



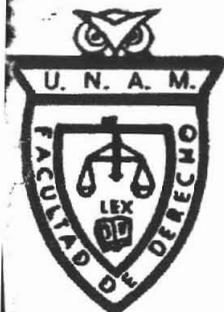
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**"LA MATERNIDAD ASISTIDA MEDIANTE GESTACION
PACTADA COMO CONTRATO DE PRESTACION DE
SERVICIOS".**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;
JORGE HUGO IBARRA CARDENAS**



ASESOR: LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA



CD. UNIVERSITARIA, D. F.

2005

m348975



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMENARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/23/08/05/41

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 .

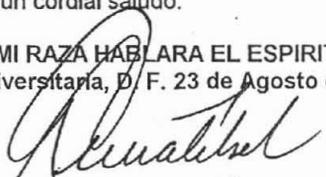
El alumno JORGE HUGO IBARRA CÁRDENAS , elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. José Barroso Figueroa, la tesis denominada "LA MATERNIDAD ASISTIDA MEDIANTE GESTACIÓN PACTADA COMO CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS" y que consta de 119 fojas útiles.

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 recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado 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. 23 de Agosto de 2005



LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGAS'egr.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

CD. Universitaria D.F., a 22 de Agosto de 2005.

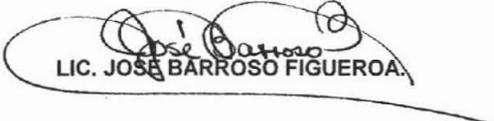
LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO U.N.A.M.
Presente.

Por este conducto me permito hacer de su conocimiento que el alumno de esta Facultad JORGE HUGO IBARRA CÁRDENAS, ha concluido bajo la dirección del suscrito, la tesis profesional intitulada "LA MATERNIDAD ASISTIDA MEDIANTE GESTACION PACTADA COMO CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS", misma que pretende someter a sínodo para obtener el título de Licenciado en Derecho.

Estimo que el trabajo recepcional aludido reúne satisfactoriamente las calidades académicas que son exigibles a los de su especie por este Seminario a su digno cargo, razón por la cual le solicito a Usted que si no existe inconveniente para ello, la autorice para que sea sometida a sínodo en el examen profesional correspondiente.

Agradeciendo la atención que se sirva dispensar a la presente, le reitero las seguridades de mi atenta consideración, aprovechando la ocasión para enviarle un cordial saludo.

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"


LIC. JOSÉ BARROSO FIGUEROA.

JBF/sci

DEDICATORIAS

A DIOS.

Gracias por permitirme alcanzar este logro y realizar uno de mis sueños mas preciados, darme la fuerza y la salud para continuar este sendero.

A MI MADRE MARTHA Y MIS
HERMANOS NAYELI, IVONNE Y DIEGO.

Por su comprensión, apoyo incondicional, por su gran amor, en cada momento, dándome la fortaleza de seguir adelante y valorar las cosas importantes de la vida, espero que este trabajo sea un incentivo para ustedes.

A URIEL.

Soy una persona verdaderamente privilegiada por tenerte a mi lado, la que me ha impulsado obtener mis logros y por contagiarme de vida, ilusión, fuerza y energía para vivir

A GABRIELA.

Por ser mi compañera y ese gran pilar en mí vida, por estar conmigo y enseñarme a luchar por lo que se quiere y ayudarme a soñar, ¡Te amo!.

A MI PADRE JORGE

Quiero agradecerte por darme la vida y por la ayuda que me has brindado, espero que esta sencilla tesis, sea muestra que en cada página, se refleje la enseñanza que has sembrando en mí.

A MIS HERMANOS, PAMELA,
GABRIELA Y JAIR.

Todos han sido muy importantes en mi vida, por lo que deseo que este trabajo los motive a alcanzar sus logros

A MI TIO SERGIO. (En memoria).

Por que aunque ya no estas entre nosotros, quiero que sepas que tu apoyo, amor y cariño ha quedado en mí memoria, como en la de tu esposa e hijos.

A MI TIA BLANCA.

Por todo su amor, enseñanza y cariño que me ha brindado, demostrándome que aunque en la vida me encuentre con obstáculos se puede salir adelante.

A MIS PRIMOS, SERGIO, DANIEL
Y KARLA.

Quienes, siempre han estado a mi lado, compartiendo logros y obstáculos de la vida, abriéndonos camino y alcanzando nuestros propósitos.

A MI ABUELITA SOCORRITO.

Con respeto y admiración te dedico
este trabajo, gracias por creer en mí.

A MIS ABUELOS NEMESIO,
ALFONSO Y BERTHA.

En su memoria, que partieron de
este mundo, recordándolos con cariño y respeto.

A MIS AMIGOS, ANDRES, DAVID,
ISRAEL E IVAN.

Por todas y cada una de las grandes
aventuras que hemos compartido y de las cuales
hemos aprendido, creciendo y madurando juntos, sin
dejar de luchar por alcanzar nuestros sueños, son
parte de mi familia.

A MIS AMIGOS AGUSTIN, JUAN Y
SALOMON.

Por el honor de su amistad sincera
durante todo este tiempo y lo mucho compartimos,
mi agradecimiento.

DOY GRACIAS AL SR. ROGELIO
RODRIGUEZ Y LA SRA. CATALINA CHACON.

Quienes de una u otra forma, me
brindaron su apoyo desinteresado, en mi vida, como
en mi formación profesional, pero sobre todo gracias
por creer en mí.

A MI ASESOR LIC. JOSE
BARROSO FIGUEROA.

Por su apoyo brindado en la
realización del presente trabajo.

A MIS MAESTROS.

Por compartirme sus conocimientos.

A LA FACULTAD DE DERECHO.

Por permitirme ser parte de su
historia, y aprender en sus aulas la mejor enseñanza
del derecho.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO.

Mi Alma Mater, quien me brindo mi
formación académica, enorgullecido de ser parte de
la misma.

ÍNDICE

CAPITULO PRIMERO

DE LA FILIACION

INTRODUCCIÓN	I
I. LOS CONCEPTOS DE FILIACIÓN, MATERNIDAD Y PATERNIDAD. LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL.	1
II. BREVE PROGRESIÓN HISTÓRICA DE LA FILIACIÓN.	5
III. DIVERSAS ESPECIES DE FILIACIÓN CONSIDERADAS DENTRO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	11
1. HIJOS DE PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN UNIDAS EN MATRIMONIO.	13
A). SUPUESTO PARA QUE EL HIJO SE PRESUMA DE LOS CONYUGES O MATRIMONIAL.	16
B). DIVERSAS FORMAS COMO SE ESTABLECE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.	17
2. HIJOS DE PERSONAS QUE NO SE ENCUENTRAN UNIDAS EN MATRIMONIO.	21
A). COMO SE ESTABLECE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS DE PERSONAS QUE NO SON CÓNYUGES.	22
B). EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DEL PROGENITOR(A).	23
a). ¿QUE ES EL RECONOCIMIENTO?.	23
b). DIVERSAS FORMAS DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO.	23
c). CAPACIDAD QUE REQUIERE LA LEY PARA EFECTUAR VALIDAMENTE EL RECONOCIMIENTO.	24
d). ¿QUIENES PUEDEN SER RECONOCIDOS?.	25
e). CUSTODIA DEL RECONOCIDO.	26
C). RECONOCIMIENTO IMPUESTO POR UNA SENTENCIA JUDICIAL RECAIDA EN UN JUICIO DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.	27

3. HIJOS ADOPTIVOS.	34
A). CLASES DE ADOPCIÓN QUE ADMITIO EL CÓDIGO CIVIL Y QUE ACTUALMENTE REGULA.	34
a). Adopción Simple.	35
b). Adopción Plena.	36
c). Adopción Internacional.	38
B). LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y LA ADOPCIÓN POR EXTRANJEROS.	38
a). La Adopción Internacional.	38
b). La Adopción por Extranjeros.	40

CAPITULO SEGUNDO

TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

I. INTRODUCCION. LA REPRODUCCION HUMANA FUERA DEL PROCESO NATURAL.	41
II. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y FECUNDACION IN VITRO.	42
1. ¿QUÉ ES LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN IN VITRO?.	42
2. DIVERSAS ESPECIES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.	44
A).- Inseminación artificial homóloga.	45
B).- Inseminación artificial heteróloga.	46
3.- DIVERSAS ESPECIES DE FECUNDACION IN VITRO.	47
A).- Fecundación in vitro homóloga.	47
B).- Fecundación in vitro heteróloga.	48
III. LA FILIACIÓN DEL HIJO NACIDO DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.	48

A). La filiación del hijo nacido mediante la inseminación artificial homóloga:	49
B). La filiación del hijo nacido mediante la inseminación artificial heteróloga:	54

CAPITULO TERCERO

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

I. CONCEPTO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.	57
II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.	58
III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.	60
IV. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.	61
V. PARTES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.	63
VI. ELEMENTOS REALES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.	64
A). Elementos de Existencia.	64
a). El consentimiento.	65
b). El objeto.	66
B). Elementos de validez.	72
a). La capacidad.	72
b). La ausencia de vicios en el consentimiento	77
c). La licitud en el objeto o motivo o fin.	84
d). La forma.	85

VII.OBLIGACIONES ENTRE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.	86
--	----

VIII. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.	88
--	----

CAPITULO CUARTO

PROPUESTAS DE ADICIONES Y REFORMAS AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PARA INCORPORAR Y REGULAR EL CONTRATO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON FINES DE GESTACIÓN HUMANA

I. ASPECTOS BASICOS QUE A JUICIO DEL SUSTENTANTE DEBERAN TOMARSE EN CUENTA PARA LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR EL CONTRATO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON FINES DE GESTACIÓN HUMANA.	89
---	----

II. LA ADMISIÓN DEL CONTRATO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON FINES DE GESTACIÓN HUMANA, DENTRO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	93
---	----

III.- REGULACIÓN DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES PACTADOS POR LOS OTORGANTES DEL CONTRATO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON FINES DE GESTACIÓN HUMANA, QUE SE PROPONE.	95
---	----

IV. PROPUESTAS DEL SUSTENTANTE DE ADICIONES Y REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, A FIN INCORPORAR Y REGULAR EL CONTRATO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON FINES DE GESTACIÓN HUMANA.	101
--	-----

A). Propuesta de adición en el Código Civil para el Distrito Federal, de un Capítulo IV-Bis, al Título Séptimo De la filiación, del Libro Primero, llamado "Contrato Especial de Prestación de Servicios con Fines de Gestación Humana", como de los preceptos que lo regulen.	101
--	-----

B). Propuesta de reforma al artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal,	111
---	-----

CONCLUSIONES	113
--------------	-----

BIBLIOGRAFIA	117
--------------	-----

“LA MATERNIDAD ASISTIDA MEDIANTE GESTACION PACTADA COMO CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS”.

INTRODUCCIÓN

La razón de desarrollar el tema que al efecto se plantea, surge en virtud de tratar de resolver la problemática que se presenta ante los variados conflictos que se suscitan en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, dada su falta de regulación en el Código Civil para el Distrito Federal.

Los grandes avances científicos y biotecnológicos, y con ellos el de la genética, han hecho posible la procreación a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida, especialmente en aquellos casos en que los cónyuges o concubinos tienen problemas de esterilidad y/o infertilidad, y las que en la actualidad su aplicación se ha hecho cada vez más frecuente mediante los métodos de la inseminación artificial o fecundación in vitro, en sus dos modalidades homóloga y heteróloga, incluyendo en el método referido en segundo término a la maternidad subrogada. Las técnicas de reproducción en comento que han motivado que pudiera ser incierta la filiación para determinar tanto la maternidad como la paternidad, debido a que la misma está conformada en ciertos hechos naturales (fecundación, gestación y nacimiento) reconocidos y regulados por el derecho, cuya procreación era el resultado de relaciones sexuales, ahora con las referidas técnicas se puede concebir sin tener cópula carnal, incluso se puede concebir sin aportar la madre, el padre o ambos el material genético que recibirá el nuevo ser procreado; por otra parte se puede permitir conocer el verdadero origen biológico del padre que aporte su material genético y que puede ser el cónyuge o concubino, a través de pruebas hematológicas, pruebas comparativas de sangre y de genética sobre el ADN (ácido desoxirribonucleico), con lo que existe la posibilidad de crear parentesco que no coincida con el nexo biológico, lo que destruye por ejemplo en la filiación matrimonial las máximas romanas de Paulo “mater semper certa est” (la madre siempre es cierta) y “pater is est quem justae nuptiae demonstrant” (padre es el que demuestran las justas nupcias).

Debido a que los avances científicos y biotecnológicos antes descritos, han rebasado nuestra legislación civil no obstante las reformas de diversos preceptos legales y adiciones realizadas al Código Civil para el Distrito Federal, tanto del 25 de mayo de 2000 como del 06 de septiembre de 2004, estas resultan ser ineficientes, dado que las mismas si bien es cierto se refieren tanto al hijo producto de la reproducción asistida como a la prueba que el avance científico pudiera ofrecer (pericial en genética), y admiten la voluntad procreacional como fuente de filiación del hijo nacido por reproducción asistida, en este último caso al establecerse que se da parentesco por consanguinidad entre el referido hijo con los cónyuges o concubinos que hayan procurado su nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores, también es cierto que las mismas no regulan los requisitos que se deben cumplir para efectuar las técnicas de reproducción asistida precedentemente descritas, ni la forma de convenir entre las personas involucradas en estas prácticas de reproducción, ni determinan las obligaciones y derechos que adquieren dichas personas al realizar tales practicas, es por lo que en base a lo anterior, y con el objeto de cubrir las lagunas de derecho acabadas de señalar y que actualmente existe con respecto a la practica ahora frecuente de las multicitadas técnicas de reproducción asistida, el suscrito sustentante someto a consideración de este sínodo, este trabajo recepcional que versa sobre la necesidad tanto de incorporar en el Código Civil para el Distrito, el Contrato Especial de Prestación de Servicios con Fines de Gestación Humana, y de los preceptos legales que lo regulen, como de reformar un precepto al ordenamiento civil citado, para poder hacer la incorporación del contrato que se propone.

CAPITULO PRIMERO

DE LA FILIACION

I. LOS CONCEPTOS DE FILIACION, MATERNIDAD Y PATERNIDAD. LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL.

Para el desarrollo del presente trabajo, considero de gran importancia establecer los conceptos tanto de filiación, maternidad y paternidad, también delimitar lo que implica la relación paterno-filial.

Biológicamente todos los individuos son hijos de una madre y de un padre pero su filiación se determinara según sean las circunstancias de unión de estos.

La filiación es una institución del derecho familiar que tiene gran importancia, ya que de esta se generan las relaciones que derivan de una procreación, misma que se produce como una consecuencia de hechos naturales correspondiente a la concepción, gestación y nacimiento, los cuales son tomados en consideración por el derecho, y los que tienen relación con la maternidad y paternidad.

En el estudio de las relaciones filiales materno-paterno, la filiación maternidad y paternidad, no son términos que se pueden considerar como sinónimos, debido a que cada uno hace referencia a los sujetos entre los cuales se va a presentar un vínculo jurídico, teniendo como punto de partida, la persona o el concepto que se va a estudiar, esto es que no puede existir una maternidad o paternidad sin que exista un hijo y viceversa, por lo que son los diferentes términos jurídicos de una misma relación dependiendo del punto de partida en que se observe.

El término "filiación" proviene de la raíz latina "filatio-onis" de "filus-hijo", razón por la que en el campo del derecho entendemos la filiación como "La descendencia de padres e hijos; o bien la calidad que uno tiene de hijo con respecto a otra persona que es su padre o madre."¹

Diversos autores como Marcel Planiol, Rojina Villegas, Montero Duhalt, entre otros, han distinguido la filiación desde dos connotaciones: en sentido amplio y en sentido estricto. "En sentido amplio, la filiación 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 en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, etc, así como en línea descendente relacionándose los hijos, nietos bisnietos, etc. Además en sentido estricto, la filiación es la relación de derecho que existe entre progenitor y el hijo, surgiendo de ella un conjunto de derechos y obligaciones que se crea entre aquéllos constituyéndose así un estado jurídico, 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".²

Al respecto y entendida como un vínculo jurídico, Marcel Planiol considera a la filiación "como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra".³ Este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o serie de grados.

¹ ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario Razonado Legislación y Jurisprudencia". Tomo I. Cárdenas Editores y Distribuidora 2ª. Edición. México. 1985. Pág. 691.

² ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, México 1993. Pág. 265.

³ PLANIOL, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Traduc. de José M. Cajica Jr. Edit. José M. Cajica Jr. Puebla 1946. Págs. 110 y 111. Cit. por Rojina Villegas.

En razón de lo anterior, la maestra Montero Duhalt define a la filiación como: “la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre – hija o hijo”.⁴

La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y maternidad, cuando se consideran respectivamente desde el ángulo del padre y la madre.

Sobre este punto, la autora acabada de citar señala que la filiación toma los nombres específicos de paternidad y maternidad, entendiendo como: “maternidad la relación de la madre con respecto a su hijo o hija; paternidad la relación del padre con su hija o hijo”.⁵

De acuerdo a reformas al Código Civil publicadas el 25 de mayo de 2000, el artículo 338 define a la filiación como: “la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia ...”.

Como consecuencia de lo precedentemente expuesto, la filiación genera derechos y obligaciones entre los progenitores con sus descendientes.

- Relación Paterno-Filial.

La relación paterno-filial, entendida como el vínculo jurídico que genera un parentesco en primer grado entre el padre o la madre y sus hijos, por el cual se crean derechos y obligaciones en forma recíproca. Una vez que se determina dicho vínculo, las consecuencias jurídicas están establecidas dentro del Código Civil para el Distrito Federal, siendo estas las mismas del parentesco (ejemplo, los alimentos (art. 303, 304 y 308), la sucesión legítima (art. 1602), ciertas prohibiciones (art. 156 fracc. III, etc.)), y de la patria potestad, con las obligaciones inherentes que su ejercicio conlleva, entendiendo que esta última “Es una institución establecida por el derecho, con las

⁴ MONTERO DUHALT, Sara. “Derecho de Familia”. 2ª. Edición. Ed. Porrúa. México. 1985. Pág. 266.

⁵ Ibidem.

finalidades de asistencia y protección de los menores de edad no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos.”⁶ Así quienes ejercen la patria potestad (padres, abuelos, adoptantes, según el caso), tienen entre otras obligaciones la de educarlo convenientemente (art. 422), pero a su vez tienen los derechos de de convivencia y vigilancia, también la facultad de corregirlos y la obligación de observar una buena conducta que le sirva a éstos de buen ejemplo (art. 423), asimismo, la de ser sus legítimos representantes y la de tener la administración legal de los bienes que les pertenecen (425).

Una vez determinadas las relaciones filiales materno-paterno, esto es a quien se le debe de considerar madre o padre y a quien hijo, hay que establecer el origen de estas figuras.

La maternidad o paternidad se generan por dos hechos, el consanguíneo y el civil; siendo el primero el que se da por el simple nacimiento y el segundo por vía de adopción, pero para producir efectos jurídicos forzosamente deben de ser del conocimiento del derecho y poder determinar quienes han intervenido y por tanto quienes resultan ser madre o padre o hijo, de tal manera que aunque el nacimiento es un hecho natural; para ser reconocido en la vida jurídica y generar derechos y obligaciones, es necesario que el derecho los conozca y así pueda darles un valor.

La maternidad es tratada en primer lugar, por que una vez que es conocida ya se puede considerar la cuestión de la paternidad. La mayoría de los autores consideran a la maternidad como la única susceptible de probarse directamente, pues puede hacerse por un hecho, como lo es el parto. Durante siglos se ha considerado que la madre siempre en cierta y que sólo podría dudarse de esto cuando el parto se haya dado sin testigos y el hijo sea abandonado, por lo que se daba el principio de que la madre era la única de quien se podría tener certeza de que es autentica, pero a partir de las reformas hechas a nuestro Código Civil para el Distrito Federal del 25 de mayo del 2000, esa

⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". Primer Curso. 3ª. Edición. Ed. Porrúa. México. 1979. Pág. 667.

percepción de maternidad cambió, pues en dichas reformas los legisladores toman en consideración los adelantos tecnológicos y biogenéticos, y eliminan del Código Civil el hecho de que la filiación en cuanto a la madre solo se daba por el sólo hecho del nacimiento, estableciendo así, que ahora también se puede dar por el reconocimiento.

Esto es, que los elementos de la filiación en relación con la maternidad son el parto y reconocimiento, que son la base para que el hijo tenga una identidad. En cuestión del parto, este es un hecho natural que permite conocer la filiación, no importando si este ocurre dentro o fuera del matrimonio, por lo que se aplica la frase *partus sequitur ventrem* (parto sigue al vientre), y en segundo, es la determinación de que el hijo si es en verdad el que la mujer dio a luz o el que legalmente ha reconocido.

La paternidad por el contrario implica una probabilidad, que no es susceptible de prueba directa y de la que únicamente nos podemos conformar con presunciones que aceptamos como ciertas, como un acto de buena fe como es la fidelidad, sólo la madre podría decir quien es el padre, pero en caso de relaciones promiscuas es dificultoso determinar un padre cierto, por ello la ciencia y el derecho han logrado crear pruebas para demostrar científica y biológicamente la paternidad y la filiación de un menor, siendo la pericial en materia de genética (ADN), la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre respectivas.

II. BREVE PROGRESIÓN HISTÓRICA DE LA FILIACIÓN.

En el paso del tiempo, se han fijado los orígenes de la filiación, estableciéndose que ésta tiene un origen deísta, según se advierte así de la Santa Biblia, que en su apartado de Génesis dice: “Hagamos al hombre a imagen nuestra, según nuestra semejanza... Y creó al hombre a imagen suya... entonces dijo Javhé: no es bueno que el hombre esté solo; le are una ayuda semejante a él... Adán puso a su mujer el nombre de Eva, por ser la medre de todos los vivientes”.⁷

⁷ Biblia.

Por la parte contraria, se encuentra la postura que señala que el principio de toda relación es producido por las leyes generales de selección y evolución de las especies, en las que se destaca el señalamiento de que el hombre desciende de un tipo de organización inferior y ha ascendido a una organización superior, lo anterior se desprende de la teoría de la evolución de Charles Darwin.

En cuanto a la figura de filiación, como un texto y figura normativa, nos remontamos al Derecho Romano, en cual era conocido como un parentesco civil o agnación, la cual era fundada en la autoridad paterna (*patria potestad*; *manus*).

Al respecto Eugene Petit, señala en su tratado elemental de derecho romano, que el tema de la filiación se encuentra en el Derecho Romano al considerar los efectos del matrimonio con relación a los hijos, ya que se les calificaba como *liberi iusti*, a los hijos legítimos del matrimonio nacidos *ex iustis nuptiis*. Por lo que estos hijos estaban "bajo la autoridad de su padre o abuelo paterno, siendo el padre *alieni juris*. Forman parte de la familia civil del padre, a título de agnados y toman también su nombre y condición social. En estos casos, entre los hijos y la madre solo existe un lazo de parentesco natural, de cognación, en el primer grado. Solo la *manus* podía modificar esta relación, siendo entonces los hijos agnados de su madre en el segundo grado, in *manu*, y entonces, es para ellos *loco soris*"⁸

En el derecho romano, para que se pudiera considerar como familia a un grupo de personas, tenían que tener un vínculo agnaticio o civil entre ellos, no importara si estos derivaran de una autoridad paterna o marital.

A) Los que están Bajo la *Patria Potestad* o la *manus* del jefe de familia, entre ellos y con relación al jefe.

Por consiguiente, los hijos bajo *patria potestad* son agnados:

a) De su padre.

⁸ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia." Tomo III. Edif. Porrúa, México. 1988. Pág. 430.

b) De su madre, siempre que esta se encuentre in manum, de lo contrario, solo son cognados con ésta.

c) De sus hermanos bajo la patria potestad y sus descendientes en la misma condición. Pero no de los que hubiesen salido de la patria potestad por emancipación, o de las mujeres que hubiesen pasado a la familia de su marido; ni de sus descendientes (de todos estos solo son cognados).

d) De los extraños incorporados a la familia por medio de la adopción.

B) Los que hayan estado bajo la autoridad del jefe, y que lo estarían si aun viviese.

El vínculo agnatico no desaparece por la muerte del jefe, de modo que los agnados continúan vinculados luego de la muerte de éste.

C) Los que nunca estuvieron bajo la autoridad del jefe: pero que lo estarían si viviese.

La mujer que se incorpora a la familia del marido por matrimonio cum manu, después de la muerte del jefe, es agnada de todos los que estuvieron bajo la potestad del jefe.

La agnación puede desenvolverse hasta lo infinito, pero solo se transmite por vía de varones. Las mujeres casadas pasan a la familia de sus maridos y los hijos de estas no son agnados de los hermanos de su madre, ni de su abuelo materno. Sólo son cognados.

En cambio, hay otros casos dentro del derecho romano, en que los hijos derivan o provienen de una unión no matrimonial, misma que no se encontraba prohibida, se consideraban a los hijos nacidos de esta unión como liberi naturales, ya que la filiación que los unía era puramente de carácter natural, pero si los hijos provenían de una relación que era prohibida, se les consideraban como adulterinos o incestuosos, y por último, se encontraba la relación adoptiva, la cual era la filiación legal que se producía en los casos de adopción, dando así origen a los que hoy en día conocemos como la trilogía de la filiación, la cual corresponde a la filiación legítima, natural y adoptiva.

En el sistema romano la filiación legítima con la madre era objetiva y se simplificaba por el hecho mismo del embarazo y del parto. En cambio la paternidad, sólo podía determinarse presuntamente, ya que se consideraba como padre del hijo nacido de la esposa, siguiendo ese hecho la conocida regla *quia semper certa est (mater) etiamsi vulgo conceperit: pater vero is est quem nuptiae demonstrat*, en otros términos: *mater semper certa est* (la madre siempre es cierta) y *pater est quod nuptiae demonstrat* (Las nupcias demuestran al padre).⁹

Tiempo después, con la aparición en 1804 del Código Napoleón, realizado por los mas grandes juristas franceses de ese tiempo, deslumbró a sus contemporáneos, tal y como decía Bugnet "...ignoro el derecho civil; sólo conozco el Código Napoleón".¹⁰

El maestro José Barroso Figueroa, al referirse a la figura de la filiación en el código napoleónico, y como este la regulaba, señala que:

"Dentro de este código napoleónico, no hay un precepto que defina la clasificación de los hijos, pero del mismo se puede deducir las siguientes categorías de hijos:

- I. Hijos legítimos o nacidos durante el matrimonio (Cap. I. Tit. VII. Lib. Prim.).
- II. Hijos "naturales" (Cap. III, Tit. VII. Lib. Prim.)
- III. Hijos adoptivos (Cap. I, Tit. VIII. Lib. Prim.)."¹¹

En el aludido Código, se plasman las palabras del jurista Portalis en referencia a la filiación de los hijos, el cual decía: "El carácter de legítimo es propio del hijo que nace durante el matrimonio, ya sea que haya sido concebido antes o después."¹²

⁹ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. Págs. 430 y 431.

¹⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, S.A. México. 1986. Pág. 324.

¹¹ BARROSO FIGUEROA, José. Texto facilitado por el maestro, consistente en su exposición en la celebración del aniversario de 200 años del Código Napoleónico, dentro del ciclo de conferencias efectuadas en la Facultad de Derecho en el mes de Septiembre de 2004, en la conferencia de nombre "LA FILIACIÓN (1804 - 2004)."

¹² MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. Pág. 435.

Conforme al Código en comento, los hijos que se hayan concebido en el momento en que sus padres no se encontraban casados, y no tuvieran algún impedimento para casarse, más sin embargo uno de ellos se hubiere casado con tercera persona antes del nacimiento del hijo, advierte que: "no será adulterino por el hecho de que uno de ellos se hayan casado antes de su nacimiento con una tercera persona; por tanto, no es la época del nacimiento la que fija el carácter de la filiación."¹³

Es de destacarse que en el multicitado código francés, el punto que fija la condición en que se determinará al hijo, es en base al momento en que este se haya concebido, y no así en el momento en que nazca.

Ahora bien, en el Código Napoleón el reconocimiento voluntario, es el medio de prueba por excelencia de la filiación natural.

Posteriormente, se implementaron las ideas expuestas por la Doctrina Canónica, misma que continuaba la tradición romana de los primeros tiempos en su mayoría, salvo unas pocas modificaciones, influencia que se hizo patente en muchos de los códigos civiles de la época, entre ellos los mexicanos decimonónicos de 1870 y 1884.

El maestro Barroso Figueroa, hace referencia a lo antes expuesto al precisar que: "la filiación, no constituía una excepción respecto de las demás instituciones familiares, por lo que durante el siglo XIX había permanecido sujeta a los rigurosos y discriminatorios criterios canónicos, que tan inequitativo trato y graves daños procuraron a los hijos extramatrimoniales, con apego a una moral mojigata que castigaba en ellos la indebida conducta de sus padres (eran los hijos "ilegítimos", aunque debiéramos recordar la ácida expresión de De Azcárate: "los ilegítimos no son los hijos, son los padres").

En el amanecer del siglo XX, precisamente en la época de las disertaciones diguitanas, ya se había gestado y empezaba a despuntar por el mundo, sobre todo en las legislaciones de tradición germánica, una refrescante tendencia a igualar a todos los

¹³ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. Op. Cit. Pág. 435.

hijos, soslayando su origen. Duguit no fue suficientemente sensible a este fenómeno, pero sí muchos de los juristas que le fueron contemporáneos, cuyo pensamiento, incluso, trascendió a las legislaciones de numerosos países, entre ellos México."¹⁴.

Fue a partir del surgimiento de la Ley Sobre Relaciones Familiares en 1917, que en su intento de igualar la filiación, el legislador no alcanza tal objetivo, logrando únicamente designaciones de carácter difamatorio para los hijos, y término clasificándolos como:

- Hijos legítimos;
- Hijos naturales;

De la clasificación anterior se concluye que entonces existían hijos ilegítimos.

Cabe resaltar, que en dicha ley, no todo fue erróneo, ya que facilitó el reconocimiento de los hijos, así como las formas para la investigación de la paternidad, pero en su articulado, restringió los derechos de los hijos naturales al único derecho de alcanzar el apellido de su progenitor.

Fue hasta el surgimiento del Código Civil de 1928, mismo que llevó el nombre de Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928, en vigor a partir del 1º. de octubre de 1932, y que por reformas publicadas en el Diario Oficial de 25 de mayo de 2000 (vigentes a partir del primero de junio siguiente), cambiará su denominación a Código Civil para el Distrito Federal, el encargado de no establecer distinción entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen, entre otras cosas.

¹⁴ BARROSO FIGUEROA, José. Op. Cit.

III. DIVERSAS ESPECIES DE FILIACIÓN CONSIDERADAS DENTRO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Los hijos antiguamente habían sido clasificados de diferentes maneras, dichas diferenciación provocaba degradación y ofensas hacia los productos de dichas relaciones, ya que eran los hijos quienes recibían la afectación del estado civil de sus padres o las circunstancias en que eran concebidos, por lo que ellos debían llevar la carga de los actos generados por sus padres, mismos de los cuales resultaban ser los más inocentes.

Las clasificaciones de los hijos que se realizaban, eran por prejuicios y se consideran degradantes. Como un ejemplo, basta con recordar el antiguo Derecho Español (mismo que nos llega con la conquista). En el citado Derecho se hacía la distinción entre los hijos naturales y no naturales; los primeros eran aquéllos cuyos padres, al momento de la concepción o el nacimiento, no tenían impedimento legal para contraer matrimonio, y los no naturales eran el producto de padres que no tenían, al momento de su concepción o nacimiento, la situación legal de los primeros. Por ello entendemos que el menor no importaba, no obstante que era el principal afectado, por ser producto de la concepción. No siendo suficiente el calificativo el de hijos naturales o espurios (que era el nombre genérico que recibían) se les subclasifico más, lo que hizo que las denominaciones, aparte de ofensivas, fueran más degradantes:

Así encontramos a los hijos incestuosos, quienes eran el producto de las relaciones entre parientes consanguíneos próximos; pero si se trataba de relaciones entre ascendientes y descendientes o hermanos el calificativo era de hijos nefarios: en cuanto a los hijos adulterinos, se trataba de aquéllos cuyos padres estaban unidos en matrimonio con otra persona; los hijos sacrílegos, eran los procreados por persona que hubiese hecho voto solemne de castidad o recibido orden sagrada; los hijos mánceres, en el caso de tener madre prostituta. Razón por la que podemos imaginar el objeto de rechazo del cual eran víctimas, pues la sola constancia de nacimiento no sólo evidenciaba su procedencia, sino que los descalificaba en cuanto a valía social, y

además creaba un lastre que durante toda su vida deberían llevar consigo, el cual podría resultar tan pesado, que no les permitiera gozar o tener la oportunidad de ascender socialmente o incluso para contraer matrimonio.

Afortunadamente el Derecho Familiar ha evolucionado e incluso ha tratado de no hacer distinciones en cuanto a los hijos, toda vez que se ha comprendido que los más inocentes y afectados son ellos, por eso el legislador mexicano desde 1928 reconoce lo que estos habían pasado, y estableció que hubiese igualdad entre los hijos y que se borrarán esos rasgos que creaban discriminación y rechazo por la situación jurídica (estado civil) que guardaban sus padre cuando aquéllos nacieron, por ello en la Exposición de Motivos del antes referido Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, expresó en forma clara y contundente que:

“Por lo que toca a los hijos se comenzó por borrar la diferencia entre hijos legítimos y los hijos nacidos fuera de matrimonio; se procuro que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padre y que se vean privados de los más sagrados derechos, únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; ...”¹⁵

El Código Civil antes descrito encontrábamos las siguientes especies de hijos:

- A) Hijos nacidos dentro de matrimonio.
- B) Hijos nacidos fuera de matrimonio.
- C) Hijos legitimados.
- D) Hijos Adoptivos.

En el Código Civil en vigor, la clasificación que deriva del articulado pero no es expresa, se efectúa de la siguiente manera:

¹⁵ GARCIA TELLEZ, Ignacio. "Motivos, Colaboración y Concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1965. Pág. 48.

A) Hijos consanguíneos (esto es, biológicos y equiparados, se incluyen tanto los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio como los adoptivos).

B) (Desaparecen los legitimados).

1. HIJOS DE PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN UNIDAS EN MATRIMONIO.

Anteriormente se consideraba que el producto de la concepción, cuando nacía en un matrimonio, el esposo de la mujer que lo daba a luz, era el padre, se tenía que partir de esta presunción porque de lo contrario se pondría en duda la honestidad y la fidelidad de la mujer; y aunque esta presunción aceptaba prueba en contrario, resultaba muy peligroso no aceptarla como punto de partida, "...se impondría al hijo de la mujer casada una prueba imposible, tendría que demostrar que fue precisamente engendrado por el marido de su madre, y esto sería sencillamente desquiciar el orden familiar. Sería poner en duda la fidelidad de la esposa y arrojar sobre el hijo una prueba que, aun cuando a base de una investigación indirecta, partiría siempre de imputar infidelidad a la madre sin que hubiese un problema planteado por el marido. Es decir, sin un desconocimiento o impugnación de legitimidad por parte de éste."¹⁶

Era claro lo expuesto por el maestro Rojina Villegas, si consideramos lo anterior, respecto a las diferentes clases de hijos que establecía el Código Civil para el Distrito Federal antes de las reformas del 25 de mayo de 2000; se señaló la diferenciación hecha para determinar un padre cierto a esos hijos, toda vez que partíamos de la unión de un hombre y una mujer, quienes habían contraído matrimonio con la convicción de que se amaban y que pretendían compartir sus vidas y consagrarse el uno al otro, y por ende ser fieles, es decir que por mutuo propio iban a tener una relación monogámica. Eso es por lo que se refiere a la expresión de su voluntad, pero además jurídicamente, con el matrimonio los cónyuges contraían derechos y deberes recíprocos, los cuales debían cumplir tanto antes como en la actualidad, siendo estos los que se citan a continuación:

¹⁶ ROJINA VILLEGAS, Ratael. Op. Cit. Pág. 296.

- El derecho a la vida en común, desprendiéndose de esto la consecuente obligación de vivir juntos en el domicilio conyugal que establezcan de común acuerdo, en donde ambos se deben respeto, disfruten de autoridad propia y consideraciones iguales.

- El derecho de a la relación sexual de mutuo acuerdo, con el débito carnal correspondiente, y consecuentemente con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada.

- El derecho a la fidelidad con la obligación correlativa impuesta a cada uno de los cónyuges.

- El derecho y obligación de percibir alimentos, pudiendo exigirse asistencia y ayuda mutua.

En cuanto al derecho para exigirse una vida en común y la correspondiente obligación para habitar bajo el mismo techo, este efecto se puede considerar de gran importancia, ya que sólo por medio de la vida en común puede darse la posibilidad física y espiritual para que cumplan con los fines del matrimonio.

Unido al derecho deber de los cónyuges para cohabitar bajo el mismo techo, se encuentra también el derecho deber del débito carnal de mutuo acuerdo. En este caso no sólo se trata de dar cumplimiento a una función y necesidad biológica, sino que debido a este existe la posibilidad de que los esposos cumplan con uno de los fines del matrimonio, que es la procreación.

El derecho a exigir fidelidad y la obligación correlativa, se refieren primordialmente a la conducta reglamentada por la ley para exigir y obtener del otro cónyuge una conducta decorosa, excluyéndose con esto la posibilidad de que se den relaciones de intimidad con persona diversa a su cónyuge, que significará conductas adúlteras, y como resultado un ataque a la honra y el honor del otro cónyuge.

Son tan importantes los referidos derechos deberes que en caso de incumplirse los mismos pueden convertirse en causales de divorcio de acuerdo con el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cabe aclarar que con las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, publicadas el 25 de mayo de 2000, se suprime en el Título Séptimo del Libro Primero, tanto su título que se denominaba “De la paternidad y filiación” por el título ahora denominado “De la filiación” como también los títulos de los Capítulos I, II y IV que se denominaban respectivamente “De los hijos de matrimonio”; “De las pruebas de filiación de los hijos nacidos de matrimonio” y “Del reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio” por los títulos correspondientes ahora denominados “Disposiciones Generales”; “De las pruebas de filiación de los hijos” y “Del reconocimiento de los hijos”, y se abroga el Capítulo III que se denominaba “De la legitimación”.

En relación al Título Séptimo precedentemente descrito, ahora denominado “De la filiación”, en el mismo se busca subsanar todas las irregularidades que se presentaron en los ordenamientos anteriores sobre las diferentes clases de hijos, con el propósito de darles a todos los tipos de hijos un mismo trato justo ante la ley sin importar su origen. Así para empezar en su Capítulo I, ahora denominado “Disposiciones Generales”, se hace referencia a los hijos de los cónyuges, es decir, los hijos nacidos dentro del matrimonio, definiendo a este último el artículo 146 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, que dice: “Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.” En esta definición resulta curioso el término de “la unión libre de un hombre y una mujer”, debido a que en el lenguaje coloquial se usa tal término en otro sentido, lo cual hace pensar en el concubinato, y no para indicar que el matrimonio debe celebrarse sin que se presente ningún vicio del consentimiento, como el error de la persona con quien se contrae o la violencia física o moral, además de que en la citada definición resulta criticable la afirmación de que ambos deben de

procurarse respeto, igualdad y ayuda mutua, toda vez que el término procurarse es incorrecto, ya que los cónyuges tanto se deben de respetar como tener igualdad y proporcionarse ayuda mutua. Por último la definición de matrimonio, determina que debe efectuarse ante el Juez del Registro Civil, y además se deben cumplir las formalidades requeridas por el propio Código Civil para celebrarlo.

A). SUPUESTO PARA QUE EL HIJO SE PRESUMA DE LOS CONYUGES O MATRIMONIAL.

La ley establece en el artículo 324 del Código Civil vigente la presunción para determinar a quien se le debe considerar hijo nacido dentro de matrimonio:

“Artículo 324.- 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.”

Conforme al artículo acabado de citar, se consideran hijos de los cónyuges aquéllos que nacen dentro de matrimonio, es decir, los que nacen de dos personas unidas por vínculo matrimonial y en el transcurso de este, independientemente de que haya sido concebido con anterioridad al mismo, dado que el padre es el cónyuge de la madre y por tanto se presume que es su hijo mientras no aplique el principio salvo prueba en contrario, esto es, que lo desconozca o impugne su paternidad de acuerdo a lo establecido también en el artículo 325 del Código Civil invocado, y por consecuencia ya que no es requisito indispensable como antes de dichas reformas que el hijo se concibiera durante la vigencia del matrimonio de los padres y que naciera en tiempo hábil, esto es después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo

matrimonial, ya provenga ésta por nulidad del mismo, de muerte del marido o divorcio, para que se consideraran hijos nacidos dentro de matrimonio.

Al efecto el artículo 325 con anterioridad señalado, establece lo siguiente:

“Artículo 325.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”

De igual forma, el artículo 326 del Código Civil citado, establece la imposibilidad que tiene el cónyuge varón de impugnar la paternidad de los hijos, al decir a la letra lo siguiente:

“Artículo 326.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque esta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”

B). DIVERSAS FORMAS COMO SE ESTABLECE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.

Del texto del multicitado artículo 324, se desprenden varios supuestos para determinar a quién se le debía considerar hijo nacido de los cónyuges o de matrimonio:

- a). - La Unión Matrimonial.
- b). - La Concepción en tiempo hábil.

A estos dos supuestos debemos agregar otros dos más, ya que como se ha establecido anteriormente, por el hecho de una unión matrimonial van íntimamente ligados:

c).- La maternidad de la esposa.

d).- La paternidad del esposo.

a).- La Unión matrimonial de los padres.

Es la filiación que proviene de matrimonio, de tal suerte que antes tuvo que realizarse la unión matrimonial.

Cuando acontece una unión conyugal, se generan consecuencias, entre ellas la filiación de los hijos respecto de la esposa y el esposo, pero que ocurriría con los hijos si el matrimonio fuera declarado nulo. El legislador lo previó y resolvió determinando, que aunque se declare nulo un matrimonio, la relación filial no corre la misma suerte, pues basta con que se celebre el matrimonio para lograr surta sus efectos respecto a los hijos, esto significa que no es necesario que el matrimonio se considere putativo¹⁷; para que los hijos sean considerados como nacidos de matrimonio, de tal manera que aún procediendo ambos cónyuges de mala fe, el matrimonio producirá efectos civiles respecto a los hijos, es decir, para aquéllos quienes hayan nacido dentro de matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído matrimonio la excónyuge, tal como lo establece el artículo 256 en relación con el artículo 324, ambos del Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁷ En la doctrina jurídica encontramos el término de Matrimonio Putativo, esta figura aparece entre los canonistas. El autor Flores Barroeta señala que el matrimonio putativo es el matrimonio declarando "inválido, pero celebrado de buena fe, cuando menos por uno de los esposos y que en razón de dicha buena fe, engendra efectos jurídicos, cuando menos respecto del cónyuge de buena fe". Se considera buena fe cuando se contraiga el matrimonio ignorando el vicio que lo hace inválido Y por lo tanto subsisten los efectos basta que se declare la nulidad del matrimonio tanto para los hijos como para los cónyuges. como puede verse cuando el matrimonio se celebra de buena fe, produce efectos para los cónyuges, y en todo tiempo para los hijos, esto es que aún declarándolo nulo los hijos no pierden la filiación con sus padres

b).- La concepción en tiempo hábil.

Antes de la reformas al Código Civil para el Distrito Federal del 25 de mayo del 2000, resultaba importante el nacimiento en tiempo hábil, porque de aquí se desprendía si consideráramos al nuevo ser como hijo de matrimonio, lo que conllevaba a tener un padre cierto, pero siempre y cuando se cumpliera con la condición de que el hijo naciera después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio o que naciera dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de este, ello debido a que incluso no se permitía la prueba pericial en genética; pero ahora con posterioridad a las reformas con anterioridad señaladas, la concepción en tiempo hábil antes referida se modifico, dado que ahora en primer término basta con que exista la unión conyugal al momento del nacimiento del hijo para que sea considerado hijo de los cónyuges, y en segundo término porque se hacen ya inútiles las presunciones, en razón de que en la actualidad se admite la prueba pericial descrita con anterioridad que disipa radicalmente cualquier duda.

c).- La maternidad de la esposa.

El Código Civil vigente establece formas de parentesco de los hijos con sus padres en los artículos 293 y 294 .

El parentesco por consanguinidad que se refiere a la transmisión genética que se da de padres a hijos, lo establece el artículo 293, que a la letra dice:

“El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo de reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores. En el caso de la adopción, se equipara al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptante fuera hijo consanguíneo”.

El parentesco por afinidad se da entre aquellas personas que se consideran parientes por haber contraído matrimonio o vivir en concubinato, como lo dispone el artículo 294, que dice;

“El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos”.

Al respecto para considerarse hijo de matrimonio, es necesario que exista la unión conyugal de la mujer a la que se le reputa madre.

d).- La paternidad del esposo.

La filiación de los hijos de matrimonio en relación con el padre, en la actualidad parte de la siguiente presunción: “el padre es el esposo de la madre”, excepto cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida, ya que en este último caso para hacer la atribución de la paternidad del cónyuge, además de nacer el hijo durante el matrimonio, se requiere que haya mediado “consentimiento expreso para el uso de esos métodos” de acuerdo con la parte final del artículo 326 del Código Civil vigente. Pero además para fundamentar el principio ya mencionado, es necesario el cumplimiento de tres deberes básicos que trae consigo el matrimonio y que son: El de la cohabitación, la de la unión carnal y la fidelidad, ya que en caso de incumplir con alguno, cada uno se puede convertir en una causal de divorcio, tal como lo establece el artículo 267 del Código Civil.

Ahora bien, para demostrar la filiación de los hijos, sean nacidos dentro o fuera de matrimonio, la prueba fundamental conforme al artículo 340 del Código Civil es el acta de nacimiento, pero el artículo 341 del citado Ordenamiento Legal, abre la posibilidad de presentar prueba distinta, al establecer 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 aquellos que el avence 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 bastantes graves para determinar su admisión...”.

2. HIJOS DE PERSONAS QUE NO SE ENCUENTRAN UNIDAS EN MATRIMONIO.

Este apartado, es uno de los puntos medulares de la filiación. Durante el tiempo se ha tratado de crear igualdad entre los hijos, tratando de olvidar las circunstancias de su concepción o de su nacimiento.

De acuerdo a lo anterior, parecería que todos los que no reúnen los requisitos del artículo 324 del Código Civil, son hijos de personas quienes no son cónyuges o se encuentran unidas en matrimonio; pero no es así, pues se ha mencionado que hay dos grandes clasificaciones de hijos: los hijos en general y los adoptivos; estos últimos los analizaremos mas adelante. Entonces, para los que tienen el carácter de hijos de personas que no están unidas por el vínculo matrimonial, se observará lo dispuesto por el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

“Artículo 360.- La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare.”

De dicho artículo se deduce que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta tanto para el padre, madre o ambos por medio del reconocimiento voluntario y en caso de que no se haga por este medio, se establecerá por sentencia ejecutoriada que la declare.

Dentro del concepto hijos nacidos fuera de matrimonio, podrían incluirse todos aquellos quienes hayan nacido de una pareja, la cual no haya contraído matrimonio y que nunca lo contraiga; y que tampoco haya nacido el vínculo de hijo, por un acto jurídico denominado adopción; cuyos padres biológicos sean otros totalmente distintos. Pero de acuerdo con nuestro Código Civil Vigente para el Distrito Federal, tienen

carácter de hijos nacidos de personas no casadas, quienes rompen con el esquema de los hijos de cónyuges, por lo que serán aquéllos que:

- Nazcan de padre y madre que no hayan contraído matrimonio, ni lo contraigan entre sí; o

- Que habiendo contraído matrimonio el hijo nazca fuera de los tiempos hábiles, esto es que el hijo no nace dentro de matrimonio, contado desde que se celebre hasta que se disuelva el mismo, o que nazca después de trescientos días desde que se disolvió el vínculo matrimonial; y

- La relación como hijo de los padres haya sido originada por la adopción.

A). COMO SE ESTABLECE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS DE PERSONAS QUE NO SON CÓNYUGES.

La filiación natural es el vínculo que une al hijo que no ha nacido de relaciones de personas unidas en matrimonio, en esta no existe ningún vínculo jurídico como en la matrimonial; por lo que tampoco existe la obligación de cumplir con los principios del matrimonio y obviamente no se puede presumir exclusividad en la pareja por lo que no se puede concluir que cualquier concepción que tenga la mujer sea del hombre con el que ha estado, dado que pudo haber tenido acceso carnal con varios hombres y no sólo con uno de ellos, y por tal motivo la paternidad se ha tenido que establecer sobre presunciones, ya que no existe prueba directa que demuestre certeza de la misma. En razón de lo anterior, cuando se trata de que el hijo es concebido en matrimonio, automáticamente se reputa como procreado por el marido, que es en quien recae la presunción de padre, se sigue la máxima *pater est quod nuptiae demonstrat* (Las nupcias demuestran al padre), y respecto de la presunción de la paternidad fuera de la figura del matrimonio, se vuelve más complejo, mas aún si se presenta dentro de un ambiente donde se ha practicado la promiscuidad.

B). EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DEL PROGENITOR(A).

El artículo 360 del código civil, con relación al artículo 60 del mismo ordenamiento legal, establece la obligación que tienen el padre y la madre de reconocer a sus hijos; sin embargo el reconocimiento efectuado por el padre y la madre es de manera voluntaria, misma que puede ser realizada de manera separada o conjunta, en dicho reconocimiento señalaran que ese hijo, es de ellos, estableciendo un vínculo filiar.

a). ¿QUE ES EL RECONOCIMIENTO?.

El reconocimiento es una declaración de la voluntad, misma que tiene como finalidad que quede firme y como auténtica la relación filial entre el padre y el hijo, o la madre y el hijo; lo cual es justamente el objetivo que tiene nuestro Código, es decir, que el hijo tenga un padre y una madre. Mencionaremos solamente que la doctrina ha estudiado y analizado este problema. Por ello encontramos una serie de teorías al respecto; están las teorías del reconocimiento: la "confesión", reconocimiento "admisión", reconocimiento "declaración", reconocimiento como "negocio jurídico", conocimiento como acto de "poder familiar".¹⁸

b). DIVERSAS FORMAS DE EFECTUAR EL RECONOCIMIENTO.

Con este apartado pretendemos saber las formas establecidas en el Código Civil para efectuar el reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio. La respuesta nos la da el artículo 369 del Código que a la letra dice:

"Artículo 369.- 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;

¹⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Págs. 439-451

II. Por acta especial ante el mismo juez;

III. Por escritura Pública;

IV. Por testamento;

V. Por confesión judicial directa y expresa. 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.”

Estas son las cinco formas aceptadas por la ley para efectuar el reconocimiento de los hijos. De lo anterior se resalta que nuestra ley limita las posibilidades para poder reconocer a un hijo, de tal manera que si se es reconocido por otra forma que no sea aquellas que se acaban de señalar, no sería válido dicho reconocimiento, con la excepción a lo establecido en el último párrafo del mismo artículo, en el que se señala que dicho reconocimiento realizado por manera diversa, podría servir de prueba para la investigación de la paternidad o maternidad.

c). CAPACIDAD QUE REQUIERE LA LEY PARA EFECTUAR VALIDAMENTE EL RECONOCIMIENTO.

La capacidad requerida por la ley para que una persona mujer u hombre, puedan realizar el reconocimiento de un determinado hijo es suyo, se encuentra señalada en los artículos 361 y 362 del Código Civil.

“Artículo 361.- Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido”.

Entonces encontramos que la regla general, para reconocer a un hijo, es que la persona que pretenda el reconocimiento tenga la edad exigida para contraer matrimonio, edad que se encuentra regulada en el artículo 148 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dice: “Artículo 148.- Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad. Los menores de edad podrán contraer

matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento del padre o la madre o en su defecto, la tutela; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso”.

“Artículo 362.- El menor de edad no puede no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial”.

d). ¿QUIENES PUEDEN SER RECONOCIDOS?.

Para poder realizar un reconocimiento nuestra legislación civil señala tanto en casos como que personas pueden ser reconocidas, para crear un vínculo filial.

- Menores de edad;
- Mayores de edad, los cuales deben de otorgar su consentimiento;
- Mayores de edad, en estado de interdicción, los cuales para ser reconocidos deben de contar con el permiso de su tutor.
- En casos y formas que marca la ley.

Como un ejemplo del último caso, la ley no establece dificultad legal alguna para que una persona que se encuentre con un vínculo matrimonial, pueda reconocer al hijo habido antes de su matrimonio, aún sin consentimiento del cónyuge, con la excepción que marca la ley:

“Artículo 372. 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.”

Del mismo modo, en el artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal, se señala otro supuesto especial para ser reconocido un hijo.

“Artículo 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.”

Por otro lado, un mayor de edad también puede ser reconocido, con la excepción que dicho reconocimiento para efectuarse debe de tener el consentimiento de la persona a quien se pretenda reconocer, así como, en el caso de un menor de edad o una persona en estado de interdicción, estos deben de tener el consentimiento de sus tutores, tal y como se señala en el artículo 375.

“Artículo 375.- El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor ni el que esté en estado de interdicción, sin el de su tutor, si lo tiene, o del tutor que el Juez de lo Familiar le nombrará especialmente para el caso.”

e). CUSTODIA DEL RECONOCIDO.

La custodia se deriva del ejercicio de la patria potestad, puede haber patria potestad sin custodia, pero no custodia sin patria potestad, respecto a ella el artículo 417 de Código Civil para el Distrito Federal, a la letra dice:

“Artículo 417. Los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos. No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o

pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial. El juez de lo familiar aplicará las medidas previstas en el Código de Procedimientos Civiles e incluso podrá decretar el cambio de custodia de los menores previo el procedimiento respectivo, cuando quien tenga decretada judicialmente la custodia provisional o definitiva sobre ellos, realice conductas reiteradas para evitar la convivencia de los menores con la persona o personas que tengan reconocido judicialmente su derecho a la misma.”

Es menester señalar que el legislador en este artículo realiza aseveraciones importantes que no se había presentado con anterioridad y que eran origen de muchos conflictos de carácter judicial, como el de salvaguardar el derecho de convivencia, por medio de la aplicación de las medidas que considere el juez, así como la de decretar un cambio de esta por la realización de conductas de forma reiterada para evitar la misma, cuando tal convivencia sea reconocida judicialmente.

C). RECONOCIMIENTO IMPUESTO POR UNA SENTENCIA JUDICIAL RECAIDA EN UN JUICIO DE INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.

Como se observo precedentemente, el artículo 360 del Código Civil establece que las dos únicas formas de hacer crear el vínculo de filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, respecto de la madre, del padre o ambos, se da por reconocimiento voluntario o por sentencia ejecutoriada que así lo declare.

Respecto a la forma últimamente descrita, se establece, que en el caso que no exista reconocimiento voluntario alguno por parte de la madre, padre o ambos, puede dar pie a un procedimiento judicial que se promueve ante un Juez Familiar, en el que se pueda ofrecer cualquier medio de prueba, que sea suficiente para probar el vínculo filial, y así se dicte una sentencia definitiva que declare la filiación, esto se realiza mediante la acción de investigación de la paternidad.

Debido a esto, en el derecho ya se han aceptado prácticas con ayuda de la ciencia, para la determinación de la filiación, tal es el caso de lo señalado en el artículo 325, que en su parte conducente establece que contra la presunción a que se refiere el artículo anterior se admitirán como pruebas aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer, es decir el método infalible de la prueba del ácido desoxirribonucleico (ADN), que es el material encargado de almacenar y transmitir la información genética que identifica a cada persona como única, con excepción de los gemelos idénticos que poseen el mismo material genético o genotipo. Así todas las células de un individuo ya sea raíz de pelo, piel, hueso, leucocitos, espermatozoides u óvulo, etc., tienen la misma información genética. Estos dos principios, el de la individualidad genética de cada persona y el que todas las células de un mismo individuo posean la misma información genética, son la base para los estudios de la huella digital de ácido desoxirribonucleico.

La individualidad genética, esta definida por un conjunto de marcadores genéticos que el individuo hereda de sus padres. El material genético está contenido en los 46 cromosomas (23 pares homólogos) del núcleo celular. En la fertilización, el óvulo y el espermatozoide, que contienen sólo 23 cromosomas, se combinan para dar una célula con 46 cromosomas, así una copia de cada par de cromosomas es derivada del padre y la otra de la madre. Un cromosoma está constituido por una molécula muy grande de DNA unida a proteínas y contiene alrededor de 2000 genes. El ADN está formado por dos largas cadenas de 4 diferentes nucleótidos que pueden ser de adenina (A), citosina (C), guanina (G) o timina (T), los cuales se repiten una y otra vez en secuencias muy variables a lo largo de las cadenas. Estas dos cadenas de nucleótidos están unidas entre sí por puentes de hidrógeno y están enrolladas en forma de hélice, similar a una escalera de caracol. Los genes son fragmentos de DNA (1200 pares de bases (pb) en promedio) que se encuentran a lo largo de los cromosomas y la mayoría codifican la información para las proteínas, las cuales forman parte, intervienen y controlan las estructuras y funciones de las células y del cuerpo humano en conjunto. La prueba del ácido desoxirribonucleico es más que un análisis de sangre. Se puede ejecutar con una variedad extensa de muestras, incluyendo células de sangre,

muestras de tejido (piel, cabello, uñas, etc.) y diversos fluidos (saliva, mucosidades, semen entre otros). Como los tipos de sangre (A, B y O) son los más comunes en la población, es más difícil distinguir entre individuos sin prueba ADN.

Asimismo, la presunción e investigación de la paternidad y la maternidad, le esta permitida a los hijos, y sólo pueden intentarse en vida de los padre, también pueden hacerlo el hijo y sus descendientes a excepción de cuando se trate de atribuir la filiación a una mujer casada, siendo imprescriptible la acción para hacerlo, señalamiento que se desprenden de lo estipulado por los artículos 382, 388, 385 y 347 del Código Civil para el Distrito Federal, que dicen lo siguiente:

“Artículo 382.- 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 padre se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario que es la madre o el padre”.

“Artículo 388.- Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad.”

“Artículo 385.- Está permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualesquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.”

“Artículo 347.- La acción que compete al hijo y sus descendientes para reclamar su filiación, es imprescriptible para él y sus descendientes.”

Tocante a la prueba genética del ácido desoxirribonucleico, los Tribunales Colegiados Civiles Segundo y Tercero, ambos del Segundo Circuito, han establecido criterios jurisprudenciales contradictorios.

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil, señaló en su tesis jurisprudencial que:

“PERICIAL EN GENÉTICA. ES LA PRUEBA IDÓNEA PARA DEMOSTRAR CIENTÍFICA Y BIOLÓGICAMENTE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN. Cuando se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, así como sus consecuencias inherentes, la pericial en materia de genética es la prueba idónea para demostrarla, previo análisis de las muestras de sangre correspondientes, con el propósito de esclarecer jurídicamente el problema planteado, máxime si fue previa y debidamente admitida. Consecuentemente, si la madre no compareció con el menor al desahogo de dicha probanza, el juzgador debió ordenar el correcto desahogo del medio probatorio ofrecido, dictándose las medidas de apremio pertinentes para hacer cumplir sus determinaciones, y al no haber actuado así, su comportamiento constituye una violación al procedimiento que dejó en estado de indefensión al oferente de la prueba, pues una vez desahogada debidamente permitirá al Juez decidir justamente, al contar con los elementos esenciales y convincentes indispensables para dirimir la litis planteada, ya que la pericial es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación, esto es, la paternidad”.¹⁹

En claro que en esta tesis el Tribunal al resolver un amparo en revisión contra una sentencia en la que el Juez de Distrito concedió la protección constitucional, contra el auto de un juez familiar en el que admitió la prueba de identificación de la huella genética ((ADN), sostuvo tanto que la admisión y el desahogo de la misma no trae

¹⁹ IUS 4. Disco II. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Bajo el registro: Novena Época. Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: VIII, Julio de 1998. Tesis: II.2o.C.99 C. Página: 381.

como consecuencia la afectación de sus garantías individuales, ni le causa al quejoso perjuicios de imposible reparación, dado que la integridad personal no está contemplada dentro de éstas, como que es la prueba científica y biológicamente idónea para tener o no por cierta y corroborada la filiación.

En cambio, el Tercer Tribunal Colegiado, señaló en su tesis jurisprudencial lo siguiente:

“PRUEBA PERICIAL EN GÉNÉTICA. ES DE IMPOSIBLE REPARACION SU ADMISION, AL SER SUCEPTIBLE DE AFECTAR UN DERECHO SUSTANTIVO Y PUEDE IMPUGNARSE MEDIANTE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. El desahogo de la prueba pericial en genética requiere de toma de muestras de material orgánico de la persona, en cuya obtención puede atentarse contra su constitución corporal. Por ende, se trata de una probanza que, aunque indudablemente su admisión involucra de un modo directo la afectación de derechos adjetivos, sus efectos legales y materiales también pueden afectar derechos sustantivos, como en el caso sería la integridad del quejoso. Lo anterior pone de manifiesto que las consecuencias de la posible violación que la aceptación de la prueba puede producir, no se extinguirán en la realidad sin haber originado afectación alguna a los derechos fundamentales del gobernado, y sin dejar huella en su esfera jurídica; por el contrario, es de los que tienen una ejecución de imposible reparación, toda vez que su resultado puede afectar directamente alguno de los citados derechos, constitucionalmente tutelados por medio de las garantías individuales, debido a que su desahogo en la persona del quejoso, al haberse ordenado la obtención de muestras de sangre de éste, su afectación y efectos no se destruirán con el sólo hecho de quien la sufrió obtenga una sentencia definitiva favorable a sus pretensiones en el juicio, por lo que la legalidad de la forma en que se admitió la prueba, al ser susceptible de afectar un derecho sustantivo, constituye una excepción a la regla general de que las violaciones procesales son impugnables, ordinariamente, en amparo directo, cuando se reclame la sentencia definitiva y, por tanto, es impugnable mediante el

juicio de amparo indirecto, conforme a lo dispuesto por los artículos 107, fracción III, de la Constitución General de la República y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo.”

Es claro que el Tercer Tribunal Colegiado, al resolver el amparo en revisión interpuesto contra el desecamiento de la demanda de garantías, promovida contra el auto que admitió la prueba pericial genética, señaló que para el desahogo de esta se requiere tomar muestras de material orgánico, en cuya obtención puede atentarse contra la integridad de la persona, razón por la que su admisión involucra, de modo directo, la afectación de sus derechos sustantivos, de modo que aunque obtuviera una sentencia favorable en la primera instancia, la afectación a sus derechos fundamentales ya no podrían ser reparados, ni jurídica ni materialmente.

Cabe apuntar que los Tribunales Colegiados Civiles antes descritos examinaron cuestiones similares, pero adoptaron posiciones jurídicas opuestas en las respectivas tesis que emitieron, razón por la que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobó en la sesión de diecinueve de marzo de dos mil tres, la tesis de jurisprudencia obligatoria número 17/2003, que resuelve la contradicción de tesis 81/2002-PS, entre las sustentadas por los referidos Tribunales Colegiados, misma que a la letra establece:

“PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA. Cuando en un juicio ordinario civil en el que se ventilan cuestiones relacionadas con la paternidad, se dicta un auto por el que se admite y ordena el desahogo de la prueba pericial para determinar la huella genética, con el objeto de acreditar si existe o no vínculo de parentesco por consanguinidad, dicho proveído debe ser considerado como un acto de imposible reparación, que puede afectar los derechos fundamentales del individuo, por lo que debe ser sujeto a un inmediato análisis constitucional, a través del juicio de amparo indirecto, en términos de los artículos 107,

fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 114, fracción IV, de la Ley de Amparo. Lo anterior es así, por la especial naturaleza de la prueba, ya que para desahogarla es necesario la toma de muestras de tejido celular, por lo general de sangre, a partir del cual, mediante un procedimiento científico, es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico), es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, pero que nada tengan que ver con la litis que se busca dilucidar y, no obstante, puedan poner al descubierto, contra la voluntad del afectado, otro tipo de condición genética hereditaria, relacionada por ejemplo con aspectos patológicos o de conducta del individuo, que pertenezcan a la más absoluta intimidad del ser humano”.²⁰

Es claro que el criterio jurisprudencial que sostiene la Corte, al declarar violatoria la prueba genética del ácido desoxirribonucleico, por sostener que esta trae consigo actos de imposible reparación susceptible de afectar derechos sustantivos de la persona, dejando a un lado la esencia del juicio, se contrapone con lo establecido por los legisladores en los artículos 325 y 382 precedentemente descritos del Código Civil para el Distrito Federal, puesto que estos preceptos legales permiten como medio de prueba aquellas que los adelantos científicos pudieran ofrecer, como la prueba genética citada por su exactitud, y como consecuencia deja prácticamente como letra muerta lo establecido en dicho Código Sustantivo en cuanto a las pruebas para determinar la filiación.

²⁰ IUS 4. Disco II. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Bajo el registro: Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XVII. Abril de 2003. Tesis: 1a./J. 17/2003. Página: 88. PRUEBA PERICIAL EN GENÉTICA. SU ADMISIÓN Y DESAHOGO TIENEN UNA EJECUCIÓN DE IMPOSIBLE REPARACIÓN SUSCEPTIBLE DE AFECTAR DERECHOS SUSTANTIVOS DE LA PERSONA. En vista del sustentante, es errónea esta apreciación, ya que en base a un tecnicismo, como lo es el de “la especial naturaleza de la prueba, ya que para desahogarla es necesario la toma de muestras de tejido celular, por lo general de sangre, a partir del cual, mediante un procedimiento científico, es posible determinar la correspondencia del ADN (ácido desoxirribonucleico), es decir, la huella de identificación genética, lo cual permitirá establecer no sólo la existencia de un vínculo de parentesco, sino también otras características genéticas inherentes a la persona que se somete a ese estudio, pero que nada tengan que ver con la litis que se busca dilucidar y, no obstante, puedan poner al descubierto, contra la voluntad del afectado, otro tipo de condición genética hereditaria, relacionada por ejemplo con aspectos patológicos o de conducta del individuo, que pertenezcan a la más absoluta intimidad del ser humano.” Se olvidan de coartar el derecho que tiene el hijo de saber la veracidad de su procedencia y se pierde la finalidad de certidumbre de la filiación.

3. HIJOS ADOPTIVOS.

A). CLASES DE ADOPCIÓN QUE ADMITIO EL CÓDIGO CIVIL Y QUE ACTUALMENTE REGULA.

La palabra adopción deviene del latín *adoptio, onem*, y la palabra adoptar de *adoptare* de *ad*, y *optare* que significa desear, acción de prohijar, “es el acto jurídico solemne en virtud del cual la voluntad de los particulares, con permiso de la ley y autorización judicial, crea entre dos personas, una y otra naturalmente extrañas, relaciones análogas a las de la filiación legítima.”²¹

Para el maestro Rafael de Pina, “es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente”²².

Por su parte Chávez Asencio dice que la adopción es “recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”.²³

En esta institución del derecho familiar, se han establecido diferentes tipos de adopción que ha regulado nuestro Código Civil, mismas que comprenden desde la establecida en el Código Civil de 1928, que entro en vigor en 1932, pasando por las reformas efectuadas al mismo tanto en el año de 1998 como en el 2000.

En el Código Civil de 1928, que se denominaba “Código Civil para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia Federal”, la primera clase de adopción que regulo fue la Adopción Simple.

²¹ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia.. Ed. Porrúa, 4ª. ed. México . 1993. Pág. 434.

²² DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. 20ª. ed. México. 1994. Pág. 61.

²³ CHAVEZ ASECIO, Manuel. La adopción. Ed. Porrúa. 1ª. ed. Méxlco. 1999. Pág. 3.

a). Adopción Simple.

Esta se regulaba en los artículos 402 al 410, y se distinguía por los efectos que producía, ya que el vínculo jurídico llamado parentesco civil surgía sólo entre el adoptado y el o los adoptantes, conservando el parentesco con su familia consanguínea, teniendo como consecuencia que los derechos y obligaciones que resultaban del parentesco natural no se extinguían, por tal razón los derechos y obligaciones que nacían de tal adopción se limitaban sólo entre el o los adoptantes y el adoptado.

En cuanto a la patria potestad, esta se transfería al o los adoptantes, por lo que la ejercían como si fueran padres biológicos, también el adoptado llevaría el apellido de los padres adoptivos, además la ley establecía como impedimento para contraer matrimonio precisamente ese vínculo jurídico de parentesco.

Además se podía revocar cuando el adoptante era mayor de edad y convenía esto con el o los adoptantes o por causas de ingratitud del adoptado.

Cabe señalar, que a partir de las reformas del 25 de mayo del 2000, se abroga el capítulo de la adopción simple del Código Civil para el Distrito Federal, más la desaparición de esta figura no se hizo del todo y se podría decir que esta figura jurídica aún subsiste actualmente, esto en base al artículo 410 D, del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que señala:

“Artículo 410-D.- Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado.”

Esto quiere decir, que aquellas personas que tengan un parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se pretenda adoptar, no podrán hacerlo de forma plena, por lo que era una excepción a la adopción plena. Ya que los derechos y

obligaciones que surjan por esta clase de adopción, se limitarán al adoptado y adoptante.

b). Adopción Plena.

Esta clase de adopción, se adiciona por decreto del Diario Oficial de la Federación de fecha 28 de mayo de 1998, en vigor al día siguiente de su publicación, y aunado a las reformas del 25 de mayo del 2000, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, que entraron en vigor a partir del 1º de junio del citado año, en las que además de la abrogación de la adopción simple se cambiaron los rubros referente a la adopción, eliminando así dicho término de adopción plena y teniéndola ya como adopción general.

El efecto que produce la adopción referida es que: El adoptado es considerado hijo consanguíneo, por lo que se registra como hijo, levantando el acta con su nombre y apellidos de sus padres adoptantes, que para la especie es como de nacimiento, y no de adopción como sucedía en la simple, y en el caso que haya sido registrado con anterioridad se cancelara de oficio la respectiva acta, borrando así toda huella de origen; existe impedimento de matrimonio entre éste y él o los adoptantes; los lazos de consanguinidad que adquiere el adoptado se amplían a los familiares de los padres adoptivos, incorporándolo así en forma definitiva e irrevocable a la familia de éstos, teniendo todos los derechos y obligaciones de un hijo consanguíneo; extingue la filiación entre el adoptado y sus progenitores biológicos, así como el parentesco con sus familiares de origen, a excepción de los impedimentos para contraer matrimonio; es irrevocable por lo que nunca se extingue en vida de las personas y prohíbe finalmente al Registro Civil de proporcionar información sobre lo antecedentes de la familia de origen, salvo autorización judicial en dos casos, para efectos de impedimentos para contraer matrimonio y cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, y si fuere menor se requerirá el consentimiento de los adoptantes.

Esta clase de adopción se regula en los artículos 410-A, 410-B, 410-C y 410-D, que a la letra dicen:

“Artículo 410-A.- El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo 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 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”.

“Artículo 410-B.- Para que la adopción puede tener efectos, además de las personas a que se refiere el artículo 397 de este Código, deberá otorgar su consentimiento el padre o la madre del menor que se pretenda adoptar, salvo que exista al respecto declaración judicial de abandono”.

“Artículo 410-C.- El Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, excepto en los casos siguientes y contando con autorización judicial:

- I. Para efectos de impedimento para contraer matrimonio, y
- II. Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento de los adoptantes.

“Artículo 410-D.- Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte, los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado”.

c). Adopción Internacional.

En la reforma antes indicada de 1998, también se adiciona esta figura jurídica, la cual regula dos formas de adopción:

- la Adopción Internacional; y
- La adopción por extranjeros.

B). LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y LA ADOPCIÓN POR EXTRANJEROS.

a). La Adopción Internacional.

Se presenta en los casos en que el adoptante o adoptantes tienen su domicilio o residencia habitual en un país y el adoptado tiene su domicilio o residencia en otro país.

Razón por la cual, el adoptado va a residir fuera de nuestro país, esta adopción se encuentra regulada por el artículo 410 E primer párrafo del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

“Artículo 410-E.- La adopción internacional es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia habitual fuera del territorio nacional; y tiene como objeto incorporar, en una familia, a un menor que no puede encontrar una familia en su propio país de origen. Esta adopción se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado Mexicano y, en lo conducente, por las disposiciones de este Código.

Las adopciones internacionales siempre serán plenas.

La adopción por extranjeros es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Esta adopción se regirá por lo dispuesto en el presente Código.”

Este tipo de adopción, tiene la peculiaridad, como se percata en la lectura del mismo, que se rige por los tratados internacionales que celebra el estado Mexicano con los diversos países, bajo un principio de bilateralidad, aunando a esto que se debe de cumplir con ciertos requisitos, que no son considerados para las adopciones con carácter nacional, en base a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que señala:

“Artículo 923.- El que pretenda adoptar deberá acreditar los requisitos señalados por el artículo 390 del Código Civil, debiendo observar lo siguiente:

...

V. ...

Los extranjeros con residencia en otro país deberán acreditar su solvencia moral y económica y presentar certificado de idoneidad expedidos por la autoridad competente de su país de origen que acredite que el o los solicitantes son considerados aptos para adoptar; constancia de que el menor que se pretende adoptar ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado; deberán durante el procedimiento acreditar su legal estancia en el País y la autorización de la Secretaría de Gobernación para llevar a cabo una adopción.

La documentación que presenten los solicitantes extranjeros en idioma distinto al español, deberá acompañarse de la traducción oficial.

La documentación correspondiente deberá estar apostillada o legalizada por el Cónsul mexicano.”

La finalidad de que este tipo de adopción, se rija en base a los tratados internacionales, es en atención al interés superior del adoptado y vigilar sus derechos fundamentales, ya que se previene la sustracción del país de niños, con fines de tráfico o venta.

b). La Adopción por Extranjeros.

Esta adopción se encuentra regulada por el artículo 410 E en su parte última del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece:

“Artículo 410-E.- ...

La adopción por extranjeros es la promovida por ciudadanos de otro país, con residencia permanente en el territorio nacional. Esta adopción se registrará por lo dispuesto en el presente Código.”

Este tipo de adopción, se rige bajo los principios de una adopción común en el territorio mexicano, por lo que debe de cumplir con los mismos requisitos que se le solicitan a una persona mexicana, con la excepción a lo establecido en el artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que señala:

“Artículo 923.- El que pretenda adoptar deberá acreditar los requisitos señalados por el artículo 390 del Código Civil, debiendo observar lo siguiente:

...

V. Tratándose de extranjeros con residencia en el país, deberán acreditar su solvencia moral y económica con las constancias correspondientes, sin necesidad de presentar testigos.

En un procedimiento de adopción, dichos extranjeros tienen una desventaja en comparación con las personas de nacionalidad mexicana, ya que, como lo establece el artículo 410-F del Código Civil para el Distrito Federal, en la adopción se dará preferencia a los nacionales sobre los extranjeros, al efecto el citado artículo señala:

“Artículo 410 F.- En igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a mexicanos sobre extranjeros.”

CAPITULO SEGUNDO

TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

I. INTRODUCCION. LA REPRODUCCION HUMANA FUERA DEL PROCESO NATURAL.

Los avances y descubrimientos científicos y biotecnológicos en el ámbito de la biología, en lo referente a la genética y concepción humana, han hecho posible que actualmente el hombre pueda intervenir en el proceso reproductivo humano, para que este pueda presentarse sin necesidad de relación sexual alguna, esto de debe gracias a los desarrollos de las técnicas de Inseminación Artificial y de Fecundación in Vitro.

Las técnicas desarrolladas científicamente para colaborar a que un óvulo humano sea fecundado, y que hace posible la procreación sin que exista de por medio contacto de tipo carnal, han ocasionado un revuelo dentro de los campos de lo moral, lo ético, lo religioso, social y jurídico. Desafortunadamente no obstante que el derecho es una ciencia dinámica que debe ir evolucionando al ritmo de lo cambios sociales y científicos, en materia de reproducción asistida se ha quedado rezagado, a tal grado, que los conflictos que plantean estos avances científicos han rebasado las expectativas de nuestra legislación actual.

La reproducción humana asistida se define como: "el conjunto de técnicas o métodos y procedimientos utilizados para obtener la concepción mediante la manipulación de los gametos masculinos y femeninos, por personal profesional especializado."²⁴

²⁴ GALVÁN RIVERA, Flavio. "La inseminación artificial en seres humanos y su repercusión en el Derecho Civil". Revista Jurídica de Posgrado, Universidad Autónoma de Oaxaca, año 1. num. 2, abril-junio. México. 1995. Pág. 76.

La reproducción se ha de utilizar, en aquellos casos en que el hombre y/o la mujer no puedan procrear mediante la relación sexual, ya sea por esterilidad o infertilidad.

Se habla de esterilidad cuando hay incapacidad en la pareja para lograr un embarazo llevando una vida sexual activa sin seguir ningún método anticonceptivo. En otras palabras, existe esterilidad cuando la mujer no puede concebir y/o el hombre no puede fecundar.

La mujer es infértil, cuando no puede gestar o llevar una etapa viable del producto concebido, produciendo el aborto y muerte de éste.

Es de suma importancia de que forma se procure la reproducción asistida, ya que debido a ello se va a clasificar en sus técnicas.

“Las técnicas de reproducción humana asistida son todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación. Existen dos grupos a saber: Aquellas que se basan en la inseminación artificial in corporea y las que se realizan a partir de la fecundación extracorpórea o in vitro”.²⁵

II. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y FECUNDACION IN VITRO.

1. ¿QUÉ ES LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y LA FECUNDACIÓN IN VITRO?.

“La Inseminación artificial es la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, si no de manera artificial, a fin de producir la fecundación.”²⁶

²⁵ RIVERA, Julio Cesar. Instituciones del Derecho Civil. Parte General I. Ed. Abelardo Parrot. Argentina. 1992. Pág. 344.

²⁶ Ibidem. Pág. 34.

“La inseminación artificial es un método de fecundación asistida, que consiste en colocar los gametos masculinos en alguna parte de la vía genital femenina, generalmente después de realizar la correspondiente capacitación fecundante de los espermatozoides en el laboratorio”.²⁷

La inseminación artificial es el procedimiento por medio del cual es introducido el gameto masculino en el cuerpo femenino, de manera no natural, es decir, distinto al acto sexual, y dependiendo del sitio donde se deposite el semen, puede ser intravaginal, intracervical, intrauterina, intraperitoneal o intratubaria.

En este tipo el gameto aportado es exclusivamente masculino.

Tocante a la fecundación in vitro, este vocablo significa etimológicamente, el acto de fertilizar dentro de un recipiente de vidrio.

“La Fecundación in vitro es un método de fecundación asistida, que consiste en unir los gametos masculino y femenino extracorpóreamente, dentro de un laboratorio, mediante el uso de un tubo de ensayo, una caja de Petri o cualquier otro objeto idóneo para tal efecto positivo”.²⁸

El maestro Juan Tapia Mejía dice que la fecundación in vitro implica la posibilidad de que la concepción no se realice en el aparato reproductor femenino, si no en laboratorio, para luego, cuando el embrión ha comenzado sus primeras divisiones, introducirlo en el interior del útero, y pueda desarrollarse con normalidad²⁹.

Esta técnica se compone de dos elementos: el primero, consiste en la unión de los gametos del hombre y de la mujer en un medio extracorpóreo y el segundo consiste

²⁷ GALVAN RIVERA, FLAVIO. Op. Cit. Pág. 77.

²⁸ Ibidem.

²⁹ TAPIA MEJIA, Juan. Las técnicas de reproducción asistida. Facultad de Derecho U.N.A.M. División de Estudios de Posgrado. México. 2002. Pág. 7.

en la implantación del producto de la fecundación en la mujer que se encargará de llevar a cabo la gestación del nuevo ser.

En la fecundación in vitro, la concepción se lleva a cabo afuera de los órganos femeninos, por medio de una técnica cuyas facetas puntualiza el autor Martínez Calcerrada³⁰, y que son:

“1.- Obtención del óvulo femenino por medio de un método adecuado de extracción.

2.- Conservación del óvulo extraído, en incubadora en un fluido de cultivo hasta que se encuentre apto para la fecundación.

3.- Obtención del semen masculino, por medio de la masturbación o impulsos eléctricos.

4.- la fecundación propiamente debida, es decir, el encuentro del óvulo con los espermias, hasta que uno de ellos logre penetrar el núcleo y fecundar.

5.- La formación del huevo o cigoto, resultado de la fecundación, e inicio de la génesis del embrión.

6.- La transferencia del embrión al útero de la madre que llevará a término la gestación.

A partir de la transferencia del embrión y hasta el parto, el proceso de gestación se realizará de manera natural dentro del vientre de la portadora.”

2. DIVERSAS ESPECIES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Existen dos tipos inseminación:

A).- Inseminación Artificial Homóloga; y

B).- Inseminación Artificial Heteróloga.

³⁰ MARTINEZ CALCERRADA, Luis. Derecho Médico. Volumen Primero. Ed. Tecnos, S.A. Madrid, España. 1986. Pág. 477.

“La inseminación artificial homóloga es aquella donde se utiliza el semen de la pareja.

La inseminación artificial heteróloga es cuando se utiliza semen de un donador (semen congelado de banco), y se indica cuando el varón no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad hereditaria.”³¹

A).- Inseminación artificial homóloga.

A).- La Inseminación Homóloga, es la que se practica en una mujer unida en matrimonio o concubinato con semen del marido o concubino.

En este tipo se presentan tres elementos personales:

- 1.- La mujer inseminada.
- 2.- El esposo o concubino.
- 3.- El médico y demás personal que intervienen en la inseminación.

La inseminación artificial es aconsejable, por ejemplo en los siguientes casos:
1º Cuando el hombre y/o la mujer, tienen anomalías físicas que impidan una inseminación natural; 2º Cuando el hombre fue sometido a tratamientos químicos o radioterápicos que afecten su virilidad; 3º Cuando hay alteraciones en las secreciones del cuello uterino de la mujer, que destruyan los espermias o bien impidan su ascenso al lugar donde deben fecundar el óvulo.

En la aplicación de esta técnica, se tendría que valorar las circunstancias individuales de cada persona para determinar el mejor tratamiento a aplicar.

³¹ <http://www.reproduccion.com.mx/insem.html>

Como presupuesto para llevar a cabo la inseminación artificial homóloga, se requiere la voluntad de la mujer, integrada con la del marido, de la misma manera, en el caso de la mujer unida en concubinato.

B).- Inseminación artificial heteróloga.

La inseminación heteróloga, es aquella que se realiza con semen de un tercero o persona física que transmite su material genético y que no es el marido o concubino, a la mujer casada, unida en concubinato o soltera, que será inseminada.

En la selección de la muestra genética que se va a utilizar, la pareja pide ciertas características que tiene que tener el donante de la muestra, una de ellas es que debe de contar con características de similitud respecto al aspecto de la persona que pretende ser padre o madre, como similitud en su grupo sanguíneo, todo esto debido a que lo que se pretende es el evitar la introducción de caracteres hereditarios que no exista en la pareja.

En este tipo se presentan los siguientes elementos personales:

- 1.- La mujer inseminada, casada o soltera.
- 2.- El tercero o persona física que transmite las células germinales a la mujer inseminada, casada o soltera.
- 3.- El médico y demás personal que intervienen en la inseminación.

La inseminación heteróloga es aconsejable, por ejemplo en los siguientes casos:
1º Cuando existe esterilidad del marido o concubino y 2º cuando exista peligro de contagio de una enfermedad grave o hereditaria por parte del padre, o por anomalías cromosómicas.

3.- DIVERSAS.ESPECIES DE FECUNDACION IN VITRO.

También en esta técnica existen dos tipos de fecundación artificial in vitro:

- A).- Fecundación In Vitro Homóloga; y
- B).- Fecundación In Vitro Heteróloga.

A).- Fecundación in vitro homóloga.

La fecundación in vitro homóloga se practica con células sexuales de los miembros de una pareja unida en matrimonio o concubinato, en cuyo caso la gestación puede ser llevada a cabo por la esposa o concubina portadora del óvulo, o bien, por una mujer que se compromete a que le sea implantado en el útero el embrión de la pareja de cónyuges o concubinos, a fin de que en el mismo se lleve a cabo la gestación del hijo hasta su nacimiento (maternidad subrogada).

En este tipo de técnica, es indispensable que los miembros de la pareja tengan plena capacidad para producir sus células sexuales, esto es, que no sean estériles, ya que con sus propios gametos es con lo que se realiza la fecundación in Vitro.

La fecundación in vitro homóloga médicamente es recomendable, por ejemplo en los siguientes casos: 1º Cuando la capacidad de ovular y gestar de la mujer no están dañadas y sólo tenga alguna obstrucción o alteración irreparable en las trompas de falopio, que impide que sus óvulos puedan descender para encontrarse con los espermias dentro del óvulo, en este caso se realiza la transferencia del embrión a su propio cuerpo; 2º Cuando se presente infertilidad en la mujer, pero no esterilidad, es decir, que ésta no sea capaz de tener el producto en su vientre, pero que pueda crear óvulos, en este supuesto la transferencia del embrión se hará a una madre subrogada, pero el material genético es el aportado por la pareja, y 3º Cuando el hombre pueda generar espermatozoides, pero por alguna anomalía física o psíquica impidan que estos puedan fecundar el óvulo por medio de la cópula.

B).- Fecundación in vitro heteróloga.

La fecundación in vitro heteróloga, es aquella que se realiza por alguna célula sexual de un tercero extraño a la pareja unida en matrimonio o concubinato.

En este caso el gameto aportado por el tercero, puede ser tanto femenino como masculino e incluso ambos.

En esta técnica, una vez ocurrida la primera etapa, es decir, la fecundación; la segunda etapa o sea la transferencia del embrión, puede realizarse a la mujer portadora del óvulo, o bien en una tercera que se preste para llevar a cabo la gestación (maternidad subrogada).

La fecundación in vitro heteróloga médicamente es recomendable, por ejemplo en los siguientes casos: 1º Cuando existe esterilidad en la mujer por obstrucción en las trompas, trastornos en la ovulación, lesiones en el cuello del útero, alteración en el moco cervical o rechazo a las células germinales de su pareja, si la mujer es fértil, la transferencia del embrión se hace a su cuerpo; 2º Cuando existe infertilidad o esterilidad en la mujer, en donde la transferencia del embrión se hará a otra mujer y la fecundación con un óvulo aportado por una tercera mujer; 3º Cuando existe esterilidad en el varón, en cuyo caso, la fecundación se practica con el semen aportado por un tercero, y la transferencia del embrión se hará en la esposa o concubina o en otra mujer, si no fuera fértil, y 4º Cuando ambos miembros de la pareja sean estériles o bien rechacen sus células germinales, en cuyo caso se debe recurrir a la aportación de gametos del hombre y de la mujer terceros, y la transferencia del embrión se hará en la esposa o concubina o en otra mujer, si no fuera fértil.

III. LA FILIACIÓN DEL HIJO NACIDO DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

En este apartado analizaremos la filiación de los hijos que se origina mediante los diferentes tipos de inseminación artificial.

A). La filiación del hijo nacido mediante la inseminación artificial homóloga:

Dado que este tipo de inseminación artificial se presenta entre personas que se encuentran unidas en matrimonio o concubinato, en el primer caso nuestro Código Civil para el Distrito Federal, establece en su artículo 324 lo siguiente:

“Artículo 324.- 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.”

Por lo que al nacimiento del hijo que sea producto de una inseminación artificial homóloga, dentro del matrimonio, este se considerará como un hijo nacido de cónyuges, sí se encuentra dentro del tiempo fijado en el mismo artículo, por lo cual, si aún se intentase efectuar un juicio de desconocimiento de paternidad ya sea por la madre o el padre, no podría desconocerse la misma filiación, siempre y cuando existiera consentimiento expreso en cuanto a la aplicación de estas técnicas, conforme a lo previsto en el artículo 326 en su segundo párrafo.

“Artículo 326.- ...

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos”

Por su parte el artículo 293, párrafo segundo del Código Civil, señala:

“Artículo 293.- ...

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores”.

Por lo que el hijo producto de esta técnica de inseminación artificial, tendría absolutamente los mismos derechos filiales que el de un hijo procreado de manera natural, por lo que tendría absolutamente los mismos tratos.

Respecto de los hijos producto de inseminación artificial homóloga de personas que no están unidas por el vínculo matrimonial, pero que estén unidas en concubinato, su filiación se establece a partir de lo dispuesto por el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece:

“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.”

Aunado al precepto legal anterior, el artículo 383 del Código Civil, dice:

“Artículo 383.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

- I. Los nacidos dentro del concubinato; y
- II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.”

En cuanto a la determinación de la filiación respecto a la inseminación artificial homóloga, en el caso en que los padres no están casados, se presenta una problemática, consistente la misma en que a pesar de que esta situación se encuentra regulada en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, esta es muy difícil toda vez que se debe de efectuar un reconocimiento expreso para crear la filiación, y debido a esto cualquier persona podría atribuirle la filiación del hijo a su pareja o ex pareja, no importando si este sea o no sea el padre o la madre.

Asimismo, en el caso que nos ocupa sirve de aplicación lo dispuesto en el artículo 282 del Código Civil, que indica lo siguiente:

“Artículo 382.- 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”.

En los casos en que el hijo producto de inseminación, no nazca, se determinará su filiación según lo establecido en el artículo 353 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

“Artículo 353-Quater.- Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada.”

En los casos en que la inseminación artificial se realiza cuando el padre ya haya fallecido, se le conoce como inseminación artificial homóloga post mortem, la cual se presenta siempre y cuando éste haya depositado semen y el mismo se halla congelado en un banco de semen, para hacer uso de el tiempo después de su óbito la mujer.

De lo anterior, se debe de establecer el tiempo en el cual nace el hijo producto de esta técnica, la cual va a poder determinar la filiación del hijo.

Uno de los casos, se presenta cuando la mujer se somete a una inseminación artificial después de que haya fallecido el padre, con la salvedad que el mismo haya proporcionado semen y otorgara consentimiento expreso antes de morir para la realización de tal practica, por lo que si el hijo nace dentro de los trescientos días, en tiempo tal y como lo establece la ley, el hijo entraría en el supuesto del artículo 324 fracción II del Código Civil que señala:

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

I. ...

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.”

Lo anterior es en cuanto si los padres se encuentran unidos en matrimonio, pero si no se encuentran casados, al efecto el artículo 383 fracción II del Código Civil dispone:

“Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. ...

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

Tomando en cuenta, que en este caso existiría un consentimiento expreso con anterioridad al fallecimiento para la aplicación de dicha técnica de inseminación. Con la salvedad que durante ese tiempo la mujer no haya contraído nupcias, puesto que en ambos casos, se entendería según lo señalado en la fracción I, del artículo 324 el cual señala que el hijo se presumirá del matrimonio.

Por lo que no se podrá impugnar la paternidad en el caso de personas unidas en matrimonio, cuando medie consentimiento expreso, cuando el hijo nazca después de los trescientos días, tal y como lo señala el artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 329.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la

filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.”

Es necesario puntualizar que en ninguna parte de la ley civil, se establece un tiempo máximo para el nacimiento del hijo de inseminación artificial homologa post mortem, ya que lo único que se señala es que el nacimiento sea dentro de trescientos días.

En cuestión de que los padres no se encuentren unidos en matrimonio, y el hijo nazca después del plazo señalado en el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal, pero que exista un consentimiento expreso sobre la aplicación de estas técnicas, se aplicaría lo estipulado por el artículo:

“Artículo 369.- 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.

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.”

Si dicho consentimiento expreso, no se encuentra con los requisitos enumerados en el artículo anterior, dará lugar a lo establecido en el último párrafo del mismo precepto legal, lo que permitiría la acción requerida para efectuar un juicio de investigación filiatoria, para que por medio de sentencia judicial se establezca una filiación al hijo nacido en este caso en especial.

B). La filiación del hijo nacido mediante la inseminación artificial heteróloga:

En esta forma de reproducción asistida, tiene un carácter muy especial, ya que la misma se practica con la participación de un tercero, por lo que es de suma importancia el hecho de que existe un consentimiento expreso para la utilización de dicha técnica.

Por lo que si el hijo nace cuando los padres se encuentran unidos en matrimonio, la filiación se determina según lo establecido en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, y se tendrá como hijo nacido dentro del matrimonio.

Nuestra legislación civil, prevé la situación de salvaguardar la filiación del hijo, ya que si se intentase el desconocimiento de la paternidad, se estaría a lo estipulado en la propia ley, la cual determina en artículos diversos del Código Civil lo siguiente:

“Artículo 326.- ...

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”

Esto es, en base a que como se detallo con anterioridad, si existe un consentimiento expreso por parte del cónyuge a tales técnicas, por tal motivo se le atribuye el hijo nacido dentro del matrimonio.

Lo anterior, es con motivo a que en esta técnica de inseminación artificial, se presenta la posibilidad de existencia de dos padres o madres, las cuales se entenderían por biológicas y jurídicas. Esto es con la finalidad de asegurar al hijo la existencia de una filiación, ya que si se permitiese que dicha filiación fuera permisible de impugnación por parte del cónyuge, no existiría la seguridad jurídica de que la persona que apporto el material genético, vaya a reconocerlo como hijo suyo.

Así que, si tenemos los elementos de un consentimiento expreso por parte del cónyuge que permitió la aplicación de dichas técnicas estableciendo una determinada filiación, respecto al hijo nacido de matrimonio.

A su vez el artículo 293 párrafo segundo del Código Civil, establece:

“Artículo 293.- ...

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores. ...”

De igual forma, la paternidad o maternidad no puede impugnarse siempre que medie consentimiento expreso en el hijo nacido fuera del tiempo establecido por la ley, por parte del padre, reafirmando lo anterior el artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal, señala:

“Artículo 329.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.”

Es preciso resaltar, que el término de paternidad se refiere de igual forma tanto a la madre como al padre.

Ahora bien, la filiación de los hijos nacidos por personas que no se encuentran unidas, se regula en el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal, más es de suma importancia, el recalcar que en dicho precepto no se prevé la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

Por lo que dificulta la filiación, pues como se describe con anterioridad en este caso, el concubino o concubina deben de probar que realmente existió un consentimiento expreso por parte de la persona a quien se le pretende imputar la filiación.

Dicho reconocimiento debe de ser de manera voluntaria y en forma expresa, ya que si no cumplierse con los requisitos establecidos por la ley civil en su artículo 369, se estará a lo señalado especialmente en el último párrafo del mismo precepto legal, por lo que solamente serviría como prueba de filiación:

“Artículo 369.- 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.

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.”

Igualmente en los casos en que el hijo producto de inseminación, no nazca, se determinará su filiación según lo establecido en el Artículo 353 Quáter del Código Civil, que dice: “Artículo 353-Quater.- Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre declara que reconoce al hijo de la mujer que está embarazada.”

Este artículo sólo se refiere al padre que reconoce al hijo, pero también puede aplicarse a la madre, ya que el artículo 293 del Código Civil, dice que se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y en el caso en comento entre los concubinos que hayan procurado el nacimiento, con la finalidad de lograr atribuirse la paternidad o maternidad según el caso.

CAPITULO TERCERO

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El contrato de prestación de servicios se encuentra regulado en el Título Décimo, Segunda Parte del Libro Cuarto del Código Civil del Distrito Federal, bajo la denominación: "Del contrato de prestación de servicios", este apartado alberga varios tipos de contrato: Capítulo I.- "Del servicio doméstico, del servicio por jornal, del servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo y del contrato de aprendizaje"; Capítulo II.- "De la prestación de servicios profesionales"; Capítulo III.- "Del contrato de obras a precio alzado"; Capítulo IV.- "De los porteadores y alquiladores"; Capítulo V.- "Del contrato de hospedaje". Cabe señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2605, se señala que: "El servicio doméstico, el servicio por jornal, el servicio a precio alzado en el que el operario sólo pone su trabajo, y el contrato de aprendizaje, se regirán por la Ley Federal del Trabajo".

I. CONCEPTO DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

El contrato de prestación de servicios, se define como: "Un contrato en virtud del cual una parte, la que se designa con el nombre de profesionista o profesor, se obliga a realizar un trabajo que requiere preparación técnica, artística y en ocasiones título profesional para llevarlo a cabo, a favor de otra persona, llamada cliente, a cambio de una remuneración que recibe el nombre de honorarios."³²

El maestro Zamora y Valencia, lo define como: "Un contrato por virtud del cual una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar un servicio técnico a favor de otra llamada cliente, a cambio de una retribución llamada honorario."³³

Para el maestro Pérez Fernández del Castillo, es: "Un contrato por el cual una persona llamada profesor, se obliga a prestar sus servicios profesionales, técnicos,

³² TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. "Los contratos civiles y sus generalidades". 6ª Edición. Ed. Mc Graw Hill. México. 2003. Pág. 365.

³³ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. "Contratos Civiles". 5ª Edición. Ed. Porrúa, S.A. México. 1994. Pág. 255.

científicos o artísticos en beneficio de otra llamada cliente, quien a su vez se obliga a pagar los honorarios convenidos.”³⁴

Por su parte el maestro Sánchez Medal, lo define como: “El contrato por el que una persona llamada profesionista o profesor se obliga a prestar determinados servicios calificados que requieren una preparación técnica y a veces un título profesional, a otra llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario.”³⁵

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

El contrato de prestación de servicios, tiene sus orígenes a en el derecho romano, bajo la premisa *locatio conductio operarum*; lo trata de un contrato análogo al de arrendamiento de cosas, con lo que se equiparaba a esta figura como una arrendamiento de servicios.

El jurista Sánchez Medal, acertadamente resume el proceso histórico de la figura del contrato de prestación de servicios en México, al señalar que a este contrato se le consideraba de la misma manera que en el Derecho Romano, aún hasta las épocas del Código Napoleónico, en donde se le consideraba como un contrato de arrendamiento de servicios.

No fue sino hasta el Código Civil de 1870, en donde se estimo que dicha prestación de servicios de forma general, no debía considerarse como un arrendamiento de servicios, sino que tenía más semejanza con el contrato de mandato, reglamentándolo así, no con posterioridad del de arrendamiento, sino ubicándolo después del contrato de mandato.

³⁴ PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. “Contratos Civiles”. 3ª edición. Ed. Porrúa, S.A. México. 1995. Pág. 269.

³⁵ SANCHEZ MEDAL, Ramón. “De los contratos civiles”. Ed. Porrúa. México. 2004. Pág. 336.

En el Código Civil de 1884, el contrato de prestación de servicios ya no era asemejado a la figura del mandato, sino por el contrario, era considerado como parte de él, estableciendo que las normas del mandato tenían el carácter de supletorias al contrato de prestación de servicios.

Y no fue sino hasta 1928, que en base a las ideas de Planiol y Demogue, se distinguió al contrato de prestación de servicios profesionales, como un contrato diferente al de mandato, al establecerse en el mandato que su objeto son siempre actos jurídicos y el mandatario actúa en nombre o por lo menos por cuenta del mandante, en tanto que el profesionista realiza ordinariamente actos materiales y no actúa en nombre o por cuenta del cliente, sino simplemente ejerce su profesión.³⁶

Nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, continúa bajo los mismos lineamientos que el Código Civil de 1928, regulando en contrato de prestación de servicios, en su Título Décimo, Segunda Parte del Libro Cuarto.

Por otra parte la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 5, reconoce la libertad de trabajo, y por ende la posibilidad de que el individuo pueda ejercer libremente cualquier profesión, bajo las indicaciones que en ella se marcan, el referido artículo dice:

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

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

³⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. Págs. 335 y 336.

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

De lo anterior, se desprende la libertad del derecho a la elección del trabajo, el derecho a libre disposición del producto del trabajo y las limitaciones de dicha libertad, por lo que es fundamental este precepto constitucional para regular las condiciones y requisitos necesarios para el desempeño de una función.

III. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Para la determinación de la naturaleza de este contrato, tomamos en cuenta el criterio señalado por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el cual determina:

“CONTRATOS. DETERMINACIÓN DE SU NATURALEZA.- El criterio para distinguir la naturaleza de un acto jurídico, lo determina generalmente la ley atendiendo al objeto o al propósito de dicho acto; ello no excluye que puedan considerarse otras circunstancias, tales como la calidad de las partes que intervienen en el acto, o el cumplimiento voluntario que se haga del mismo. De ese modo, por ejemplo, el arrendamiento será mercantil cuando se verifique con el propósito de especulación comercial. Será, en cambio laboral, cuando se haya verificado en atención a la calidad de trabajador del inquilino, como una contraprestación a sus servicios.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 34/93.-María del Carmen Castro Núñez.-4 de febrero de 1993.- Unanimidad de votos.-Ponente: José Becerra Santiago.-Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XI, abril de 1993, página 232, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis I.3o.C.582 C.³⁷

Los actos que se realizan en este tipo de contrato, son de carácter técnico y no necesariamente jurídicos, y se realizan por cuenta y a nombre del profesional, aun cuando sean en beneficio y provecho del cliente.

Considero oportuno señalar, que a este contrato es frecuente que se le confunda con el contrato de mandato, lo cual es erróneo, puesto que en el mandato, el mandatario debe realizar siempre actos jurídicos y éstos deben ser siempre por cuenta y en nombre del mandante, a diferencia del contrato de prestación de servicios, según acabamos de anotar.

IV. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS.

En el estudio de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios, es fundamental establecer la clasificación del mismo,

Al contrato de prestación de servicios, lo podemos clasificar según sus características, en:

Principal, puesto que existe y subsiste por sí mismo, en otras palabras, no depende de algún otro contrato para su existencia y validez.

Como acertadamente lo expresa el maestro Zamora y Valencia, el contrato de prestación de servicios es un contrato principal, "porque su existencia y validez no dependen de la existencia de otro contrato o de una obligación previamente existente".³⁸

³⁷ IUS 4. Disco II. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Bajo el registro: Octava Época. Instancia: Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Fuente: Apéndice 2000, Tomo: Tomo IV, Civil, P.R. TCC, Tesis: 822, Página: 574.

³⁸ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 256.

De la misma forma, a este contrato es de carácter **bilateral**, puesto que genera obligaciones y derechos para ambas partes que intervienen en dicho contrato.

Es de carácter **oneroso** por regla general, aunque pudiera ser gratuito. Normalmente origina provechos y gravámenes recíprocos. Es menester hacer mención en lo referente al carácter de onerosos, que esto es lo normal, pero eventualmente puede ser gratuito, esto en base a lo establecido en la Ley de Profesiones, misma que es reglamentaria del artículo 5 Constitucional, la cual en su artículo 24 establece:

“Artículo 24.- Se entiende por servicio profesional, para los efectos de esta ley, la realización habitual, a título onerosos o gratuito, de todo acto a la prestación de cualquier servicio de cada profesión. ...”, así pues depende principalmente de los términos en que este contrato se haya pactado, para que el servicio pueda ser prestado de forma gratuita u onerosa.

Es un contrato **conmutativo**, puesto que las prestaciones son ciertas y conocidas desde la celebración del contrato, esto es, que a la celebración de dicho contrato, las partes van a saber desde ese instante qué tipo de prestaciones van a prestar y la forma de hacer entrega de las mismas.

Es **consensual** en oposición a formal, ya que no requiere de ninguna formalidad para su validez; el consentimiento puede manifestarse de manera expresa o tácita: expresa, cuando se realiza por escrito, verbalmente o por signos inequívocos, y de manera tácita, cuando se dan ciertos hechos u actos que suponen el consentimiento, esto es en base a lo establecido en el artículo 1832 del Código Civil, el cual dispone:

“Artículo 1832.- En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.”

Es **instantáneo**, cuando produce todos sus efectos al momento de celebrarse ó de **tracto sucesivo**, cuando los efectos del contrato se prolongan a través del tiempo. No obstante que el grueso de la Doctrina suele estar acorde con esta clasificación, el maestro Zamora y Valencia, hace una reflexión que me parece más acertada en cuanto a la especificación que le da a este contrato, estableciendo que es de tracto sucesivo, ya que dicho contrato “no agota la finalidad que persiguen las partes con su simple celebración, sino que es un medio para obtener los resultados que en definitiva pretenden las partes y las obligaciones que genera para el profesor deben de cumplirse necesariamente con posterioridad (lapso más o menos largo) a la celebración del contrato; por lo que, entre el nacimiento de la obligación y su cumplimiento, forzosamente debe transcurrir un tiempo y no es posible el cumplimiento inmediato”.³⁹

Es un contrato **intuitu personae**, ya que se toman en cuenta las cualidades de la persona (profesionista), para la celebración de dicho contrato.

V. PARTES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

A las partes que intervienen en este contrato, se establecen según las condiciones generales de las obligaciones, en las cuales nos establecen que los sujetos de una obligación son dos, una parte llamada acreedor activo, esto es, que tiene la facultad de exigir el cumplimiento de una prestación que puede ser de dar, hacer o no hacer y por otra parte se encuentra el deudor o pasivo, quien es el encargado de dar cumplimiento a la prestación.

Estos sujetos, pueden estar formados por uno o varios individuos, esto es, hay casos en que el deudor es una sola persona y son varios los acreedores, hay otros casos en que puede haber varios deudores y un solo acreedor.

³⁹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 257.

Razón por la que a las partes que intervienen en el contrato de prestación de servicios, reciben la denominación de "Profesor o profesionalista" por un lado y por otro se encuentra el "Cliente".

- **El profesionalista.** Es aquella persona que esta obligado a prestar el servicio en la forma, en el tiempo y en el lugar convenidos, o en la forma, tiempo y lugar que se requieran técnicamente conforme a la naturaleza del negocio, utilizando todos sus conocimientos en el desempeño de su actividad, a cambio de la remuneración convenida.

- **El Cliente.** Es aquella persona, que se obliga al pago de la remuneración en la forma y plazo convenido, por la prestación del servicio solicitado

VI. ELEMENTOS REALES QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Dentro de los elementos reales en el contrato de prestación de servicios, encontramos dos tipos:

- A). Elementos de Existencia; y
- B). Elementos de Validez.

A). Elementos de Existencia.

Los elementos de existencia de los contratos se dividen en dos:

- a). El consentimiento; y
- b). El objeto.

a). El consentimiento.

Por consentimiento el maestro Pérez Fernández lo define como: "... el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Este debe recaer sobre el objeto jurídico y el material del contrato."⁴⁰

En el mismo sentido el maestro Zamora y Valencia, define al consentimiento como: "es el acuerdo de dos o más voluntades en los términos de una norma para la producción de las consecuencias previstas en la misma."⁴¹

Cabe indicar que en todo contrato debe de existir un acuerdo de voluntades y en relación a este contrato, el acuerdo debe ser para la realización de ciertos actos de carácter técnico, por parte del profesionista o profesor a cambio del pago de una remuneración por parte del cliente.

De lo anterior, el maestro Borja Soriano, señala dentro de su obra teoría general de las obligaciones, la forma en que deben ser hechas las manifestaciones de voluntad, señalando que: "es necesario que éstas tengan una manifestación exterior; la manifestación del consentimiento es un elemento extrínseco del contrato, lo que constituye la forma de él."⁴²

La manifestación del consentimiento es un punto fundamental en la celebración de los contratos, y este puede hacerse de dos formas: expreso o tácito, por lo que el artículo 1803 del Código Civil para el Distrito Federal, señala:

"Artículo 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlos, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente."

⁴⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO. Op. Cit. Pág. 22.

⁴¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 28.

⁴² BORJA SORIANO, Manuel "Teoría general de las obligaciones." . Edit. Porrúa, S.A. México. 1998. Pág. 209.

En el caso particular de este contrato de prestación de servicios profesionales, por ser intuitu personae el consentimiento se presenta cuando el profesor o profesionista está conforme en prestar su trabajo que requiere preparación técnica, artística o título profesional, a otra persona denominada cliente y este a su vez, está conforme en pagar una retribución u honorarios por la prestación del servicio.

b). El objeto.

El objeto, es la conducta y dicha conducta puede manifestarse como una prestación o como una abstención. Si tal conducta se manifiesta como una prestación puede encausarse como un hacer algo o como un dar cierta cosa, y si la conducta se manifiesta como una abstención, puede encausarse como un no hacer algo.

De lo anterior, se puede deducir la clasificación del objeto, el cual se puede dividir en dos:

- El objeto jurídico; y
- El objeto material.

El objeto jurídico, a su vez se subdivide en:

- Objeto jurídico directo; y
- Objeto jurídico indirecto.

Objeto jurídico directo. Consiste en crear y transmitir derechos y obligaciones, el cual se manifiesta en una prestación de dar o hacer, o como una abstención, que es un no hacer. Lo anterior se desprende de lo establecido en el artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece:

“Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos”.

El maestro Martínez Alfaro hace referencia a la posibilidad del objeto directo, esto es, la de crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones; a esto lo considera como una posibilidad jurídica, la cual consiste en: “...que la creación, transmisión, modificación o extinción de obligaciones, sea compatible con la norma jurídica que va a regir el acto que tiene ese objeto y sin que tal norma constituya un obstáculo insuperable para la producción de los efectos jurídicos.”⁴³

En el contrato de prestación de servicios profesionales se crean y transmiten derechos cuando se da el consentimiento, habiendo acuerdo de voluntades se crean obligaciones y derechos, para el que se llama profesor, en este caso tiene la obligación de prestar un servicio y tiene el derecho a recibir un pago de honorarios.

Objeto jurídico indirecto. Este esta representado por la cosa, el hecho o la abstención, es decir la prestación positiva o negativa, reside en la cosa que se va a dar, o el hecho que se debe hacer o no hacer, tal como lo señala el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice:

“Artículo 1824.- Son objeto de los contratos:

I. La cosa que el obligado debe dar;

II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”.

En el contrato de prestación de servicios, el profesor tiene una obligación intuitu personae de hacer, pues deberá efectuar el servicio que se comprometió a virtud del contrato.

No perdamos de vista que cuando se trate de obligaciones de “dar”, estas se refieren a las cosas; y si son las de “hacer o no hacer”, se refieren a hechos, ya sea en

⁴³ MARTINEZ ALFARO, Joaquín. “Teoría de las Obligaciones”. Ed. Porrúa, México. 2001. Pág. 36.

sentido positivo (hacer) o sentido negativo (no hacer). El objeto indirecto en este contrato es el contenido de las prestaciones, por lo que se considera por una de las partes a la prestación y por la otra, a la remuneración.

Ahora, por lo que se refiere a la posibilidad del objeto indirecto (la cosa o el hecho positivo o negativo), la posibilidad debe ser física y jurídica.

“La posibilidad física de la cosa consiste en que ésta exista en la naturaleza o sea susceptible de existir...

La posibilidad jurídica de la cosa consiste en que sea determinada o determinable en cuanto a su especie y además que se encuentre dentro del comercio...”⁴⁴

Al efecto el artículo 1825 del Código Civil dispone:

“Artículo 1825.- La cosa objeto del contrato debe: 1o. Existir en la naturaleza. 2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3o. Estar en el comercio”.

En relación al punto 1o. del artículo descrito, de que la cosa debe de existir en la naturaleza, al respecto el artículo 1826 del ordenamiento legal invocado, establece una excepción al referido artículo 1825, al señalar que las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato, y no solo así las tangibles en el momento de la celebración del contrato, dicho artículo 1826 dispone:

“Artículo 1826.- Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento.”

⁴⁴ Ibidem.

Tocante al punto 2o. del aludido artículo 1825 del mencionado Código Civil, referente a la posibilidad jurídica, tratándose de una cosa determinada o determinable, encontramos que los grados de la misma son tres:

- Género.
- Especie.
- Individual.

Son muy importantes los grados, porque el género no es aceptado jurídicamente, es útil para otras ciencias, pero para el derecho, es un problema ya que existe un grado de indeterminación casi absoluto.

En cuanto a la determinación en especie, Son ciertas características de la cosa, tales como el peso, color, medida, etc. Y en cuanto a la determinación individual, esta se presenta cuando la cosa posee características particulares de manera que se pueda distinguir de cualquier otra cosa. A lo que el jurista Martínez Alfaro nos explica estos tres grados y la consecuencia de pactar sobre género:

“La determinación en género es vaga e imprecisa, consecuentemente, impide el cumplimiento de la obligación. La especie es una limitación del género; así, la determinación en especie se refiere a cosas fungibles que deben determinarse en cantidad, debiéndose individualizar la cosa al momento de exigirse el cumplimiento. La determinación individual corresponde a las cosas designadas, tanto por su especie, como por sus características que las distinguen de sus semejantes, impidiendo que se confundan con las demás.

Al disponer el código que la cosa debe ser determinada o determinable, exige que la determinación sea en especie o individual, el objeto genérico será imposible jurídicamente, en consecuencia el contrato es inexistente y también sería imposible el cumplimiento de la obligación cuyo objeto está determinado sólo en género.”⁴⁵

⁴⁵ MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Op. Cit Pág. 36.

En cuanto al punto 3o. del multicitado artículo 1825, de que la cosa debe estar en el comercio, el artículo 747 del ordenamiento legal invocado, nos indica que cosas son las que están en el comercio, dicho artículo dice:

“Artículo 747.- Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio”.

En cuanto al precepto legal anterior, los artículos 748 y 749 del Código Sustantivo precedentemente descrito, indican respectivamente los casos por los que las cosas se encuentran fuera del comercio como describe tales casos, estos artículos señalan:

“Artículo 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley”.

“Artículo 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular”.

El maestro Pérez Fernández del Castillo, hace un señalamiento sobre la diferencia entre la in comerciabilidad y la inalienabilidad, a lo cual señala: “incomerciable es lo que no es susceptible de apropiación particular porque la naturaleza o por la ley está fuera del comercio. En cambio lo inalienable está dentro del comercio pero para proteger a cierto tipo de personas la ley prohíbe su enajenación, gravamen o embargo. Un ejemplo son los inmuebles afectados al patrimonio de familia, los cuales pueden pertenecer al padre pero no se pueden vender, gravar o embargar.”⁴⁶

⁴⁶ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Pág. 27.

El objeto material consiste en aquello que se va a dar, o lo que se va a hacer o la conducta de la cual hay que abstenerse.

Estamos hablando del hecho positivo y negativo. El positivo, consiste en un dar o un hacer y el negativo en un no hacer.

El objeto material del contrato de prestación de servicios, debe ser posible y lícito, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1827 del Código Civil del Distrito Federal, que dice:

“Artículo 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I. Posible;

II. Lícito.

Para que sea posible el objeto, el hecho no debe ser contrario a una ley de la naturaleza o a una norma jurídica que constituya un objeto insuperable, conforme a lo señalado por el artículo 1828 del Código Civil, que dispone:

“Artículo 1828.- Es imposible el hecho que no pueda existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o de una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización

Hay que hacer notar que puede surgir confusión entre lo que es jurídicamente imposible y lo que es ilícito, pues como se ha establecido, es jurídicamente imposible aquel hecho que es irrealizable e incompatible con la norma de derecho que debe regirlo; y es ilícito cuando es incompatible con la norma de orden público o las buenas costumbres. Esto último se desprende de lo indicado en el artículo 1830 del citado Código Civil, que dice:

“Artículo 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

Por su parte el artículo 1929 del multicitado ordenamiento legal invocado, indica:

“Artículo 1829.- No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero si por otra persona en lugar de él”.

En virtud de que el contrato de presta de servicios es intuitu personae, como se expuso con anterioridad, entonces aunque el artículo acabado de transcribir dispone que el objeto no es imposible cuando pueda ser efectuado por una persona distinta al obligado, en el contrato en comento si es imposible dado que el mismo se celebra en atención a las cualidades de la persona a quien se encarga.

De lo expuesto precedentemente, es importante señalar que la imposibilidad trae la inexistencia del contrato, por faltar un elemento esencial, el objeto, de conformidad con el artículo 2225 del Código Civil; por su parte la ilicitud produce la nulidad, por ser parte de los elementos de validez, lo anterior de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 1795 fracción III y 8, ambos del citado Código Sustantivo.

B). Elementos de validez.

Los elementos de validez son:

- a). La capacidad;
- b). La ausencia de vicios en el consentimiento;
- c). La licitud en el objeto, motivo o fin; y
- d). La forma.

a). La capacidad.

Por capacidad, la debemos de entender como la aptitud para ser sujeto de obligaciones y derechos, el maestro Zamora y Valencia define a la capacidad como: “la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones y para

hacerlos valer por si mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.”⁴⁷

Existen dos clases de capacidad: “de goce” y “de ejercicio”, la primera, es la aptitud o posibilidad de las personas para ser titulares de obligaciones y derechos, esta capacidad la tiene toda persona, simplemente por el hecho del nacimiento y se pierde por la muerte, tal y como lo señala el artículo 22 del ordenamiento civil.

“Artículo 22.- 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”.

Tocante a la capacidad de goce, el maestro Pérez Fernández del Castillo, la define como: “la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. La regla general es que todos los individuos son capaces desde su nacimiento; la excepción es la incapacidad”.⁴⁸

A su vez, la capacidad de ejercicio es la aptitud o posibilidad de la persona para hacer valer sus derechos, contraer obligaciones, celebrar contratos y cumplirlos por si misma, en el caso de las personas físicas, esta capacidad únicamente la tienen los que han llegado a la mayoría de edad y están en pleno uso de sus facultades mentales, tal y como lo establecen los artículos 24 y 646 del Código Civil para el Distrito Federal, que dicen:

“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”.

“Artículo 646.- La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos”.

⁴⁷ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. Cit Pág. 35.

⁴⁸ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Op. Cit. Pág. 28.

Ahora bien, la excepción a la capacidad es la incapacidad; entonces encontramos incapacidad de goce e incapacidad de ejercicio.

En el caso de la incapacidad de goce, la ley no los señala de forma general, sino de forma particular, estableciendo quien o quienes pueden ser titulares de derechos y obligaciones. El jurista Ricardo Treviño García, describe cuales son los casos de incapacidad de goce, siendo estos los siguientes:

“1. La de los extranjeros, ya que se les prohíbe adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas (frac. I del art. 27 constitucional).

2. Las asociaciones religiosas que se constituyan en los términos del artículo 130 y su ley reglamentaria tendrán capacidad para adquirir, poseer o administrar exclusivamente los bienes indispensables para su objeto, con los requisitos y limitaciones que establezca la ley reglamentaria (frac. II del art. 27 de la Constitución Federal).

También en el artículo 130 se establecen algunas incapacidades para las agrupaciones o corporaciones religiosas y ministros de los cultos (ver fracción II in fine, del artículo 27, y el inciso e del artículo 130 de la Constitución Política).

3. La relativa a las instituciones de beneficencia (pública o privada) que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados o cualquier otro objeto lícito, porque no puedan adquirir más bienes raíces que los bienes indispensables para su objeto (frac. III del art. 27 de la Carta Magna).

4. La que se refiere a las sociedades mercantiles por acciones, ya que solo podían ser propietarias de terrenos rústicos únicamente en la extensión que sea necesaria para el cumplimiento de su objeto.

En ningún caso las sociedades de esta clase podrán tener en propiedad tierras dedicadas a actividades agrícolas, ganaderas o forestales en mayor extensión que la respectiva equivalente a veinticinco veces los límites señalados en la fracción XV del numeral 27 de la Constitución Federal (frac. IV del art. 27 de la ley fundamental).

5. La que se establece para los bancos que hayan sido debidamente autorizados conforme a las leyes de instituciones de crédito, debido a que no deben tener en propiedad o administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo (frac. V del art. 27 de la Constitución Federal).

6. Incapacidad de goce en virtud de sentencia judicial civil o penal (véase arts. 283 y 1680 frac. III).⁴⁹

En el caso de la incapacidad de ejercicio, esta se determina en base a quien la ley considera como incapaces, es decir, que carecen de la capacidad de ejercicio, esta a su vez se subdivide en dos clases:

- Incapacidad natural;
- Incapacidad legal.

Dicha incapacidad se encuentra regulada en el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que las personas señaladas en este precepto pueden ser titulares de derechos, lo que no pueden es hacer valer sus derechos por si mismas, sino que requerirán de otra persona, que en su representación los haga valer, el mismo ordenamiento que hace una subclasificación:

“Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

III. (Se deroga).

IV. (Se deroga).”

⁴⁹ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Op. Cit. Págs. 47 y 48.

En cuanto a la capacidad de las personas que intervienen en el contrato de prestación de servicios, se requiere que cuenten con capacidad jurídica; es decir, no deben encontrarse en ninguno de los supuestos del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal. Esto significa que las personas deben contar con capacidad natural y legal; es decir, no deben ser menores de edad y tampoco mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

Respecto a la capacidad del profesor o profesionista, además de la capacidad general para contratar, debe tener una especial, cuando la actividad a realizar solo la pueda ejecutar un profesional con título que lo habilite para el desempeño de su profesión, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 2608 del Código Civil:

“Artículo 2608.- Los que sin tener el título correspondiente ejerzan profesiones para cuyo ejercicio la ley exija título, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrán derecho de cobrar retribución por los servicios profesionales que hayan prestado”.

Del artículo transcrito, se colige que cuando la ley exija que las personas requieran de un título profesional, deberán poseerlo y en caso contrario, no podrá reclamar se le pague por los servicios prestados. Cabe señalar que el no pago de los honorarios deberá ser ordenado por mandato judicial, de conformidad a lo dispuesto en la parte final del párrafo primero del artículo 5 Constitucional, que establece:

“Nadie puede ser privado del producto de su trabajo sino, por resolución judicial”.

Entonces toda persona que realiza un trabajo o un servicio, tiene derecho a ser remunerado; sin embargo, hay profesiones que requieren un título para ser desempeñadas; por ello nuestra Carta Magna encomienda a cada Estado de la

República, establecer cuáles serán las profesiones que deberán tener título para ejercer, y las condiciones a cumplirse, para poder obtenerlo; así como las autoridades que lo darán.

Dicha sanción no sólo queda en no poder exigir la retribución por los servicios prestados, sino que únicamente garantiza que la persona quien presta sus servicios sea un verdadero profesional, todo ello para proteger a los clientes, es decir, a las personas a quienes se les presta el servicio; por ello la sanción no sólo es en el ámbito civil, sino también en el penal, por esta razón el Código Penal para el Distrito Federal establece una sanción para la usurpación de funciones en el artículo 323, el cual señala:

“Artículo 323.- Al que se atribuya, ofrezca o desempeñe públicamente sus servicios como profesionista sin serlo, se le impondrá de seis meses a cinco años de prisión o de cien a trescientos días multa”.

b). La ausencia de vicios en el consentimiento.

Los vicios del consentimiento son aquellas particularidades que dañan al consentimiento y se dividen en error, violencia y dolo, tal como lo indica el artículo 1812 del Código Civil. Que establece:

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

Algunos autores consideran también dentro de estos vicios a la mala fe y lesión.

- Error.

El maestro Gutiérrez y González, al referirse a este vicio del consentimiento dice que:

“El error es una creencia sobre algo del mundo exterior o interior físico, que esta en discrepancia con la realidad, o bien es una falsa realidad o incompleta consideración de la realidad, pero siempre, aunque este en error, se tiene un conocimiento, equivocado, pero un conocimiento al fin y al cabo”.⁵⁰

El jurista Gaudemet, define al error como: “un desacuerdo entre la declaración de la voluntad y la voluntad real.”⁵¹

De lo anterior, podemos concluir al error, como un falso concepto de la realidad, que deriva del equivocado conocimiento de una cosa, de un hecho o de una norma.

El error, a su vez se divide en: Error obstáculo, error nulidad y error indiferente.

- Error obstáculo.

El error obstáculo no permite que se forme el contrato, pues puede considerarse que si se presenta no hay consentimiento y por lo tanto, se está ante un contrato inexistente. Razón por la cual se aplicaría lo establecido en el Artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde se señala que el acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto, no producirá efecto legal alguno.

Esta clase de error, se presenta en los casos de equivocación sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad del objeto.

El maestro Zamora y Valencia cita al jurista Marcel Planiol, el cual hace referencia a este tipo de error, bajo la postura de que es un error radical, señalando: “el error radical que destruye completamente la voluntad e impide la formación y el nacimiento del acto jurídico. En este tipo de error radical quedan comprendidos: a) El error obstativo, b) El error sobre la naturaleza del negocio, c) El error sobre la identidad

⁵⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. “Derecho de las obligaciones”. Ed Porrúa, S.A Décima edición. México. 1995. Pág. 327.

⁵¹ GAUDEMET, Eugene. “Teoría general de las obligaciones”. 3ª edición. Ed. Porrúa. México. 2000. Pág. 72.

del objeto y d) La vis absoluta que es la violencia física, material, actualizada sobre el sujeto que se convierte así en un simple Instrumento de la voluntad de otro.⁵²

- Error nulidad

Este es un error, en el cual se vicia la voluntad y origina una nulidad, por lo que el artículo 1813 del Código Civil para el Distrito Federal, hace referencia al error nulidad; es decir, cuando existiendo éste, trae como consecuencia la invalidez del contrato. Existe el error nulidad, cuando recae sobre "el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan". Esto significa, que basta con que haya error sobre el motivo determinante de la aceptación, en la celebración del contrato, para lograr se invalide el mismo.

Esta clase de error, se subdivide a su vez, en error de hecho y error de derecho, este se definirá en base al motivo determinante de la voluntad para celebrar el contrato, es decir, que ha de recaer sobre los elementos esenciales del acto y ha de actuar como motivo que impulsa la voluntad para celebrar dicho contrato.

- Error indiferente.

Este error no trae consigo la invalidez, pues existe cuando hay confusión sobre cuestiones no tan relevantes, como lo son: las características secundarias del objeto o motivos que no son determinantes en el contrato.

Este error, es irrelevante respecto al acto celebrado, ya que no tiene ninguna relación con el mismo y por lo mismo no debe generar alguna consecuencia para el contrato.

⁵² ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Op. Cit. Pág. 230.

- La violencia.

Por violencia, podemos entender a toda coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, sea por la fuerza material o por medio de amenazas para determinarla a consentir en un acto jurídico.

La definición legal de violencia, la encontramos en el artículo 1819 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual indica que:

“Artículo 1819.- Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado”.

Los contratos celebrados con violencia, producirán la nulidad del mismo, tal y como lo señala el artículo 1818 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala:

“Artículo 1818.- Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes o ya de un tercero, interesado o no en el contrato”.

Debemos recordar, que la violencia puede ejercerse tanto como a una de las partes, como contra de una tercera persona, por lo que esta figura no se rige en cuanto a que sea limitativa, sino tiene el carácter de enunciativa. Sin embargo, la ley establece un caso en el cual no se puede considerar que existe la violencia, este se encuentra en el artículo 1820 de nuestro Código Civil, el cual menciona que en el caso de el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

Se entiende por temor reverencial, cuando una persona no protesta o no se inconforma por no molestar, o por no ser rechazado, a otro a quien le tiene respeto.

La nulidad producida por la violencia, sólo puede ser invocada por el que sufrió ese vicio del consentimiento.

Por último, el Código Civil para el Distrito Federal, advierte que una vez terminada la violencia o quien conozca el dolo, ratifica el contrato no podrá reclamar después la nulidad del acto, tal y como lo expresa el artículo 1823.

“Artículo 1823.- Si habiendo cesado la violencia o siendo conocido el dolo, el que sufrió la violencia o padeció el engaño ratifica el contrato, no puede en lo sucesivo reclamar por semejantes vicios.”

Dolo.

La definición de dolo, la podemos encontrar dentro del artículo 1815 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala que 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. Por lo que podemos considerar como dolo al conjunto de maniobras fraudulentas destinadas a inducir a una persona al error o mantenerla en el.

Se puede decir, que las sugerencias o artificios, son los medios que se van a utilizar para obtener el resultado de inducir el error o mantenerlo en el mismo.

El dolo puede presentarse por una de las partes en el contrato o de un tercero, si se presenta este vicio de la voluntad, puede producir la nulidad. Al respecto el maestro Galindo Garfias, expone lo siguiente: “Propiamente el motivo que vicia la voluntad es el error provocado por las maniobras, que hacen que la víctima incurra o permanezca en el error. Que el dolo sea determinante de la voluntad del sujeto, significa que sea causa jurídicamente relevante, para decidir a quien lo sufre, a celebrar el acto.

La parte que invoque el dolo, debe probar el nexo de causalidad entre la maniobra encaminada a producir el error y el error mismo. Debe ofrecer la

comprobación de que fue inducido a celebrar el acto, por medio de las maniobras dolosas.”⁵³

Pero, así como la ley establece que si en caso de existencia de dolo, la parte afectada puede invocar la nulidad, también señala el caso de excepción, en el cual si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones, tal como lo dispone el artículo 1817 del Código Civil.

Este supuesto es muy importante, pues interpretado a contrario sensu, establece la sanción que se puede pedir en contra de una persona que procede con dolo; así pues, se puede solicitar, en oposición al dolo, la nulidad del contrato y también se puede reclamar la indemnización.

Así mismo, encontramos al dolo bueno, que es aquel que se presenta cuando alguna de las partes hace consideraciones sobre los provechos o perjuicios que pueden resultar de la celebración o no del contrato, y no constituyen engaño alguno, por lo que no puede ser una causal de nulidad, ya que no hay esa intención de daño, tal y como se desprende de lo regulado en el artículo 1821 del Código Civil, que dice:

“Artículo 1821.- Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia”.

- Mala Fe.

El artículo 1815, en su parte final, establece que es la mala fe, en la cual nos señala que es la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

Es preciso señalar, que mientras el dolo, es un artificio, artimaña o sugestión para inducir al error o mantener en el a alguno de los contratantes, la mala fe, supone

⁵³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia". 15ª edición. Ed. Porrúa. México. 1997. Págs. 252 y 253.

que uno de los contratantes ya se encuentra en el error y que el otro conociéndolo, no se lo advierte, sino al contrario disimula, aprovechándose del error de su contraparte.

La mala fe, sólo puede provenir de una de las partes contratantes. El jurista Treviño García, señala los efectos que produce la mala fe, siendo "la nulidad relativa del acto, con todas las consecuencias que se señalan para esta clase de ineficacia: produce sus efectos de forma provisional, los que serán destruidos cuando el juez pronuncie la sentencia declarando la nulidad correspondiente; es confirmable, es prescriptible y sólo puede invocarse por el perjudicado"⁵⁴, a diferencia del dolo, siendo así que los efectos que produce la mala fe, es la nulidad relativa del acto.

- La Lesión.

La lesión es otro de los vicios del consentimiento, pues habiéndola, se otorga un consentimiento cuya validez puede ser cuestionada.

Por lesión, podríamos definirla como el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un contrato, consistente en proporcionar un lucro excesivo a la otra parte contratante, en relación a la parte que se obliga.

El artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que 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.

En la lesión, para que se considere como un vicio del consentimiento, es necesario la existencia de una desproporción entre las prestaciones de las partes, como

⁵⁴ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Op. Cit. Pág. 37.

bien lo señala el maestro Galindo Garfias, “La lesión consiste en una notoria desproporción entre lo que se da y lo que se recibe a cambio.”⁵⁵

En el caso del contrato de prestación de servicios profesionales, como todos, se requiere para que tenga validez, que no haya ninguno de los vicios del consentimiento precedentemente descritos.

c). La licitud en el objeto o motivo o fin.

Como hemos visto con anterioridad, el artículo 1827 frac. II del Código Civil, marca que el objeto del contrato debe ser lícito. Para determinar que es lícito, debemos de interpretar a contrario sensu el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual establece que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres,. Razón por la que tenemos que lo lícito, se presenta cuando el hecho no es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

La ilicitud trae como consecuencia la nulidad del acto, ya sea de forma absoluta o relativa, según sean las condiciones que se hayan presentado para poder determinarla, esto se encuentra en nuestra legislación civil, la cual marca:

“Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.”

Asimismo, el artículo 1795 en su fracción III, del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el contrato será inválido cuando su objeto, o su motivo o fin sea ilícito.

Es preciso hacer mención que tanto la razón que motiva la celebración del contrato, como lo pretendido con éste, debe ser lícito; es decir, debe estar acorde a las

⁵⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 234.

leyes de orden público y a las buenas costumbres, sino lo que produciría sería la nulidad de dicho contrato, esto conforme al artículo 1831 del Código Civil.

Por otra parte el artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal, señala lo que es la nulidad absoluta y el artículo 2227 del mismo ordenamiento civil, lo que es la nulidad relativa, dichos preceptos legales dicen:

“Artículo 2226. La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción”.

“Artículo 2227. La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos”.

En relación al contrato de prestación de servicios, el objeto, es el servicio prestado, el cual no debe contravenir las leyes de orden público o a las buenas costumbres; en cuanto al motivo, es la determinación de la voluntad en celebrar el contrato, esta debe ser de acuerdo a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. De tal manera, que el contrato de prestación de servicios debe ser motivado por un acto que no sea contrario a las leyes de orden público y a la moral, de igual manera ocurre cuando se trata del fin, pues este tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público, ni a las buenas costumbres.

d). La forma.

En el contrato de prestación de servicios la forma no es relevante, es decir, puede hacerse de manera tácita y será válido o puede celebrarse expresamente, según lo pacten las partes.

VII. OBLIGACIONES ENTRE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Tanto los derechos como las obligaciones entre las partes de este contrato, tienen efectos, a partir del momento en que manifestaron su voluntad, dando surgimiento a este vínculo contractual.

- Obligaciones del profesor o profesionista.

En el contrato de prestación de servicios profesionales, el profesor tiene una obligación de hacer, pues deberá efectuar el servicio que se comprometió en virtud del contrato, en la forma, tiempo y lugar convenido, esta es la obligación principal para esta parte, por lo que debe de poner y utilizar todos sus conocimientos y su ciencia en el desempeño de su actividad al servicio del cliente.

Cabe destacar, que el profesor tiene derecho a cobrar sus honorarios correspondientes, independientemente de cualquiera que sea el resultado obtenido, en el caso de que no fuera exitoso, y dicho resultado no haya sido producto de su negligencia, impericia o dolo.

“Artículo 2606.- El que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar de común acuerdo, retribución debida por ellos. ...”.

Es de gran importancia el pago de honorarios por los servicios prestados, al grado que en caso de no pactar los honorarios, se establecen reglas para lograr se cumpla con esta obligación de dar, mismas que contempla el artículo 2607 del Código Civil.

“Artículo 2607.- Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o en caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias

del que recibe el servicio y a la reputación del profesional que tenga adquirida del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. ...”.

El profesor, se encuentra obligado a avisar oportunamente al cliente cuando ya no pueda continuar prestando sus servicios, quedando con ello, obligado a responder por los daños y perjuicios que cause, cuando no avise con oportunidad.

El profesor o profesionista debe de responder por su negligencia, impericia o dolo, ya que este es responsable hacia la persona o personas a quienes sirve, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito, tal y como lo señala el artículo 2615 del Código Civil para el Distrito Federal, que dispone:

“Artículo 2615.- El que presta servicios profesionales, sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito”.

Esta obligado a guardar el secreto en relación a los negocios que se le encomienden, en otras palabras, a no revelar nada de lo que se le hubiese confiado con motivo del negocio.

- Obligaciones del cliente.

Su principal obligación, corresponde al pago de los honorarios que se hayan fijado, en tiempo y forma convenidos y a falta de dicho convenio, el juez fijará los honorarios de acuerdo a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a las posibilidades económicas del cliente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2607 del Código Civil para el Distrito Federal, descrito en el apartado anterior.

A pagar las expensas que hubiere hecho el profesor más su interés legal desde que se hicieron, esto es el pago de gastos y costas, si estas no quedaron incluidas en el monto de los honorarios.

Cabe señalar, que el interés legal que establece nuestro Código Civil, es del nueve por ciento anual, tal y como lo establece la primera parte del artículo 2395.

VIII. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

La ley no establece causa específicas para este tipo de contrato, por tal motivo se rige por medio de las causas comunes para todos los contratos.

Las causales más frecuentes de la disolución del vínculo contractual son:

- La conclusión del negocio encomendado al profesor.
 - La imposibilidad legal o natural de concluirlo.
 - La rescisión por mutuo consentimiento.
 - La muerte del profesor o la interdicción del mismo.
 - La imposibilidad subjetiva del profesionalista de seguir prestando sus servicios, tras previo aviso oportuno al cliente para que lo sustituya, pues de lo contrario incurriría en daños y perjuicios.
- La nulidad o resolución del contrato.

Otra forma de terminación del contrato de prestación de servicios, es mediante la figura de la revocación o el desistimiento por parte del cliente, en donde se pagaría únicamente los servicios prestados hasta entonces, mas una pena si así estuviese convenida.

CAPITULO CUARTO

PROPUESTAS DE ADICIONES Y REFORMAS AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, PARA INCORPORAR Y REGULAR EL CONTRATO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON FINES DE GESTACIÓN HUMANA

I. ASPECTOS BASICOS QUE A JUICIO DEL SUSTENTANTE DEBERAN TOMARSE EN CUENTA PARA LA POSIBILIDAD DE UTILIZAR EL CONTRATO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON FINES DE GESTACIÓN HUMANA.

Antes de comenzar a tratar el presente capítulo, es de gran trascendencia conocer lo que es la maternidad subrogada:

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida que surge por la necesidad de gestar un hijo, que por los medios naturales no es posible, dada la infertilidad y/o esterilidad que padecen los cónyuges o concubinos, motivo por el que solicitan a un especialista en técnicas de reproducción asistida que implante en el útero o vientre que aporte otra mujer gratuitamente o no, el hijo producto de tales técnicas, para que ésta lleve a cabo la gestación, y una vez nacido el referido hijo, lo entregue a la madre subrogada o asistente a los cónyuges o concubinos asistidos que han procurado el nacimiento del aludido hijo producto de dichas técnicas, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En esta técnica la madre subrogada o asistente, puede dar incluso el óvulo cuando la otra mujer asistida no los produzca, o produciéndolos no pueda gestar o éste provenir de otra tercera mujer fértil, con la finalidad de fecundarlo, ya sea con los gametos o células germinales masculinos del marido o concubino o con los de un tercero".

A la madre subrogada o asistente se le denomina también como: Madre sustituta, madre suplente, madre portadora, madre gestante, gestación por cuenta de otra y alquiladora de vientre

En la maternidad asistida o subrogada, el hijo puede ser concebido mediante las técnicas de reproducción humana asistida siguientes: La Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro, las que quedaron precisadas con anterioridad en el Capítulo Segundo del presente trabajo recepcional.

Expuesto lo anterior, respecto al contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, que se propone en este capítulo, en estricto sentido no se encuentra comprendido en ninguna de las definiciones que fueron señaladas en el capítulo tercero de este trabajo recepcional, pues las definiciones aludidas son muy claras al señalar que la prestación de un servicio, es de naturaleza intelectual, material o ambas, y ésta se presta tomando en cuenta la profesión, la técnica, la ciencia o el arte que el profesor desarrolle, a cambio de una retribución o pago, sin embargo para que exista la posibilidad de que se logre la incorporación del mismo en el Código Civil para el Distrito Federal, es necesario hacer las consideraciones siguientes:

1° Es de vital importancia destacar que el contrato de prestación de servicios o cualquier otro contrato, su objeto conforme al artículo 1825 del ordenamiento civil citado, recae en una cosa que es susceptible de apreciación pecuniaria, que tanto debe existir en la naturaleza como que sea determinada o determinable en cuanto a su especie, y que este en el comercio, por lo que en consecuencia la ley no permite contratar con el cuerpo humano dado que no puede ser considerado cosa, ya que por su naturaleza esta fuera del comercio y no se puede tener derecho de dominio sobre el mismo; debido a lo anterior, y dado que el sustentante a diferencia del contrato acabado de señalar, considero que el objeto en las prácticas de la maternidad asistida o subrogada, es el órgano llamado útero o vientre, y si tomamos en cuenta que la Ley General de Salud en su artículo 320, indica que "toda persona es disponente de su

cuerpo", por lo que puede en vida hacer donación de órganos, entonces por lo tanto, una mujer con su consentimiento si puede usar su útero o vientre que desde luego existe y que no puede estar en el comercio, para someterse a las practicas de técnicas de reproducción humana asistida, entre estas la maternidad asistida o subrogada, y crear una nueva vida que de otro modo no es posible, razón por la que es necesario desde un ámbito jurídico regular y reconocer contractualmente los derechos y obligaciones que conlleva tales practicas.

2º El contrato de prestación de servicios profesionales, siempre tiene como una de sus características el de ser *intuitu personae*, lo que significa que no puede haber sustitución de las personas que son partes, pues este contrato lo que busca es la contratación de una persona denominada profesor por sus cualidades como profesionista, técnico, científico o artista; lo que no es así en el caso del contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, debido a que no se le contrataría a una persona por las características antes citadas, sino únicamente por que dicha persona se encuentra capacitada para gestar, y en condiciones saludables, para llevar a cabo el procedimiento de fertilización que siempre debe realizarse bajo supervisión médica, cualidad de gran importancia para poder dar cabida a este nuevo contrato.

3º Para el surgimiento de un contrato se requiere de un acuerdo de voluntades entre los otorgantes, pero hay que destacar que tratándose del contrato de prestación de servicios profesionales, no puede existir consentimiento si hay error en la persona, ya que este contrato tendría el carácter de imposible y por ende se ve afectado de inexistencia, debido a que es *intuitu personae* y el motivo de contratar a una persona mediante la prestación de servicios, se origina por las habilidades y características del profesor en su ciencia, técnica, arte o profesión. Por el contrario, en el caso del contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, puede decirse que hay consentimiento, aún habiendo error en la persona, debido a que en la maternidad asistida podría superarse ese obstáculo si la madre asistente puede gestar

y quiere hacerlo, y los padres asistidos aceptan; entonces estaremos ante un acuerdo de voluntades y la aceptación sobre el objeto del contrato.

4° En el contrato de prestación de servicios, la manifestación del consentimiento de los contratantes se puede dar de manera tácita o expresa, como se expuso en el capítulo que antecede, no obstante lo anterior, considero la obligatoriedad de que en la celebración del contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, el consentimiento sea siempre en forma expresa, esto es, por escrito y que deberá ser firmado por una parte por los padres asistidos que deseen la concepción y gestación del hijo, y por otra, la madre asistente que reúna los requisitos establecidos para la celebración de este nuevo contrato, y no así de manera verbal o mediante signos inequívocos, incluso con la presencia de testigos y el médico encargado de la evaluación y monitoreo del embarazo, y ratificadas las firmas ante notario público si así lo pactan las partes, situación anterior que deberá tomar en cuenta el juez de lo familiar del conocimiento, para autorizar o en su caso negar la autorización de la celebración del contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana.

5° En el contrato de características especiales que se propone, es primordial que la madre asistente y los padres asistidos deben encontrarse en condiciones aptas para celebrarlo, esto es, que tengan capacidad natural y legal, ya que se encuentra de por medio la vida de un nuevo ser, ello por ser un acto personalísimo, donde la madre asistente será quien decida libremente sobre su cuerpo y externar su consentimiento para llevar a cabo maternidad asistida sin representación alguna dada su naturaleza.

6° Para que se pueda realizar el contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, es necesario establecer el requisito indispensable de que éste sólo pueda ser solicitado exclusivamente por aquellas personas que demuestren que se encuentran médica o biológicamente imposibilitadas para procrear un hijo, razón por la cual la solicitud que deberá realizarse para la celebración de dicho contrato, ante el Juez de lo Familiar, deberá contener tanto tales causas como los

derechos y obligaciones pactados por los otorgantes, para que éste determine lo que proceda en derecho.

En base a las consideraciones precedentes, para poder realizar un acto jurídico con características especiales, es por lo que considero se debe incorporar en nuestro ordenamiento civil el contrato en comento que se propone, y que se deriva de las técnicas de reproducción humana asistida entre éstas la maternidad asistida o maternidad subrogada.

II. LA ADMISIÓN DEL CONTRATO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON FINES DE GESTACIÓN HUMANA, DENTRO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Es fundamental señalar que el contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, que se propone en el presente trabajo recepcional, se celebra por la posibilidad que tiene una persona llamada madre asistente para desarrollar un servicio de tipo material, consistente en la de someterse al procedimiento de fertilización y gestación, aportando para ello su vientre para gestar al hijo producto de las técnicas de reproducción humana asistida, y no en razón de los servicios profesionales, técnicos, científicos o artísticos que sea capaz de desarrollar el profesor, como acontece en el contrato de servicios profesionales.

Cabe decir que el objeto jurídico directo del contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones, siendo el caso que en la maternidad asistida o maternidad subrogada, se crean derechos y obligaciones recíprocos entre las personas que intervienen, quienes por medio de un contrato celebran un acuerdo mutuo para realizar actos con la finalidad de que una persona denominada madre asistente lleve a cabo la gestación de un hijo, mediante las técnicas de reproducción humana no natural, en

lugar de la otra persona denominada madre asistida que se encuentra imposibilitada para realizar dicha gestación, cumpliendo con las obligaciones pactadas.

En cuanto al objeto jurídico indirecto del contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, hay una obligación de hacer, como sucede en el caso de la maternidad asistida o maternidad subrogada, donde una mujer con capacidad para gestar tiene que efectuar el acto por el cual se le contrata, que es la de llevar a cabo la gestación de un hijo producto de las técnicas de reproducción humana asistida, aportando para ello su útero o vientre, y la otra mujer, quien podría ser el cliente, deberá compensarla económicamente o no por el servicio que está contratando, con la aclaración que no es un pago o compra del hijo gestado por estar éste fuera del comercio.

Es importante resaltar que el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en el artículo 293, segundo párrafo, admite a la voluntad procreacional como fuente de filiación en el caso de los hijos producto de técnicas de reproducción asistida, considerando que los cónyuges o concubinos que en su caso sean estériles y/o infértiles han procurado su nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores, motivo por el que se desprende del citado ordenamiento civil, que el mismo da la posibilidad de acudir a cualquier método de reproducción humana asistida para lograr la descendencia propia siempre y cuando la decisión se tome de común acuerdo entre los cónyuges o concubinos. Hay que destacar, que ni en el artículo acabado de citar como en ningún otro se indica cuales son los métodos de reproducción asistida a que se puede acceder, cuando uno o ambos solicitantes tienen problemas reproductivos, en tal virtud se puede recurrir a la maternidad asistida o maternidad subrogada, y la filiación que de ella se desprende es una excepción al principio "la maternidad siempre es cierta", debido a que el citado Código Sustantivo acepta como prueba para determinar la filiación de los hijos todos aquellos que el avance de los conocimientos científicos que en caso de maternidad asistida o maternidad subrogada es la genética, por lo tanto madre ya no es la persona de la cual se

desprende el producto. de las técnicas de reproducción humana asistida, sino que predomina la maternidad genética sobre la biológica.

En el caso en comento, hay que destacar que en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, se deben de efectuar adiciones y reforma a un precepto legal, ello con motivo de regular y darle cabida a este nuevo tipo de contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, para así establecer tanto los requisitos que se deben de cumplir para efectuar las técnicas de reproducción asistida y la forma de convenir entre las personas involucradas en estas practicas de reproducción, como determinar los derechos y obligaciones que adquieren dichas personas al realizar tales practicas, y precisar su filiación con el hijo producto de estas técnicas, toda vez que existe al respecto una laguna de derecho, no obstante que el mismo se realiza frecuentemente sin estar regulado, razón por la que me permito hacer notar que el avance científico y biotecnológico esta rebasando a nuestra legislación civil, relegándose así la realidad jurídica, la cual se encuentra encargada de regular nuestro comportamiento.

III.- REGULACIÓN DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES PACTADOS POR LOS OTORGANTES DEL CONTRATO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON FINES DE GESTACIÓN HUMANA, QUE SE PROPONE.

Para poder dar propuesta sobre la regulación de los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en el contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, es importante considerar que tanto nuestra Carta Magna como la Ley General de Salud y el Código Civil para el Distrito Federal, contemplan la libre procreación de los hijos, utilizando de ser necesario cualquier método de reproducción humana asistida para tal finalidad, como se advierte de los respectivos artículos siguientes:

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 4, párrafo segundo indica que: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos". De este precepto constitucional que contiene una garantía individual, que es el derecho a la libertad y salud, aspecto fundamental para la procreación de hijos que por medio de la reproducción humana asistida se logra para aquellas parejas infértiles y/o estériles, se advierte también en su párrafo tercero, que estas últimas causas son un problema de salud, por lo que se establece que: "Toda persona tiene derecho a la protección de salud. ...".

Por lo anterior, la Ley General de Salud, en el párrafo segundo de su artículo 67, dispone lo siguiente: "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".

A su vez el párrafo segundo del artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

"Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia...".

En base a los artículos anteriormente mencionados encontramos que legalmente se encuentra justificado y existe la permisibilidad del implemento de estas técnicas, aunque para la mayoría de los mexicanos, aún existe un desconocimiento de la regulación de estas técnicas, por lo que se solo se contemplan éstas prácticas bajo un rubro de investigación, las cuales se encuentran en el artículo 100 de la Ley General de Salud que señala:

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

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

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

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

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

V. Sólo podrá realizarse por profesionales de la salud en instituciones médicas que actúen bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias competentes;

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

VII. Las demás que establezca la correspondiente reglamentación”.

Un punto muy importante que destacar es que para que estas prácticas se puedan llevar a cabo, como requisito principal es el que se debe de contar con un consentimiento entre las personas que se van a someter a estas prácticas, tal y como se observa en el artículo 466 de la Ley General de Salud que dice:

“Artículo 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.”

De la misma forma, en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud en sus artículos 20, 21 y 22 se establece la manera en que debe de realizarse el consentimiento para la realización y sometimiento de las prácticas de inseminación artificial, con la finalidad de establecer perfectamente el campo en que se va a actuar, para que no exista confusión alguna, preceptos que respectivamente dicen:

“Artículo 20.- Se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autoriza la participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna”.

“Artículo 21.- para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos:

I. La justificación y los objetivos de la investigación;

II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;.

III. Las molestias o los riesgos esperados;

IV. Los beneficios que puedan observarse;

V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;

VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;

VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento;

VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;

IX. El compromiso de proporcionarle información actualizada obtenida durante el estudio aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;

X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que la ameriten, directamente causados por la investigación, y

XI. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la investigación”.

“Artículo 22.- El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;

II.- Será revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la institución de atención a la salud;

III.- Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;

IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y

V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal”.

Asimismo, este reglamento define en la fracción XI del artículo 40, lo que es la fertilización asistida: “XI. Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro”.

En cuanto a esta última, el artículo 56 del referido reglamento, señala cuando es admisible:

“Artículo 56.- La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el de investigador.”

En lo que respecta al contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, los preceptos anteriormente citados deben de ser tomados en cuenta, para dar la posibilidad de existencia de este nuevo contrato entre los padres asistidos cónyuges o concubinos que procuraron el nacimiento del hijo producto de las técnicas de reproducción asistida, para atribuirse el carácter de progenitores, y la pareja asistente cónyuges o concubinos, en el que se regule tanto los requisitos que se deben cumplir para efectuar las referidas técnicas y la forma de convenir entre las personas

involucradas en estas practicas de reproducción, como se determinen los derechos y obligaciones que adquieren dichas personas al realizar tales practicas, y se precise su filiación con el hijo producto de estas técnicas

IV. PROPUESTAS DEL SUSTENTANTE DE ADICIONES Y REFORMAS AL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, A FIN INCORPORAR Y REGULAR EL CONTRATO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON FINES DE GESTACIÓN HUMANA.

Las propuestas que el sustentante hago en este trabajo recepcional, son:

A) La primera consiste en la adición en el Código Civil para el Distrito Federal, de un Capítulo IV-Bis, al Título Séptimo De la filiación, del Libro Primero llamado "Contrato Especial de Prestación de Servicios con Fines de Gestación Humana", como de los preceptos que lo regulen.

B) La segunda consiste en la de reformar el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal.

A continuación se describe en que consiste cada una de las propuestas acabadas de señalar:

A). Propuesta de adición en el Código Civil para el Distrito Federal, de un Capítulo IV-Bis, al Título Séptimo De la filiación, del Libro Primero, llamado "Contrato Especial de Prestación de Servicios con Fines de Gestación Humana", como de los preceptos que lo regulen.

Capítulo IV-Bis

Del contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana

Sección Primera

Disposiciones generales

“Artículo 389 Bis-A.- La prestación de servicios con fines de gestación humana, es un contrato especial mediante el cual una pareja de cónyuges o concubinos, denominada asistentes, consiente en que la mujer asistente cónyuge o concubina por tener capacidad natural y legal, preste servicios aportando su útero o vientre para gestar un óvulo fertilizado mediante técnicas de reproducción asistida, para otra pareja de cónyuges o concubinos denominada padres asistidos, dada la esterilidad o infertilidad que padecen. La fertilización citada se llevara a cabo tanto con el gameto o célula germinal del cónyuge o concubino asistido, según el caso o de un tercero si existe en éstos esterilidad, como con el gameto o célula germinal de la cónyuge o concubina que no pueda gestar al hijo producto de tales técnicas, o con el que incluso proporcione la misma madre asistente, en caso de de esterilidad de la mujer asistida.

En este contrato la mujer o madre asistente que presta este servicio personalmente, lo hará a título gratuito, salvo convenio en contrario. En caso de que se pacte con la madre asistente una retribución económica, ésta no se considerará un pago o compra del hijo gestado por estar éste fuera del comercio, sino una compensación por la aportación de su útero o vientre para gestar, misma que podrá ser hasta el 30% equivalente a la cantidad cubierta por honorarios de atención médica y hospitalaria del embarazo y parto del hijo producto de reproducción asistida”.

“Artículo 389 Bis-B.- Conceptos básicos de este contrato en las técnicas de reproducción asistida:

I. Gametos o células germinales femeninos o masculinos. Son los óvulos o espermatozoides.

II. Centros Autorizados. Son las Clínicas, Hospitales, Instituciones, Centros Públicos o Privados, que presten el servicio de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que cumplen con los requisitos establecidos en las leyes competentes.

III. Consentimiento de los asistidos. Es el acuerdo de voluntades entre los padres asistidos cónyuges o concubinos con otra pareja también de cónyuges o concubinos, cuyo fin es que la mujer asistente cónyuge o concubina geste un óvulo fertilizado para los padres asistidos con quienes convinieron, esto debido a que puede darse el caso que ambos padres asistidos sean estériles o sólo la madre asistida por no producir óvulos, o produciéndolos no puede gestar a un hijo, ya que de hacerlo terminaría causándole un daño grave, o se pondría en peligro la vida de éste y de la citada asistida.

IV. Consentimiento de los asistentes. Es el acuerdo de voluntades entre una pareja de cónyuges o concubinos con los padres asistidos cónyuges o concubinos, cuyo fin es que la mujer asistente cónyuge o concubina geste un óvulo fertilizado para dichos padres asistidos con quienes convinieron, por las mismas causas expuestas en la parte final del numeral que antecede. El consentimiento de los asistentes genera la obligación de entregar a los asistidos el producto de la gestación, dado que tal consentimiento no produce filiación alguna con éste.

V.- Consentimiento del donador(a) de los gametos o células germinales femeninas o masculinas. Es la voluntad que en forma expresa hace una tercera persona hombre o mujer para que se haga uso de las células germinales que transmite, para ser usadas por los padres asistidos, debido a que uno de éstos o ambos sufren de esterilidad. Este consentimiento no genera filiación entre el donador(a) con el hijo producto de las técnicas de reproducción asistida.

VI. Técnicas de reproducción humana asistida. Son aquéllos métodos o procedimientos utilizados para obtener la concepción mediante la manipulación de los gametos o células germinales masculinas y femeninas, por personal médico profesional especializado, en los casos en que el hombre y/o la mujer no puedan procrear mediante la relación sexual, ya sea por esterilidad o infertilidad.

VII. Inseminación artificial homóloga. Es una técnica de reproducción asistida, por medio del cual son introducidos los gametos o células germinales del cónyuge o concubino (espermatozoides) en alguna parte de la vía genital de la mujer asistente, de manera no natural, es decir, distinto al acto sexual, con la finalidad de fertilizar el gameto o célula germinal femenina (óvulo).

VIII. Inseminación artificial heteróloga. Es un método de reproducción asistida por medio del cual son introducidos los gametos o células germinales de un hombre distinto al cónyuge o concubino (espermatozoides) en alguna parte de la vía genital de la mujer asistente, de manera no natural, es decir, distinto al acto sexual, con la finalidad de fertilizar el gameto o célula germinal femenina (óvulo); siendo su finalidad la solución de problemas de esterilidad o evitar la transmisión de enfermedades congénitas.

IX. Fecundación in vitro homóloga. Es una técnica de reproducción asistida que consiste en unir los gametos o células germinales de los esposos o concubinos en un medio extracorpóreo, esto es fuera del cuerpo de la cónyuge o concubina, en laboratorio, para que una vez fertilizado el óvulo, se le implante a la misma cónyuge o concubina que aportó éste, misma que se encargará de llevar a cabo la gestación del hijo producto de la técnica en comento.

X.- Fecundación in vitro heteróloga. Es un método de reproducción asistida que se realiza por alguna cédula sexual de un tercero extraño a la pareja unida en matrimonio o concubinato. En este caso el gameto o célula germinal aportada por el tercero, puede ser tanto femenino como masculino e incluso ambos. En esta técnica,

una vez ocurrida la primera etapa, es decir, la fecundación; la segunda etapa o sea la transferencia del embrión, puede realizarse a la mujer portadora del óvulo, o bien en una tercera que se preste para llevar a cabo la gestación (maternidad subrogada).

XI. Maternidad subrogada. Es una técnica de reproducción asistida que surge por la necesidad de gestar un hijo, que por los medios naturales no es posible, dada la infertilidad y/o esterilidad que padecen los cónyuges o concubinos, motivo por el que solicitan a un especialista en técnicas de reproducción asistida que implante en el útero o vientre que aporte otra mujer gratuitamente o no, el hijo producto de tales técnicas, para que ésta lleve a cabo la gestación, y una vez nacido el referido hijo, lo entregue la madre subrogada o asistente a los cónyuges o concubinos asistidos que han procurado el nacimiento del aludido hijo producto de dichas técnicas, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En esta técnica la madre subrogada o asistente, puede dar incluso el óvulo cuando la otra mujer asistida no los produzca, o produciéndolos no pueda gestar o éste provenir de otra tercera mujer fértil, con la finalidad de fecundarlo, ya sea con los gametos o células germinales masculinos del marido o concubino o con los de un tercero”.

“Artículo 389 Bis-C.- La prestación de servicios con fines de gestación humana, sólo podrá efectuarse cuando los padres asistidos se encuentren médica o biológicamente imposibilitados para procrear un hijo o la mujer para gestar, causas que deberán manifestar y acreditar para que se autorice éste contrato”.

“Artículo 389 Bis-D.- La pareja asistente no tendrá con el hijo producto de reproducción asistida filiación alguna, aún en el supuesto de que la mujer asistente haya proporcionado la célula germinal (óvulo), debido a que tal filiación se generará únicamente con los padres asistidos que consintieron y procuraron el nacimiento, para

atribuirse el carácter de progenitor o progenitores, conforme al artículo 293 de este ordenamiento civil”.

“Artículo 389 Bis-E.- El contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana, deberá formularse por escrito, y previo procedimiento, en su caso, será aprobado por el Juez Familiar del conocimiento, y para tal efecto los otorgantes deberán cumplir los siguientes requisitos:

I. Será elaborado por los padres asistidos y por pareja asistente, acreditando fehacientemente haber obtenido de institución o médico especialista en técnicas de reproducción humana asistida, tanto el conocimiento del objetivo, procedimiento de la técnica empleada para lograrlo, estudios y evaluación médica, como tratamiento médico y preventivo de riesgos, con el objeto de que en su momento se autorice este contrato, o en caso contrario se niegue el mismo.

II. Estudios socioeconómicos y psicológicos necesarios para efectuar la aplicación de la técnica de reproducción de maternidad asistida, que deberán realizarse los padres asistidos y la pareja asistente, por profesionistas que acrediten tener título profesional y experiencia mínima de dos años en la materia, de la Secretaría de Salud, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal o la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

III. Nombres y direcciones de los otorgantes y de dos testigos, y la relación que éstos últimos tienen con las partes de este contrato.

IV. Nombre y dirección tanto del profesional médico especialista en técnicas de reproducción humana asistida, quien acreditara encontrarse legalmente capacitado para ejercer dicha profesión, como del Centro autorizado, y que actúen bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias competentes para la realización de tales técnicas,

V. Las obligaciones y derechos que las partes de este contrato contraigan adicionalmente a las establecidas en este Capítulo.

VI. En su caso el monto de la compensación pactada a favor de la mujer asistente y el lugar donde debe entregarse.

VI.- Las causas de terminación del contrato”.

Sección Segunda

De las obligaciones de los asistidos

“Artículo 289 Bis-F.- Los asistidos están obligados:

I.- A practicarse los estudios y exámenes médicos para determinar su salud, con el objeto tanto de evitar enfermedades de carácter incurable, contagioso o congénito que pudieran transmitirse al hijo producto de reproducción asistida, como para demostrar la esterilidad y/o infertilidad que los imposibilita para procrear un hijo en forma natural o la mujer asistida para gestar.

II. A practicarse los estudios socioeconómicos y psicológicos necesarios tanto para acreditar que tiene medios económicos bastantes para proveer a la subsistencia, educación y cuidado del hijo producto de reproducción asistida, como para demostrar su salud mental y que son personas aptas para someterse, según el caso, a la aplicación de la correspondiente técnica de reproducción asistida, y que deberán realizarse por profesionistas que acrediten tener título profesional y experiencia mínima de dos años en la materia.

III. A cubrir los gastos que se generen en los Centros Autorizados, con respecto a la mujer o madre asistente, por los conceptos siguientes: Por los estudios y

exámenes médicos que se le realicen previos a la técnica de reproducción humana asistida; por medicamentos; por la atención hospitalaria y médica durante el embarazo y parto, y por la posparto que pudiera necesitar como consecuencia del nacimiento del hijo producto de reproducción asistida.

IV. A proporcionar una cantidad mensual a la mujer o madre asistente, para que ésta cubra los gastos relativos a la maternidad como: comida, vestido, transporte para acudir a las consultas médicas programadas o las extraordinarias, y habitación, este último concepto salvo pacto en contrario. Esta cantidad podrá ser el equivalente de hasta tres salarios mínimos generales diarios vigentes en el Distrito Federal.

V. A recibir el hijo producto de reproducción asistida, una vez que éste nazca, pudiendo acordar con los asistentes un periodo para que éstos lo entreguen después de tal nacimiento, si la madre asistente desea amamantar al hijo con su leche materna, por ser esto benéfico para él.

VI. A cubrir a la mujer o madre asistente por la prestación de su servicio, la compensación pactada en el contrato de prestación de servicios con fines de gestación humana.

VII. A cubrir a la mujer o madre asistente por la prestación de su servicio, el 50% de la compensación pactada en el contrato de prestación de servicios con fines de gestación humana, en el caso de que por causas médicas justificadas y no imputables a ella, aborte en cualquier tiempo de gestación al producto de reproducción asistida, por tener éste enfermedades o alteraciones congénitas, de las que le resultaren daños graves físicos y/o mentales en caso de nacer, o bien que por tales causas o por otras se ponga en peligro la vida de la referida madre asistente.

VIII. A cubrir en caso de fallecimiento de la mujer o madre asistente, debido a complicaciones graves surgidas como consecuencia de la gestación, parto o posparto del hijo producto de reproducción asistida, todos los gastos que se deriven de este”.

“Artículo 389 Bis-G.- Los asistidos tendrán derecho a que los asistentes les cubran el pago de daños y perjuicios causados, en los casos previstos en este Capítulo”.

“Artículo 389 Bis H.- Los asistidos tendrán derecho a que los asistentes les entreguen al hijo producto de las técnicas de reproducción asistida, después de su nacimiento, por haber procurado tal nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores, y debido a que no existe ningún vinculo filial entre los asistentes con el citado hijo”.

Sección Tercera

De las obligaciones de los asistentes

“Artículo 289 Bis-I.- Los asistentes están obligados:

I.- A practicarse los estudios y exámenes médicos necesarios previos a la técnica de reproducción humana asistida para determinar su salud, con el objeto tanto de evitar enfermedades de carácter incurable, contagioso o congénito que pudieran transmitirse al hijo producto de reproducción asistida, y como consecuencia que la mujer asistente esta capacitada para gestar.

II. A practicarse los estudios socioeconómicos y psicológicos necesarios para demostrar que su entorno y salud mental son satisfactorios, y por tanto son personas aptas para someterse, según el caso, a la aplicación de la correspondiente técnica de reproducción asistida, y que deberán realizarse por profesionistas que acrediten tener título profesional y experiencia mínima de dos años en la materia.

III. A que la mujer o madre asistente se someta en Centros Autorizados y con atención de profesionales médicos especializados en la materia, a las técnicas de

reproducción humana asistida inseminación artificial o fecundación in vitro, con el gameto del cónyuge o concubino asistido o de un tercero y con el gameto femenino proporcionado por la cónyuge o concubina asistida que no pueden gestar, o bien con el que proporcione la misma madre asistente, en caso de que la otra mujer contratante no produzca óvulos, para gestar al hijo producto de tales técnicas.

IV. A que durante la gestación del hijo producto de reproducción asistida, la mujer o madre asistente se practicara todos los estudios y exámenes médicos que se le soliciten, y acudirá a las consultas médicas programadas y extraordinarias para la evaluación y control de su gestación.

V. A cumplir todas las indicaciones médicas para una sana gestación, respecto al uso y consumo de medicamentos y alimentos, así como de medidas preventivas para evitar un daño o la pérdida del hijo producto de reproducción asistida, tanto higiénicas como de abstención a fumar, beber alcohol, consumir drogas o medicamentos que no estén ordenados por el profesional médico especialista.

VI. A no abortar el hijo producto de reproducción asistida, a menos que sea por prescripción médica del profesional médico especialista, por presentar el producto alteraciones congénitas que den como resultado daños físicos y mentales a éste o que se ponga en peligro la salud o vida de la mujer o madre asistente.

VII. A cubrir los daños y perjuicios que se hubieren producido hasta ese momento a los asistidos, en caso de que la mujer o madre asistente aborte el hijo producto de reproducción asistida, por causas imputables a ella, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de la sanción penal que corresponda en el Código de la Materia.

VIII. A entregar el hijo producto de reproducción asistida después de su nacimiento, a los padres asistidos que procuraron tal nacimiento, para atribuirse el

carácter de progenitor o progenitores, debido a que no existe ningún vínculo filial entre la pareja de asistentes con el hijo que gestó la mujer o madre asistente”.

“Artículo 389 Bis-J.- Tendrá derecho la mujer o madre asistente, a la compensación económica pactada en este contrato por aportar su útero o vientre para gestar el hijo producto de reproducción asistida, salvo pacto en contrario”.

“Artículo 389 Bis-K.- No podrá obligarse a la mujer o madre asistente, a someterse a las técnicas de reproducción asistida, en caso de que se niegue a ello con posterioridad a la firma de este contrato, pero si a pagar los daños y perjuicios causados a los asistidos cuando se de tal negación”.

“Artículo 389 Bis-L.- Este contrato puede terminar:

- I. Por convenio expreso entre los asistidos y asistentes, cuando la mujer o madre asistente no se somete todavía a la técnica de reproducción asistida respectiva;
- II. Por haberse cumplido la finalidad de éste, por haber nacido y sido entregado a los asistidos el hijo producto de la técnica de reproducción asistida, y en su caso, se ha cubierto a la mujer o madre asistente la compensación pactada;
 - I. Por la imposibilidad natural o legal de concluirlo;
 - II. Por la muerte de la mujer o madre asistente y/o del hijo producto de las técnicas de reproducción asistida.

B). Propuesta de reforma al artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal,

Para que el contrato de prestación de servicios con fines de gestación humana, se incorpore en el Código Civil para el Distrito Federal, es indispensable hacer modificaciones al artículo 338 de este ordenamiento civil.

La redacción actual de este artículo 338, dispone:

“Artículo 338.- 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.”

La propuesta de reforma al citado precepto legal, es la siguiente:

“Artículo 338.- 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, salvo lo previsto en el Capítulo IV-Bis, del Título Séptimo del Libro Primero de este Código”.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La filiación es la Institución del Derecho Familiar, que se produce como consecuencia de hechos naturales correspondientes a la concepción, gestación y nacimiento, y de los que el derecho considera se derivan relaciones entre los progenitores y sus descendientes en primer grado cualquiera que sea su origen, y de la que se generan entre éstos derechos y obligaciones.

SEGUNDA.- El Código Civil para el Distrito Federal, es el ordenamiento legal encargado de regular la filiación, entre la que se encuentra la consanguínea, incluyendo en ésta la del hijo producto de las técnicas de reproducción humana asistida, en la que se admite como fuente además del lazo de sangre o consanguíneo también a la voluntad procreacional, en éste último caso, considerando que la pareja de cónyuges o concubinos con problemas de esterilidad y/o infertilidad han procurado el nacimiento del referido hijo producto de dichas técnicas, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

TERCERA.- Tanto nuestra Carta Magna, como la Ley General de Salud y el Código Civil para el Distrito Federal, contemplan la maternidad como el derecho a la libre procreación de los hijos, utilizando de ser necesario cualquier método de reproducción asistida, por lo que permite la utilización de tales practicas, entre estas la de maternidad subrogada.

CUARTA.- Las técnicas de reproducción humana asistida. Son aquéllos métodos o procedimientos utilizados para obtener la concepción mediante la manipulación de los gametos o células germinales masculinas y femeninas, por personal médico profesional especializado, en los casos en que el hombre y/o la mujer no puedan procrear mediante la relación sexual, ya sea por esterilidad o infertilidad.

QUINTA.- El hijo puede ser concebido mediante las técnicas de reproducción humana asistida siguientes: La Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro.

SEXTA.- La inseminación artificial es un método de reproducción asistida, que consiste en colocar incorporadamente los gametos masculinos en alguna parte de la vía genital femenina, de manera no natural, es decir, distinto al acto sexual. En este tipo los gametos aportados son exclusivamente masculinos.

SEPTIMA.- La inseminación artificial es homóloga, cuando se practica en una mujer unida en matrimonio o concubinato con semen del marido o concubino, y es heteróloga, cuando se utiliza semen de un tercero, en aquellos casos en que el cónyuge o concubino es estéril o es portador de una enfermedad congénita. En este tipo los gametos aportados son exclusivamente masculinos.

OCTAVA.- La Fecundación in vitro es un método de fecundación asistida, que consiste en unir los gametos masculino y femenino extracorpóreamente, dentro de un laboratorio, para luego, implantar el producto de la fecundación en la mujer que se encargara de llevar a cabo la gestación de éste.

NOVENA.- La fecundación in vitro es homóloga, cuando se practica con los gametos de los miembros de una pareja unida en matrimonio o concubinato, en cuyo caso la gestación puede ser llevada a cabo por la esposa o concubina portadora del óvulo, o bien, por una mujer que se compromete a que le sea implantado en el útero el embrión de la pareja de cónyuges o concubinos, a fin de que en el mismo se lleve a cabo la gestación del hijo hasta su nacimiento (maternidad subrogada), y es heteróloga, cuando se realiza con semen de un tercero o persona física que trasmite su material genético y que no es el marido o concubino, a la mujer casada o concubina, que será inseminada.

DECIMA.- La mujer que no este unida en matrimonio o concubinato no deben tener acceso a las técnicas de reproducción asistida, en atención al interés superior del hijo producto de éstas, debido a que éste necesita tener un padre y madre.

DECIMA PRIMERA.- La maternidad subrogada o gestación por cuenta de otra, surge por la necesidad de gestar un hijo, que por los medios naturales no es posible, dada la infertilidad y/o esterilidad que padecen los cónyuges o concubinos, motivo por el que solicitan a un especialista en técnicas de reproducción asistida que implante en el útero o vientre que aporte otra mujer gratuitamente o no, el hijo producto de tales técnicas, sea la de inseminación artificial o fecundación in vitro, para que ésta lleve a cabo la gestación, y una vez nacido el referido hijo, lo entregue la madre subrogada o asistente a los cónyuges o concubinos asistidos que han procurado el nacimiento del aludido hijo producto de dichas técnicas, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En esta técnica la madre subrogada o asistente, puede dar incluso el óvulo cuando la otra mujer no los produzca, o produciéndolos no pueda gestar o éste provenir de otra tercera mujer fértil, con la finalidad de fecundarlo, ya sea con los gametos o células germinales masculinos del marido o concubino o con los de un tercero.

DECIMA SEGUNDA.- El contrato tiene una triple naturaleza: la de ser un acto jurídico consistente en un acuerdo de voluntades entre dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones; una norma jurídica que obliga a las partes a lo pactado; y la forma del contrato, en que quede plasmada su voluntad.

DECIMA TERCERA.- Hoy en día los avances científicos y biotecnológicos han rebasado nuestro ordenamiento civil, situación que ha traído como consecuencia, una serie de lagunas en la ley, al no estar reguladas las practicas de reproducción asistida, como medios de expresión de la voluntad por los cuales se pueda contratar respecto a tales practicas, por lo que se plantea la necesidad de incorporar en nuestro

ordenamiento civil, el contrato especial de prestación de servicios con fines de gestación humana que se propone.

DECIMA CUARTA.- Las propuestas sugeridas en este trabajo recepcional son las siguientes: A) Se propone adicionar en el Código Civil para el Distrito Federal, un Capitulo IV-Bis, al Título Séptimo De la filiación, del Libro Primero, llamado “Contrato Especial de Prestación de Servicios con Fines de Gestación Humana” como de los preceptos que lo regulen, en los que se establezcan tanto los requisitos que se deben cumplir para efectuar las referidas técnicas y la forma de convenir entre las personas involucradas en estas practicas de reproducción, como se determinen los derechos y obligaciones que adquieren dichas personas al realizar tales practicas, y se precise su filiación con el hijo producto de estas técnicas y, B) Reformar el artículo 338 del mismo ordenamiento civil, para poder hacer la incorporación del contrato que se propone.

BIBLIOGRAFIA

1. BARROSO FIGUEROA, José. Texto facilitado por el maestro, consistente en su exposición en la celebración del aniversario de 200 años del Código Napoleónico, dentro del ciclo de conferencias efectuadas en la Facultad de Derecho en el mes de Septiembre de 2004, en la conferencia de nombre "LA FILIACIÓN (1804 – 2004)."
2. BORJA SORIANO, Manuel "Teoría general de las obligaciones." Ed. Porrúa, S.A. México. 1998.
3. CHAVEZ ASENCIO, Manuel. La adopción. Ed. Porrúa. 1ª. ed. México. 1999.
4. DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia,. Ed. Porrúa, 4ª. ed. México. 1993.
5. GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil. Primer curso. Parte general. Personas. Familia". 15ª edición. Ed. Porrúa. México. 1997.
6. GALINDO GARFIAS, Ignacio. "Derecho Civil". Primer Curso. 3ª. Edición. Ed. Porrúa. México. 1979.
7. GALVÁN RIVERA, Flavio. "La inseminación artificial en seres humanos y su repercusión en el Derecho Civil". Revista Jurídica de Posgrado, Universidad Autónoma de Oaxaca, año 1. num. 2, abril-junio. México. 1995.
8. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, S.A. México. 1986.
9. GARCIA TELLEZ, Ignacio. "Motivos, Colaboración y Concordancia del Nuevo Código Civil Mexicano. Segunda Edición. Editorial Porrúa. México. 1965.
10. GAUDEMET, Eugene. "Teoría general de las obligaciones". 3ª edición. Ed. Porrúa. México. 2000.
11. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho de las obligaciones". Ed. Porrúa, S.A Décima edición. México. 1995.
12. MAGALLON IBARRA, Jorge Mario. "Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia." Tomo III. Ed. Porrúa, México. 1988.
13. MARTINEZ ALFARO, Joaquín. "Teoría de las Obligaciones". Ed. Porrúa. México. 2001.
14. MARTINEZ CALCERRADA, Luis. Derecho Médico. Volumen Primero. Ed. Tecnos, S.A. Madrid, España. 1986.

15. MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de Familia". 2ª. Edición. Ed. Porrúa. México. 1985.
16. PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. "Contratos Civiles". 3ª edición. Ed. Porrúa, S.A. México. 1995.
17. PLANIOL, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Traduc. de José M. Cajica Jr. Edit. José M. Cajica Jr. Puebla 1946. Cit. por Rojina Villegas.
18. RIVERA, Julio Cesar. Instituciones del Derecho Civil. Parte General I. Ed. Abelardo Parrot. Argentina. 1992.
19. TAPIA MEJIA, Juan. Las técnicas de reproducción asistida. Facultad de Derecho U.N.A.M. División de Estudios de Posgrado. México. 2002.
20. ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Derecho Civil Mexicano". Tomo II. Derecho de Familia. Edit. Porrúa, México 1993.
21. SANCHEZ MEDAL, Ramón. "De los contratos civiles". Ed. Porrúa. México. 2004.
22. TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. "Los contratos civiles y sus generalidades". 6ª Edición. Ed. Mc Graw Hill. México. 2003.
23. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. "Contratos Civiles". 5ª Edición. Ed. Porrúa, S.A. México. 1994.

DICCIONARIOS

1. DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. 20ª. ed. México. 1998.
2. ESCRICHE, Joaquín. "Diccionario Razonado Legislación y Jurisprudencia". Tomo I. Cárdenas Editores y Distribuidora 2ª. Edición. México. 1985.

LEGISLACION

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Sista. 2004.
2. Código Civil para el Distrito Federal. Edit. Sista. 2005.
3. Código Civil para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y Para Toda la República en Materia Federal. Consorcio Editorial Greca, S.A. de C.V. 1999.

4.Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Sista 2004.

5.Ley General de Salud. Agenda de Salud. Ediciones Fiscales ISEF, S.A. 2004.

6.Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Agenda de Salud. Ediciones Fiscales ISEF, S.A. 2004.

OTRAS FUENTES

1.Biblia.

2.IUS 4. Disco II. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

I N T E R N E T

<http://www.reproduccion.com.mx/insem.html>