibles... El tribunal fundamenta su resolución diciendo que la protección constitucional a la reproducción es amplia y abarca no sólo la reproducción sexual, sino también la obtenida a través de otros medios... La resolución fue apelada y en 1988 el Tribunal Supremo se pronunció a favor de la nulidad del contrato, sus disposiciones y la posterior adopción. Restituye a la madre biológica sus derechos como tal. Y devuelve el expediente al tribunal de primera instancia para que resuelva los derechos de custodia y visita. La custodia se le concedió al padre biológico... El caso

no sólo tiene importancia por el precedente que asienta (es un país del sistema del **Common Law**), sino que sus cláusulas demuestran una obligación de dar y no de hacer. De morir antes de los cinco meses de vida, los Stern no pagarían nada. De morir después de los cinco meses, pagarían 1,000 dólares. El Pago total de 10,000 sólo se efectuaría contra entrega del nacido¹⁷⁹. Claramente, se estaba pagando por un niño y no un servicio de gestación."¹⁸⁰

Ahora bien, "en el año de 1985, un químico de 40 años de edad y su esposa, médico pediatra de 41, considerando que un embarazo podría agravar la esclerosis múltiple que la señora padecía, decidieron contratar una mujer que se embarazara con el espermatozoides del marido y al dar a luz les entregara al niño renunciando a sus derechos sobre él para que la esposa lo adoptara. El clásico contrato de subrogación; la compraventa de un ser humano... Mary Beth Whitehead de 27 años, casada con un modesto empleado municipal, madre de dos hijos e imposibilitada para procrear otros más con su pareja por haberse practicado su marido vasectomía cuando contaba con veinte años de edad, fue seleccionada entre un catálogo de aspirantes por su notable parecido físico con la esposa del

¹⁷⁹ ARRAS, John y STEINBECK, Bonnie, *Ethical Issues in Modern Medicine*, Mayfield Publishing, 1995, pp. 460-478 citado por GANA WINTER, Claudia, "La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?", en *Revista Chilena de Derecho*, op. cit., p. 855.

¹⁸⁰ GANA WINTER, Claudia, "La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?", en *Revista Chilena de Derecho*, op. cit., pp. 854-855.

subrogante. Tanto ella como su esposo estuvieron de acuerdo en recibir diez mil dólares por la subrogación."¹⁸¹

"El abogado Noel Keane, quien se considera a sí mismo el "padre" de la subrogación de maternidad, por lo menos en los Estados Unidos, cuenta en recién publicado libro¹⁸² un caso de chantaje de una subrogada a la pareja con la que había contratado la gestación, exigiéndoles sumas de dinero a cambio de no abortar o negarse a entregar al producto de su embarazo al nacimiento... Como consecuencia del incumplimiento de llevar una vida sana, el niño nació con síndrome alcohólico por su habitual consumo de estimulantes, alcohol, drogas, etcétera... En otro caso, que cuenta el mismo Keane, la pareja subrogante estaba formada, por un(a) transexual y su "marido". Cuando la madre subrogada se enteró se negó a entregar al hijo procreado. Una Corte de California apoyó su cesión y lo retuvo... Por último, el caso de un hombre soltero que deseando tener un hijo sin involucrarse en su procreación, solicitaba una pareja de raza blanca que quisiera que la mujer fuera inseminada con su semen y al

¹⁸¹ HURTADO OLIVER, Xavier, El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, op. cit., pp. 62-63.

¹⁸² The surrogate mother, Pinguin Editors, New Cork citado por HURTADO OLIVER, Xavier, El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, op. cit., p. 65.

*nacimiento de su hijo ofrecía constituir un fideicomiso de veinte mil dólares en su favor y solamente fungiría como "tío" del recién nacido."*¹⁸³

Por otro lado, la autora chilena CLAUDIA GANA WINTER al hablar de la maternidad gestacional nos proporciona un ejemplo del llamado contrato de arrendamiento de útero; en este sentido, menciona que "encontramos en el *Journal of Family Law* de 1981-1982 un ejemplo de un contrato de este tipo (*A Surrogate Mother Contract to Bear A Child*). En él se estipulan una serie de obligaciones que debe cumplir la madre por encargo, entre otros: 1. No tener relaciones sexuales sin usar preservativos con su pareja a la época de la inseminación (Tiene por objeto evitar la confusión de parentesco). 2. Someterse a las evaluaciones psicológicas necesarias. 3. Someterse a sucesivas inseminaciones hasta que se logre la fecundación. 4. Seguir ciertas normas de higiene y controles del médico, el que será elegido por la pareja demandante o por asociaciones intermediarios. Someterse a amniocentesis. 6. Obligación de abortar al niño si aparecen anomalías. 7. A contrario sensu, obligación de no abortar salvo grave riesgo de su vida, so pena de devolución del precio ya entregado. 8. Renuncia a todo derecho al niño desde su nacimiento (implica no verlo ni tocarlo). 9. Dar a luz en anonimato. 10. Renuncia por anticipado al derecho de impugnar la maternidad de la mujer que la contrató. 11.

¹⁸³ HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida ¿y a la muerte?* Procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos, op. cit., pp. 65-66.

Consentir en la adopción del niño... Llamen la atención en especial los números seis y ocho. Se pone en seria tela de juicio la licitud de un contrato que contenga dentro de sus estipulaciones una cláusula que obligue a una madre a terminar con la vida que está gestando, por existir alguna irregularidad que pueda no satisfacer a la arrendataria... Por su parte, obligar a una madre que ha gestado el niño durante nueve meses a renunciar a todo derecho sobre él, merece una especial atención. Estas cláusulas son una muestra más de la negación de origen y trascendencia del hombre, llevando a la cosificación de la vida y reduciendo la dignidad del hombre.”¹⁸⁴

Como podemos observar, existen antecedentes documentados de la llamada maternidad subrogada, que nos lleva a observar cual o cuales son los problemas que se han presentado en este sentido, para que en el caso de la regulación del contrato de maternidad subrogada, sean observados por la ley y evitar divergencias que finalmente perjudicarían la vida y el desarrollo del menor.

¹⁸⁴ GANA WINTER, Claudia, “La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?”, en *Revista Chilena de Derecho*, op. cit., pp. 856-857.

2.2. AUSENCIA DE DISPOSICIONES LEGALES.

2.2.1. CONTRATO INNOMINADO Y ATÍPICO.

De acuerdo con el maestro MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA, "desde el punto de vista de la reglamentación que haga o deje de hacer un determinado ordenamiento de los contratos, se clasifican en nominados e innominados... Si la ley reglamenta un contrato conceptuándolo y señalando sus elementos y determinado sus consecuencias y en su caso sus causas de terminación, se dice que el contrato es nominado... Si la ley no reglamenta un contrato, aunque sólo señale su concepto o le dé un nombre, el contrato será innominado... Desde un punto de vista doctrinal, los contratos innominados se clasifican en contratos mixtos y contratos unión... 1. Los contratos mixtos son aquellos contratos unitarios que en estructura intervienen diversos elementos de varios contratos ya sean nominados o innominados, y pueden clasificarse en contratos innominados en sentido estricto, en contratos de doble tipo y en contratos combinados... Los contratos mixtos en estricto sentido, serían aquellos que se integran mediante un contrato nominado y un elemento extraño a él que puede ser contenido de una prestación de un contrato diverso... Los contratos de doble tipo, que serían aquellos en los que todas las prestaciones de una de las partes encuadran dentro de un contrato

nominado y todas las prestaciones del cocontratante encuadran dentro de las de otro contrato nominado o innominado... Los contratos combinados, serían aquellos en que las prestaciones de una de las partes encuadran en dos o más contratos nominados y la contraprestación de la otra parte es sólo dinero... 2. Los contratos unión son aquéllos contratos autónomos que se estructuran mediante la conjunción de dos o más contratos nominados o innominados, y pueden ser clasificados en contratos unión con dependencia bilateral, con dependencia unilateral o contratos unión alternativos... Los contratos unión con dependencia bilateral serían aquellos en que la conjunción de los contratos que los forman es de tal naturaleza que la existencia, validez y cumplimiento de las prestaciones de uno influyen en forma absoluta sobre el otro... Los contratos unión con dependencia unilateral serían aquellos en que la conjunción de los contratos que los forman sólo es determinante respecto de uno, de tal manera que este puede no ser válido o ser incumplidas las obligaciones que genere, sin que se afecte el otro; pero que si el otro no existe o es nulo, sí afecta con la inexistencia o nulidad al primero... Los contratos unión alternativos, serían aquellos en que por las condiciones propias en que fueron pactados, por la voluntad de una de las partes o por la realización de una condición se actualiza en definitiva uno de los contratos que lo integran y se extingue el otro..."¹⁸⁵

¹⁸⁵ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos Civiles, 7a. ed., Edit. Porrúa, México, 1998, pp. 60.

De acuerdo con el maestro BERNARDO PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, "son atípicos, innominados, o no reglamentados, los contratos que se celebran y no están particularmente regulados por la ley, sino que nacen de la autonomía de la voluntad y su fuente de obligatoriedad es la teoría general del contrato... No obstante que los contratos atípicos nacen de la autonomía de la voluntad, ésta por sí misma no puede ser fuente de las obligaciones sino que requiere estar dentro de un marco legislativo... Los contratos se regulan de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 1858 que dispone: Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento."¹⁸⁶

Para el maestro MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ, "los contratos innominados, no instituido en la ley, son los que las partes diseñan originalmente para satisfacer sus intereses y necesidades particulares. Son atípicos en la doctrina alemana... Los contratos innominados tienen la misma fuerza legal y se rigen por las normas del contrato nominado con el que tengan mayor

¹⁸⁶ PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos Civiles, 6a. ed., Edit. Porrúa, México, 1999, pp. 49-50.

semejanza (art. 1858 CC), así como por las reglas generales de los contratos."¹⁸⁷

En torno a este particular, la autora DORA ROCÍO LAPLACETTE señala que existen autores "que tipifican este contrato [se refiere al contrato de arrendamiento de útero o locación de vientre como ella lo denomina como "atípico arrendamiento de obra o de servicio" así lo expresa el Doctor Soto de Lamadrid¹⁸⁸ quien cita a su vez al Dr. Clavería Gosálbez el denominado alquiler de útero no es un arrendamiento de cosa, "porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano o parte de él, no es jurídicamente "cosa", razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato. Más bien se da prestación gratuita de un cosa de contenido complejo que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación con incidencias, etc., y que no es susceptible de calificación entre los tipos conocidos, al modo de un atípico arrendamiento de obra o de servicio. En este caso como en la donación y el depósito de semen o de embriones, nos hallamos ante actos jurídicos atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al derecho de familia"... Dado que el contrato de locación de vientre no está legislado, forma parte de los llamados contratos

¹⁸⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, op. cit., p. 39.

¹⁸⁸ Dr. Miguel A. Soto Lamadrid, "Biogenética, filiación y delito", pág. 328, Editorial Astrea, 1990 citado por LAPLACETTE, Dora Rocío, "Contrato de Locación de Vientre", en *Prudentia Iuris*, op. cit., p. 80.

innominados o atípicos por ahora, no puede descartarse que sea tipificable en un futuro... Es un contrato posible, porque de hecho conocemos innumerables casos en el mundo."¹⁸⁹

Por su parte, los autores FELIPE DE LA MATA PIZANA Y ROBERTO GARZÓN JIMÉNEZ al referirse al tema de la maternidad subrogada, establecen que *"en nuestro Derecho no existe regulación alguna del contrato que se debe celebrar entre la madre genética (y en su caso su marido) y la mujer que rentará su matriz; obviamente, en él deben preverse las soluciones –que en ningún momento podrán ir en contra de las leyes– a todos los problemas... Asimismo, es aconsejable que dichos contratos se celebren o ratifiquen o ante autoridad judicial o administrativa o ante un fedatario público.*"¹⁹⁰

De las opiniones jurídicas que han vertido algunos tratadistas comentadas en este apartado, encontramos que el contrato de arrendamiento de útero, o maternidad subrogada puede determinarse como un contrato innominado mixto o unión, que se puede apoyar en las figuras típicas contenidas en el Código Civil vigente, lo que se comentará mas profundamente en el capítulo 4 del presente trabajo.

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ MATA PIZANA, Felipe De la y Roberto Garzón Jiménez, Derecho Familiar, Porrúa, México, 2004, pp. 387-388.

2.2.2. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Como ya se apuntó anteriormente, el arrendamiento es un contrato a través del cual una persona llamada arrendador se obliga a conceder el uso y goce temporal de una cosa a otra llamada arrendatario, a cambio de un precio cierto.

En términos del artículo 2398 del Código Civil para el Distrito Federal, hay arrendamiento cuando las partes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto.

El maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS define al arrendamiento *"como un contrato por virtud del cual, una persona llamada arrendador concede a otra, llamada arrendatario, el uso o goce temporal de una cosa, mediante el pago de un precio cierto..."*¹⁹¹

El maestro RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL define al arrendamiento como *"un contrato por el que el arrendador se obliga a suministrar o proporcionar el*

¹⁹¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil. Contratos, 23a. Edic., op. cit., p. 229.

goce temporal de una cosa, al arrendatario a cambio de un precio cierto..."¹⁹²

Para el autor MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA "el contrato de arrendamiento es aquel por virtud del cual una persona llamada arrendador se obliga a conceder temporalmente el uso o el uso y goce de un bien a otra persona llamada arrendatario, quien se obliga a pagar como contraprestación, un precio cierto."¹⁹³

El arrendamiento puede ser la figura jurídica mas adecuada para regular la maternidad subrogada o el arrendamiento de útero, pues no se trasmite el dominio, y la principal obligación es la del uso y goce temporal del útero y los bienes que resulten necesarios (nutrientes) para obtener el objeto del contrato que es la gestación de un ser que resultaría ajeno a los derechos del contratante arrendador, aunque puede verse apoyado con otros diversos contratos como el de subrogación, prestación de servicios, por lo que consideramos que el tema puede abarcarse con un contrato unión, como resultado de la falta de regulación expresa de la ley, y para tratar de regular la maternidad subrogada.

¹⁹² SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, op. cit., pp. 233-234.

¹⁹³ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, op. cit., 1992, p. 155.

2.2.3. PARTES EN EL CONTRATO

Las partes o elementos personales del contrato de arrendamiento son el arrendador y el arrendatario.

El arrendador es la persona física o moral que transmite el uso y goce temporal de un bien. En tanto, el arrendatario es la persona que se obliga a pagar un precio cierto como contraprestación por el uso o goce temporal que recibe del objeto u objetos del contrato.

De acuerdo con el maestro RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL, *"las dos partes que intervienen son el arrendador, que da la cosa en arrendamiento; y el arrendatario, que recibe la cosa en arrendamiento."*¹⁹⁴

El maestro MIGUEL ÁNGEL ZAMORA Y VALENCIA establece que el arrendador *"requiere de una capacidad general y además de una capacidad especial para poder disponer del uso y goce de la cosa. No se requiere que el arrendador tenga la propiedad del bien, sino solo que pueda disponer del uso o goce, ya sea porque fuere titular de un derecho que le dé tal facultad (como los usufructuarios) o porque esté autorizado por aquel que tenga tal disponibilidad (como los apoderados)... El*

¹⁹⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, op. cit., p. 243.

arrendatario sólo requiere la capacidad general para celebrar este contrato."¹⁹⁵

De acuerdo con el maestro RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL, "por lo que hace al arrendatario, puede decirse que por regla general para contratar puede tomar en arrendamiento un determinado bien (1798), pero con estas excepciones: carecen de legitimación para tomar en arrendamiento determinados bienes, tanto los funcionarios y empleados públicos, como los tutores, los cuales no pueden tomar en arrendamiento para sí o para sus familiares los bienes que ellos manejan por razón de sus funciones (2404, 2405 y 569)... Por lo que hace al arrendador, que requiere también la capacidad general para contratar, la regla es que el dueño o el usufructuario de la cosa o la persona autorizada por ellos puede dar en arrendamiento dicha cosa (2401, 2480 y 1002), pero con algunas limitaciones..."¹⁹⁶

En el caso concreto del arrendamiento de útero, necesario para la maternidad subrogada, el arrendador sería la madre subrogante, es decir, quien permite que en su vientre se geste una vida sobre la que la arrendadora no tendrá ningún derecho de familia, mientras que el

¹⁹⁵ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, Contratos Civiles, op. cit., pp. 164-165.

¹⁹⁶ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, op. cit., p. 243.

arrendatario es la persona quien paga por el uso y goce temporal del útero y el producto que con el mismo se obtiene que es el menor.

2.2.4. DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

La reproducción humana, es un hecho de la naturaleza que ha estado presente durante toda la historia de la humanidad, que a final de cuentas, se transformó en un derecho, en el sentido del querer procrear y engendrar hijos propios para hacer perdurar la sangre, la genética y las características de los padres, es un derecho que no se puede negar, y que es propio de la naturaleza humana el tratar de perdurar y trascender, por lo que se encuentra protegido por nuestra legislación, lo que se analizará en el capítulo correspondiente.

En este sentido, nos adherimos al siguiente comentario que dice *"En principio es importante señalar que "la reproducción humana, es el mecanismo biológico natural, mediante el cual, una pareja de seres humanos pueden procrear a un ser humano. Esta reproducción humana, puede ser de dos tipos. La Reproducción natural, que consiste en la unión íntima sexual de hombre y mujer; y la reproducción humana asistida, en la cual intervienen terceras personas, haciendo uso de los recursos y medios*

*tecnológicos que la ciencia ha aportado, con la única finalidad de generar, e inclusive, hasta manipular, la reproducción humana."*¹⁹⁷

De acuerdo con la fuente citada, *"uno de los problemas, que enfrenta la Filosofía del Derecho, es determinar si existe un derecho a la procreación... Para eso, algunos doctrinarios sostienen que la mujer tiene un derecho fundamental a procrear, que se trata de un derecho humano tan importante, como lo es el derecho a la vida y a la libertad. Lo que lo convierte para algunos otros doctrinarios, en un derecho de la personalidad... Sin embargo, resulta que en las Declaraciones de Derechos Humanos no se encuentra una formulación explícita sobre el derecho a la procreación. A lo más que llegan tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sus artículos 16.1 y 23 apartado 2º respectivamente, es establecer el derecho a fundar una familia, más no a procrear."*¹⁹⁸

"Por su parte la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo cuarto que "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". Consideramos que la Constitución si establece claramente ese derecho a la procreación, mientras que por otro lado, en

¹⁹⁷ www.tuobra.unam.mx.

¹⁹⁸ www.tuobra.unam.mx.

*los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, si bien es cierto no dispone expresamente ese derecho, se entiende por implícitamente puesto, dentro del derecho a fundar una familia."*¹⁹⁹

*Cabe señalar que "el artículo 162 del Código Civil del Distrito Federal, extendiendo aún más la garantía individual reconocida en el artículo cuarto constitucional, [establece] que: 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.... La reforma es acertada, al reconocerse como derecho de índole familiar, la libertad de procrear, lo que significa también, su congruencia con los artículos primero de la Constitución y segundo del Código Civil del Distrito Federal, al manifestarse la igualdad de todas las familias, independientemente de su situación económica, a acceder a los tratamientos de reproducción asistida, cuando sus circunstancias biológicas naturales no se los permitan."*²⁰⁰

Sobre este particular, el autor ANÍBAL GUZMÁN ÁVALOS establece que "el artículo 4º de la Constitución General de la República consagra el derecho

¹⁹⁹ www.tuobra.unam.mx.

²⁰⁰ www.tuobra.unam.mx.

para que toda persona decida de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos, con pleno respeto a su dignidad, sin atribuir ese derecho únicamente a los esposos, sino que se refiere a toda persona, como se expresa en todo el texto constitucional, que confiere las garantías individuales o derechos subjetivos públicos a todo individuo que se encuentre dentro del territorio nacional, hombre y mujer sin distinción de raza e idioma, por lo que no se limita a las personas libres de matrimonio, ni por ende a los solteros..."²⁰¹

Por su parte, la maestra INGRID BRENA SESMA señala que "el artículo 4o. constitucional establece: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos...", pero como todo derecho, éste se extiende hasta donde no se vulneren otros derechos reconocidos... El individuo, comprendidos hombre y mujer, puede actuar con plena autonomía, en cuyo ámbito es soberano. En este supuesto, "el derecho a la reproducción es un expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos. Sin embargo, no es un derecho absoluto, es un derecho con límites, si bien éstos no son otros que los derivados del ejercicio de la propia libertad de los demás, el ejercicio de los propios derechos y el

²⁰¹ GUZMÁN AVALOS, Aníbal, "Algunas consideraciones civiles de la procreación asistida", en *Revista Jurídica Veracruzana*, op. cit., p. 135.

respeto a los derechos de los demás.²⁰² El ejercicio de un derecho está vinculado al principio de igualdad. Todos los sujetos, en igualdad de circunstancias, deben tener los mismos derechos. La discriminación por razones de sexo está prohibida por la Constitución, en tal caso podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tienen derecho a la reproducción...²⁰³

Asimismo, es importante señalar que la autora INGRID BRENA SESMA al referirse a las reformas al Código Civil en materia de matrimonio que datan del 28 de abril del año 2000, establece que *"otra de las reformas de trascendencia la constituye el señalamiento de los que deben ser considerados como fines del matrimonio: la comunidad de vida, la procuración de respeto, igualdad y ayuda mutua. La procreación también puede ser una finalidad de la unión matrimonial, pero sólo como una posibilidad y no como un fin necesario. ¿Significa lo anterior una nueva concepción del matrimonio? Desde luego que sí, pero el cambio no se da a partir de la reciente reforma legal, por el contrario, se ha generado a partir de las transformaciones que ocurren en la estructura de la relación de pareja dentro del matrimonio... En cuanto a la procreación como finalidad necesaria del matrimonio, ya el legislador desde 1928 no la*

²⁰² Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida", *Revista de Derecho Político*, España, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1988, núm. 26, p. 113 citado por BRENA SESMA, Ingrid, El Derecho y la Salud. Temas a reflexionar, en www.bibliojuridica.org.

²⁰³ BRENA SESMA, Ingrid, El Derecho y la Salud. Temas a reflexionar, citado por www.bibliojuridica.org.

reglamentó como tal. Si bien en la regulación de las capitulaciones, el código anterior establecía que cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie se tendría por no puesta, no por ello podemos inferir que el legislador haya querido considerar a la perpetuación de la especie como un fin necesario del matrimonio... Por otra parte, la reforma no hace sino confirmar la norma constitucional que reconoce la libertad procreacional: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos". La norma incluye, desde luego, la posible decisión de no tener hijos y el fundamento de la negativa puede estar en la edad, cuando la pareja ha superado la etapa fértil de sus vidas; tienen hijos de matrimonios anteriores; padecen alguna enfermedad que cause esterilidad o algún problema de transmisión genética, o simplemente, en ejercicio de su libertad, la pareja decide no tener hijos. Estas personas pueden buscar, en cambio, la posibilidad de constituir con otra persona de sexo contrario una comunidad de vida plena, permanente, y reconocida social y jurídicamente como matrimonio... El derecho iría demasiado lejos si permitiera a un cónyuge exigir a su pareja tener hijos y educarlos contra su voluntad. La procreación y la formación de la prole es, por excelencia, la expresión de la libertad para adquirir serias responsabilidades para toda la vida. La experiencia ha demostrado que desafortunadamente los hijos no deseados, generalmente devienen en niños maltratados... Además, si la

procreación es un fin del matrimonio, el débito conyugal está implícito en la relación matrimonial. Los canonistas definen al débito como la obligación que en matrimonio tiene cada uno de los cónyuges de realizar la cópula con el otro cuando éste lo exija o pida. Para Rojina Villegas con el matrimonio surgen varios derechos subjetivos que se manifiestan en facultades y una de ellas es el derecho a la relación sexual con el débito carnal correspondiente. "Evidentemente que como en todos los problemas de derecho de familia, debe prevalecer el interés superior de la familia, de tal suerte que en el caso se trata no sólo de una función biológica, sino también de una función jurídica para dar cumplimiento a los fines del matrimonio". Tal afirmación parte de las concepciones doctrinales que determinan la perpetuación de la especie como el fin principal del matrimonio y en tal virtud debe entenderse que cada cónyuge está facultado para exigir el débito conyugal... El actual desarrollo de los derechos humanos no permite concebir un deber que vaya en contra del respeto a la intimidad e integridad del ser humano. Las personas no son el objeto para la consecución de un fin sino son sujetos con dignidad y con derecho a ejercer su libertad procreacional... Con base en los argumentos expuestos, considero acertada la reforma que señala a la procreación como un fin del matrimonio susceptible de ser elegido. La pareja es libre para decidir si quiere asumir el compromiso de la maternidad o de la

paternidad y, en todo caso, de decidir el número y espaciamiento de sus hijos..."²⁰⁴

Como podemos observar, para los tratadistas anteriormente señalados, la reproducción resulta en un derecho, más no en una obligación, es decir, debe garantizársele a todo aquel que lo desee, el tener los hijos y con el espaciamiento que elija, sin embargo no se puede obligar a tenerlos o no, en este sentido, debemos profundizar más en el tema y tratar de encontrar los mecanismos jurídicos que existen para garantizar este derecho a la procreación, como un reclamo justificado para un interés legítimo, como una de las principales acepciones de la palabra derecho²⁰⁵, en este sentido, no existe ningún tipo de reglamentación para garantizar a las personas que físicamente no pueden procrear y lo quieren, y con el avance de la tecnología médica se presenta esta posibilidad, por lo que encontramos un retraso en el derecho positivo para regular las conductas de los seres humanos que recurren a la tecnología para procrear, y ante tal ausencia de reglamentación, se ha recurrido a las figuras jurídicas vigentes para tratar de adecuarlas a sus necesidades, sin embargo existen notorias contradicciones entre el arrendamiento típico y el arrendamiento

²⁰⁴ BRENA SESMA, Ingrid, "Reformas al Código Civil en materia de matrimonio", en *Revista de Derecho Privado*, citado por www.info.juridicas.unam.mx.

²⁰⁵ Cfr. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, op. cit., p. 1098.

de útero o la subrogación de la maternidad, por lo que ameritara este tema un trato especial en el cuarto capítulo del presente trabajo.

2.2.5. NATURALEZA JURÍDICA DE DICHA FIGURA

En torno a la naturaleza jurídica de la figura de la maternidad subrogada, es menester señalar, por un lado, que ciertos autores que han abordado este tema le atribuyen la calidad de contrato. Así hay quienes lo denominan "contrato de locación de vientre"²⁰⁶, "contrato de arrendamiento de útero"²⁰⁷ "arrendamiento de vientre"²⁰⁸, o bien, "atípico arrendamiento de obra o de servicio"²⁰⁹. Sin embargo, los hay también de la postura de negarle tal carácter y su validez, y simplemente denominarlos pactos expresos²¹⁰.

En este sentido, tomando en cuenta la naturaleza que para los autores de la primera postura tiene la figura en comento, diríamos que la maternidad subrogada, en tanto contrato, implica un acuerdo de voluntades que crea consecuencias de Derecho, específicamente, crea y transmite derechos y obligaciones para las partes.

²⁰⁶ Cfr. LAPLACETTE, Dora Rocío, "Contrato de Locación de Vientre", en *Prudentia Iuris*, op. cit., p. 75.

²⁰⁷ Cfr. GANA WINTER, Claudia, "La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?", en *Revista Chilena de Derecho*, op. cit., p. 851.

²⁰⁸ Cfr. MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo, "El arrendamiento de vientre en Colombia", en *Opinión Jurídica*, op. cit., p. 69.

²⁰⁹ Cfr. LAPLACETTE, Dora Rocío, "Contrato de Locación de Vientre", en *Prudentia Iuris*, op. cit., p. 80.

²¹⁰ Cfr. "Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida", en *Revista de Derecho Político*, op. cit., pp. 107-108.

Por otra parte, quienes se apegan a la segunda postura, entre ellos autores españoles que dan una explicación sujetándose a las bases del Derecho Español, se manifiestan bajo los siguientes argumentos: *"Este tipo de pactos [refiriéndose a la maternidad subrogada] se suelen documentar en un contrato entre las partes, contrato que, a nuestro juicio, no tiene validez en nuestro vigente ordenamiento jurídico, entre otros motivos que expondremos porque los negocios jurídicos relativos al Derecho de Familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes, por el interés público, por los fuertes imperativos éticos y la función social que los preside, los derechos subjetivos de este tipo de relaciones quedan sustraídos a la libre disponibilidad de las partes, de tal manera que las renunciaciones, transacciones, etc., quedan como regla general prohibidas en las relaciones de estado familiar²¹¹... Pero, los problemas estrictamente jurídicos se plantean porque este tipo de prácticas han venido apoyándose, allí donde se han producido (Inglaterra y Estados Unidos principalmente), en un documento o contrato de maternidad por alquiler. La pregunta es, por tanto, qué validez jurídica pueden tener este tipo de pactos expresos como cobertura legal del hecho concreto de una gestación por encargo... Las cláusulas de este tipo de pactos que lógicamente obligarían a la madre gestante a renunciar a todos sus*

²¹¹ <<-Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas>>. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág. 90 citado por "Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida", en *Revista de Derecho Político*, op. cit., pp. 107-108.

derechos sobre el recién nacido serían, a nuestro juicio, contrarias a las leyes y al concepto de orden público que sirve de criterio interpretativo en nuestro Derecho..."²¹²

Es importante resaltar, los comentarios que en torno a la maternidad subrogada realiza la maestra INGRID BRENA SESMA y son en el sentido de señalar que "los problemas más discutidos relativos a la práctica de la maternidad subrogada han sido con relación a la ilicitud".²¹³... De forma esquemática, entre los argumentos a favor de la licitud se sitúan fundamentalmente los basados en perspectivas utilitaristas y contractualistas. Desde el punto de vista utilitarista, se mantiene que este acuerdo maximiza la utilidad de las partes implicadas, mientras que desde el punto de vista contractualista, se dice que no hay nada que objetar a un contrato en el que las partes libremente decidieron. De otro lado, están los argumentos basados en similares objeciones que son opuestas al uso de gametos de terceros, y aquellos sustentados en la fuerza de la relación natural entre madre e hijo. Desde otro punto de vista, se alega que tales contratos son contrarios a la dignidad de las personas, tanto de las madres subrogadas como de los nacidos por causas de estos contratos, con los

²¹² "Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida", en *Revista de Derecho Político*, op. cit., pp. 107-108.

²¹³ Lema Añón, Carlos, *Reproducción, poder y derecho*, Madrid, Trota, 1999, p. 139 citado por BRENA SESMA, Ingrid, *El Derecho y la Salud*. Temas a reflexionar, en www.bibliojuridica.org.

cuales se comercio y son "vendidos".²¹⁴... En algunos países un contrato de este tipo es considerado como lícito, mientras que en otros lugares se da desde la prohibición total al establecimiento de algún tipo de limitaciones, como por ejemplo, la prohibición de los acuerdos que no sean gratuitos, o los que se realicen con la participación de intermediarios. Otro tipo de regímenes intermedios que se han propuesto pasan también por la limitación de las formas que se consideran más graves, por ejemplo, rechazar los casos en los que la pareja no aporta ningún gameto, en los que la mujer de la pareja es capaz de gestar, pero admitirla en principio cuando vínculos familiares entre las partes; o por impedir que el acuerdo fuese coercible; y aplicar el criterio de que el consenso habría de mantenerse durante todo el proceso, para garantizar la libertad de disponer del propio cuerpo y al tiempo la posibilidad de que la madre comitente pudiese decidir en todo momento si entregaba al hijo o no con total libertad. Frente a estas limitaciones; o a las propuestas abiertamente prohibicionistas, las posturas más favorables propondrían que estas prácticas fueran asimiladas a la adopción o simplemente quedaran bajo la regulación contractual general, y por lo tanto, sobre lo acordado por las partes.²¹⁵,²¹⁶

²¹⁴ Lema Añón, Carlos, *Reproducción, poder y derecho*, Madrid, Trotá, 1999, p. 139 citado por BRENA SESMA, Ingrid, El Derecho y la Salud. Tems a reflexionar, en www.bibliojuridica.org.

²¹⁵ Leña Añón, Carelos, *op. cit.*, nota 15, pág. 140 citado por BRENA SESMA, Ingrid, El Derecho y la Salud. Tems a reflexionar, en www.bibliojuridica.org.

²¹⁶ BRENA SESMA, Ingrid, El Derecho y la Salud. Tems a reflexionar, en www.bibliojuridica.org.

Asimismo, la autora en comentario menciona que *"en México no existe texto legal que prohíba la subrogación de vientre, por lo que tenemos que acudir a la teoría general del acto jurídico. Al hablar de subrogación de vientre, el objeto del acto jurídico que fundamentara la aplicación de las técnicas médicas sería ilícito porque el cuerpo humano no es materia de comercio. Por otra parte... considero que antes de tratar de legislar sobre un tema tan controvertido, se debe reflexionar profundamente y con un determinado consenso social, si los beneficios que se obtiene justifican la práctica de esta subrogación que rompe con los principios biológicos y éticos de la maternidad y que permite que un hijo se convierta en objeto de transacción,"*²¹⁷

En este punto, debemos tratar de aplicar en forma concreta y en atención al principio jurídico de seguridad en el sentido de que a los particulares o gobernados lo que no les está expresamente prohibido, se encuentra permitido, por lo que al no haber ningún tipo de prohibición del arrendamiento del cuerpo, debe entenderse y aplicarse en beneficio del gobernado, por lo que considero que esta permitido, aunado a la libertad que se encuentra contemplada en el artículo 24 del Código Civil, que dice que el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley, por lo

²¹⁷ Idem.

que suponemos que resulta viable la propuesta, tal como se mencionará en el capítulo cuarto del presente trabajo.

2.3. CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

Para el maestro JOAQUÍN MARTÍNEZ ALFARO, "pago o cumplimiento es la entrega debida o la ejecución del hacer adeudado, así como la abstención de la conducta que se debe omitir... En tal virtud, pagar es ejecutar la prestación que es objeto de la obligación, ya sea de dar, de hacer o no hacer. De esta manera "el pago es el modo normal de extinguir las obligaciones",²¹⁸ extinción que se produce satisfaciéndola interés del acreedor, con la consecuente liberación del deudor,²¹⁹ liberación que requiere de la exactitud del pago. Por tanto están implícitas las consecuencias siguientes: 1ª Ejecución de la prestación. 2ª Extinción de la obligación. 3ª Satisfacción del acreedor. 4ª Liberación del deudor.

Asimismo, es importante señalar que el maestro JOAQUIN MARTÍNEZ ALFARO siguiendo a Rojina Villegas, Larenz y Ruggiero– al referirse a la exactitud del pago, establece que "la liberación del deudor precisa de

²¹⁸ Planiol, Bejarano, Hedemann, Ruggiero citados por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 220.

²¹⁹ Von Tour citado por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 220.

esa exactitud cuyos principios son los siguientes:²²⁰ A) Exactitud en el tiempo. B) Exactitud en el lugar. C) Exactitud en el modo. D) Exactitud en la substancia... A) Exactitud en el tiempo para que el pago extinga la obligación y libere al deudor debe ser exacto en el tiempo, o sea es preciso que la obligación se pague en el plazo convenido, art. 2079, y a falta de convenio sobre el plazo entonces se deberá pagar en el plazo que señala el artículo 2080, precepto que distingue a las obligaciones según sean de dar o de hacer... B) Exactitud en el lugar significa que las obligaciones se deben cumplir en el sitio convenido y a falta de convenio los arts. 2080 y 2084 establecen los siguientes lugares: a) Si la obligación se refiere a un inmueble, el pago se hará en el lugar de su ubicación. b) Si la cosa objeto de la obligación es mueble, el pago puede hacerse en el domicilio del deudor o en el lugar de ubicación de la cosa... C) Exactitud en el modo quiere decir que el acreedor no está obligado a recibir pagos parciales, aun cuando la prestación sea divisible por su naturaleza... salvo que haya aceptado su división o que la ley la ordene... D) Exactitud en la substancia significa que para que el deudor quede liberado, es preciso que realice en forma exacta la prestación debida, ya sea de dar, de hacer o de no hacer²²¹, comprendiendo sus accesorios...²²²

²²⁰ Rojina Villegas, Larenz, Ruggiero citados por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 220.

²²¹ Rojina Villegas citado por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 222.

²²² MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 222.

Por su parte, el maestro MANUEL BORJA SORIANO establece que "pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido... También podemos decir que pago es la ejecución efectiva de la obligación... "El pago debe tener por objeto la cosa misma que era objeto de la obligación"... "El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aunque fuere de igual o mayor valor que la debida"... o en otros términos "el acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra aun cuando sea de mayor valor"... El pago debe hacerse del modo que se hubiere pactado... El pago nunca podrá hacerse parcialmente sino en virtud de convenio expreso o de disposición de la ley..."²²³

De acuerdo con el maestro IGNACIO GALINDO GARFÍAS, "por "pago" se entiende la ejecución a satisfacción del acreedor de la prestación o las prestaciones que forman el contenido de la obligación que es a cargo del deudor... En otro sentido, el pago implica la satisfacción de los derechos del acreedor... Así, el artículo 2062 del Código Civil establece: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido"... De este enunciado legal, puede inferirse, que el vínculo obligatorio que existe entre dos personas, cualquier que sea la causa de esta relación jurídica, contiene solamente una

²²³ BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de Las Obligaciones, op. cit., pp. 420-421.

*promesa de cumplimiento, o cargo del deudor obligado, quien asume el deber de cumplir la prestación o prestaciones correspondientes, para satisfacer el interés jurídico del acreedor... El pago está constituido por la prestación que constituye el contenido de la obligación contraída... El hecho o la cosa materia del pago, debe reunir los siguientes requisitos: ha de ser ejecutado en el tiempo, modo y lugar adecuados, según la esencia y naturaleza de la obligación contraída, sea ésta convencional o extraconvencional... La doctrina designa a esta correspondencia como "exactitud en el pago", para referirse al modo, tiempo, lugar y sustancia del cumplimiento de la obligación contraída."*²²⁴

El maestro MANUEL BEJARANO SÁNCHEZ establece que "la consecuencia general de todas las obligaciones es el pago o cumplimiento. Éste puede ocurrir: a) Si es realizado voluntariamente por el deudor y recibido voluntariamente por el acreedor, con lo cual existe propiamente un pago; b) Si es efectuado contra la voluntad del acreedor se presenta la consignación en pago, y c) Si se lleva a cabo contra la voluntad del deudor, entonces nos encontramos frente a la ejecución forzada... El pago simple y llano es un acto voluntario en el que concurren generalmente el consentimiento del deudor y del acreedor. Si faltare la voluntad de alguno de ellos, se podrá alcanzar sus efectos extintivos ya mediante el

²²⁴ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., pp. 179, 183.

*cumplimiento coactivo por ejecución forzada, de resistirse el deudor, o bien, por el ofrecimiento de pago seguido de la consignación de la cosa debida, si el recalcitrante opositor fuere el acreedor... El pago es el cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea el objeto de ésta. Se paga dando una cosa, prestando un servicio u observando la abstención objeto de una obligación, trátase de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer... El pago es el efecto normal de toda obligación y, además, la forma natural de extinguirla: la relación jurídica fenece y se agota con su cumplimiento. El vocablo pagar proviene del verbo latino pacare, que significa "apacar": el pago aplaca al acreedor al satisfacerle su interés."*²²⁵

Para el autor MANUEL MOGUEL CABALLERO, "pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la ejecución del servicio que se hubiere prometido, a fin de que se extinga el vínculo jurídico entre deudor y acreedor, en otros términos, es el cumplimiento de la prestación debida con efectos liberatorios de pago. De lo dicho se concluye que el término "pago" es genérico y no significa únicamente la entrega de una cantidad de dinero que es su acepción común, sino el cumplimiento de toda obligación de dar o hacer..."²²⁶

²²⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, op. cit., pp. 241-242.

²²⁶ MOGUEL CABALLERO, Manuel, Obligaciones Civiles Contractuales y Extracontractuales, op. cit., p. 91.

En el caso que nos ocupa, son diversas las obligaciones que se contraen con el arrendamiento del útero o vientre, así como con la maternidad subrogada, y habría que determinar si por pago se puede comprender la entrega de un menor de edad, mientras que por el arrendatario o sobrogante, no existe duda alguna respecto al cumplimiento de su obligación, esto en virtud de que siempre será el pago del dinero a que se obligó a entregar por el servicio que contrató, como se puede apreciar, el cumplimiento se dificulta siempre por parte de la arrendadora o madre substituta, en virtud de que existe un vínculo natural y sentimental con el menor a pesar de que ella no lo deseaba, existe la posibilidad que al llevarlo en el vientre durante la gestación adquiera un vínculo sentimental con el menor, o le tome cariño, por lo que también resulta inhumano negarle el derecho a sentir algo por el bebe que trae en su vientre, sin embargo, la ley debe establecer los lineamientos generales o la pauta para la celebración de estos contratos, y corresponderá a los particulares regular en cuanto a los puntos casuísticos de cada caso concreto, para que no se les niegue la posibilidad de verse beneficiados por los avances tecnológicos.

2.4. REPARACIÓN DEL DAÑO POR INCUMPLIMIENTO

En principio es importante establecer qué es el incumplimiento de una obligación, para posteriormente entrar a lo que la doctrina civilista denomina reparación del daño.

Para el maestro JOAQUIN MARTÍNEZ ALFARO, "el incumplimiento es un hecho negativo cuyo concepto se obtiene del Art. 2062 interpretado en sentido contrario; por lo que... Incumplimiento es la abstención de entregar la cosa debida o de realizar la prestación que se adeuda, así como la realización de la prestación que el deudor debía omitir... El incumplimiento es el hecho generador de la responsabilidad civil contractual y también es causante de la ejecución forzada... La responsabilidad civil contractual es la obligación de reparar el daño pecuniario que se causa por el incumplimiento de una obligación previamente contraída, y que se traduce en el deber de pagar la indemnización moratoria o la indemnización compensatoria... En la indemnización moratoria, el acreedor demanda el cumplimiento de la obligación, más el pago de los daños y perjuicios moratorios, o sea de los daños y perjuicios que se le han causado por el retardo en el pago... En la indemnización compensatoria, el acreedor reclama el pago de los daños y perjuicios causados por el definitivo incumplimiento de la obligación. En esta indemnización no se

reclama el cumplimiento, sino solamente que se le indemnice de los daños que le causaron por no recibir el pago."²²⁷

En este sentido, de acuerdo con el maestro MARTÍNEZ ALFARO, "la reparación del daño consiste en el reestablecimiento de la situación anterior a la comisión del daño o en el pago de los daños y perjuicios cuando sea imposible dicho reestablecimiento... Según el primer párrafo del artículo 1915, son dos las formas de reparar el daño: primera la indemnización en especie y segunda la indemnización en numerario"²²⁸... 1º La indemnización en especie consiste en reestablecer la situación anterior a la comisión del daño, siempre y cuando sea posible dicho reestablecimiento... 2º La indemnización en numerario consiste en pagar los daños y perjuicios cuando es imposible reestablecer la situación anterior a la comisión del daño, o sea cuando no se puede indemnizar en especie..."²²⁹

Asimismo el autor en cita –siguiendo a Rojina Villegas y Castán Tobeñas– establece como consecuencias del incumplimiento las siguientes: "a) Respecto al deudor: 1. El deudor es responsable de los daños y perjuicios. 2. También responde por el caso fortuito. 3. Está obligado al pago de los

²²⁷ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., pp. 241-243.

²²⁸ Larenz, Rojina Villegas, Bejarano citados por MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., p. 202.

²²⁹ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, Teoría de las Obligaciones, op. cit., pp. 196, 202.

gastos judiciales... Respecto al acreedor: Se genera a su favor el derecho de exigir la indemnización moratoria o la compensatoria."²³⁰.

El maestro IGNACIO GALINDO GARFÍAS establece que "la violación o transgresión de la conducta positiva o negativa que integran las prestaciones debidas frente al acreedor, da nacimiento a una acción judicial para obtener el cumplimiento o ejecución forzada de tal obligación, si el obligado se constituye en mora... De lo dicho, se percibe sin mayor dificultad que el concepto de incumplimiento de una obligación cualquiera que sea su naturaleza, entraña el aspecto coercible de la obligación jurídica, o sea, la ejecución forzada de los actos positivos o de simple abstención, en los que consiste la prestación que es a su cargo... Las consecuencias que produce el incumplimiento de una obligación, pueden considerarse desde dos puntos de vista, a saber: tomando en consideración al lado del deudor, o bien considerando el lado del acreedor... En lo que respecta al deudor el incumplimiento lo coloca en una situación moratoria (simple retardo o incumplimiento absoluto)... Desde el punto de vista del acreedor, los efectos del incumplimiento del deudor se traducen en la insatisfacción o lesión de sus derechos y confieren al acreedor una acción judicial de reparación del daño causado por la inactividad del deudor, (daño emergente) o menoscabo

²³⁰ Ibid., pp. 244-245.

*en el patrimonio de aquel lucro cesante por la falta de pago y de satisfacción oportuna del interés del acreedor. Además, el incumplimiento del deudor, priva al acreedor de la obtención de las ganancias que hubiera podido obtener si el crédito hubiera sido satisfecho oportunamente por el deudor... Por virtud del incumplimiento, el acreedor queda facultado para exigir del deudor la reparación de los daños a él causados, como consecuencia de la falta de cumplimiento de la obligación y la indemnización por la falta de la ganancia lícita que hubiera obtenido si la obligación hubiese sido satisfecha oportunamente (lucro cesante)."*²³¹

El autor MANUEL MOGUEL CABALLERO establece que "el incumplimiento se da cuando el deudor no cumple la prestación debida o la cumple en modo tardío o inexacto. El incumplimiento será definitivo, cuando la prestación es incumplida totalmente. La prestación no es cumplida puntualmente o lo es inexactamente en cuando al modo o a la substancia; a ambas formas se le conoce como retardo en el cumplimiento, aunque propiamente se le llama retardo a la inobservancia del término del cumplimiento... El incumplimiento será definitivo cuando la prestación no es cumplida nunca, o temporal, cuando sólo hay retardo en su cumplimiento... El incumplimiento puede ser imputable al deudor o no

²³¹ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Teoría de las Obligaciones, op. cit., pp. 197-199.

*imputable. La imputabilidad se funda en el principio de voluntariedad de su autor, mientras que la no imputabilidad será por causa extraña..., que comprende el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de tercero y la culpa del acreedor."*²³²

El maestro MANUEL BORJA SORIANO señala que *"la responsabilidad civil consiste en la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra los daños y perjuicios que se le han causado."*²³³ Asimismo, habla de una responsabilidad civil contractual y extracontractual. *"La diferencia principal consiste en que en los casos de responsabilidad extracontractual un hecho jurídico produce esa responsabilidad, sin que antes de ese hecho haya un acreedor y un deudor; mientras que en el caso de responsabilidad contractual hay una obligación preexistente que se convierte en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios."*²³⁴ En cuanto a los elementos constitutivos de la responsabilidad civil contractual señala los siguientes: *"1º Un daño o perjuicio causado al acreedor por la inejecución de la obligación. 2º Imputable al deudor. 3º Mora del deudor..."*²³⁵

²³² MOGUEL CABALLERO, Manuel, Obligaciones Civiles Contractuales y Extracontractuales, op. cit., p. 108.

²³³ BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, op. cit., p. 456.

²³⁴ *Ibid.*, p. 457.

²³⁵ *Idem.*

Ahora bien, teniendo conocimiento de los elementos que integran la acción de reparación del daño, nos quedaría únicamente mencionar que en nuestra legislación se contemplan actualmente dos tipos de reparación del daño, una es objetiva y es a la que se refiere el artículo 1910 del Código Civil en cuanto establece que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, y en este mismo sentido, el artículo 1915 del propio ordenamiento en cita establece que la reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios, de lo que se advierte que existen elementos mínimos necesarios para que proceda la reparación del daño, y esto está íntimamente vinculado con la ilicitud, en este caso que nos ocupa, el incumplimiento del contrato de arrendamiento de vientre o útero, habría que analizar en cada caso concreto si se causo o no un daño objetivo con el incumplimiento, tal vez, la materialización de la hipótesis normativa contemplada en el artículo 1912 que establece que cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

Sin embargo, existe contemplado en nuestra legislación, otro tipo de daño, que es el que se conoce como daño moral, y se regula por el artículo 1916, y dice que por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas. Al respecto sigue estableciendo que cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículos 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del Código Civil.

También el mismo precepto establece respecto a la cantidad que habrá de pagarse por este concepto, que el monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso. Conceptos que

resultan analizables en el presente punto, pues, habría que tomar en cuenta que, los arrendatarios del útero o vientre para su derecho a procreación, han fincado en este contrato una ilusión que puede verse truncada y afectar directamente su vida misma, y en todo caso habría que determinar si es procedente la reparación del daño tanto material como moral, en atención al motivo que orillo al incumplimiento del contrato de arrendamiento de útero.

Sin que en este mismo sentido, se advierta el contenido del artículo 1916 Bis del propio Código Civil, que establece claramente que quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta, por lo que se evidencia que la falta de atención a la regulación del arrendamiento de útero, puede incluso afectar a los intereses de las personas que ante su necesidad física e ilusión de tener hijos, recurren a las figuras jurídicas vigentes para tratar de ser padres, sin embargo, quedan a expensas de actitudes muchas veces ventajosas o chantajistas del arrendador del útero, ya que es evidente que ante la falta de normatividad, no se da el caso de ilicitud en su actuar, y puede presionar para obtener beneficios superiores a los pactados en el contrato inicial.

En este sentido, toma auge la presente tesis, pues a pesar de que los legisladores hagan caso omiso a las demandas ciudadanas que se ven desprotegidas, y ante el gran avance técnico científico, pues la actividad del arrendamiento de útero es vigente en muchos países, y comienza a presentarse en nuestro país, por lo que antes de que se presenten problemas mayúsculos en este sentido, sería prudente evitarlos.

2.5. LA FILIACIÓN

Para el maestro IGNACIO GALINDO GARFÍAS la filiación es *"la relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y sus hijos. Planiol define la filiación como "la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados".*"²³⁶

De acuerdo con el autor MANUEL F. CHÁVEZ ASENCIO, *"la filiación es un estado jurídico. La filiación natural deriva de la procreación y al traducirse*

²³⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., p. 1699.

al plano jurídico, no recibe sólo un cambio de palabras, sino que se convierte en un estado jurídico."²³⁷

Asimismo, para el maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS, "la filiación constituye un estado jurídico... El estado jurídico consiste en una situación permanente de la naturaleza o del hombre que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esta situación, se continuarán produciendo esas consecuencias... Por lo que se refiere a la filiación, encontramos una situación permanente que regula el derecho y que se origina no sólo por virtud del hecho de la procreación, sino que supone además otros elementos, para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación estable que se manifieste a través de derechos y obligaciones durante toda la vida del progenitor o del hijo y que no va a desaparecer, por consiguiente, como ocurre con ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto, por ejemplo, en razón de su edad, como ocurre con el estado de minoridad o de mayoría de

²³⁷ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, 3a. ed., Porrúa, México, 1997, p. 284.

edad o de incapacidad por enajenación mental, cuando se recobra el uso de la razón."²³⁸

Para el autor en cita, "el término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo."²³⁹

²³⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia, op. cit., p. 455.

²³⁹ *Ibid.*, p. 451.

El maestro RAFAEL ROJINA VILLEGAS, habla de tres tipos de filiación: la filiación legítima, la filiación natural y la filiación legitimada. *“La filiación legítima es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. En nuestro derecho se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres, y no simplemente que nazca durante el matrimonio, porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio... Además de la filiación legítima que se determina en la forma ya explicada, tenemos la filiación natural, es decir, la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Vuelve a tomarse nuevamente en cuenta el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio... Se distinguen diferentes formas de filiación natural: la simple, la adulterina y la incestuosa. La filiación natural simple es aquella que corresponde la 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. En cambio, la filiación natural se llama adulterina, cuando el hijo es concebido por la*

madre estando ésta unida en matrimonio y el padre es distinto del marido, o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa. El hecho de que uno de los progenitores esté unido en matrimonio con tercera persona, hará que el hijo sea natural-adulterino. Por último, la filiación natural puede ser incestuosa cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impide el matrimonio, sin celebrar éste. Es decir, entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado; entre hermanos, o sea, parientes en línea colateral en segundo grado, sean hermanos por ambas líneas o medios hermanos y, finalmente, entre parientes en línea colateral de tercer grado: tío y sobrina, o sobrino y tía, aun cuando este 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... Además de la filiación legítima y la natural, existe la legitimada, que es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante él o éstos lo reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración... Cabe dos casos, por consiguiente, de hijos legitimados: a) Para los hijos que nazcan dentro de los ciento ochenta días de celebrarlo el matrimonio de sus padres, y b) Para los hijos que hubieren nacido antes de dicho matrimonio..."²⁴⁰

²⁴⁰ Ibid., pp. 451-453.

Para el maestro ANTONIO DE IBARROLA, *"la filiación puede ser legítima, natural o adoptiva."*²⁴¹ Asimismo establece que *"la filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea un parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados."*²⁴²

Para la autora ALICIA PÉREZ DUARTE, *"entendemos por filiación la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija. Sara Montero Duhalt"*²⁴³ nos explica que esta definición incluye los conceptos de maternidad y paternidad, así como el de filiación en sentido estricto."²⁴⁴

Para los autores FELIPE DE LA MATA PIZAÑA y ROBERTO GARZÓN JIMÉNEZ, *"en sentido amplio, por filiación se entiende la relación jurídica entre los progenitores y sus descendientes; y, en sentido estricto, se refiere a las relaciones jurídicas que surgen entre el padre o la madre y su hijo... La filiación se clasifica en matrimonial, legitimada y extramatrimonial... La filiación matrimonial es aquella en que el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley, de forma tal que se reputa nacido dentro de la unión legítima conyugal de marido y mujer... Se llamará legitimada la filiación donde el neonato no se encuentra dentro de los plazos que*

²⁴¹ IBARROLA, Antonio De, Derecho de Familia, 4a. ed., Porrúa, México, 1993, p. 380.

²⁴² *Ibid.*, p. 381.

²⁴³ Montero Duhalt, Sara, op. cit., p. 266 citada por PÉREZ DUARTE, Alicia, Derecho de Familia, FCE, México, 1994, p. 164.

²⁴⁴ PÉREZ DUARTE, Alicia, Derecho de Familia, op. cit., p. 164.

establece la ley para reputarlo hijo del matrimonio; sin embargo, por un acto jurídico posterior, llamado legitimación, se le dota de tal carácter... La filiación es extramatrimonial cuando el nacimiento se encuentra fuera de los plazos a que se refiere la ley y, por ende, se reputa como hijo nacido fuera del matrimonio."²⁴⁵

Ahora bien, habrá que conocer que es lo que establece el Código Civil respecto a la filiación, para adherirnos a su postura, pues se trata del derecho positivo que regula el caso concreto, y encontramos la definición de la filiación en el artículo 338, que dice que la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros. Mientras que el artículo 338 Bis establece que La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen, pues como se analizará adelante, la adopción plena también genera filiación como si fuere consanguínea, y es el único medio que extingue la filiación.

Por otra parte encontramos que la filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento, según el artículo 340 del Código Civil, mientras que el

²⁴⁵ MATA PIZANA, Felipe De la y Roberto Garzón Jiménez, Derecho Familiar, op. cit., pp. 229-231.

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

Como podemos ver, este precepto nos da la introducción a una nueva figura que es la posesión de estado de hijo, y al respecto el artículo 343 establece que si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes: I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos; II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361, precepto que establece que se necesita para reconocer un hijo la misma edad que para contraer matrimonio.

Por otra parte, encontramos causas de presunción de hijos, a pesar de que estos no estén reconocidos expresamente por los padres, y encontramos que de conformidad con el artículo 324 del Código Civil, se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: I. Los hijos nacidos dentro de 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 excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Aparte de esta forma de reconocimiento de los hijos según el artículo 360 del Código Civil establece que la filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que la así lo declare. Mientras que el artículo 366 establece que el reconocimiento hecho por uno de los padres, produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor y a su vez el 367 dice que el reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento.

Ahora bien, la forma del reconocimiento de un hijo se establece en el artículo 369 del Código Civil que dice que el reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes; I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil; II. Por acta especial ante el mismo juez; III. Por escritura Pública; IV. Por testamento; V. Por confesión judicial directa y expresa. Y dice que el reconocimiento practicado de manera diferente a las enumeradas no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de paternidad o maternidad.

Por otra parte el artículo 370 establece que cuando el padre o la madre reconozca separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el artículo 324 de este Código, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad. Mientras que el artículo 372 dice que: el cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste.

Ahora bien, el Código Civil vigente en el Distrito Federal, resulta un poco más abierto a los avances tecnológicos, al establecer en el artículo 382

que la paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre. Sin embargo por otra parte establece en el artículo 387 que el hecho de dar alimento no constituye por sí solo prueba, ni aun presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas.

Por último, encontramos una buena alternativa para aplicarse en materia de subrogación de maternidad, y esta es la contenida en el artículo 410 A del Código Civil que dice que el adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, dentro de los cuales se incluyen los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo. La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea. La adopción es irrevocable.

Como podemos ver, la filiación ha sido superada por la adopción plena, y extingue la filiación anterior a la adopción, lo que nos indica un buen avance en la materia y que puede ser utilizado en la figura jurídica que se estudia en la presente.

2.6. IMPUGNACIÓN E INVESTIGACIÓN DE LA MATERNIDAD

El autor MANUEL F. CHÁVEZ ASENCIO establece que *"en el código del 2000, es decir, el vigente, por primera vez se otorga legalmente a la mujer la posibilidad de actuar judicialmente para impugnar su maternidad. En la edición anterior (1928) argumenté que la cónyuge, aun cuando no se consignaba en la norma, tenía el derecho natural y jurídico para impugnar la maternidad que se le imputaba falsamente. Actualmente los artículos 336 y 337 consignan este derecho. Estimo que esta acción del estado civil obedece a las reglas generales que se contienen el artículo 24 C.P.C. que previene: "Las acciones del estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, o atacar el contenido de las constancias del registro civil para que se anulen o rectifiquen. Las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de las acciones del estado civil perjudican aun a los que no litigaron"...* Esta

legitimación a la mujer está fundada en lo siguiente: a) Hombre y mujer son iguales. La declaración de igualdad contenida en el artículo 4º constitucional, se consigna también en el artículo 2º del Código Civil el que señala que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer; en consecuencia, la mujer no queda sometida por razón de su sexo a restricción alguna de las adquisición y ejercicio de sus derechos civiles... b) En el artículo 24 del Código Procesal aludido se marcan claramente las acciones de estado civil y se comprende, entre otras, las relativas a la filiación y no se hace referencia limitativa al hombre... c) En el Código Penal se consideran delitos algunos actos en contra del estado civil de las personas, que hacen referencia clara a la filiación derivada de la mujer... Con fundamento en lo anterior procede afirmar que son base en igualdad varón y mujer, con base en el hecho de que la legislación penal consideran como delitos ciertos actos que hacen referencia a la maternidad que se cuestiona, se considera que es posible que la mujer intente la acción de impugnación fundándose en el artículo 24 del Código Procesal citado."²⁴⁶

Asimismo, el autor en cita al referirse a las características de la acción, señala que "esta acción, semejanza de las acciones del estado civil, tiene por objeto impugnar la maternidad que se imputa a una mujer con un

²⁴⁶ CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, op. cit, pp. 116-117.

determinado hijo. Se ataca un estado civil. En este caso el hijo está amparado por un estado civil que no le pertenece... Se requiere, consecuentemente, que el hijo tenga la prueba de la filiación que se pretende impugnar. Esta prueba debe consistir en las actas de nacimiento, excluyendo la posesión de estado, porque si ésta se da, la madre ha aceptado, frente a sus familiares y sociedad en general, la relación materno-filial que consecuentemente no puede impugnar."²⁴⁷

El autor en comentario al referirse a los supuestos para la impugnación señala que *"la maternidad en relación con la mujer tiene dos elementos: el parto y la identidad del hijo. Por lo tanto, la impugnación podrá versar sobre alguno de los dos supuestos mencionados... En primer lugar está el caso de la suposición del parto. Es decir, a pesar de la declaración hecha ante el Juez del Registro Civil no existió el parto que se atribuye a determinada mujer. Esto se logra mediante el falso certificado médico, falso testimonio de los testigos con los cuales se obtiene una falsa acta de nacimiento de un menor... Como segundo supuesto se da la substitución del verdadero hijo. Se trata un caso en el cual sí hubo parto pero el verdadero hijo se cambia por otro."*²⁴⁸ Por lo que respecta a los sujetos legitimados para impugnar la maternidad, MANUEL CHÁVEZ ASENCIO menciona que

²⁴⁷ Ibid., pp. 117-118.

²⁴⁸ Ibid., p. 118.

"podemos partir del hecho de que las acciones del estado civil presentan la particularidad de que no se limitan a los titulares del derecho garantizado por la acción. Por otro lado, debemos reconocer que conviene seguir los principios señalados para el caso de desconocimiento de la paternidad. Ante esta disyuntiva, creo que se debe optar por la segunda, es decir, tomar como base lo que la legislación establece en relación con la paternidad... Indudablemente puede impugnarla la misma mujer pues es un derecho innato... Como de la prueba de la maternidad se deriva la paternidad dentro del matrimonio con base en la presunción tantas veces aludida, estimo que el marido también puede impugnar la maternidad, con lo cual indirectamente destruirá la presunción de ser el padre del hijo que se le imputa dentro del matrimonio... A semejanza de lo dicho en relación con las acciones que el marido puede intentar, también estimo, están legitimados el tutor en caso de interdicción de la mujer y los herederos en los mismos casos en que pueden impugnar en relación al padre... En relación con el hijo, es posible que éste pueda demandar el desconocimiento de su estado civil. Parece no haber razón seria para negarle este derecho, aun cuando normalmente no tiene interés alguno para desconocer el estado civil que ostenta. En caso de que quisiera reclamar otro estado civil mediante la investigación de la maternidad o

bien la paternidad, podrá hacerlo sin estar obligado a desconocer primeramente el estado civil aparente."²⁴⁹

Por otra parte, el autor en comento al referirse a la caducidad, hace los siguientes señalamientos: "A diferencia de las acciones de desconocimiento y contradicción de la paternidad, que están sujetas a la caducidad, la ley no hace referencia a la impugnación de la maternidad, no tenemos un plazo señalado. Aquí también tenemos dos opciones. La primera acudir a los plazos de prescripción general de las acciones, al no haber excepción dentro de la ley. La segunda, tomando en cuenta que la estabilidad familiar es fundamental, y que en relación a la paternidad hay plazos de caducidad, aplicar los mismos. Me inclino a la segunda, y aún en ausencia, deberán aplicarse los mismos plazos que para los supuestos de paternidad."²⁵⁰

Finalmente en cuanto a los efectos de esta acción, el autor CHÁVEZ ASENCIO señala que "la sentencia dictada como consecuencia de la acción de desconocimiento o de reclamación de paternidad o impugnación de la maternidad produce un efecto absoluto. El hijo que se estima de matrimonio, se convierte en fuera de matrimonio respecto de

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ Ibid., pp. 118-119.

*todo el mundo. Es una sentencia que produce efectos **erga omnes**, como todas las sentencias relativas al estado civil o familiar de las personas.*"²⁵¹

Por otro lado, el autor MANUEL CHÁVEZ ASENCIO establece en relación a los casos permitidos en la investigación de la maternidad que "en general, la investigación de la maternidad está abierta y puede probarse por cualquier medio ordinario de prueba, pero existe una excepción cuando la indagación "tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada" (Art. 385 C.C.). Sin embargo, esta prohibición deja de tener efecto cuando la maternidad se deduzca de una sentencia civil o criminal (Art. 386 C.C.). Esto significa que en los casos permitidos de raptó, estupro o violación, y después de haber una sentencia criminal por la que se condene al delincuente, puede hacerse la investigación de la maternidad con relación a la ofendida."²⁵²

El autor en comento establece que "la investigación de la maternidad puede intentarla el hijo y sus descendientes (Art. 385 C.C.). Aun cuando en la ley no establece orden o prelación en el ejercicio de la acción, estimo que la acción, por ser de carácter personal, sólo durante la vida del hijo éste puede investigarla. Los descendientes sólo en caso de su

²⁵¹ Ibid., p. 119.

²⁵² Ibid., p. 185.

fallecimiento, siguiendo el criterio que en esta materia existe también para los hijos habidos de matrimonio."²⁵³

En cuanto al término el autor en comento señala que *"la acción puede intentarse sólo durante la vida de los padres. Pero si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, éstos tienen derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad (Art. 388 C.C.). Durante la vida de los progenitores la acción se intenta contra ellos o sólo contra alguno. Pero después de muertos, la acción se ejercerá lógicamente contra los herederos de ella o de él, aun cuando hubieran renunciado a la sucesión... Eso no significa que las acciones caduquen necesariamente a los cuatro años, a partir de que el menor cumpla la mayoría de edad, pues esto se aplica sólo al caso de que el padre hubiere muerto antes, y no puede hacerse extensiva si los padres viven, en cuyo caso el límite es la vida de los padres. Debemos de estimar que se trata de una extinción más que de una prescripción que opera para el hijo mayor de dieciocho años, cualquiera que sea su edad por la muerte del padre o la madre.*"²⁵⁴

²⁵³ Ibid., pp. 186-187.

²⁵⁴ Ibid., p. 188.

En lo que respecta a la prueba, el autor en comento señala que *"la paternidad y la maternidad deben acreditarse en el juicio respectivo que se promueva ante el juez de lo familiar. No hay limitación en la utilización de cualquier medio de prueba. El Código actual acepta todas, que se pueden clasificar en: a) medios de prueba ordinarios (341 y 282), pero la testimonial "no es admisible si no hubiera un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión."* b) Aquellas pruebas que los conocimientos de los avances científicos ofrezcan, a éstas se refieren los artículos 325, 341 y 382 C.C. c) Las pruebas biológicas (382 C.C.)."²⁵⁵ Asimismo establece que *"la prueba de maternidad no acredita la paternidad, como acontece en los hijos de los cónyuges, pues no existe relación jurídica alguna entre los posibles progenitores que pudiera vincularlos y deducir la paternidad del conocimiento de la maternidad."*²⁵⁶

El autor Manuel Chavez Asencio, es el único tratadista que analiza la impugnación de la maternidad a que se refiere el artículo 336 del Código Civil que establece que en el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Idem.

Juez de lo Familiar atenderá el interés superior del menor, nos adherimos a esta descripción tan completa que respecto de la impugnación de la maternidad existe, no sin aclarar que la impugnación de la paternidad está ampliamente estudiada por los doctos, sin embargo no así la de maternidad, lo que resulta importante conocer pues en el caso concreto, la persona que se ostentará como madre de un menor, cuyo nacimiento deriva de un contrato de subrogación de maternidad, esta maternidad puede ser impugnada por no ser la madre, sin embargo, esto resulta remoto, pues al celebrarse el contrato de arrendamiento y subrogación de maternidad, pueden validamente las partes contratantes renunciar a las acciones que en esta materia rigen, aunque no así el menor de edad, pero ante una decisión de tal naturaleza, es poco lo que se puede hacer, es decir, si el menor quiere impugnar la maternidad, creemos que sería poco sano contradecir su derecho, pero esto será sujeto de una valoración interna y moral de los participantes, para no analizar casuísticamente situaciones que aún no se presentan.

CAPÍTULO 3. MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE MATERNIDAD.

3.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Por lo que respecta a nuestra Constitución Política, como lo establecen los autores ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y N. Y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA "el artículo 4o. de la Constitución es la primera referencia que encontramos sobre este tema [maternidad]. Los derechos que se establecen en este artículo respecto de la maternidad son dos: el derecho a decidir de manera libre y responsable sobre el número o esparcimiento de los hijos y el derecho a la protección de la salud; tiene, además, en derecho varios efectos: con relación a la filiación, al ejercicio de la patria potestad, a los alimentos, a las sucesiones; en las relaciones laborales; en el establecimiento de la punibilidad..."²⁵⁷

En este sentido, me permito transcribir los párrafos segundo y tercero del artículo 4o. constitucional que establecen los dos derechos antes citados:

"Artículo 4o.

²⁵⁷ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, op. cit., 2471.

...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..."

Es importante señalar que, el primero de los derechos antes enunciados ya fue abordado con anterioridad, precisamente al tocar el tema referente al derecho a la reproducción, tema que guarda estrecha relación con el tópico que en este apartado nos ocupa, toda vez que consideramos a la maternidad –en base a lo expresado por la autora ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y N. Y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA– como *"la condición natural y necesaria de reproducción que permite la sobrevivencia del ser humano."*²⁵⁸ Por cuanto hace al segundo de los derechos señalados consagrado en el tercer párrafo del artículo en comento, dicho derecho de protección a la salud, se traduce en la obligación del Estado de

²⁵⁸ Idem.

proveerle al individuo todos los elementos necesarios a fin de lograr su completo estado de bienestar físico, mental y social, lo cual permita su equilibrio, adaptación y desarrollo al medio en el cual interactúa.

Por otro lado, otro de los preceptos constitucionales que contempla cuestiones relativas al tópico de la maternidad es el artículo 123, específicamente las fracciones V y XV del apartado "A", así como la fracción XI, inciso c) del apartado "B", que establecen lo siguiente:

Artículo 123.

...A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

...V.- Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo.

En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día de media hora cada uno para alimentar a sus hijos...

...XV.- El patrón estará obligado a observar, de acuerdo con la naturaleza de su negociación, los preceptos legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento, y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso...

...B.- Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

XI.- La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

...c).- Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su

salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un mes de descanso antes de la fecha fijada aproximadamente para el parto y de otros dos después del mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. Además, disfrutarán de asistencia médica y obstétrica, de medicinas, de ayudas para la lactancia y del servicio de guarderías infantiles.

En este sentido, podemos observar y de acuerdo con los autores ALICIA ELENA PÉREZ DUARTE Y N. Y MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA, "el artículo 123, fracción V, de la Constitución garantiza el goce de ciertas prerrogativas para las mujeres embarazadas, entre las que está el descanso con goce de sueldo de 6 semanas anteriores a la fecha aproximada para el parto y de seis semanas posteriores al mismo... Más adelante, las fracciones V y XV del apartado A, y XI, inciso c, del apartado B del mismo artículo fijan las normas mínimas que protegen los periodos de gestación y lactancia. Protección que tiene como fundamento último la salud y el bienestar tanto de la mujer embarazada como de sus hijos e hijas.

Sin embargo, como se aprecia en este apartado, los preceptos constitucionales que se analizaron, resguardan la integridad de las personas que pueden procrear o que están incluso embarazadas, más no respecto de las personas que por alguna imposibilidad física no pueden procrear, sin embargo a estas personas ya tienen otras alternativas que han sido analizadas con anterioridad como la maternidad subrogada o el arrendamiento de útero, situaciones que no existían al momento de la redacción de los preceptos constitucionales antes señalados, sin embargo actualmente existe la posibilidad de brindar a estas personas el ser padres, de un hijo de sus propios gametos o no, pero con la conciencia de serlo, por lo que la ley debe poner atención en estos temas, sin embargo, creo que no debe analizarse esta propuesta desde el punto de vista constitucional pues sería hacer una constitución casuística, además de que la maternidad está garantizada como garantía individual como vimos anteriormente, y el punto sería discutible en las leyes especiales de la materia, como puede ser el Código Civil, tal como se analizará adelante.

3.2. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Para efectos del análisis del presente Código y establecer las disposiciones del mismo en materia del tema que nos ocupa, centraremos nuestra atención en los siguientes tópicos: filiación, patria potestad, alimentos y

sucesiones, por ser los tópicos en los cuales la maternidad dentro del ámbito jurídico, específicamente en materia civil, tiene varios efectos.

Antes de entrar al estudio de los temas referidos, debemos señalar que de conformidad con el artículo 162, párrafo segundo, del Código, se establece siguiendo la idea plasmada en la Constitución que *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 de advertir que, esta disposición extiende el derecho consignado en la Constitución en el sentido de permitir a los cónyuges el empleo de cualquier método de reproducción asistida a efecto de lograr su descendencia.

Asimismo, el artículo 164 en su primer párrafo establece que *los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus*

posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos.

En tanto, el artículo 168 estatuye que los cónyuges tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales, por lo tanto, resolverán de común acuerdo todo lo conducente al manejo del hogar, a la formación y educación, así como a la administración de los bienes de los hijos...

Hechas las consideraciones anteriores, a continuación entraremos al estudio del primero de los tópicos referidos que es la filiación, y a este respecto el artículo 338 establece que por tal debemos entender *la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia.*

El artículo 324 establece que se considerarán hijos de los cónyuges los nacidos dentro del matrimonio, y los 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 excónyuge. El término aludido se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

En relación a las pruebas de la filiación de los hijos el principio general, de acuerdo con el artículo 340 es que la filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento. Sin embargo, según el artículo 341, cuando faltare el acta o ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. Pero aun cuando haya defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen. Cabe señalar que si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de dicho duplicado deberá tomarse la prueba.

El artículo 343 establece que si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, la posesión de estado de hijo probada, detallándose las circunstancias que aunado a lo anterior deberán concurrir, mismas que son las siguientes:

- I. El uso constante por parte del hijo de los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos.
- II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

- III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida para poder contraer matrimonio.

Asimismo, debemos establecer que según el artículo 360, *la filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que la así lo declare.*

Es de advertir que el artículo 60 nos dice que el padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos.

La disposición contenida en el numeral 369 prescribe los distintos modos en que deberá efectuarse el reconocimiento de un hijo, siendo éstos: 1) En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil, 2) Por acta especial ante el mismo Juez, 3) Por escritura pública, 4) Por testamento, y 5) Por confesión judicial directa y expresa.

Es importante destacar, de conformidad con el artículo 389, que el hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos, tendrá derecho a lo siguiente:

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.
- IV. A los demás que se deriven de la filiación.

Ahora bien, el artículo 60 en su última parte estatuye que *la investigación tanto de la maternidad como de la paternidad, podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo a las disposiciones relativas a este Código*. En este mismo sentido, el artículo 382 estipula que *la paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios, y en el caso de proposición de cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, ante ello se presumirá que se trata de la madre o el padre, salvo prueba en contrario*. Por su parte, el artículo 388 nos dice que las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres.

Cabe señalar que de conformidad con el artículo 366 del Código, *en el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el Juez de lo Familiar atenderá el interés superior del menor.*

Asimismo, el artículo 385 nos dice que la investigación de la maternidad está permitido al hijo y a sus descendientes, misma que puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios, sin embargo establece una limitante en el sentido de que la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.

Por otro lado, ahora toca estudiar el segundo de los tópicos aludidos que se refiere a la patria potestad, y en principio nos enfocaremos a los efectos de esta institución con respecto a la persona de los hijos.

En este sentido, el artículo 413 nos dice que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, en tanto el artículo 414 establece que la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres, y cuando por cualquier circunstancia la deje de ejercer cualquiera de ellos, su ejercicio corresponderá al otro.

Cabe señalar que el artículo 416 menciona que cuando haya separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. El menor quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos, en tanto el otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor.

En cuanto a este último punto, el artículo 417 nos dice que aun cuando no tengan la custodia los que ejercen la patria potestad tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos.

Asimismo, según el artículo 421, los menores sujetos a patria potestad no podrán dejar la casa de quienes la ejercen, salvo que sea con su permiso o por decreto de la autoridad competente. Mientras tanto, el numeral 422 dispone que quienes ejercen la patria potestad o tienen al menor bajo su custodia tienen la obligación de educarlo convenientemente, con la facultad de corregirlo lo cual no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica, así como la obligación de observar una conducta que sirva al menor de buen ejemplo, lo anterior de conformidad con el artículo 423 del Código en estudio.

Ahora bien, en segundo lugar con respecto a los efectos de la patria potestad con respecto a los bienes del hijo, es preciso efectuar las siguientes consideraciones.

Sobre este particular, de acuerdo con el artículo 425, el principio es que *los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen...*

De acuerdo con el artículo 426, en el caso de que la patria potestad sea ejercida por ambos padres, por los abuelos o por los adoptantes, el administrador será nombrado por mutuo acuerdo.

El artículo 429 nos dice que los bienes que el menor adquiere por su trabajo le pertenecen en propiedad, administración y usufructo. En tanto respecto de los que adquiere por cualquier otro título, el artículo 430 nos dice que la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen al menor, y la administración y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, en el caso de que los hijos adquieran bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo estipulado.

Es de advertir que según el artículo 431, los padres pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, renuncia que debe constar por escrito o de cualquier otro modo que no de lugar a duda. Cabe señalar que se reputará como donación la renuncia del usufructo hecha a favor del hijo [artículo 431].

Debemos señalar que el artículo 438 plantea los supuestos en que se extingue el derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, los cuales son los siguientes: 1) Por emancipación, 2) Por pérdida de la patria potestad, y 3) Por renuncia, supuesto que ya se tocó en párrafos anteriores.

Ahora bien, el artículo 439 establece como una de las obligaciones de quienes ejercen la patria potestad el dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos. Asimismo, de acuerdo con el artículo 442, deberán entregar a sus hijos, una vez que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad todos sus bienes y frutos que les pertenecen.

Es importante mencionar que la persona que ejerza la patria potestad representará igualmente en juicio a los hijos, lo anterior con fundamento en el artículo 427 del Código en estudio.

Asimismo, de conformidad con el artículo 440, en todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

Finalmente en torno a este tema de la patria potestad es importante mencionar que el artículo 443 establece los casos de terminación de la patria potestad, el numeral 444 los supuestos en que habrá pérdida de la misma por resolución judicial, el artículo 447 las hipótesis en que se suspende, el numeral 448 los dos supuestos en que habrá lugar a excusarse de su ejercicio, y el artículo 444 Bis nos dice que la patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación.

Por otra parte, otro de los tópicos a estudiar en el presente punto es el relativo a los alimentos, tema del cual es menester realizar las siguientes puntualizaciones.

En principio, debemos señalar de acuerdo con los artículos 302, 303 y 304 del Código que los cónyuges están obligados a proporcionarse alimentos, que los padres están obligados a dar alimentos a los hijos y viceversa, esto es, los hijos están obligados a dar alimentos a sus padres.

El artículo 308 del ordenamiento en estudio, especifica la composición de los alimentos, siendo ésta la siguiente:

- I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto.
- II. Respecto de los menores, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales.
- III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo.
- IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Es de advertir que según el artículo 314, *la obligación de dar alimentos no comprende la de proveer de capital a los hijos para ejercer el oficio, arte o profesión a que se hubieren dedicado.*

Ahora bien, el artículo 309 prescribe que la persona que tiene la obligación de dar alimentos cumple con ella asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia.

Un principio fundamental en materia de alimentos es el que consagra el artículo 311, que consiste en que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Asimismo el artículo 321 consagra un aspecto trascendente en esta materia que nos ocupa que versa en el sentido de que el derecho de recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción.

En el artículo 315 se hace alusión a las personas legitimadas para pedir al órgano jurisdiccional el aseguramiento de alimentos, siendo dichas personas las siguientes:

- I. El acreedor alimentario.
- II. El que ejerza la patria potestad o el que tenga la guarda y custodia del menor.
- III. El tutor.
- IV. Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.
- V. La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario.

VI. El Ministerio Público.

De conformidad con el artículo 317 el aseguramiento o la garantía de los alimentos podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza, depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del Juez.

Finalmente, respecto a este tópico el artículo 320 nos indica las causas en que se suspende o cesa la obligación de dar alimentos, mismas que se hacen consistir en las siguientes:

- I. Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla.
- II. Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos.
- III. En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos.
- IV. Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad.
- V. Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.
- VI. Las demás que señale este Código u otras leyes.

Por último, el cuarto de los tópicos a analizar es el que se refiere a las sucesiones, y sobre este particular resultan fundamentales para efectos del presente trabajo las disposiciones que a continuación se enuncian.

En primer lugar y en relación a los alimentos dentro de las disposiciones que establecen los bienes de que se pueden disponer en los testamentos y los testamentos inoficiosos, el artículo 1368 nos señala las personas a las cuales el testador deberá dejar alimentos, siendo aquéllas las siguientes:

- I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte.
- II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación legal de dar alimentos.
- III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Es de advertir que este derecho prevalecerá en tanto no contraiga otro matrimonio y viva honestamente.
- IV. A los ascendientes.
- V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los 5 años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté

impedido de trabajar y no tenga bienes suficientes. Asimismo, es de advertir que este derecho subsistirá en tanto dicha persona no contraiga matrimonio y observe buena conducta. También cabe aclarar que si se tratara de varias personas con las que haya vivido el testador como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá el derecho a recibir alimentos.

VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

Ahora bien, es importante señalar que de conformidad con el artículo 1371, para gozar del derecho que consagra el artículo antes citado es necesario que las personas se hallen en alguno de dichos supuestos a la muerte del testador, pero perderán dicho derecho tan pronto como dejen de estar dentro de los supuestos enunciados, tenga mala conducta o adquiera bienes.

Asimismo, según el artículo 1369, no habrá obligación de dar alimentos, a no ser por falta o imposibilidad de los parientes más próximos en grado. De igual modo, tal y como lo establece el artículo 1370, no habrá obligación de proporcionar alimentos a aquellas personas que tengan bienes, a no ser

que los mismos no igualem la pensión que debe corresponderles, en cuyo caso la obligación se reducirá a otorgarles la cuota faltante.

Ahora bien, un principio importante de acuerdo con el artículo 1372 consiste en que el derecho de percibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción.

Es importante precisar siguiendo el sentido del artículo 1373, que en el caso de que el acervo hereditario no fuere suficiente para dar alimentos a aquellas personas que se encuentre en los supuestos del artículo 1368 a la muerte del testador, entonces se observarán las disposiciones que se enuncian a continuación:

- I. Se proporcionarán a prorrata a los descendientes y al cónyuge supérstite.
- II. Cumplido lo anterior, se ministrarán a prorrata a los ascendientes.
- III. Posteriormente y también a prorrata se ministrarán a los hermanos y a la concubina.
- IV. Finalmente se ministrarán igualmente a prorrata a los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Es menester señalar, de conformidad con el artículo 1374 que se considerará inoficioso el testamento en el cual no se deje la pensión alimenticia a que está obligado el testador. Cabe mencionar que el preterido solamente tendrá derecho a que se le proporcione la pensión alimenticia, quedando en consecuencia subsistente el testamento en todo aquello que no vulnere o menoscabe el derecho a los alimentos, lo anterior con fundamento en el artículo 1375.

Es importante aclarar que, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa, lo anterior no obstante lo preceptuado en el artículo 1375 y con fundamento en el numeral 1377 del Código en estudio.

Ahora bien, en materia de legados e igualmente con relación a los alimentos, el artículo 1363 nos indica que el legado de alimentos persiste en tanto viva el legatario, a no ser que el testador haya dispuesto otra cosa.

Asimismo, es de advertir que en el caso de que el testador en vida haya acostumbrado a dar al legatario una cantidad de dinero en razón de alimentos, se deberá entender legada la misma cantidad, a no ser que la ésta sea desproporcionada en relación con el acervo hereditario.

Considero oportuno señalar que dentro de las disposiciones inherentes a las substituciones, el artículo 1480 nos señala que el padre podrá dejar una parte o la totalidad de sus bienes a su hijo, con la carga de transferirlos al hijo o hijos que tuviere hasta la muerte del testador, caso en el cual el heredero se considerará como usufructuario.

En segundo lugar y con relación a la sucesión legítima, debemos señalar de conformidad con el artículo 1599 que la misma se abrirá en los siguientes casos:

- I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió validez.
- II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes.
- III. Cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero.
- IV. Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado substituto.

En este sentido, tendrán derecho a heredar a través de la sucesión legítima las personas que continuación se enuncian:

- I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario.

II. A falta de los anteriores, la beneficencia pública.

A continuación, haremos alusión a las disposiciones que el Código en estudio establece en cuanto a la sucesión de cada uno de los parentescos aludidos anteriormente.

Respecto a la sucesión de los herederos, el artículo 1607 nos indica que si a la muerte de los padres quedasen únicamente hijos, el acervo hereditario se repartirá a ellos por partes iguales. Pero si concurren hijos con ascendientes, éstos últimos gozarán de un derecho a alimentos, mismo que no podrá exceder de la porción de cada hijo, lo anterior con fundamento en el artículo 1611.

En relación a la sucesión de los descendientes, el numeral 1615 nos hace ver que cuando falten descendientes y cónyuge, la sucesión les corresponderá al padre y a la madre por partes iguales. En caso de que sólo sobreviva uno de ellos dos, el que vida sucederá al hijo en toda la herencia (artículo 1616).

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1617, cuando los ascendientes que sobrevivan sean los de ulterior grado, la herencia se repartirá a ellos por partes iguales. Es de advertir, según el artículo 1618, que en el caso de

que los ascendientes habidos sean por ambas líneas, la herencia se dividirá en dos partes iguales, aplicándose una de ellas a la línea paterna y la otra a la línea materna.

Es importante mencionar que los ascendientes a pesar de que sean ilegítimos, tendrán el derecho de heredar a sus descendientes reconocidos (artículo 1622).

No debe soslayarse que cuando el reconocimiento tuviese verificativo después de que el descendiente haya adquirido bienes de los cuales la cuantía haya sido determinante para el reconocimiento, en dicho supuesto ni la persona que reconoce ni los descendientes de éste tendrán derecho a la herencia del reconocido. Cabe agregar que la persona que reconoce tiene derecho a alimentos en el supuesto de que el reconocimiento haya tenido lugar cuando el que fue reconocido también tuvo dicho derecho (artículo 1623).

Con respecto a la sucesión del cónyuge, el artículo 1624 nos establece que el cónyuge que sobrevive y concurriendo con descendientes, a dicho cónyuge le corresponderá el derecho de un hijo, en tanto carece de bienes (el cónyuge recibirá íntegra la porción señalada) o los que posee no igualan a la porción correspondiente a cada hijo (el cónyuge tendrá

derecho a recibir lo que baste para igualar sus bienes en relación a dicha porción). Este mismo supuesto tendrá lugar cuando concurra con hijos adoptivos del autor de la herencia.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1626, cuando el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes, el acervo hereditario se dividirá en dos partes iguales, correspondiendo una de ellas al cónyuge y la otra a los ascendientes. Por su parte, el artículo 1627 nos señala que en el supuesto de que la cónyuge concurra con uno o más hermanos del autor de la herencia, al cónyuge le corresponderán dos terceras partes del acervo hereditario y la otra tercera parte le corresponderá al hermano o se otorgará por partes iguales en caso de que fuesen dos o más.

Es importante señalar que, el cónyuge recibirá lo preceptuado con anterioridad aun y cuando posea bienes propios.

Finalmente es de señalarse, de conformidad con el artículo 1629, que cuando no haya descendientes, ascendientes ni hermanos, el cónyuge sucederá al autor de la herencia en todos sus bienes.

Por lo que hace a la sucesión de los colaterales, el artículo 1630 nos señala que si sólo hay hermanos por ambas líneas, dichos hermanos sucederán

por partes iguales. En el caso de que concurren hermanos y medios hermanos, los primeros heredarán el doble en relación a estos últimos [artículo 1631]. Cuando la concurrencia sea de hermanos con sobrinos, hijos de hermanos o de medios hermanos premuertos, que sean incapaces de heredar o que hayan renunciado a la herencia, los hermanos heredarán por cabeza y los segundos por estirpes (artículo 1632).

Ahora bien, cuando falten los hermanos, los que sucederán serán los hijos, y la herencia se dividirá por estirpes, y la porción de cada una de éstas por cabezas.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 1634, cuando falten todos los enunciados con anterioridad, la herencia le corresponderá los parientes más próximos dentro del cuarto grado y heredarán por partes iguales.

Como tercer y último punto y con respecto a las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta, es importante aludir a las disposiciones que sobre este particular establece nuestro Código en estudio.

En este sentido, el artículo 1638 establece que si a la muerte del marido la viuda cree haber quedado encinta, ello deberá comunicárselo al Juez

que conozca de la sucesión en el término de 40 días, a efecto de que se lo notifique a todos aquellos que tengan un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir en razón del nacimiento del póstumo.

Es de advertir, tal y como lo consagra el artículo 1639, que los interesados podrán solicitar al Juez del conocimiento tenga a bien dictar las providencias que considere convenientes (desde luego, con el cuidado de que no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda) a efecto de evitar la suposición del parto, la substitución del infante o que se haga pasar por viable la criatura que no lo es.

Ahora bien, según el artículo 1640, aun cuando la viuda haya dado o no aviso al Juez respecto de su creencia de haber quedado encinta, dicha viuda al aproximarse la época del parto deberá comunicárselo al Juez del conocimiento a efecto de que éste lo notifique a los interesados, los cuales tendrán el derecho de solicitar al Juez designe una persona que deberá ser un médico o partera, que se cerciore del alumbramiento.

Es menester señalar que cuando el marido reconoció ya sea en documento público o privado la certeza de la preñez de su consorte, ésta quedará dispensada de dar aviso al Juez de su creencia de haber

quedado encinta, pero si deberá comunicarle la aproximación de la época del parto.

Es de señalarse que la viuda que quedase encinta, a pesar de poseer bienes propios, tendrá derecho a los alimentos con cargo a la masa hereditaria (artículo 1643). En el supuesto de que la viuda no cumplierse con dar el aviso al Juez sobre su creencia de haber quedado encinta y sobre la aproximación de la época del parto, los interesados podrán negarle los alimentos cuando la viuda fuese bienes, pero si con posterioridad resulta cierta la preñez deberán otorgarse los alimentos que dejaron de pagarse (artículo 1644). Cabe mencionar que la viuda no tiene la obligación de reeditar los alimentos percibidos en el caso de aborto o cuando no resultare cierta la preñez, excepto cuando fue contradicha esta última por dictamen pericial (artículo 1645).

Es importante mencionar que, de conformidad con el artículo 1646, el Juez en todas las cuestiones relativas a alimentos, en caso de duda resolverá a favor de la viuda.

Finalmente en relación a todo este tópico de las sucesiones, debemos señalar de acuerdo con el artículo 1648, que habrá suspensión de la división de la herencia hasta en tanto no se verifique el parto o bien,

transcurra todo el término de la preñez; pero los acreedores podrán recibir su pago por virtud de mandato judicial.

Como podemos observar, todos estos elementos son propios de la filiación que existe de padres e hijos, es decir, la misma filiación, conlleva a la obligación alimentaria recíproca, a la patria potestad y al derecho sucesorio, como consecuencias de la maternidad.

Por último, encontramos como se menciona con anterioridad en el capítulo que antecede que una buena alternativa para fijar la filiación entre los hijos que nacen de un contrato de arrendamiento de útero o subrogación de la maternidad, se encuentra en el artículo 410 A del Código Civil que dice que el adoptado en adopción plena se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluidos los impedimentos del matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo. La adopción plena extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado o tenga una relación de concubinato con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y

demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea. La adopción es irrevocable.

Por otra parte, por lo que hace al arrendamiento, ha sido previamente estudiado en el capítulo 1 del presente trabajo, por lo que considero innecesario por repetitivo abordar el tema en comento en el presente apartado, y mejor estudiaremos los ordenamientos que no han sido analizados a continuación.

3.3. OTRAS DISPOSICIONES LEGALES

Los ordenamientos legales que se abordarán en el presente apartado son la Ley Federal del Trabajo (LFT), la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE), la Ley del Seguro Social (LSS), la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales a los Trabajadores del Estado (LISSSTE), la Ley General de Salud (LGS), y el Código Penal para el Distrito Federal (CPDF).

Consideramos que es de suma importancia realizar un análisis de los ordenamientos legales señalados en el párrafo anterior, con la finalidad de demostrar que en materia de maternidad, existen disposiciones expresas que la regulan y protegen, sin embargo existe un vacío legal en lo tocante

al uso de las técnicas de reproducción asistida, a las que recurren las personas que no pueden ejercer de manera natural su derecho a la reproducción protegido por nuestra Carta Magna.

.

A continuación pasaremos al estudio de cada uno de dichos ordenamientos referidos.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO (LFT)

La Ley Federal del Trabajo, reglamentaria del Apartado "A" del artículo 123 constitucional, en cuanto a la regulación en materia de maternidad estrictamente desde el punto de vista de las relaciones laborales, encontramos las siguientes disposiciones.

El Título Quinto de la Ley Federal del Trabajo se intitula "Trabajo de las Mujeres", en este sentido, el artículo 165 de este ordenamiento establece *que las modalidades que se consigan en este capítulo tienen como propósito fundamental, la protección de la maternidad.*

El artículo 166 de la Ley protege la salud de la madre trabajadora o la de su producto, ya sea que se encuentre en periodo de gestación o de lactancia, al prohibir que dicha madre trabajadora realice actividades

peligrosas o insalubres las cuales se definen en el artículo 167 del ordenamiento en estudio, labore nocturnamente en centros industriales, o después de las diez de la noche en establecimientos comerciales o de servicio, así como en horas extraordinarias.

Asimismo, el artículo 170 de la Ley consagra los derechos de que gozarán las madres trabajadoras en sus relaciones laborales, siendo éstos los siguientes:

1. No realizar trabajos con esfuerzos considerables y que importen peligro a la salud de la madre trabajadora, durante el período de embarazo (fracción I).
2. Descanso de seis semanas antes y después del parto con goce de salario íntegro, que podrán prorrogarse por el tiempo necesario toda vez que la madre se encuentre imposibilitada para trabajar como consecuencia del embarazo o del parto, en cuyo caso tendrá derecho a percibir el 50% de su salario en un periodo de 60 días (fracciones II, III y V).

3. Derecho a dos reposos extraordinarios por día durante el periodo de lactancia de media hora cada uno para alimentar a su hijo (fracción IV).
4. Derecho a regresar a sus labores siempre que no haya transcurrido un lapso de más de un año desde el momento en que tuvo verificativo el parto (fracción VI).
5. Derecho a que los descansos pre y posnatales se computen en la antigüedad de la madre trabajadora (fracción VII).

Es importante señalar que la Ley Federal del Trabajo, apegándose a lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 4o. de la Constitución, establece en su artículo 164, que también forma parte del título en estudio, que *las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres.*

Ahora bien, podremos apreciar en los preceptos antes señalados, que en cuanto a la legislación laboral, existe una protección jurídica hacia la maternidad, sin embargo, como lo hemos venido señalando, no todas las personas pueden ejercer dicha función fisiológica, por lo que ante tal eventualidad, y gracias a los avances de la tecnología se recurre a las

técnicas de reproducción asistida, entre las cuales se encuentra el arrendamiento de útero, que constituye el objeto de estudio del presente trabajo de investigación.

LEY FEDERAL DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO (LFTSE)

La Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, reglamentaria del Apartado "B" del artículo 123 constitucional, por lo que respecta a la regulación que en materia de maternidad, igualmente desde el punto de vista de las relaciones laborales, encontramos las siguientes disposiciones, que aunque son escasas sí contemplan puntos sobresalientes.

En primer lugar, en su artículo 14, fracción III, establece como condición nula y que no obliga a ningún trabajador, la estipulación de una jornada inhumana por lo notoriamente excesiva o peligrosa para el trabajador o para la salud de la trabajadora embarazada o el producto de la concepción.

Asimismo, su artículo 28 dispone que las mujeres disfrutarán, por un lado, de un mes de descanso antes de la fecha que se fije para el parto y, por el otro, de otros dos después del mismo. Cabe señalar que durante la

lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día de media hora cada uno para amamantar a sus hijos.

Ahora bien, el artículo 43 de la Ley en su fracción V, inciso b) establece como una de las obligaciones de los titulares de las dependencias el cubrir las aportaciones que fijen las leyes especiales, para que los trabajadores reciban los beneficios de la seguridad y servicios sociales, entre ellos, la atención médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria en los casos de enfermedades no profesionales y maternidad.

Finalmente es importante señalar que el artículo 88 de la Ley establece que las condiciones generales de trabajo deberán estipular las labores insalubres y peligrosas que no deben desempeñar los menores de edad y la protección que se dará a las trabajadoras embarazadas.

Por lo que respecta al ordenamiento legal en estudio, podemos apreciar que efectivamente la maternidad se encuentra regulada, otorgando beneficios a las mujeres que se encuentren embarazadas o durante la lactancia, sin embargo reiteramos la ausencia de disposiciones referentes a las personas que tienen que hacer uso de las técnicas de reproducción asistida.

LEY DEL SEGURO SOCIAL (LSS)

Por principio de cuentas me parece conveniente señalar que de conformidad con el artículo 2 de la presente Ley, *la seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.* Y por supuesto dentro de esta hipótesis tienen cabida las madres trabajadoras.

Para efectos del análisis de la presente Ley, nos centraremos en la regulación que dicha Ley hace del seguro de "Enfermedades y Maternidad", y específicamente respecto el ramo de "Maternidad", por ser los fines de este capítulo el establecer la regulación que en nuestro país existe en materia de maternidad.

En este sentido, el artículo 11, fracción II, de la Ley nos enumera al seguro de "enfermedades y maternidad" como parte de los seguros del régimen obligatorio, mismo que se encuentra regulado en el Capítulo Cuarto de la Ley, y que de acuerdo con el artículo 84 de la Ley, este seguro ampara a las siguientes personas:

- I. El asegurado.
- II. El pensionado por ya sea por incapacidad permanente total o parcial, invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, y viudez, orfandad o ascendencia.
- III. La esposa del asegurado o la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, o con la que haya procreado hijos, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Cuando el asegurado tenga varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección.
Asimismo gozará el esposo de la asegurada o siempre que hubiera dependido económicamente de la asegurada.
- IV. La esposa del pensionado o la concubina.
Del mismo derecho gozará el esposo de la pensionada o el concubinario.
- V. Los hijos menores de dieciséis años del asegurado y de los pensionados.
- VI. Los hijos del asegurado cuando no puedan mantenerse por su propio trabajo debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, hasta que no desaparezca la incapacidad que padecen o hasta la edad de veinticinco años cuando realicen estudios en planteles del sistema educativo nacional.

- VII. Los hijos mayores de dieciséis años de los pensionados por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, que se encuentren disfrutando de asignaciones familiares, así como los de los pensionados por incapacidad permanente.
- VIII. El padre y la madre del asegurado que vivan en el hogar de éste, y
- IX. El padre y la madre del pensionado.

Cabe señalar que los sujetos comprendidos en las fracciones III a IX, inclusive, tendrán derecho a las prestaciones respectivas si reúnen además los requisitos siguientes: a) Que dependan económicamente del asegurado o pensionado, y b) Que el asegurado tenga derecho a las prestaciones consignadas en el artículo 91 de la Ley.

Para efectos de saber en qué momento surtirán efectos las prestaciones referentes al ramo de maternidad, el artículo 85 de la Ley señala que el disfrute de las prestaciones de maternidad se iniciará a partir del día en que el Instituto certifique el estado de embarazo, certificación que señalará la fecha probable del parto, misma que servirá de base para el cómputo de los cuarenta y dos días anteriores al parto para efectos del disfrute del subsidio que se otorgue conforme a la Ley.

Por lo que respecta a las prestaciones en especie, el artículo 94 establece que tratándose de maternidad, el Instituto otorgará a la asegurada durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio, las prestaciones consistentes en asistencia obstétrica, ayuda en especie por seis meses para lactancia y una canastilla al nacimiento del hijo, cuyo importe será señalado por el Consejo Técnico.

Ahora bien, por lo que hace a las prestaciones en dinero, el artículo 101 de la Ley consagra que en el periodo de embarazo y el puerperio, la asegurada gozará por un periodo de 42 días anteriores y posteriores al parto, de un subsidio en dinero igual al 100% del último salario de cotización. Para efectos de gozar de este derecho, de conformidad con el artículo 102 de la Ley, la asegurada deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- I. Haber cubierto por lo menos treinta cotizaciones semanales en el periodo de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio.
- II. Que el Instituto haya certificado el embarazo y la fecha probable del parto, y
- III. Que la asegurada no ejecute trabajo alguno mediante retribución durante los periodos anteriores y posteriores al parto.

Cabe señalar que, en caso de que la asegurada estuviera percibiendo otro subsidio, se dará paso a la cancelación de aquel que sea por menor cantidad.

Consideramos importante hacer mención de este ordenamiento, puesto que como lo hemos venido reiterando el derecho de la reproducción que ejercen las mujeres a través de la maternidad, se encuentra protegido con las diversas prestaciones en especie y económicas a que hacen referencia los preceptos antes señalados, sin embargo es de cuestionarnos sobre qué pasa con los asegurados que no pueden llevar a cabo la función natural de la reproducción, por lo que planteamos la posibilidad de que en el futuro se les pueda proporcionar algún tipo de seguro que contemple la ayuda médica y económica que les permita ejercer su derecho a la reproducción mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida.

LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES A LOS TRABAJADORES DEL ESTADO (LISSSTE)

La Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (LISSSTE), que al igual que la Ley del Seguro Social (LSS) contempla en sus disposiciones el denominado "Seguro de Enfermedades y Maternidad", seguro que constituye el elemento fundamental a analizar en

la presente ley, específicamente el ramo de seguro referente a la maternidad, por ser nuestro fin establecer la regulación que en materia de maternidad contempla esta Ley.

En este sentido, es importante señalar que el artículo 3 establece con el carácter de obligatorio el seguro de "Enfermedades y Maternidad".

Ahora bien, el artículo 28 de la Ley establece las prestaciones a que tendrá derecho no sólo la mujer trabajadora, sino también la pensionista, la esposa del trabajador o del pensionista o, en su caso, la concubina de uno u otro, así como la hija del trabajador o pensionista que sea soltera, menor de 18 años y que dependa económicamente de éstos; prestaciones que se hacen consistir en las siguientes:

- I. Asistencia obstétrica que necesite y que será otorgada a partir del día en que el Instituto certifique el estado de embarazo. Es importante señalar que dicha certificación deberá contener la fecha probable del parto.
- II. Ayuda para la lactancia cuando de acuerdo con los médicos especialistas exista incapacidad física o laboral para amamantar al hijo, misma que será proporcionada en especie y por un lapso hasta

de seis meses con posterioridad al nacimiento, la cual será recibida por la madre o bien, por la persona encargada de alimentar al hijo.

- III. Una canastilla de maternidad al momento del nacimiento del hijo, cuyo costo será señalado por el Instituto, mediante acuerdo de la Junta Directiva.

Es importante señalar que de conformidad con el artículo 29 de la Ley, para que las personas mencionadas tengan derecho a las prestaciones que con anterioridad se enunciaron, es necesario que durante los seis meses anteriores al parto se hayan mantenido vigentes los derechos de la trabajadora o pensionista, o del trabajador o pensionista de quien deriven dichas prestaciones.

Cabe señalar que de acuerdo con el artículo 31, la medicina preventiva, cuyos servicios tenderán a preservar y mantener la salud de los trabajadores, pensionistas y sus familiares derechohabientes, contempla una atención materno infantil.

LEY GENERAL DE SALUD (LGS)

La Ley General de Salud, de conformidad con su artículo 1o., *reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general...*".

El artículo 77 bis 1 que se encuentra dentro de las Disposiciones Generales del Título referente a la "Protección Social en Salud", establece que *todos los mexicanos tienen derecho a ser incorporados al Sistema de Protección Social en Salud de conformidad con el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin importar su condición social.*

Asimismo, es importante mencionar que el artículo 77 bis 4 fija al núcleo familiar como la unidad de protección y detalla las posibles personas que lo pudiesen integrar.

Ahora bien, dentro de las disposiciones que consideramos fundamentales para efectos del presente trabajo en materia de maternidad se encuentran las siguientes.

De acuerdo con el artículo 3o., fracciones IV y V, de la Ley, es materia de salubridad general la atención materno-infantil y la planificación familiar, respectivamente. Asimismo, el artículo 27, fracciones IV y V, de la Ley, considera servicios básicos de salud los referentes a la atención materno-infantil y a la planificación familiar, respectivamente.

En este sentido, el capítulo V de la Ley regula la "Atención materno-infantil", y el artículo 61 establece que este servicio tiene carácter prioritario y enumera las acciones que comprende, siendo éstas las siguientes:

- I. La atención de la mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio.
- II. La atención del niño y la vigilancia de su crecimiento y desarrollo, incluyendo la promoción de la vacunación oportuna.
- III. La promoción de la integración y del bienestar familiar.

En tanto, el artículo 62 señala que en los servicios de salud se promoverá la organización institucional de comités de prevención de la mortalidad materna e infantil.

Por su parte, el artículo 64 prescribe los procedimientos y acciones que establecerán las autoridades sanitarias competentes en la organización y

operación de los servicios de salud destinados a la atención materno-infantil.

Por lo que respecta a los "Servicios de planificación familiar", cuya regulación está prevista en el capítulo VI, el artículo 67 nos dice que la planificación familiar tiene carácter prioritario. Al lado de esto, también se establece que *para disminuir el riesgo reproductivo, se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años o bien después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su número; todo ello, mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe ser oportuna, eficaz y completa a la pareja.*

En este artículo asimismo se hace alusión a lo señalado en el artículo 4o., párrafo segundo, de la Constitución, en el sentido de que *los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad.*

Es importante señalar que el artículo 68, fracción IV, de la Ley fija como uno de los componentes de los servicios de planificación familiar el apoyo y

fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

Consideramos que para el tema objeto de la presente investigación, es de gran trascendencia el ordenamiento legal en comento, al ser la ley reglamentaria del artículo 4º constitucional que protege entre otras cosas, el derecho a la procreación, por lo que dicho ordenamiento deberá contener los preceptos que regulen todo lo referente al uso de las técnicas de reproducción asistida, siendo la Secretaría de Salud el organismo encargado de velar porque se cumplan dichos preceptos eficazmente.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (CPDF)

Por lo que respecta a la legislación penal, para efectos de los fines que perseguimos en el presente capítulo nos centraremos en analizar, por un lado, el delito de aborto como parte de las figuras delictivas que atentan contra la vida y la integridad corporal y, por el otro, los delitos referentes a la procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética.

En este orden de ideas, analizaremos en primer lugar el delito de aborto. De acuerdo con el artículo 144 del Código, *aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo.*

El artículo 145 sanciona con pena de prisión (de 1 a 3 años) a toda aquella persona que hiciere abortar a una mujer, aunque con su consentimiento. Pero cuando faltare este elemento la pena de prisión será mayor (de 5 a 8 años), misma que se agrava todavía más cuando se hiciere uso de violencia física o moral (de 8 a 10 años).

En tanto, el artículo 146 sanciona al médico cirujano, comadrón o partera, enfermero o practicante que causare un aborto, tanto con pena de prisión que se fijará en función de los supuestos antes señalados, como con suspensión por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta en el ejercicio de su profesión u oficio.

Por su parte, el artículo 147 sanciona en este caso con pena de prisión (de 1 a 3 años) a toda aquella mujer que practique voluntariamente su aborto o consienta en que otro lo hiciere; pero cabe señalar que este delito se sancionará únicamente cuando se hubiese consumado.

Finalmente el artículo 148 del Código en estudio establece las excluyentes de responsabilidad en el delito en estudio, mismas que se hacen consistir en las siguientes:

- I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación o de una inseminación artificial no consentida o bien, consentida pero por una persona menor de edad o incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.
- II. Cuando a juicio de un médico especialista, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud en caso de no practicarse el aborto.
- III. Cuando de acuerdo con el parecer de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, situación que ponga en riesgo la sobrevivencia del mismo, aunque en este supuesto deberá contarse siempre con el consentimiento de la mujer embarazada.

Es importante señalar que en estos tres supuestos *los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada,*

información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable.

IV. Cuando el aborto sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

Tratándose de delitos referentes a la procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética, podemos realizar las siguientes consideraciones.

Por lo que respecta a las dos primeras figuras (procreación asistida e inseminación artificial), por principio de cuentas el artículo 149 sanciona con pena de prisión y de multa (de 3 a 6 años y de cincuenta a quinientos días multa) a toda aquella persona que disponga de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes.

Por su parte, el artículo 150 del Código sanciona con pena de prisión (de 3 a 7 años) a toda aquella persona que sin el consentimiento de una mujer mayor de 18 años o bien, con el consentimiento pero de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o que

pueda resistirlo, realice en ella una inseminación artificial. Cabe señalar que la pena de prisión se agrava (de 5 a 14 años) cuando dicha inseminación se practica con violencia o bien, de ella resulta un embarazo.

El artículo 151 de este ordenamiento, sanciona con pena de prisión (de 4 a 7 años) a la persona que lleve a cabo en una mujer la implantación de un óvulo fecundado, cuando para ello se hubiere utilizado un óvulo ajeno o espermatozoos de donante no autorizado, y sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o bien, con el consentimiento pero de una menor o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Es de advertir que la pena de prisión será mayor (de 5 a 14 años) cuando mediare violencia o cuando de dicha implantación resultare un embarazo.

El artículo 152 establece que aunado a las penas de prisión impuestas, al sujeto activo del delito se le suspenderá del ejercicio de su profesión, y si fuere servidor público se le inhabilitará para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta. Asimismo, el artículo 153 prescribe que cuando entre los sujetos activos y pasivos del delito exista relación ya sea de matrimonio, concubinato o bien, de pareja, los delitos antes mencionados se perseguirán por querrela de parte ofendida.

Por lo que hace a la figura de la manipulación genética, el artículo 154 sanciona con pena de prisión (de 2 a 6 años), inhabilitación y suspensión por un tiempo igual al de la pena de prisión, para desempeñar un cargo, empleo o comisión públicos, a toda aquella persona cuya conducta se encuadre en alguno de los siguientes supuestos:

- I. Manipulación de genes humanos de manera que se altere el genotipo, cuando la finalidad sea distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras.
- II. Fecundación de óvulos humanos con fin distinto a la procreación humana.
- III. Creación de seres humanos por clonación o realización de procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.

Cabe mencionar que, el artículo 155 prescribe que cuando de la comisión de alguno de los delitos antes mencionados resulten hijos, la reparación del daño comprenderá el pago de alimentos para los hijos y la madre en los términos estipulados por la legislación civil.

Como se puede observar de las leyes analizadas con anterioridad, estas garantizan el derecho de la procreación a las personas que pueden tener hijos, sin embargo son omisas en cuanto a las que no lo son, no sobra

destacar los avances aunque insuficientes pero se hacen presentes en nuestra legislación como lo es el caso del artículo 162 del Código Civil que permite el emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia, sin embargo ha sido omiso en establecer los mecanismos para acudir a esta reproducción asistida, y si se puede llegar incluso al arrendamiento del útero para conseguir tal fin, mientras que las demás legislaciones se limitan a proteger la maternidad en sí misma cuando ya está consumada, sin enfocarse a las personas que físicamente no lo pueden conseguir, por último, debemos destacar que este tema ya ha sido analizado por los legisladores, quienes incluso prohíben la manipulación genética incluso en el artículo 151 del Código Penal, tipifica la implantación de un óvulo fecundado en una mujer, pero el tipo condena la conducta cuando el donante de los gametos no esta de acuerdo, pero que pasa si todos estamos de acuerdo, entonces tendremos que recurrir a la legislación vigente que incipientemente puede ayudarnos, por lo que se propone mejor estudiar el caso con detenimiento, y tratar de proponer, tal como se intenta a continuación.

CAPÍTULO 4. PROPUESTA DE LA SUSTENTANTE.

4.1. CONVENIENCIA DE DETERMINAR Y REGULAR DICHA FIGURA

Como lo hemos venido señalando en capítulos anteriores, actualmente el hombre ha recurrido a los avances de la tecnología para la solución de los problemas humanos de diversa índole, concretamente en cuanto a nuestro objeto de estudio, las personas que no cuentan con la capacidad natural para reproducirse, han recurrido a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, cuya regulación en nuestro derecho positivo vigente es muy deficiente.

Es por ello, que en este apartado, trataremos de explicar, la conveniencia de regular una de las técnicas de reproducción asistida denominada maternidad subrogada o arrendamiento de útero, que consiste en el contrato por el cual una mujer llamada madre sustituta concede el uso de su matriz, para que se lleve a cabo la gestación del feto concebido por los arrendadores a quienes pertenece el óvulo y espermatozoide con que fue engendrado o concebido dicho feto.

Lo anterior en virtud de que, la utilización de la maternidad subrogada o arrendamiento de útero, es un tema actual, que si bien es cierto en nuestro

país no es tan común, tal vez por el retraso tecnológico, también lo es que algún día será un tema vigente, pues el avance tecnológico en la medida que se produce, está más al alcance de la gente, por lo que, sería conveniente regular la posibilidad del alquiler del útero y adecuarlo a las figuras jurídicas, con la finalidad de prever los conflictos que se generarían en todos los ámbitos, principalmente en el ámbito del derecho familiar.

Como se ha analizado con anterioridad, actualmente, ya se puede brindar la posibilidad de tener hijos a las personas que tienen algún problema fisiológico para reproducirse, para lo cual la sociedad ha encontrado algunos actos jurídicos para formalizar esta actividad, apoyándose para tal efecto en las figuras jurídicas vigentes, sin embargo, el sistema jurídico debe entender estas nuevas conductas, y tratar de regularlas para poder establecer en la mayor justicia posible, la equidad entre las partes que en los actos jurídicos intervienen. Dentro de estas actividades, se han apoyado en el contrato de arrendamiento, y se ha llamado arrendamiento de útero, apoyados por otra figura antes analizada que es la subrogación.

Antes de encuadrar el contrato de maternidad subrogada o alquiler de útero como una figura jurídica vigente en nuestra legislación, es necesario precisar que la propuesta de la sustentante para regular dicha figura, es

con la finalidad de que dicha técnica de reproducción asistida sea utilizada única y exclusivamente para fines de procreación, debiendo excluirse e incluso prohibirse expresamente cualquier otro fin, ya sea el mercantil, el de investigación, etc., por lo que su aprobación, regulación y aplicación quedará en manos del Estado por conducto de las instituciones públicas competentes, ya que de dejarlo en manos de particulares nos encontraríamos en el peligroso hecho de que se convierta en un negocio.

Así mismo considero, que dicho contrato debe permitirse solo entre las parejas que se encuentren medicamente certificadas como incapaces para gestar un embrión, y siempre y cuando la pareja haya agotado todos los medios terapéuticos quedando acreditada fehacientemente la imposibilidad para llevar a cabo dicha gestación por otros medios, y por lo que respecta a la madre sustituta o quien va prestar su matriz, se limite la celebración de dichos contratos, a las mujeres con posibilidad física que no pongan en riesgo su salud, mayores de edad, y sobre todo, que acrediten que cuentan con recursos económicos o bienes propios, que no la hagan recurrir a este tipo de contratos para solucionar una deficiente situación económica, ya que sin duda alguna se tendrá que otorgar una contraprestación a dichas madres sustitutas, ya sea en dinero o en especie, sin embargo como se verá más adelante, la aprobación de dichos contratos, quedarán en manos de los jueces familiares, quienes

tendrán que tomar en cuenta todas las circunstancias del caso, y resolver en base a los principios de justicia y equidad.

Ahora bien, trataremos de encuadrar el contrato de maternidad subrogada o alquiler de útero, con las figuras jurídicas existentes en nuestro derecho positivo vigente, para determinar si jurídicamente la celebración de este tipo de contrato es viable.

Primero, es necesario tomar en cuenta que en el arrendamiento, el objeto del contrato, es una cosa, tal como lo establece el artículo 2398 del Código Civil que establece que el arrendamiento es un contrato mediante el cual las partes contratantes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto mientras que el artículo 2399 del mismo ordenamiento dice que, la renta o precio del arrendamiento puede consistir en una suma de dinero o en cualquiera otra cosa equivalente, con tal que sea cierta y determinada. En este sentido es común, encontrar un concepto de cosa o bien, como aquel que es susceptible de ser valuado en dinero, y esto resultaría lógico, pues en el arrendamiento, el pago habrá de hacerse en dinero o cualquier otra cosa equivalente, según los preceptos antes citados, sin embargo, y de conformidad con las ideas que expone el maestro ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, en su libro del

patrimonio, "...cosa es toda realidad corpórea o incorpórea interior o exterior al ser humano, susceptible de entrar en una relación de derecho a modo de objeto o materia de la misma, que le sea útil, tenga individualidad propia y sea sometible a un titular".²⁵⁹

En este sentido, el debate se circunscribe a determinar si el útero y todos los elementos necesarios para la gestación (nutrientes, temperaturas) pueden ser objeto del contrato de arrendamiento de útero, o maternidad subrogada, a lo que la sustentante estima que si es posible, y basta con dar un vistazo al contenido del artículo 24 del Código Civil vigente que señala: "El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley", mientras que el artículo 647 dice: "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes", por último hay que tratar de entender a la ley, en cuanto al concepto de persona a que se refiere en los preceptos legales antes señalados, y encontramos que persona es un concepto que nace en el Derecho Romano donde surge el concepto de persona jurídica que con su evolución nos lleva a la connotación que jurídicamente se le da actualmente, y su denominación surge de la palabra "personae" utilizada para identificar la máscara con que se cubrían el rostro los actores, con la finalidad de disfrazar su identidad y desempeñar algún

²⁵⁹ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, El patrimonio, p.51.

papel dentro de las obras teatrales; pero era frecuente, que el mismo individuo representara siempre el mismo papel, por lo que se le llegó a reconocer por la máscara, llegando en consecuencia a tener el significado de la palabra persona como sinónimo de papel o personaje. De ahí que el término persona, quedó referido al individuo como tal, y en orden a los actos jurídicos, como indicativo del papel que juega en ellos.²⁶⁰

Conforme a las ideas que aporta el maestro IGNACIO GALINDO GARFIAS, el estudio del concepto persona se puede dividir en dos aspectos, uno en general y otro específicamente jurídico.

El primero, que proviene del vocablo "personae", en su acepción común denota al ser humano, es decir, tiene igual connotación que la palabra "hombre" y significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo²⁶¹ y que implica al ser humano desde un punto de vista biológico y social.

En el segundo aspecto, se trata de tomar en cuenta y delimitar cual es el objeto de estudio del derecho en cuanto a la persona interesa, y apreciamos acertada la idea del maestro IGNACIO GALINDO GARFIAS en

²⁶⁰Cfr. GONZÁLEZ, Juan Antonio, Elementos de derecho civil, 7ª edición. Trillas. México; 2002, p. 59.

²⁶¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil Primer Curso, Parte General, Personas Familia. 9a Edic., Edit. Porrúa, México, 1989, p. 301

cuanto establece: "al derecho solo le interesa una porción de la conducta del hombre, aquella parte de la conducta que el derecho toma en cuenta, para derivar de ella consecuencias jurídicas. En este sentido se dice que es persona, el sujeto de derechos y obligaciones.²⁶²"

En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina y ha generado un concepto de persona, que se distingue del concepto general de persona denominándola *persona jurídica* y a la cual, se define como el ente susceptible de ser titular de derechos y obligaciones; es ésta acepción precisamente la que deberá ser objeto de estudio en este trabajo.

Ahora bien, tomando en cuenta el estudio del concepto de "persona" a que se refiere el artículo 24 del Código Civil, creemos que al señalar dicho precepto, que el mayor de edad puede disponer de su persona, no se refiere a disponer del sujeto de derechos y obligaciones, sino que se refiere al concepto de persona pero como individuo del género humano, cuerpo, fuerza e intelecto. Por lo que consideramos que resulta viable la propuesta que se hará en el presente trabajo.

Solo faltaría analizar que tan necesario o conveniente es regular la maternidad subrogada o el arrendamiento de útero, y al respecto

²⁶² Ibidem, p. 303.

pensamos que no solo es conveniente, sino indispensable, pues todas las personas que se adhieran a estas nuevas tecnologías para ser padres de familia, van a mezclar en sus contratos, sus ilusiones, sus afectos, su decoro y su dinero, por lo que el amor que nace del "esperar un bebe" puede verse opacado por intereses ajenos o poco sanos con esta actividad, en donde se lucrará con la necesidad de paternidad o maternidad, y puede ser totalmente injusto si se deja al libre acuerdo de las partes, en las que se lucrará con los sentimientos, por lo que consideramos que antes de que esto suceda, el derecho debe tratar de regular si bien, no es posible hacerlo casuísticamente, si puede brindar los lineamientos generales para que estas actividades se lleben en un ambiente de seguridad jurídica.

4.2. REGULACIÓN EN MATERIA DE MATERNIDAD SUBROGADA

En este punto, encontramos una serie de disposiciones aplicables a la materia de maternidad subrogada y arrendamiento de útero.

En principio, hemos de destacar que se ha tratado como un contrato de naturaleza civil, actualmente se ha celebrado sin la intervención del estado, sin que hasta este momento se haya suscitado controversia trascendental alguna, sin embargo, con el avance del tiempo y la accesibilidad que exista del grueso de la población a este tipo de avances

tecnológicos, seguramente se verán más y más conflictos de intereses respecto de estas actividades, y lo grave, es que están de por medio niños o bebés, que sin tener ningún tipo de actividad en estos contratos, seguramente serán los más perjudicados, pues consideramos que sería un conflicto grave el que presente un menor de edad, que al tener mejor conocimiento y entendimiento de las circunstancias, se de cuenta que su madre biológica lo vendió, y que su madre que conoce es substituta, o mejor aún, que se lleve a cabo una controversia por impugnar la maternidad de una persona y que como no es raro en nuestro país, dure mucho tiempo, podríamos incluso decir cuatro, cinco años, y que el menor se de cuenta de este conflicto por sus padres, lo que puede evitarse y debe hacerse antes de que existan personas seriamente lastimadas y se sientan desprotegidas por la ley.

En este sentido, se han utilizado algunos contratos que son aplicables analógicamente a la regulación de la figura de maternidad subrogada, pues en principio encontramos la adaptación del contrato de arrendamiento de útero, en el que una persona facilita el uso y goce del útero para el desarrollo de un embrión hasta el momento de su nacimiento a cambio de una cantidad de dinero. En principio, en estos casos el punto de vista pecuniario es el menos importante, pues se trata de personas que si están dispuestas a pagar y lo hacen, es por su propia voluntad, además

de que en estos casos, debemos acordarnos que los precios principalmente los pone la ley de la oferta y la demanda, por lo que consideramos que en el momento de que se de más difusión a este tipo de actividades, seguramente habrá más personas que encuentren en ellas una fuente de ingresos, que sería aprobable o reprobable, pero este es materia de otra controversia. Sin embargo, suponemos que el punto total en este contrato de arrendamiento atípico, se da en cuanto al cumplimiento del contrato, pues si bien es cierto, en nuestro sistema jurídico en los contratos civiles rige la voluntad de las partes, y en el principio de seguridad jurídica, lo que no está expresamente prohibido a los particulares les está permitido, proponemos que el objeto del contrato es lícito jurídicamente, pues no está expresamente prohibido, sin embargo, como se puede generar a una madre biológica una ideosincracia de que no se encariñe con el niño que lleva en su vientre, y lo mejor, como se le hace para que al verlo nacer lo entregue sin problemas, por lo que pensamos que aquí radica el punto total de esta discusión, ahora bien, tomando en cuenta que de acuerdo a los avances psicológicos, los niños perciben el afecto desde que estén en el vientre materno, entonces, que sentimiento reciben en los casos de maternidad subrogada.

Al respecto se pueden plantear muchos argumentos, sin embargo, debemos enfocarnos en el punto de vista jurídico, y que debe ser regulado

como una actividad vigente, por lo que, en el fondo es mejor incluso tratar de aceptar estas nuevas realidades, que presenciar como aumenta el número de robo de infantes para venderlos a personas que no pueden tener bebés, que en el caso creo que es mejor la figura que se estudia.

Jurídicamente, reiteramos que se trata de un arrendamiento en donde el objeto es lícito porque no está expresamente prohibido, y como no existe un código moral adoptado por todos como aceptable y este es individual a las personas en cuanto a su preparación, educación, cultura, consideramos que habrá personas que su código moral y/o necesidad les permitan realizar estas actividades, en consecuencia corresponde al derecho el tratar de regularlas.

En este sentido, el arrendamiento de útero como figura para regular esta actividad, no es del todo descabellada, y si se complementa con la subrogación, que como mencionamos en capítulos anteriores y entendemos a la subrogación como la sustitución de bienes u obligaciones por otros, en donde creemos que se encuentra un problema real, porque nunca podemos considerar que los menores son bienes, u obligaciones, sin embargo, encontramos en la adopción plena, una buena complementación para regular la figura de la maternidad subrogada, en el sentido de que la ley permita obtener en la adopción plena, la

seguridad jurídica de las personas que intervienen en este contrato, como un contrato promisorio e irrevocable so penas que el acuerdo de voluntades establezca.

Consideramos que al respecto, todo tipo de reglamentaciones que se formulen, penas convencionales y cumplimiento de las mismas, deben ser vigilados por el juez familiar, para lo que se deberá dar intervención a la representación social, para que el juez apruebe el convenio de arrendamiento de útero y apruebe en forma anticipada la adopción que se solicitó, esto con anterioridad al contrato de arrendamiento y a que se traiga al mundo a una criatura en forma descuidada y sin un futuro cierto, y no pueden ser analizadas en forma casuística por la ley, por lo que proponemos que debe dejarse al arbitrio de las partes la forma del pacto, y solamente deben ser vigilados por la autoridad.

Para tal efecto, proponemos que un mecanismo procesal adecuado para este trámite es la jurisdicción voluntaria, en la que la persona, madre del menor ponga a consideración del Juez Familiar su deseo de dar en adopción al menor que se gestará mediante arrendamiento de útero, con los gametos de los padres adoptantes o especificarlo según sea el caso, y la solicitud de los padres adoptantes para recibir al menor que nacera con motivo de una implantación o arrendamiento de útero, previa vista del

ministerio pública y se cumplan las formalidades que para la adopción se requieren, y en este sentido, garantizar a la arrendadora del útero su posibilidad de arrepentimiento, con las penas convencionales que al caso se establezcan.

Por último, consideramos que se debe exhibir al Juez de lo Familiar el proyecto de contrato de arrendamiento de útero, para que el mismo sea aprobado por él, así como la representación social en los términos de su competencia, y en consecuencia se tratará de un documento público y obligatorio para las partes, lo que generará un estado de seguridad jurídica a las personas que accedan a estas actividades.

4.3. TEXTO DE LA PROPUESTA PLANTEADA

En base al planteamiento del presente trabajo, proponemos una reforma al artículo 24 del Código Civil del Distrito Federal, en el que se establezca primeramente el concepto de persona a que se refiere y la posibilidad de que disponga de su "persona" propuesta que incluso serviría para otros diversos temas como donación de órganos, transplantes. Esta reforma debe ser general, y debe hacer una limitación en cuanto no sirva de excusa o escape para el abuso del derecho sobre el cuerpo humano, como el suicidio.

En los términos antes planteados, la reforma al precepto en comento, podrá quedar en los siguientes términos:

Artículo 24.- El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

Para los efectos de este artículo, por persona se debe tomar al ser humano mismo en sus diversos aspectos, psíquico, material, social, por lo que pueden actuar libremente en cuanto no afecten el interés público ni a las normas jurídicas. Dentro del concepto de persona del presente artículo, se encuentra incluso, el del cuerpo humano, por lo que el mayor de edad puede disponer de el, siempre y cuando no ponga en riesgo su subsistencia ni la de los demás y con las limitaciones que al respecto imponga la ley.

Con una reforma de esta naturaleza, encontramos que se da una nueva visión del concepto general de persona que se contenía en el artículo antes descrito, en forma general, y que faculta expresamente a los particulares a disponer de su cuerpo.

Así mismo, proponemos una reforma al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el capítulo correspondiente a Jurisdicción Voluntaria, en el que se formule el procedimiento para llevar a la vida jurídica el arrendamiento de útero o maternidad subrogada, en este sentido, proponemos que el artículo señale lo siguiente:

Artículo 901-Ter.- En vía de jurisdicción voluntaria pueden comparecer ante el Juez de lo Familiar con vista al Ministerio Público, las personas que deseen celebrar un contrato de arrendamiento de útero y adopción plena pactada anticipadamente, para tal efecto, los comparecientes anexarán al escrito inicial el certificado médico expedido por instituciones de salud públicas, en el que acredite que los comparecientes son estériles, así como una copia del proyecto de contrato de arrendamiento de útero y adopción plena, mismo que será sancionado por la representación social, y si no contraviene el orden público será autorizado previos los requisitos a que se refiere el artículo 923 de este código. Una vez que se haya declarado la resolución a que se refiere el artículo 924 del presente ordenamiento, se dará el visto bueno por el Ministerio Público y por el Juez al contrato de arrendamiento de útero y adopción plena pactada anticipadamente siendo el mismo obligatoria y válido

para las partes. Con base en todas las actuaciones de la Jurisdicción Voluntaria a que se refiere el presente artículo, se realizará el acta de adopción en los términos del artículo 86 del Código Civil sin que se requiera para ello una acta originaria. Antes del alumbramiento del bebé, la madre portadora del mismo podrá revocar su consentimiento del mismo, y se obligará en los términos de las penas convencionales del contrato, así como a devolver lo recibido antes del propio nacimiento.

Por último, solo faltaría una adición al artículo 397 bis, del Código Civil del Distrito Federal, en los siguientes términos:

Artículo 391.- Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.

Así también, se podrán adoptar en forma anticipada a un menor no nacido con motivo del contrato de arrendamiento de útero y adopción plena pactada anticipadamente en los términos que para tal efecto establezca el Código de Procedimientos Civiles.

4.4. VIABILIDAD DE DICHA PROPUESTA

La propuesta planteada en el presente trabajo, consideramos que es viable, en virtud de que, sin afán de calificar *a priori* las conductas que toman las personas, unas con el ánimo de trascender y las otras con la necesidad económica o ambición desmedida, el derecho debe ocuparse del actuar humano, y actualmente los avances médicos permiten a las personas criar o crear a otras personas que tal vez nunca hubieran podido hacer, derecho que no puede tampoco descalificarse, por lo que la decisión de contratar un arrendamiento de útero y una adopción plena anticipadamente deberá siempre respetarse y garantizarse.

En este sentido, las propuestas planteadas en el presente trabajo, dan viabilidad a los contratos antes mencionados, pues se trata en principio, de establecer claramente que la persona puede disponer libremente de sí mismo con las propias limitaciones que el artículo impone, lo que en todo caso, facultaría expresamente a las personas (mujeres) para que puedan

arrendar su útero en forma válida y jurídicamente aceptada. Con esta reforma se salvaría el primero obstáculo que hemos encontrado en la viabilidad de arrendamiento de útero o maternidad subrogada, que es la imposibilidad de considerar al cuerpo como cosa jurídica, por estar fuera del comercio, sin embargo, como se vio con anterioridad las cosas jurídicas no son únicamente las que están en el comercio, sin que aún pueden considerarse así las que están fuera del comercio.

Por otra parte, la seguridad jurídica que nace de las reformas al Código de Procedimientos Civiles, en su capítulo de Jurisdicción Voluntaria es evidente, ya que en estas reformas se plantea en principio, que antes incluso de la manipulación genética y el implante de un embrión, debe estar resuelto el asunto jurídico, en el que los adoptantes y arrendatarios, tengan la seguridad de que en el momento de celebrar el contrato y que se encuentre aprobado judicialmente, no tendrán problemas en el futuro para registrar a su bebé, así como la formalidad y publicidad de la celebración del contrato, su cumplimiento por ambas partes, con la respectiva vista de la representación social. Esta reforma, en lo particular se considera la más importante en la materia, porque, que triste sería ver como, se implanta exitosamente un embrión en una madre portadora, y al nacer sería penoso que no se aprobara la adopción, o se demandará la nulidad del contrato de arrendamiento, lo que consideramos es muy

posible, ya que por lo general se lucra con los sentimientos de la gente. Y mejor, aún, atenderlo desde el punto de vista del menor, que triste sería ver como se pelean por él, o tal vez, el saber que su madre lo quiso dar en adopción pero el juez no se lo permitió. Y lo peor del caso es, que la falta de reglamentación en la materia, orilla a las personas a incurrir en actos ilícitos como la falsedad de declaraciones al tratar de inducir a los jueces del registro civil, para registrar a un menor que no nació de quien pretende registrarlo, conducta que incluso puede constituir un ilícito penal y que solo está motivada por la necesidad de tener familia, peor aún, si vemos que la legislación ya permite la impugnación de la maternidad, se puede apoyar en adelantos tecnológicos para tal fin, como se estudió en los capítulos correspondientes, y lo más triste es que puede hacerse esto incluso cuando el menor ya es mayor, lo que lo puede afectar sus sentimientos y afectos, su autoestima. Por lo que todo esto, nos hace confirmar nuestra postura en la necesidad de regular el contrato de maternidad subrogada en el Código Civil del Distrito Federal, ya que este tipo de técnicas de manipulación genética ya son una realidad y lo peor que podemos hacer es negar nuestra propia realidad.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La maternidad como tal, se encuentra protegida en diversos ordenamientos jurídicos de nuestro país, sin embargo no todas las mujeres tienen la posibilidad de llevar a cabo esta función de la naturaleza, ya que no todas cuentan con la capacidad fisiológica y orgánica para desarrollarla, por lo que ante tal déficit, en nuestra actualidad se recurre a las técnicas de reproducción asistida, con las repercusiones jurídicas, sociales y económicas que esto representa.

SEGUNDA.- Es una realidad que ante la presencia de los constantes avances científicos y tecnológicos, el derecho no debe mantenerse estático y hermético, puesto que se deben propiciar los cambios necesarios para integrar estas nuevas figuras jurídicas a nuestro derecho positivo, a fin de evitar problemas y así buscar la protección de los particulares y sobre todo de los menores procreados bajo estas técnicas de reproducción asistida.

TERCERA.- A la fecha, no existen disposiciones jurídicas expresas que regulen el uso de las técnicas de reproducción asistida, y en especial de la maternidad subrogada o arrendamiento de útero, por lo que con la finalidad de proteger el derecho a la reproducción de las personas que

por alguna deficiencia orgánica no pueden ejercerlo por sí mismas, se regule dicha figura en nuestro derecho positivo.

CUARTA.- Resulta de gran trascendencia la regulación del contrato de maternidad subrogada o arrendamiento de útero, para poder determinar las consecuencias que dicha figura generaría, respecto a los diversos derechos que se derivan de la filiación, tales como los alimentos, patria potestad, derechos sucesorios.

QUINTA.- Al hablar del concepto de la maternidad subrogada o arrendamiento de útero, nos encontramos ante una figura por demás compleja, ya que estaríamos ante la disyuntiva de que el cuerpo humano y sus órganos se encuentran en el comercio y se pueda configurar un contrato en los términos precisados por el Código Civil para el Distrito Federal.

SEXTA.- Partiremos del principio de que lo que no está prohibido a los gobernados, les está permitido, y a efecto de configurar los elementos del contrato de maternidad subrogada o arrendamiento de útero, para su debida regulación, se propone una reforma al artículo 24 del Código Civil para el Distrito Federal, en el que la facultad del mayor de edad de disponer de su persona y bienes, comprenda en cuanto a su persona,

entre otros aspectos, al cuerpo humano, para que el mayor de edad pueda disponer de él, siempre y cuando no ponga en riesgo su subsistencia ni la de los demás y con las limitaciones que al respecto imponga la ley, como se encuentra explicado en el capítulo 4 del a presente tesis.

SÉPTIMA.- Ese necesario encuadrar dentro de las figuras jurídicas actualmente vigentes, a la maternidad subrogada o arrendamiento de útero, otorgándosele invariablemente la calidad de un contrato, porque siempre deberá de implicar el acuerdo de voluntades, innominado y de arrendamiento atípico, en el que una mujer llamada gestante concede el uso temporal de su útero para el desarrollo de un embrión hasta el momento de su nacimiento, a cambio de una contraprestación, ya sea en dinero o en especie, y la otra parte se encuentra obligada a proporcionar a la gestante, los cuidados y elementos necesarios para que pueda llevar con éxito el proceso de la gestación.

OCTAVA.- Se deberán de precisar las obligaciones para cada una de las partes que intervengan en el contrato de maternidad subrogada o contrato de arrendamiento atípico de útero, para evitar la problemática en cuanto al incumplimiento del contrato y reparación de los daños generados a las partes.

NOVENA.- Debe limitarse la celebración del contrato de arrendamiento atípico de útero, para las mujeres que no puedan llevar a cabo la gestación de un bebé, para evitar abusos con la utilización de este contrato.

DÉCIMA.- En cuanto a la forma de este contrato, se deberá de realizar expresamente por escrito, ante el juez competente a través de las Diligencias de Jurisdicción Voluntaria, y sólo se podrá llevar a cabo si el juez después de estudiar y analizar las circunstancias particulares de cada caso, resuelva aprobarlo.

DÉCIMA PRIMERA.- La figura de la adopción plena adquiere especial relevancia en el tema de la maternidad subrogada o arrendamiento atípico de útero, ya que la adopción plena deberá ser un presupuesto indispensable para la celebración y aprobación de dicho contrato por parte de la autoridad judicial, para brindar seguridad jurídica a las partes, por lo que se propone una reforma al artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal, como quedó precisado en el capítulo 4 de este trabajo.

DÉCIMA SEGUNDA.- En cuanto a la figura de la subrogación, tal y como se prevé en nuestro Código Civil, no se adecua a la denominada maternidad subrogada o arrendamiento de útero, puesto que el menor que será

concebido mediante dicho procedimiento, no es ni un derecho ni una obligación, ni se sustituyen los derechos que nacen de la maternidad.

BIBLIOGRAFÍA.

- AZÚA REYES, Sergio T., **"Teoría General de las Obligaciones"**, 2a. Edic., Edit. Porrúa, México, 1997.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, **"Obligaciones"** Civiles, 5a. Edic., Edit. Oxford, México, 1999.
- BORJA SORIANO, Manuel, **"Teoría General de las Obligaciones"**, 18a. Edic., Edit. Porrúa, México, 2001.
- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., **"La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales"**, 3a. Edic., Edit. Porrúa, México, 1997.
- -----, **"La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales"**, 4a. Edic., Edit. Porrúa, México, 2001.
- FROSINI, Vittorio, **"Derechos Humanos y bioética"**, Edit. Temis, Colombia, 1997.
- GALINDO GARFÍAS, Ignacio, **"Teoría de las Obligaciones"**, Edit. Porrúa, México, 2000.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, **"Derecho de las Obligaciones"**, 12a. Edic., Edit. Porrúa, México, 1998.
- HURTADO OLIVER, Xavier, **"El derecho a la vida ¿y a la muerte? Procreación humana, fecundación *in vitro*, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos"**, Edit. Porrúa, México, 1999.

- IBARROLA, Antonio De, "**Derecho de Familia**", 4a. Edic., Edit. Porrúa, México, 1993.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "**La Bioética. Un reto del tercer milenio**", Edit. UNAM, México, 2002.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, "**Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano**", Edit. Porrúa-UNAM, México, 1998.
- MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, "**Teoría de las Obligaciones**", 8a. Edic., Edit. Porrúa, México, 2001.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. y J. M. Massigoge Benegui, "**La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español**", Edit. Dykinson, España, 1994.
- MATA PIZANA, Felipe, "**Derecho Familiar**", Edit. Porrúa, México, 2004.
- MOGUEL CABALLERO, Manuel, "**Obligaciones Civiles Contractuales y Extracontractuales**", Edit. Porrúa, México, 2000.
- PÉREZ DUARTE, Alicia, "**Derecho de Familia**", Edit. FCE, México, 1994.
- PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, "**Contratos Civiles**", 6a. Edic., Edit. Porrúa, México, 1999.
- _____, "**Contratos Civiles**", 8a. Edic., Edit. Porrúa, México, 2001.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, "**Compendio de Derecho Civil. Contratos**", 23a. Edic., Edit. Porrúa, México, 1995.

- -----, "**Derecho Civil Mexicano. Obligaciones**", 5a. Edic., Edit. Porrúa, México, 1985.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, "**De los Contratos Civiles**", 17a. Edic., Edit. Porrúa, México, 1999.
- SANROMÁN ARANDA, Roberto, "**Derecho de las Obligaciones**", 2a. Edic., Edit. McGraw-Hill, México, 2002.
- VILLA-CORO BARRACHINA, María Dolores, "**Introducción a la Biojurídica**", Edit. Universidad Complutense de Madrid, España, 1995.
- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, "**Contratos Civiles**", 4a. Edic., Edit. Porrúa, México, 1992.
- -----, "**Contratos Civiles**", 7a. Edic., Edit. Porrúa, México, 1998.

HEMEROGRAFÍA

- Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida", en *Revista de Derecho Político*, España, número 26, 1988.
- CALLE GONZÁLEZ-HABA, Ma. Dolores De la, "La prestación del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida", en *Boletín de la Facultad de Derecho*, España, número 7, invierno 1994.

- COLL DE PESTAÑA, Ivette, "Análisis sobre los efectos del desafío genético en el bienestar de los niños", en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Puerto Rico, número 3, vol. 63, julio-septiembre 2002, Jaime Ruberté Santiago.
- GANA WINTER, Claudia, "La maternidad gestacional: ¿cabe sustitución?", en *Revista Chilena de Derecho*, Chile, número 4, volumen 25, 1998, Alejandro Vergara Blanco.
- GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, "Algunas consideraciones civiles de la procreación asistida", en *Revista Jurídica Veracruzana*, México, número 71, tomo LV, abril-junio de 1995, Julio Patiño Rodríguez.
- LAPLACETTE, Dora Rocío, "Contrato de Locación de Vientre", en *Prudentia Juris*, Argentina, número XL, noviembre 1995, Alfredo Di Prieto.
- MARÍN VÉLEZ, Gustavo Adolfo, "El arrendamiento de vientre en Colombia", en *Opinión Jurídica*, Colombia, número 3, enero/junio de 2003.
- Procuraduría General de la República, "Técnicas de reproducción asistida. Manipulación genética", en *Revista Mexicana de Justicia*, México, número 10, septiembre del 2000, José Antonio García Ocampo.
- SILVA RUIZ, Pedro, "Programación Humana Asistida: La Maternidad Subrogada, Suplente o Sustituta", en *Anuario*, Venezuela, volumen 21, tomo único, 1998.

- SILVA-RUIZ, Pedro F., "Filiación por procreación/reproducción asistida", en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Puerto Rico, número 1, vol. 64, enero-marzo, 2003, Carmelo Delgado Cintrón.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código Penal para el Distrito Federal.
- Ley General de Salud.
- Ley Federal del Trabajo.
- Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado.
- Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.
- Ley del Seguro Social.

OTRAS FUENTES

- www.bibliojuridica.org.
- www.info.juridicas.unam.mx.
- www.tuobra.unam.mx.