

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**“LA NECESIDAD DE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S

QUE PRESENTA:

MARIA TERESA LECOURTOIS ROSAS.

PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS: LIC. ANDRES LINARES CARRANZA

México, DF. Enero de 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**“LA NECESIDAD DE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**

INDICE

INTRODUCCION

CAPÍTULO 1. NOCIONES BÁSICAS DEL DERECHO DE FAMILIA

1.1	Concepto de familia	1
1.2	Su relación con otras disciplinas	11
1.3	Tesis sociológicas de la familia	16
1.4	Evolución de la familia, de la antigüedad a la era moderna	19
1.5	Fuentes del derecho de familia	26

CAPÍTULO 2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA FILIACIÓN

2.1	Concepto de filiación y sus diversas clases	30
2.2	Maternidad	35
2.3	Paternidad	38
2.4	Filiación de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio	41
2.5	Efectos de la filiación	41
2.5.1	Parentesco	41
2.5.1.1	Clases de parentesco	45
2.5.1.2	Líneas y grados de parentesco	53

2.5.2 Derecho de usar el nombre	55
2.5.3 Derecho a recibir alimentos	62
2.5.4 Derecho a la sucesión	69

CAPÍTULO 3. TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO FAMILIAR

3.1 Diferencia entre el hecho y el acto jurídico	75
3.2 El acto jurídico como fuente de las obligaciones	78
3.3 Elementos de existencia del acto jurídico	79
3.4 Elementos de validez del acto jurídico	84
3.5 El contrato como fuente de las obligaciones	92
3.6 Concepto de acto jurídico familiar	95

CAPÍTULO 4. LOS DIFERENTES MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

4.1 La tecnología y el derecho	98
4.2 Los diversos métodos de reproducción asistida	104
4.2.1 Donación de gametos	112
4.3 Naturaleza Jurídica de los contratos que se celebran en los diferentes métodos de reproducción asistida	115
4.4 Efectos de los contratos celebrados en los diferentes métodos de reproducción asistida	118

**CAPÍTULO 5. LA NECESIDAD DE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA
EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

5.1	El contrato de Maternidad Subrogada	132
5.1.1	Concepto de Maternidad Subrogada	142
5.1.2	Naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada	143
5.1.3	La relación paterno filial entre el producto de la concepción y quien presta la matriz y quienes desean el embarazo	148
5.1.4	Tendencias Jurídicas en otros países	153
5.2	Propuesta de Regulación en el Código Civil para el Distrito Federal	155
5.3	Justificación de la Reforma Legal	158
5.4	Texto de la disposición precedente	162
	Conclusiones	164
	Bibliografía	170

INTRODUCCIÓN

La familia es el núcleo de la sociedad, tal y como siempre se ha expuesto, no sólo por juristas, sino también por sociólogos y otros tratadistas versados en la materia. La familia como fenómeno social ha sufrido una evolución a lo largo del tiempo y del espacio.

De forma paralela ha evolucionado el derecho, como una necesidad del hombre desde que vive en sociedad y cuya función principal ha sido regular la vida de éstos, ya sea evitando que se comporten de una determinada forma, o fomentando dicho comportamiento.

La familia como fenómeno social ha sido regulada por el derecho. Por medio de éste se ha buscado regular las relaciones que vinculan a los miembros de la familia, así como aquellas relaciones externas que se dan con personas que son ajenas a su seno.

Dentro del ámbito familiar han debido evolucionar necesariamente la filiación y otras relaciones patrimoniales o extrapatrimoniales que unen a los miembros de la familia. Dicha evolución obedece a la sociedad capitalista, la apertura comercial internacional, el ingreso de la mujer a las relaciones productivas, la escasez de vivienda, el embarazo de jovencitas que apenas dejan la niñez; el enlace matrimonial de jóvenes que aún no tienen conciencia de la responsabilidad que implica el matrimonio, además del desarrollo de la tecnología que, entre otros fenómenos, han provocado que las familias vayan cobrando distinta anatomía.

La familia no es una institución homogénea, las hay de distintas formas, compuestas por distintos miembros de la sociedad que asumen roles distintos en el seno de la suya. Por ejemplo, podemos señalar la existencia de familias monoparentales en que la cabeza es la mujer, a falta de un marido; familias que se componen por los abuelos, los padres y los nietos; parejas que ante la imposibilidad de tener hijos propios, adoptan menores o incapaces, o mujeres que desean ser madres solteras y valiéndose de los adelantos tecnológicos, fecundan su óvulo con un espermatozoides donado por alguien a quien no conocen, o cuando en una pareja, la mujer aunque fértil porque su óvulo es apto para procrear, es estéril, por su incapacidad de concebir dentro de su organismo su propio óvulo, proponiendo a una segunda mujer que dentro de su cuerpo se realice la fecundación del óvulo que no le pertenece, a fin de dar vida a un nuevo ser que no será su hijo, aunque lo lleve en su útero, a lo cual hoy en día suele llamarsele “maternidad subrogada”, que es precisamente el tema de esta investigación.

¿Acaso la actual regulación del Código Civil para el Distrito Federal permite se realice éste tipo de relación jurídica?, ¿El mismo ordenamiento nos define la calidad de madre?, ¿Cuáles son los efectos jurídicos que nacen al darse una relación de tal naturaleza, para cada una de las partes?

Estas son algunas interrogantes que se plantean con relación a la maternidad subrogada. El estudio de los efectos jurídicos que puede traer aparejados y buscar sus posibles soluciones es nuestro trabajo y el objeto de la presente investigación académica.

Cuando por los métodos médicos de fertilización asistida, se hace necesario la participación de dos mujeres, la maternidad inevitablemente resulta compartida, lo cual desde el punto de vista jurídico genera la incertidumbre, de si ambas madres (la biológica y la genética) tienen o no un vínculo natural que necesariamente conlleva el aspecto jurídico con el producto de la concepción, como lo es la filiación, lo cual nos plantea conflictos como estos: si la prestataria del útero debe renunciar al vínculo materno filial, o bien ésta nunca tendrá una relación filial con el producto que salió de sus entrañas.

Pese a que conforme a los principios actuales del derecho, la filiación no puede ser objeto de transacción o convenio, ni de compromiso en árbitros, en el caso de la maternidad subrogada, necesariamente se altera este principio, y ante tal evento, la ley no establece una solución para determinar a que mujer se debe considerar como madre de un nuevo ser, ¿A quien presta su útero, o quien entregó el óvulo para la fecundación?, sin pasar desapercibido que con este método, también deja de tener vigencia la clásica afirmación de que la maternidad siempre es cierta.

Por tanto, en este supuesto, se debe ser lógico para encontrar la respuesta, ya que la ley nada dispone sobre el particular, por lo que en un ejercicio jurídico, en el cual considerando la situación real que guarda la sociedad frente a los adelantos científicos, respecto de hasta donde se debe prohibir su utilización para que alguno o algunos de los actuales métodos de reproducción asistida puedan seguir empleándose y cuales no, se desarrolla la presente tesis iniciando con las

nociones básicas del derecho de familia en el capítulo 1, para después en el capítulo 2, entrar al tema de los aspectos generales de la filiación, por ser el aspecto jurídico más importante a considerar en la utilización de este método, continuando en el capítulo 3, con la teoría del acto jurídico y su relación con el derecho de familia, ante la necesidad de proponer, como solución a los preguntas arriba planteadas, la creación y regulación de un acto jurídico específico, al que como un verdadero ensayo, en el capítulo 5, se denominó “contrato de maternidad subrogada”, no sin antes haber examinado en el capítulo 4, los diferentes métodos de reproducción asistida y sus efectos, ya que en su último apartado (4.4), se exponen las razones lógicas que conllevan a la necesidad de regular la maternidad subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal, cuya propuesta y justificación de la reforma se expresa en los apartados 5.2 y 5.3, respectivamente, partiendo de la premisa de que con la utilización de este método, la maternidad ya no se demuestra con el nacimiento, lo que conlleva indudablemente a que se formule en nuestro Código Civil la definición jurídica de “maternidad”, para lo cual se propone el texto y número del artículo en nuestro Código Civil que la contenga, en donde también queda regulada la “maternidad subrogada”, considerando implícitamente la viabilidad jurídica del contrato que se genera con la utilización de este método de reproducción asistida.

CAPÍTULO 1. NOCIONES BÁSICAS DEL DERECHO DE FAMILIA

1.6 CONCEPTO DE FAMILIA

La familia es tan antigua como la misma humanidad, y por su importancia, es objeto de estudio de sociólogos y antropólogos. Surge de manera espontánea y por razones naturales, aunque su continuidad depende de la voluntad de sus miembros. *Recasens Siches* lo concibe como un grupo social primario que tiene su génesis en las necesidades naturales del hombre, principalmente, las que tienen que ver con la crianza y el sostenimiento de los hijos; pero al mismo tiempo es una institución creada por el derecho¹; se podría decir, reconocida, en la que se regulan y controlan las conductas y vínculos entre sus miembros.

Para el autor español, *Manuel Peña*, la familia *“Es el núcleo social primario integrado por las personas unidas por los vínculos sociales más fuertes (el conyugal y los de filiación o de parentesco). Es considerado, para la persona, como el medio ambiental natural a fin de conseguir el pleno desarrollo de la personalidad y, para la sociedad, como célula natural y fundamental.”*²

Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez nos dan un concepto biológico, un sociológico y el jurídico que normalmente no coinciden, dado que ven a la familia desde ángulos distintos. Se trata de verdades a medias, pero que nos hacen reflexionar sobre el hecho, de que la familia es un fenómeno que está siempre presente en la sociedad, en la que todos nos desenvolvemos, en la que nos desarrollamos, la

¹ Cfr.- **RECASENS SICHES**, Luis, “Sociología”, Porrúa. México, 1980. pp. 465 y siguientes.

² **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓZ**, Manuel, “Derecho de familia”, Universidad de Madrid. España; 1989. p, 11.

que formamos y en la que morimos, y aunque todos formamos parte de una, no la concebimos de la misma manera; e ahí la complejidad de su estudio. Desde el primer punto de vista, la familia es “*el grupo constituido por la primitiva pareja y sus descendientes sin limitación.*” El concepto sociológico es variado, y por ende, se pueden ver distintos tipos de familias. Ahora bien, en el concepto jurídico, la simple pareja constituye una familia, en virtud de que entre ambos surgen derechos y obligaciones recíprocos; aunque también forman parte de la familia los descendientes, aunque lleguen a faltar los progenitores.³

Nuestro Código Civil no define a la familia, tampoco lo que se debe entender por padre, madre e hijos, de donde deriva la obligación imperiosa del legislador de realizar esta labor. No sería algo inusual, ya que existe la tendencia legislativa a que en los nuevos cuerpos normativos, dentro de los primeros artículos se citen definiciones para los efectos de la propia regulación, y a manera de ejemplo se cita el texto del Código Familiar del Estado de Hidalgo, Código Civil del Estado de Querétaro, Código Civil del Estado de Morelos y el Código Civil para el Estado de Guerrero cuyo texto a la letra expresa:⁴

CODIGO FAMILIAR REFORMADO PARA EL ESTADO DE HIDALGO

“ARTICULO 1. L A FAMILIA ES UNA INSTITUCION SOCIAL, PERMANENTE, COMPUESTA POR UN CONJUNTO DE PERSONAS UNIDAS POR EL VINCULO

³ Cfr.- **BAQUEIRO ROJAS**, Edgard y **BUENROSTRO BÁEZ**, Rosalía, “Derecho de familia y sucesiones”, Editorial Harla. México; 1990. pp, 8 y 9.

⁴ No quiero entrar a la materia de técnica legislativa, sin embargo para algunos tratadistas no es labor de los legisladores, definir conceptos en el cuerpo de la propia ley. Una de la principales ventajas de ésta práctica es que ante la ambigüedad del lenguaje que se utiliza, el intérprete esté en la posibilidad de conocer la voluntad del legislador sin distorsiones.

JURIDICO DEL MATRIMONIO O POR EL ESTADO JURIDICO, DEL CONCUBINATO; POR EL PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD, ADOPCION O AFINIDAD.”

“ARTICULO 2. *SE RECONOCE A LA FAMILIA COMO EL FUNDAMENTO PRIMORDIAL DE LA SOCIEDAD Y DEL ESTADO.”*

CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE QUERÉTARO.-

“ARTÍCULO 135.- *La familia es una institución social, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, el concubinato o por el parentesco de consanguinidad, civil o afinidad.”* (Reforma: 3/X/03 No. 62)

“ARTÍCULO 136.- *Son fines de la familia garantizar la convivencia armónica, el respeto, la protección, la superación, la ayuda mutua, la procuración del sustento material y afectivo, la preservación de los valores humanos, la vinculación, el respeto y la protección recíproca de sus miembros.”* (Reforma: 3/X/03 No. 62)

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MORELOS.-

“ARTICULO 84 BIS.- *BASES DE LA FAMILIA MORELENSE. LA FAMILIA MORELENSE EN UNA AGRUPACION NATURAL QUE TIENE SU FUNDAMENTO EN UNA RELACION, ESTABLECE ENTRE HOMBRE Y MUJER Y SU PLENA REALIZACION EN LA FILIACION LIBRE, CONSIENTE, RESPONSABLE E INFORMADA, ACEPTADA Y DIRIGIDA POR LA PAREJA. "LOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA TIENEN DERECHO A QUE LOS DEMAS MIEMBROS RESPETEN SU INTEGRIDAD FISICA Y PSIQUICA, CON OBJETO DE CONTRIBUIR A SU SANO DESARROLLO PARA SU PLENA*

INCORPORACION Y PARTICIPACION EN EL NUCLEO SOCIAL. AL EFECTO, CONTARAN CON LA ASISTENCIA Y PROTECCION DE LAS INSTITUCIONES PUBLICAS DE ACUERDO CON LAS LEYES".

CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUERRERO. -

“ARTICULO 374.- EL ESTADO RECONOCE EN LA FAMILIA EL GRUPO PRIMARIO FUNDAMENTAL, SUSTENTO DE LA SOCIEDAD, EN EL QUE LA PERSONA HUMANA ENCUENTRA LOS SATISFACTORES EFECTIVOS Y MATERIALES PARA CUBRIR SUS NECESIDADES BASICAS. ES EL GRUPO SOCIAL PERMANENTE Y ESTABLE FORMADO POR UN CONJUNTO DE PERSONAS UNIDAS ENTRE SI YA SEA POR EL MATRIMONIO, EL CONCUBINATO O EL PARENTESCO, EN CUALQUIERA DE SUS FORMAS.”
(SIC)

Desde el punto de vista doctrinario, para la elaboración de un concepto es necesario conocer los elementos que forman parte del mismo, al menos los básicos y poder describir cierto fenómeno que analizamos, es por ello que me referiré en los siguientes párrafos a la naturaleza jurídica de la familia y desentrañar uno de sus principales elementos.

En la opinión de *Chávez Asencio*, la familia no constituye una persona moral, debido a que no existe precepto jurídico alguno que así lo disponga aunque si sea susceptible de protección, tanto por la sociedad como por el Estado, que se traduce en una serie de vínculos de estado civil, tal es el caso del matrimonio, el

concubinato, la adopción y la filiación, que se determinan por el puesto que en ellas ocupan los miembros de la misma. No obstante, algunos tratadistas de la materia han sostenido con argumentos la personalidad jurídica propia de la familia que se funda en la concurrencia de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, entre los que figuran el nombre patronímico, el ejercicio de la patria potestad, e incluso, citan derechos procesales de legitimidad para la defensa de los intereses de la familia, la constitución del patrimonio de familia, que necesariamente debe tener un titular, superior al individuo. A pesar de la similitud, tienen razón quienes hasta ahora le han negado desde el punto de vista jurídico, la personalidad de la familia pues para su constitución no se sigue el procedimiento notarial característico de cualquier ente moral de derecho civil, los miembros que se vinculan deben perseguir un mismo fin y debe tener órganos que los representen frente a terceros y que deban responder de sus acciones frente a sus miembros.⁵

Mucho se ha especulado en relación a la naturaleza jurídica de la familia, tal y como se ha hecho con la empresa. Ambos son entes multicitados por las leyes de sus respectivas materias, por la doctrina y por la jurisprudencia, pero no se han podido definir con tal claridad que se pueda dar una definición universal y unánime. La familia es un fenómeno sociológico pero cuyo reconocimiento jurídico ha sido muy difícil, al menos, como para hacerla titular de derechos y obligaciones y establecer un claro principio sobre la representación de la misma, motivo por el

⁵ Cfr.- **CHÁVEZ ASENCIO**, Manuel, “La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares”, 2ª edición. Porrúa. México; 1990. p, 213 y 214.

cual se le ha definido como un organismo jurídico, institución, tal y como lo expone en su libro *Chávez Asencio*.⁶

Manuel Peña reconoce que no existe un concepto único de familia, ya que se puede ver desde un punto de vista amplio y otro restringido. En el primero de ellos, la familia se compone por los padres, los hijos y también por las personas con las que están unidos por algún vínculo de parentesco. En sentido estricto, sólo se integra por los cónyuges y sus hijos.⁷ Aunque, también es válido decir que la familia se compone por los miembros que habitan en un mismo hogar, de lo que resulta que el lazo familiar puede escapar a un determinado lazo de parentesco.

La institución⁸ familiar es de suma importancia para el individuo y la sociedad, dado que en ella se logra el libre desarrollo de la personalidad, a través de la crianza, lo que le permite al individuo integrarse a la sociedad. Dentro de ella se adquiere el conocimiento de la lengua, la moral, el respeto a los semejantes, la protección de los miembros que la componen, etc.⁹

Chávez Asencio propone la siguiente definición de familia *“Es una institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supraindividual, para lo cual tiene un patrimonio propio; que se integra con los progenitores (o uno de ellos) y con los hijos (incluyendo los*

⁶ Cfr.- Ibidem. p, 217 a 222.

⁷ Cfr.- **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓZ**, Manuel, Op. Cit. pp, 12 a 14.

⁸ Según Hauriou, una institución es todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad de los individuos, tal es el caso de la familia. Para Prelot. La institución es una colectividad humana organizada, en donde las actividades de los individuos se hayan sometidas a una autoridad y a reglas sociales.

⁹ Cfr.- **PEÑA BERNALDO DE QUIRÓZ**, Manuel, Op. Cit. P, 15.

adoptados) a quienes se pueden incorporar a otros parientes o constituirse con parientes, todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos derivados del matrimonio o el concubinato, de la filiación y el parentesco.”¹⁰

Con el avance de la ciencia y la tecnología, que han impactado ciertamente, a la institución familiar, obliga a que los juristas se cuestionen sobre la naturaleza de los vínculos que hacen que un grupo de personas se reputen miembros de una familia, en sentido estricto. Precisamente, la práctica de la maternidad subrogada y la fecundación in vitro son procedimientos procreativos que han generado serios cuestionamientos sobre la tradicional concepción de la familia, ¿Acaso la mujer que presta su matriz para incubar el óvulo de otra mujer se puede considerar madre del producto? ¿La madre será quien aportó el óvulo? ¿Puede haber pactos entre particulares que afecten normas de orden público que modifican la estructura familiar y sus relaciones? Estos cuestionamientos y otros serán resueltos a lo largo de la presente investigación.

Existen aspectos de la familia que no están regulados por el derecho, e influyen en ello la moral y la religión, pues cómo podría regular el derecho “el amor”, que es un sentimiento inexplicable, o para algunos, que pudiera tener muchas explicaciones, sin que cada una de ellas pueda agotar su contenido. En el mismo sentido *Roberto Ruggiero* opina que la familia escapa al derecho, por ser un organismo social que se basa en la naturaleza, en las necesidades naturales del

¹⁰ CHÁVEZ ASECIO, Manuel, Op. Cit. p, 222.

hombre, en la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia, la cooperación.¹¹

Pero para dar mayor certidumbre a los individuos en sus relaciones familiares, el Estado interviene a través del órgano competente para regular algunos aspectos que están al alcance del derecho. Si atendemos a la lectura minuciosa del artículo 73 constitucional se desprende que el Congreso de la Unión no tiene la facultad para legislar en materia de relaciones familiares a través del derecho civil o familiar, entonces, por virtud del pacto de plasmado en el artículo 124, corresponde a las legislaturas de los Estados de la República, regular dicha materia, y en el caso del Distrito Federal, corresponde a la Asamblea Legislativa con fundamento en el artículo 122, base primera, fracción V, inciso h.

Toda vez que ya conocemos el concepto de familia, es pertinente que se aborde el concepto de derecho de familia, para lo cual aprovecho hacer énfasis en la circunstancia de que no es el derecho quien crea a la familia, ni sus relaciones, este mecanismo funciona a la inversa. El derecho observa y regula el fenómeno familiar, tanto el personal como los vínculos que surgen a su interior y frente a terceros, tal es el caso de la unión entre el hombre y la mujer a través del matrimonio; el concubinato, la filiación, la adopción, y los aspectos patrimoniales.

¹¹ Cfr.- **RUGGIERO**, Roberto, "Instituciones de derecho civil", Tomo II. Vol II. Editorial Reus; España; 1978. p, 7.

Para Manuel Peña *“es la parte del derecho civil que tiene como objeto directo las relaciones jurídicas familiares (y cuasifamiliares).”*¹²

Para José Castán Tobeñas, *“el derecho de familia es el conjunto de normas o preceptos que regulan esas mismas relaciones que mantienen entre sí los miembros de la familia.”*¹³

Julián Guitrón Fuentevilla nos define el derecho de familia en los siguientes términos: *“Es un conjunto de normas jurídicas, que tienen por objeto regular las relaciones jurídicas existentes entre la familia y cada uno de sus miembros, así como la de la familia con las demás personas no miembros de la familia.”*¹⁴

Para Manuel Chavez Asencio *“El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones familiares personales y patrimoniales que existen entre sus miembros y de estos con otras personas y el estado, que protegen a la familia y sus miembros, y promueven a ambos para que la familia pueda cumplir su fin.”*¹⁵

Sin que sea unánime, un sector de la doctrina sostiene que el derecho de familia parte del derecho civil, pero no sólo hay una disyuntiva en éste aspecto, sino que además, los autores han dejado de creer en la dicotomía clásica del derecho, en

¹² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓZ, Manuel, Op. Cit. p, 20.

¹³ CASTÁN TOBEÑAS, José, “La crisis del matrimonio”, España; 1914. p, 75.

¹⁴ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, “Derecho de familia”, México; 1972. p, 325.

¹⁵ CHÁVEZ ASECIO, Manuel, Op. Cit. p, 140.

privado y público, pues advierten que en medio de ambas está el derecho social, y que se desprenden de ella: el derecho familiar, el derecho agrario y el derecho laboral. Este debate no es ocioso, ni solo tiene efectos académicos, pues responde a la necesidad de orientar en la práctica los pactos que se celebran entre las personas y que impactan las relaciones familiares.

Se ha distinguido habitualmente el derecho público del privado por el interés jurídico tutelado, y en el caso del derecho de familia, el interés digno de tutela va más allá de los de carácter meramente individual. Si un criterio les distingue es el que tiene que ver con la imperatividad de sus normas, y que en el caso del derecho de familia, esta clase de normas abundan y realmente poco interviene la autonomía de la voluntad. Esto se debe a que sus normas son irrenunciables, intransmisibles y algunas de ellas, de ejercicio obligatorio, dejando poco espacio para la transacción.¹⁶ Precisamente están aquí, los linderos de nuestro tema, la naturaleza del pacto entre personas y los efectos jurídicos que debieran producir cuando se pacta la maternidad subrogada.

Al mismo tiempo, en el derecho de familia se reconoce a la persona cierta autonomía, en virtud de que los algunos derechos pueden ejercitarse a discreción de la persona, y ciertamente se reconoce un margen para la autonomía de la voluntad, y prueba de ello es la celebración del matrimonio, el pacto en las capitulaciones matrimoniales, la transacción que se realiza en relación al ejercicio de la custodia de los hijos, la disposición testamentaria, entre otros actos.

¹⁶ Cfr.- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓZ, Manuel, Op. Cit. p, 20.

En su regulación ha prevalecido el interés social sobre el individual, por lo que a la materia familiar se le han impuesto serias limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad. Característico de este tipo de normas es que son de observancia imperativa e inderogable por virtud del pacto de los hombres.¹⁷

Por su alto contenido moral y religioso, las normas del derecho de familia se han estancado, principalmente, cuando hay que atender a una realidad social, de descomposición o de transformación, que ya no compagina con la visión tradicional de sus relaciones e integrantes. El estereotipo más tradicional de la familia es aquel que se conforma de padre, madre e hijos concebidos a través de las relaciones sexuales que tiene la pareja unida en matrimonio, por el amor mutuo que se tienen, con la finalidad de la procreación. Pero la realidad de la familia mexicana no es homogénea, y por motivos económicos, de convicción ideológica, entre otros factores, ha impactado en la nueva conformación de las familias, como aquellas que se unen en concubinato; los que viven en casa de sus padres u otros familiares, las familias que viven bajo un mismo techo, pero cuya descendencia no les es común (medios hermanos).

1.7 SU RELACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

El derecho familiar como todas las ramas de la enciclopedia jurídica tiene relación con otras disciplinas jurídicas, con unas más que otras, todas ellas independientes, pero que en algún punto sus caminos convergen y se

¹⁷ Cfr.- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, Op. Cit. p, 141.

entremezclan, logrando una regulación, en ocasiones única. Entre las disciplinas que mayormente se relacionan con el derecho de familia están:

Derecho constitucional.- Acorde con nuestra posición, *Rafael Bielsa* define el derecho constitucional como *“La rama del derecho público que regla el sistema de gobierno, la formación de los poderes públicos, sus estructura y atribuciones, y que establece o reconoce, en principios, declaraciones o garantías, los derechos y deberes privados y públicos de los habitantes, como miembros de la sociedad referida al Estado y como miembros del cuerpo político.”*¹⁸

Nuestra Constitución Política contiene los preceptos máximos del país, y de ellos se desprenden leyes que regulan todas las ramas jurídicas, entre las que se encuentra el derecho de familia. El artículo 4º de nuestra Carta Magna es un cajón de sastre, cuyos preceptos son distintos y heterogéneos, pero dentro de los cuales está el fundamento del derecho de familia, que en su parte conducente dispone: *“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia... Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos... Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo... Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación,*

¹⁸ Autor citado por **BÁEZ MARTÍNEZ**, Roberto, “Derecho constitucional”, Cárdenas Editor y distribuidor. México, 1979. p. 165.

salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral...Los ascendientes...tienen el deber de preservar estos derechos...

Derecho procesal.- Por el vocablo proceso, Cipriano Gómez Lara entiende: “ *un conjunto de procedimientos, entendidos estos, como un conjunto de formas o maneras de actuar...y posee la nota característica de proyectividad que identifica a los actos procesales...y que son actos provenientes de las partes, del órgano jurisdiccional y de los terceros ajenos a la relación sustancial, y los cuales se enfocan, o proyectan, hacia un acto final de aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para dirimirlo o resolverlo.*”¹⁹

En ocasiones, los miembros de una familia dejan de cumplir con sus obligaciones, jurídicamente dispuestas en el ordenamiento sustantivo. Así pues, los procesos judiciales, por medio de los cuales, el particular puede ejercitar la acción correspondiente a efecto de que el Estado compela al agresor al cumplimiento de sus obligaciones es el punto de coincidencia entre el derecho de familia y el derecho procesal.

Derecho legislativo.- Entendido este como “*El conjunto de normas que regulan las funciones de uno de los órganos del poder público: el Poder Legislativo y precisa el proceso de la actividad legislativa.*” Más adelante señala, que en su aspecto funcional trata de “*describir y explicar el procedimiento de creación de las*

¹⁹ GÓMEZ LARA, Cipriano, “Teoría general del proceso”, 8ª edición. Harla; México; 1990. p, 291.

leyes o normas. Asimismo se encarga de analizar las características de las leyes en sus distintos ámbitos de aplicación: territorial, personal y temporal.”²⁰

Aunque ya se ha dicho que la familia va más allá del derecho, necesariamente, la serie de relaciones que surgen entre sus miembros deben ser reguladas por la ley, es entonces cuando el legislador ordinario de conformidad al procedimiento legislativo debe crear normas jurídicas que tiendan a tal fin, con apego al marco de competencias que la misma Constitución establece.

Derecho civil. *“La parte del derecho privado constituida por el conjunto de normas que regulan las situaciones jurídicas y las relaciones comunes u ordinarias del hombre en los que atañe a su personalidad, a su patrimonio, y a la institución de la familia, constituye el derecho civil.”²¹*

El derecho familiar forma parte del derecho civil, prueba de ello, es que las normas de la materia, al menos en la mayoría de las entidades federativas y el Distrito Federal están contenidas en el Cuerpo legislativo civil. Las relaciones familiares se componen de obligaciones recíprocas en las cuales se aplican las disposiciones del código de la materia. Sin duda alguna, una de las instituciones civiles de mayor arraigo en la vida social, es la familia.

²⁰ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. Derecho legislativo, “Diccionario de términos parlamentarios”, Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial. México; 1998. p, 332.

²¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Derecho civil”, 3ª edición, Porrúa, México; 1979. p, 93.

Derecho penal.- *“Es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena, como legítima consecuencia.”*²² En la legislación penal se han establecido tipos penales especiales y muy peculiares, en donde el bien jurídico protegido es la familia y sus integrantes.²³ El adulterio es una conducta típica que atenta contra el débito conyugal y la fidelidad que se debe la pareja; el abandono de los menores es otra conducta muy común cuando estamos frente a padres irresponsables y sin escrúpulos, quienes dejan de proporcionar los alimentos que está obligados a prestar a favor de sus menores hijos; o el delito de violencia familiar que uno de los integrantes infiere en contra de los demás; que rompe la armonía de las relaciones internas y frente a terceros, causando un agravio, no sólo a la familia, sino a la sociedad en general.

Derecho administrativo.- *“Llámesese derecho administrativo al conjunto de leyes y disposiciones que en cada nación forma su administración particular”.*²⁴ La relación del derecho de familia con el derecho administrativo es que en el segundo se regulan una serie de instituciones y órganos que se encargan de la vigilancia y respeto de las instituciones familiares, tal es el caso del DIF, las procuradurías, el registro civil, CAVI.

²² VON LISZT, Franz, “Tratado de derecho penal”, Tomo I. Editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México; 2003. p, 5.

²³ ACOSTA ROMERO, Miguel, y Eduardo LÓPEZ BETANCOURT, *Delitos especiales*, 4ª edición. Porrúa. México, 1998.

²⁴ CASTILLO VELASCO DEL, José María, “Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano”, Tomo I. UNAM, México; 1994. p. 9.

1.8 TESIS SOCIOLOGICAS DE LA FAMILIA

Pareciera que hablar de la familia es como si se tratara, en ocasiones, de un dogma, que se palpa, que ahí está, pero sobre la que poco se cuestiona. Pero siendo objetivos, debemos tomar en cuenta que la organización social no pudo haber sido siempre la misma, que se haya regido desde los primeros tiempos hasta la actualidad, bajo las mismas reglas, por ello cabe preguntarse, si la institución de la familia, tal y como ahora la conocemos ha estado presente en todos los tiempos y en cualquier latitud. ¿Se trata de una organización dinámica o estática?, ¿Siempre ha cumplido con las mismas funciones?

Con un lenguaje muy simple, bajo una metodología muy didáctica, el sociólogo *Julio Romero Soto* esboza la trayectoria resumida sobre el origen y la evolución de la familia, así como algunas tesis sociológicas sobre el particular, y por ello habremos de tomarlo como referencia en la realización del presente punto.

Para *Henri Summer Maine*, la familia es patriarcal; entendida ésta como aquella en la que el padre es el jefe de familia. Una reacción a esta postura fue la de *Bachofen*, para quien, la familia giraba en torno a la preeminencia de la mujer; es decir, matriarcal. Este autor sostiene, que en los primeros tiempos el género humano vivió en un estado de promiscuidad, en el que la mujer gozó de supremacía religiosa y política.

Por su parte, *Lewis Morgan*, nos habla de una evolución de la familia, en base al estudio que hizo sobre las tribus indígenas de Norteamérica. Sostiene que la

familia pasa por varios estadios, desde el estado de promiscuidad hasta el monogámico, pasando por el patriarcado. La familia consanguínea, en su opinión, es el gran salto para diferenciar la animalidad del hombre y la humanidad. Por vez primera se prohíben las relaciones sexuales entre parientes, evitando con ello el incesto. Sostiene que los grupos conyugales son separados por generaciones; los integrantes de cada una de ellas se consideran cónyuges. La púnalua prohibía a los hermanos y hermanas a tener relaciones sexuales. Apareció una especie de matrimonio grupal que se conformaba de la siguiente forma: Una serie de hermanas eran mujeres comunes de una serie de hombres excluyéndose a los hermanos y demás miembros de la misma generación familiar. A causa de la comunidad de relaciones sexuales era muy difícil saber con certeza quien era el padre de un crío, motivo por el cual, la descendencia solo se podía demostrar por la vía materna.²⁵

La familia sindiásmica ya es formada por la pareja conyugal, en donde un hombre cohabita y tiene relaciones con una mujer, pero en donde la igualdad de trato no existía, debido a que el hombre tenía el privilegio de tener relaciones con distintas mujeres, pero la mujer era severamente castigada si llegaba a tener relaciones con un hombre distinto a su pareja. En ésta fase el vínculo se puede disolver con facilidad y los hijos pertenecen a la madre.

Un estudioso de la materia que coincidió con este punto de vista es *J.F MacLennan*. Las teorías de los autores citados se consideran una notable

²⁵ Cfr.- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, Op. Cit. p, 182.

contribución al estudio de la materia, pues antes de ellos, no existía ningún estudio serio sobre la familia. Sin embargo, sus teorías fueron objeto de cuestionamientos, y el primero en hacerlo fue *George Elliot Howard*, cuestionando principalmente la teoría del matriarcado. El y otros especialistas afirman que el verdadero matriarcado nunca ha existido, aunque se puede ver que en ciertas sociedades primitivas la descendencia y la propiedad son transmitidas por medio de la madre; más ello no implica el gobierno de ella. Pero también se puso en duda que la familia patriarcal significara un grado superior de civilización, pues aunque la autoridad residía en el padre, la mujer gozaba de ciertos privilegios, y este sistema se puede encontrar en pueblos que exhiben un nivel cultural bajo.²⁶

Otros sociólogos y antropólogos coinciden con la teoría de la familia matriarcal en los inicios de la humanidad. Sostienen que en un principio el hombre vivió en un estado de promiscuidad sexual y que la primera familia se constituyó por la madre y sus hijos. Fue solo cuando la mujer se dio cuenta que podría tener una mejor calidad de vida si se juntara con un hombre, surgiendo así, una relación más o menos estable. *Briffault* considera a la mujer como a la verdadera fundadora de la familia, e incluso, de las bellas artes.

Westermack no llega a la misma conclusión que el autor antes citado, basándose también en numerosa información, y sostiene que lejos de que el hombre viviera

²⁶ Cfr.- **ROMEO SOTO**, Julio, “Curso de sociología jurídica”, Ediciones librería del profesional. México; 1990. pp, 198 y 199.

en promiscuidad, en sus inicios, vivió bajo una forma monogámica.²⁷ En ésta se establecen lazos conyugales más duraderos y estables, sin que se pueda disolver por el solo deseo de alguno de los miembros de la pareja, pero si se permite al hombre y a la mujer disolverlo, en caso de infidelidad. Este tipo de familia se funda en el poder del hombre. Su poder es económico que radica en el control sobre la propiedad y tiene como finalidad lograr una paternidad cierta a fin de que los bienes se puedan heredar a su descendencia. Al igual que en la pareja sindiásmica se advierte una clara diferenciación entre las prerrogativas del hombre y de la mujer. El principal argumento que pretende justificar que se coarte la libertad sexual a la mujer a diferencia del hombre es el económico.²⁸

Cabe señalar que en el presente estudio no se agotan todos los tipos de familias que han existido y que existen en la actualidad, sólo se exponen las que considero más importantes. Sin embargo, también se han clasificado en monoparental, biparental, amplia o extensa (de las que ya se habló en el trabajo) nuclear, urbana, rural, tradicional, liberal, etc.

1.9 EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA, DE LA ANTIGÜEDAD A LA ERA MODERNA

Aunque es muy riesgoso hacer afirmaciones absolutas sobre el origen de la familia, ya que los medios científicos para conocer su origen y evolución no permiten llegar a verdades universales y absolutas. Es más, tal y como se vio en

²⁷ Cfr.- Ibidem. pp, 199 y 200.

²⁸ Cfr.- CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, Op. Cit. p, 183 y 184.

el anterior punto, los estudiosos de la familia sostienen teorías distintas, aunque el común denominador de todas ellas, es que se trata de un fenómeno social en constante evolución.

En Egipto, las clases más poderosas se podían dar el lujo de la poligamia, pero la mayoría de los individuos tenía que conformarse con la práctica de la monogamia. Los nobles y príncipes practicaban las relaciones incestuosas y designaban como primera esposa a la hermana de su elección. Estos matrimonios intrafamiliares perseguían dos objetivos, a saber: mantener la pureza de la sangre y mantener la indivisibilidad del patrimonio adquirido. Casi no se daban los divorcios, y el adulterio por parte de la mujer era severamente castigado, ya que el hombre podía repudiar a la mujer y dejarla desamparada.

En Babilonia se acostumbraba ver con buenos ojos a la mujer que no llegaba virgen al matrimonio; es más, era menester que hubiera tenido, al menos una vez relaciones con un extranjero en el templo de Venus. Era bien vista la unión libre, misma que podía empezar y culminar el día en que lo determinaran los miembros de la pareja. El matrimonio era un compromiso que adquirían los padres de los contrayentes, y previo al enlace, ambas familias se hacían regalos recíprocos, que en algunas ocasiones parecía una verdadera compraventa. El padre, como derechohabiente de la patria potestad podía cambiar por dinero a sus hijas, y en algunos casos, a sus hijos y su mujer. Pese a las circunstancias, el matrimonio era monógamo y los consortes se debían mutua fidelidad. La mujer adúltera y su amante corría el riesgo de perder la vida, según lo disponía el Código de

Hamurabi. Sin embargo, con la anuencia del marido, la mujer podía enlazarse con otro hombre, además de que ya existe una regulación para el divorcio.²⁹

En Roma la sociedad no gira alrededor del matrimonio, sino del *pater familias*. Quedaban sometidos a su potestad los hijos, y cuando contraían matrimonio, lejos de emanciparse, sus mujeres pasaban a ser dominio de éste, hasta su descendencia. Era tal el poder que el *pater familias* ejercía sobre la gente que le rodeaba que se le ha llegado a equiparar con el derecho de propiedad. De forma paralela existía otro tipo de familia, a la que se conocía como *gens*, entendida ésta como un conjunto de personas unidas entre sí por un mismo linaje. Además, con el tiempo ésta vinculación es la que va a tener trascendencia jurídica, por lo que la sangre será el factor de peso para determinar el parentesco y no la sumisión a un mismo *pater familias*.³⁰

Bernaldo de Quiróz lo llama derecho intermedio, cuando confluyen las concepciones de familia, romana y germánica, sumando la poderosa influencia del cristianismo. Es entonces cuando el matrimonio se considera un sacramento, indisoluble, y en virtud de considerarse una materia sagrada pasa al control de la iglesia católica. A diferencia de lo que ocurría en Roma, la organización de la familia gira en torno al matrimonio. De acuerdo a la tradición germánica, el hijo que se casaba, por ese solo hecho se emancipaba y formaba su propia familia; además de ser muy frecuente las sociedades de bienes. Otra característica de

²⁹ Cfr.- SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, “El parentesco en el derecho comparado”, Porrúa. México; 2003. p. 5.

³⁰ Cfr.- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓZ, Manuel, Op. Cit. p, 16.

este periodo es el lapso tan fuerte que se dio entre el derecho de propiedad y la familia, prueba de ello es la preocupación que se tenía por mantener en manos de la misma familia el patrimonio que se hubiese generado, pasando de generación en generación, bien mediante mayorazgos o sustituciones fideicomisarias. En algunos sitios de Europa se crearon instituciones, por virtud de las cuales, tras la muerte del titular del patrimonio, éste no dejara de pertenecer a la familia, entre las que se citan: sociedades conyugales y familiares; mediante usufructos vitales o con la atribución unitaria del patrimonio de familia a favor de uno solo de los hijos.

En el derecho moderno la familia se caracterizó por los siguientes elementos:

- Reconocimiento de la competencia de la iglesia en materia de matrimonio;
- Imposibilidad de su disolución;
- Desigualdad en el trato entre el hombre y la mujer, ya que al primero se le encomendaba la jefatura de la familia;
- Discriminación a los hijos habidos fuera del matrimonio;
- Fuertes restricciones a la investigación de la paternidad, sin que se pueda explicar la razón de tales disposiciones.³¹

Los requerimientos sociales y económicos han provocado la evolución de la familia, hasta la que conocemos como nuclear, que se caracteriza por tener una residencia común, entre todos cooperan patrimonial y extrapatrimonialmente; sus integrantes son adultos, y sus hijos pueden haberse incorporado a la familia por la vía natural o por otros medios, como la adopción.

³¹ Cfr.- Ibidem. p, 17

En la sociedad moderna, principalmente en las zonas urbanas, la familia nuclear es la que predomina, a diferencia de lo que se puede ver en las zonas rurales. Sin embargo se advierte que la familia no es un fenómeno social homogéneo, ya que al mismo tiempo y en el mismo lugar pueden verse distintas clases de familia, como aquellas que se componen por los abuelos, los padres y los hijos, las que solo tienen como cabeza a la madre.

Williams Goode opina que la reducción de la familia y la pérdida progresiva de los lazos parentales es un fenómeno que se da en todo el mundo, y que esta tendencia afecta primeramente a los países más desarrollados. A diferencia de la sociedad tradicional, en la moderna la adquisición del status familiar depende primordialmente de la ocupación del hombre. Un rasgo difícil de cambiar es el de la división del trabajo dentro de la casa en razón del sexo, por lo que a la mujer se le asignan las labores domésticas y la educación de los hijos, mientras que el hombre tiene encomendada la labor económica; es decir, proporcionar los medios necesarios para la subsistencia de todos los miembros de la familia.

Desde un punto de vista económico, la familia funcionaba como una unidad de producción; los bienes familiares se explotaban entre todos sus miembros, y los hijos desde muy pequeños eran incorporados a las labores productivas de la familia para incrementar la producción.

En la familia conyugal moderna, la vida productiva ya no está dentro de la familia. El status de cada persona tiene una relación directa al trabajo que desempeña en

una sociedad determinada. El aspecto económico es fundamental para determinar el status de las personas. La competencia laboral ha traído como consecuencia que a los hijos se les eduque mejor y se les prepare mejor que a los demás, a fin de que en un futuro se puedan colocar, en el mercado laboral, fuera del ámbito familiar. Este fenómeno se dio a partir de la industrialización, ya que anteriormente, dentro de la familia se daba la unidad de producción, bajo una tradición artesanal. La producción a gran escala impuso la necesidad de que el hombre dejara el hogar para laborar en las fábricas y otros sitios, y que la mujer se quedara en el hogar atendiendo las labores domésticas y la educación de los hijos.

Cuando el hombre se dio cuenta que por las circunstancias, éste aportaba el sustento económico en la casa, participaba en la vida social y política de la comunidad y que la mujer se quedaba relegada en casa, se devaluó la labor doméstica, en un mundo gobernado y dirigido por los hombres, con una nula participación de la mujer en la vida económica y política de la comunidad mundial. Precisamente de allí surgió la imagen abnegada, y sumisa de la mujer frente al autoritarismo del hombre.

Una parte aguda en la historia de la humanidad fueron las dos guerras mundiales que tuvieron lugar a principios y mediados de siglo pasado. Estas guerras impactaron en el modo de vida de la sociedad mundial, y la familia no pudo escaparse a sus efectos. Toda vez que la guerra es una actividad en la que solo el hombre podía ser considerado apto, la mujer tuvo la necesidad de ir a las fábricas

para suplir la mano de obra hasta que finalizaran los enfrentamientos bélicos, así los hombres que regresaron se dieron cuenta que la mujer no volvería nunca más al hogar. Ante la presión social, surgieron los movimientos feministas, se modifican las leyes, se logra, al menos, la igualdad de géneros desde el punto de vista formal, con lo que se consagra su libertad para el estudio y al ejercicio de una profesión y a las actividades productivas. Con ello, la mujer, nunca más estaría sometida al yugo del hombre.

En la actualidad, la mujer tiene y goza de las mismas oportunidades que el hombre, participa activamente en la productividad y en la vida política de su país, y cada día se ven menos casos de sometimiento a las decisiones por razón de género.

Consecuencia de las nuevas circunstancias es la transformación de la familia, pasando de la división del trabajo al núcleo de participación, en donde la mujer y el hombre participan en las actividades productivas, generalmente, fuera del hogar, pero ambos participan en las actividades de la casa, en los quehaceres domésticos y en la educación de los hijos. La participación en las actividades que atañen al buen funcionamiento de la familia tiende a la comunidad, como un elemento indispensable para la estabilidad de la misma. La participación de ambos (cónyuges) es necesaria para la mejor educación y desarrollo de los hijos, para planear la vida en común, y hacer de ellos buenos ciudadanos, que repitan la misma conducta de sus padres.

Las nuevas condiciones de vida, como la igualdad jurídica del hombre y la mujer y su aceptación en la realidad ha hecho que se revalore el papel que juega la mujer en la sociedad, y trae como consecuencia un nuevo concepto de matrimonio entre iguales, que se basa en el respeto y en el amor³²; pero además, donde la cooperación de ambos es importante para el buen funcionamiento de la familia.

1.10 FUENTES DEL DERECHO DE FAMILIA

Numerosos han sido los estudiosos del Derecho que han abordado el tema de las fuentes, entre los cuales se encuentra *Eduardo García Maynez* quien estima que en la terminología jurídica la palabra “fuente” tiene tres acepciones distintas. Se habla entonces de fuentes formales, reales e históricas del derecho. Por las primeras entendemos los procesos de manifestación de las normas jurídicas, por fuentes reales a los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas; y por fuente histórica se conocen a los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc) que encierran una Ley o conjunto de Leyes.³³

Francisco Berlín Valenzuela clasifica las fuentes del derecho de la siguiente forma:

Fuentes de dimensión normativa.- Tales como la Constitución Jurídica del Estado, la legislación ordinaria, legislación de las entidades federativas, Reglamentos Parlamentarios, acuerdos de los órganos rectores de las Cámaras, estatutos de los Grupos Parlamentarios y de los partidos Políticos.

³² Cfr.- **CHÁVEZ ASENCIO**, Manuel, Op. Cit. p, 185 a 187.

³³ Cfr.- **GARCÍA MAYNEZ**, Eduardo, “Introducción al estudio del derecho”, Editorial Porrúa, S.A. México; 1985. P. 35.

Fuentes de dimensión sociológica.- Entre los que cita los usos, prácticas y precedentes; jurisprudencia, costumbres y convenciones y acuerdos.

Fuentes de dimensión axiológica.- Régimen Político, principios Políticos fundamentales, jurisprudencia Constitucional y ordinaria, y el Derecho comparado.³⁴

Ignacio Galindo Garfías clasifica las fuentes del derecho de familia en: reales (filiación, adopción, matrimonio, concubinato) y formales (normas o leyes). Las reales están compuestas por el hecho biológico de la procreación y conservación de la especie, así como la protección de las personas físicas, principalmente, los menores e incapacitados (ejercicio de la patria potestad, tutela, alimentos). De estas fuentes surge el parentesco, la filiación, el matrimonio y el concubinato.

Las fuentes formales se componen por el conjunto de normas jurídicas que modifican o extinguen las relaciones jurídicas que nacen con el parentesco, en cualquiera de sus modalidades, la filiación, el matrimonio y el concubinato. Del conjunto de normas a que se alude, el citado autor distingue, entre aquellas que se refieren a las personas, como miembros del núcleo familiar de aquellos otros vínculos de carácter pecuniario. Atendiendo al criterio señalado, se pueden citar los siguientes derechos y obligaciones: los relacionados al derecho alimentario, la administración de los bienes de los hijos, o la organización del patrimonio de los

³⁴ Cfr.- **BERLÍN VALENZUELA**, Francisco, “Derecho Parlamentario”, Fondo de Cultura Económica. México; 1995. P. 71. El autor aplica las fuentes del derecho a la rama parlamentaria.

cónyuges; la constitución del patrimonio de familia y la transmisión de bienes con motivo de la muerte;³⁵ así como las de carácter extrapatrimonial, algunos de los cuales serán objeto de estudio a lo largo del presente estudio, en virtud de que la práctica de la fecundación *in vitro* y la maternidad subrogada rompen con los actuales esquemas del derecho familiar.

Quisiera extender mi comentario más allá de la visión de tan distinguido jurista. Pese a que el derecho es muy extenso, y se compone por los textos legales, la jurisprudencia, la historia, la doctrina, la costumbre y los principios generales del derecho, en la práctica dentro de los tribunales, el derecho se reduce a las disposiciones legales y al método literal interpretativo, y en ocasiones el argumento a contrario, lo cual constituye una visión miope del derecho. Esto lo digo en virtud de que si todos los jueces y secretarios de Acuerdo estuvieran bien compenetrados con los distintos métodos interpretativos e hicieran uso de la doctrina para fundamentar sus fallos, algunos problemas que se ven en los casos concretos hallarían solución cuando la ley es omisa, y aún no existe un criterio jurisprudencial que nos diera la solución al problema de la interpretación del derecho (no se han sistematizado los métodos interpretativos que ya se conocen como el literal, la analogía, auténtica, sistemática, histórica). Para *Rodolfo Arango*, la teoría de la argumentación jurídica moderna se ocupa del estudio de la forma en que razonan jueces y abogados; afirmando que el derecho es una práctica social

³⁵ Cfr.- **GALINDO GARFIAS**, Ignacio, “Derecho civil primer curso”, Porrúa. México; 2000. p, 439 y 440.

argumentativa.³⁶ Pero que pasa cuando ninguna de las fuentes del derecho, hasta ahora brinda soluciones justas, lógicas o razonables.

Sumado a lo anterior cabe preguntarse que se debe entender por paternidad y maternidad; es decir, ¿A quién se debe reputar madre o padre de una persona?, ¿A quién con su espermatozoide fecunda el óvulo? Si esta verdad fuera absoluta ¿Entonces que calidad tendría un menor adoptado?, Entonces ¿Una persona estéril no puede aspirar a la maternidad o paternidad?, En el caso de la maternidad subrogada ¿Quién es la madre, la persona que presta su óvulo, o quien facilita su matriz para incubar el producto?, Siendo el hombre estéril ¿Se reputará padre a quien presta su espermatozoide o quien tiene el deseo de tener un hijo y tiene los medios económicos para su cuidado?, Hasta ahora, el Código Civil, la jurisprudencia, y ningún método interpretativo nos da la solución³⁷, por lo que, o se hace uso de la doctrina, o en su caso, se establecen disposiciones jurídicas que permitan dar cabal solución a las hipótesis planteadas.

³⁶ Cfr.- **ARANGO**, Rodolfo, “¿Hay respuestas correctas en el derecho?”, Ediciones Uniandes. Colombia; 1999. P. 136.

³⁷ Cfr.- **GUASTINI**, Ricardo, “Estudios sobre la interpretación Jurídica”, 4ª edición. Editorial Porrúa, S.A. y UNAM. Traducción: Miguel Carbonell y Marina Gascón. México; 2002. Pp. 3 a 5. Este autor proporciona un concepto amplio y otro restringido sobre interpretación. Para una mejor interpretación del derecho se utilizan argumentos de distinta índole, entre los que se pueden citar: Argumento a simile, Argumento a fortiori, Argumento a contrario, Argumento histórico, Argumento Teleológico, Argumento ab auctoritate, Argumento mediante ejemplos, Argumento “a rúbrica”, Argumento psicológico, Argumento “sedes materiae”, Argumento teleológico, Argumento económico, Argumento “a coherencia”, Argumento pragmático.

CAPÍTULO 2. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA FILIACIÓN

2.6 CONCEPTO DE FILIACIÓN Y SUS DIVERSAS CLASES

Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña entiende por filiación, “*la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija.*”³⁸ *Montero Duhalt* añade que la definición de filiación necesariamente implica los conceptos de maternidad y paternidad.

Según dispone el Código Civil en su **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.*”

A través de esta institución del derecho de familia se pretende regular el fenómeno de la procreación, que se da dentro y fuera del matrimonio o concubinato e incluso se extiende a personas que no están unidas por lazos de sangre, creando un vínculo jurídico de la misma naturaleza que el existente entre los padres y los hijos, tal es el caso de la adopción, tal y como lo dispone el artículo 410-E del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

“El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. El adoptado tiene en la familia del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.”

³⁸ **PÉREZ DUARTE Y N.** Alicia Elena, “Derecho de familia”, UNAM. México; 1990. p. 55.

La misma autora *Pérez Duarte*, advierte la marcada influencia que han tenido el sistema romano y canónico, en el mexicano de filiación, entre cuyos principios básicos están: La maternidad siempre es cierta; el esposo de la madre se presume el padre, y a cada hijo solo se le puede atribuir una madre y un padre. En principio, estas reglas se deben observar en toda relación paterno filial. Sin embargo, lo que reconoce el derecho dogmáticamente no siempre es compatible con la realidad; pues el fenómeno social y el de la naturaleza es tan complejo, que en ocasiones, el derecho no tiene una cabal respuesta para hacerle frente a situaciones concretas muy peculiares. Un ejemplo muy simple es señalar que la procreación no siempre se da dentro del matrimonio, y por tal motivo el legislador en el Distrito Federal en un tiempo optó por normar la filiación dentro y fuera del matrimonio, e incluso se atrevió a etiquetar a los hijos por los errores o actos de los padres. Tanto en la doctrina como en la legislación se les llegó a calificar como espurios, legítimos, naturales, etc, cuando el menor realmente no puede hacer nada contra su propio destino; es decir, el carece de la capacidad de elegir entre nacer dentro de una familia formada por el matrimonio, por el concubinato, ser el producto de una relación incestuosa, haber nacido por una relación pasajera en la que los padres no tuvieron la precaución de cuidarse con métodos anticonceptivos, o ser el producto de una violación sufrida por su madre. Por lo tanto, haber terminado con las distinciones legales entre los hijos, tan solo por una circunstancia de la vida en la que no tuvieron alguna injerencia, es un acierto, que atiende a la razón y la comprensión de que de nada servía la calificación legal que el legislador en un momento llegó a inventar. La injusta calificación de los hijos en atención a los actos imputables a los padres se demuestra con la cita de las

siguientes tesis, como un testimonio de los errores que los humanos hemos llegado a cometer: A manera de ejemplo, podemos ver en las tesis que a continuación se citan los calificativos que con antelación se le daba a los hijos, motivado por su origen familiar.

HIJOS NATURALES, EFECTOS LEGALES DEL RECONOCIMIENTO DE, ATRIBUYENDOLES EN EL ACTA RESPECTIVA LA CALIDAD DE LEGITIMOS.

La falsedad en que incurra el padre al declarar que alguien es su hijo legítimo y que está casado con la madre, no estándolo en realidad, no afecta el acto del reconocimiento, ya que en todo caso si no es hijo nacido fuera del matrimonio, y en este supuesto, existente su filiación respecto del padre.

Amparo directo 521/70. Alfonso Cisneros Gómez. 29 de octubre de 1970. Unanimidad de 4 votos.
Ponente: Ernesto Solís López.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Volumen LXVII, pág. 105. Amparo directo 8558/61. María Elena Canepa Pérez. 31 de enero de 1963.
Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.*

NOTA:

*En la publicación original apareció con el rubro: "HIJOS, RECONOCIMIENTO DE."

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 22 Cuarta Parte. Tesis: Página: 51. Tesis Aislada.

ALIMENTOS. EL PADRE DEBE PROPORCIONARLOS AL HIJO RECONOCIDO AUNQUE ESTE CASADO Y TENGA HIJOS LEGITIMOS (LEGISLACION DEL ESTADO DE MEXICO).

Tomando en cuenta que el artículo 371 fracción II del Código Civil del Estado de México, establece que el hijo reconocido tiene derecho a ser alimentado por sus padres, resulta que la circunstancia de que el quejoso se encuentre unido en matrimonio con una persona diferente a la madre del menor para quien se exigen los alimentos, y tenga hijos en su matrimonio, no implica que el padre se libere de la obligación de proporcionar alimentos al hijo habido fuera del matrimonio, que le impone el artículo 371 fracción II del Código Civil citado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 469/89. Octavio Archundia Arce. 4 de octubre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Joel Alfonso Sierra Palacios.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo IV Segunda Parte-1. Tesis: Página: 65. Tesis Aislada.

HIJOS LEGITIMOS, POSESION DE ESTADO.

El artículo 342 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales establece: "Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuera imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podría disputarse a esos hijos haber nacido de matrimonio por sólo la falta de presentación del acta del enlace de sus padres, siempre que se pruebe que tienen la posesión de estado de hijos de ellos o que, por los medios de prueba que autoriza el artículo anterior, se demuestre la filiación y no esté contradicha por el acta de nacimiento". Ahora bien, en este caso es necesario que se pruebe, en primer lugar, que los presuntos padres han vivido públicamente como marido y mujer y que ambos han fallecido, o que por ausencia o enfermedad no han podido manifestar el lugar en que se casaron. No acreditados estos requisitos no queda probada la filiación de quien pretenda ser hijo nacido de matrimonio.

Amparo directo 2305/56. Angel Iglesias Polith y coags. 18 de junio de 1958. Mayoría de 3 votos.
Ponente: Alfonso Guzmán Neyra. Disidente: Gabriel García Rojas.
Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen XII, Cuarta Parte. Tesis: Página: 208. Tesis Aislada.

HIJOS LEGITIMOS, POSESION DE ESTADO DE.

La prueba de la posesión de estado de hijo legítimo, no es apta para suplir la falta de acta de nacimiento, sino solo la del acta de matrimonio de los padres y cuya validez se haya cuestionado.

Amparo directo 1565/64. Miguel y Alfonso Funes Claez. 9 de febrero de 1966. (Véase la votación en la ejecutoria). Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.
Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen CIV, Cuarta Parte. Tesis: Página: 76. Tesis Aislada.

La filiación es una institución del derecho familiar que pretende proteger a la descendencia, pues en sus primeros años el ser humano es un ser incapaz en todos los aspectos y por ende necesita la protección de quienes lo concibieron, o en su defecto por quien señale la ley, entonces no se entiende el motivo por el que en alguna época se llegó a distinguir a los hijos en diferentes clases, como si se tratara de artículos con distintas calidades. Así se desprende de la lectura de los antiguos artículos 354 a 359 del Código Civil de 1928, cuyo contenido ha sido derogado.

Coincido con la autora *Pérez Duarte*, para quien, el derecho al nombre, a conocer sus orígenes, a la salud, a la educación, a vivir en una vivienda digna, entre otros, son derechos fundamentales del niño, que derivan de la filiación. En ese sentido escribe: *“si el señalamiento de padre y madre atiende a factores de interés ajeno al (la) menor y se oculta la verdad biológica violarán estos derechos aunque se pretenda proteger al (la) niño (a); en cambio si se distingue claramente la verdad biológica al definir la relación de filiación, independientemente de los intereses sociales que pudieran conjugarse con esta verdad, se estarán realmente respetando estos derechos.”*³⁹

El avance de la ciencia y la tecnología y su aplicación en las ciencias médicas, especialmente en la reproducción humana han provocado que los conceptos de paternidad y maternidad, así como el vínculo paterno filial sean cuestionados. Ante esta realidad, al menos se pueden advertir tres clases de padres y madres, tales como los genéticos, los sociales y los biológicos. Los padres sociales son aquellos que recurren a los métodos de fecundación asistida a efecto de poder procrear y tener un hijo desde el momento de su nacimiento; los padres genéticos son aquellos que prestan sus gametos para la fecundación, aunque éstos no tengan el deseo de adquirir los derechos y obligaciones que la paternidad y la maternidad implica. Pero también puede ser que una mujer preste su útero para el embarazo, sin aportar el óvulo y sin desear las consecuencias jurídicas de la concepción. Ella

³⁹ Ibidem. p, 57.

sólo permite que el producto se desarrolle dentro de su vientre, y por ello se le llama madre biológica, a lo que se ha solido denominar madre subrogada.⁴⁰

2.7 MATERNIDAD

Chávez Asencio es claro al decir: “La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. Los elementos de la filiación en relación a la maternidad son el parto y la identidad...Por lo tanto relación a la madre el parto es un hecho que permite conocer la filiación, bien dentro o fuera del matrimonio. El alumbramiento se puede constatar como un hecho por prueba directa.”⁴¹

Pese a lo señalado por el distinguido jurista, las relaciones materno filiales no sólo derivan del mero alumbramiento, pues el avance de la ciencia, así como la nueva composición social han generado que se modifiquen los criterios que usualmente se acostumbraban seguir para poder presumir tal vínculo, como en el caso de la maternidad subrogada en donde la mujer que da a luz no es la madre del producto de la concepción; igualmente, el hombre que ha donado su esperma para la procreación de mujeres que ni siquiera conoce no puede considerarse el padre del producto del embarazo. Por ello, lo que tantas veces se repite en las clases de licenciatura en las que se dice...,” la maternidad siempre era cierta”, en virtud de que el parto y alumbramiento eran pruebas por demás sólidas para probar la maternidad; sin embargo ahora cabe la siguiente pregunta ¿Qué pasa cuando el

⁴⁰ Cfr.-Ibidem. pp, 58 y 59.

⁴¹ Cfr.- **CHÁVEZ ASENCIO**, Manuel, “La Familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales”, 3ª edición. México; 1997. p, 12.

producto no ha sido concebido con el gameto de la mujer que lo lleva dentro, además de que ésta última no tiene la intención de asumir las obligaciones que implica la maternidad, entre ellas las contenidas en el ejercicio de la patria potestad? Por el momento, el mismo Código Civil es ambiguo, dadas las circunstancias que se pueden presentar para la titularidad de la maternidad, y es que igualmente, el artículo 58 del Código Civil contiene el vocablo “progenitores”, sin que determine quienes son. Hace falta que el Código Civil defina lo que se debe entender por familia, padre, madre e hijo.

En algún momento se llegaron a frenar todos los efectos jurídicos que implica la maternidad, en detrimento y en perjuicio de los intereses del menor, quien no puede tener la culpa de ser un hijo nacido fuera del matrimonio, por lo que el criterio absurdo del legislador era que para desatar todos los efectos jurídicos de la relación materno filial era necesario e imprescindible que se hiciera el reconocimiento del hijo. Constancia de estos absurdos errores de criterio es el texto de la siguiente tesis aislada, cuyo contenido expresa:

FILIACION DE HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO, EN RELACION CON LA MADRE. DEBE ESTAR RECONOCIDA LA MATERNIDAD, PARA QUE SURTA TODOS SUS EFECTOS LA.

Del artículo 342 del Código Civil del Estado de México, queda de relieve que, tratándose de la maternidad, está captada por el legislador como prueba de ésta, la mera circunstancia del nacimiento como prueba objetiva para tal efecto; sin embargo, tal hipótesis jurídica, no exime de la necesidad del reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio, para determinar la filiación, pues tal exigencia se encuentra en lo previsto por el diverso 351, el cual prevé en sus cinco fracciones, los modos que obligatoriamente deben seguirse para hacer el reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio. En consecuencia, en todo caso es requisito legal el reconocimiento de la maternidad, para que la filiación en relación con la madre surta todos sus efectos. Circunstancia remarcada con mayor claridad, remitiéndose a lo previsto por el artículo 348 de la legislación en consulta, en cuya hipótesis se indica que el reconocimiento hecho por uno de los padres, produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor, norma de la cual es patente el criterio del legislador, de no producir consecuencias jurídicas, contra quien no ha reconocido a quien se pretende hijo de él.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS CIVIL Y DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

II.1o.C.T.76 C

Amparo en revisión 18/96. Víctor Carmona Díaz Leal y otros. 25 de abril de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Barker. Secretario: Alejandro García Gómez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo IV, Septiembre de 1996. Tesis: II.1o.C.T.76 C Página: 650. Tesis Aislada.

Actualmente, cabe preguntarse ¿Quién es la madre, para los efectos legales de la filiación, de la patria potestad, del parentesco y de la sucesión, la madre social, la madre genética, o la madre biológica? Hasta ahora, el Código Civil no da una respuesta ante esta disyuntiva. Lo más natural era y es que todas estas cualidades se reúnan en una sola persona, pero cuando es necesaria la participación de varias mujeres para la concepción de un mismo individuo ¿Debe reconocerse la maternidad múltiple, o se debe inclinar a favor de quien tiene el deseo que los efectos jurídicos colaterales le sean aplicables?, ¿Qué sucede en caso de controversia porque las mujeres que han participado en la concepción desean para sí los efectos de la maternidad?

El mismo tratadista *Chávez Asencio* expone sus dudas sobre la titularidad de la maternidad cuando se trata de la hipótesis de la maternidad subrogada, y textualmente señala: *“En la actualidad, debido a la posibilidad del empleo de un óvulo de una mujer extraña, implantado en la consorte previamente fecundado con semen de su marido, se presentan serias dudas sobre la necesidad de adicionar normas legales para tener también como madre a la que se le implanta un óvulo*

*extraño, pues en nuestro derecho la filiación se da por la concepción y por el nacimiento”.*⁴²

2.8 PATERNIDAD

“Hijo de mi hija mi nieto será, hijo de mi hijo en duda estará”: Con esta frase popular, se ha pretendido señalar que la maternidad siempre es cierta, aunque ya se expuso en el punto anterior eso ya no es tan claro como antes lo era, pero la paternidad siempre ha sido objeto de una regulación mas amplia para que se presuma como del matrimonio o como producto ilegítimo, que se da fuera del mismo. La paternidad es un hecho que no se puede probar directamente, por lo que existe solo la presunción en tanto se hagan los análisis respectivos que la prueben cierta. La incertidumbre de la paternidad ha sido una nota que siempre le ha distinguido de la maternidad, motivo por el cual, el legislador se ha dado a la tarea de regularla de una manera más profunda.

El **artículo 324** del Código Civil para el Distrito Federal expresamente ordena:” *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 esta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge.

Este termino se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial “.

⁴² Loc. Cit. p, 12.

“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 el nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer”.*

En relación al texto del artículo citado me pregunto ¿A quién se debe imputar la paternidad, al padre biológico, o al padre social, es decir, aquel que desea tener al hijo, pero que por impedimento físico no puede engendrar uno de su propia sangre?

Los métodos científicos que actualmente existen para lograr la procreación no solo ayudan en los casos en que la mujer es la que está impedida, sino que además existen métodos que permiten la procreación cuando el hombre es estéril.

Se puede considerar un avance legislativo, el texto del **artículo 326**, cuando en su segundo párrafo dispone: *“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.”* En sentido similar está redactado el texto del **artículo 329**, en donde se cita un impedimento: *“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 éste 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.”

La manifestación de la voluntad viene a suplir el hecho natural de la concepción, porque aún no siendo el gameto masculino proveniente de la persona que quiere tener descendencia, su mero consentimiento es más que suficiente para atraer hacia él todos los efectos jurídicos que implica la relación paterno filial.

La legislación civil también es omisa respecto a la definición, de lo que es hijo (a), por lo que la labor del legislador local debe enfocarse a definir claramente lo que se debe entender por padre, madre e hijo.

Sabemos que la familia no solo surge por virtud del matrimonio, pues el concubinato es una manera de generar relaciones familiares. Por esta razón y atendiendo a su propia naturaleza, al concubinato le son aplicables las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal relativas a la filiación que a continuación se enuncian: 326, la prueba de falta de relaciones sexuales entre los concubenarios; 329, la aprobación de la concubina y el concubinario en el uso de métodos de reproducción asistida; 340, las manifestaciones vertidas en el acta de nacimiento; 343, la presunción de estado de hijo; 353-Quáter, reconocimiento del hijo de la mujer embarazada.

2.9 FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO Y FUERA DEL MATRIMONIO

Las legislaciones civiles de distintos países del mundo han venido modificando el criterio por medio del cual diferenciaban a los hijos nacidos dentro de matrimonio de los que no lo eran, Ello tuvo lugar desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. El artículo 3º de dicha declaración establece el principio de igualdad de los hombres, por virtud de ella se consideran iguales por naturaleza y ante la ley. Como ya se ha visto, en el Distrito Federal ha evolucionado la legislación familiar terminando con las distinciones de los hijos en razón del origen de los mismos, otorgándoles un trato igualitario ante la ley en la medida que también ha sido borrada tal distinción de las prácticas sociales. Me parece un avance legislativo la derogación de las disposiciones contenidas en los antiguos artículos 354 a 359 del Código Civil para el Distrito Federal relativas a la legitimación de los hijos.

2.10 EFECTOS DE LA FILIACIÓN

Como se aprecia, la filiación es una institución del derecho familiar que genera vínculos jurídicos indisolubles entre los sujetos que participan de ella, y curiosamente estos salen y se extinguen con dos hechos jurídicos trascendentes para todo ser humano. El nacimiento y la muerte, y en esos parámetros suceden diversos efectos cuyo análisis se propone a continuación.

2.5.1 PARENTESCO

Desde un punto de vista sociológico, el Dr. *Magallón Ibarra*, señala que vulgarmente se conoce como parientes a las personas que forman parte de una familia. Se dice que unas personas guardan un parentesco cercano o lejano según la aproximación que tenga una con respecto a las otras. Usando la misma

terminología, se conoce como parentela al grupo de personas que pertenecen al mismo núcleo familiar. En torno a ésta idea se crea el concepto de parentesco en el mundo jurídico, así como las relaciones que derivan del mismo.⁴³

Usualmente se dice que las relaciones jurídicas familiares distintas al parentesco, se derivan de dos hechos biológicos, a saber: la unión de los sexos y la procreación, que se traducen en la formación de una familia, ya sea por la vía del matrimonio, el concubinato, y la filiación. Sin embargo, la unión de los sexos se puede dar por el procedimiento natural; es decir, las relaciones sexuales de la pareja, o cuando ésta unión no es fructífera mediante la utilización de procedimientos científicos que así lo permitan.

Una forma adicional de adquirir el parentesco es a través del acto jurídico familiar de la adopción.⁴⁴

Con una visión, un tanto ambigua, pero que se apega al pensamiento jurídico de su época, *Rafael Rojina Villegas* escribe: *“El parentesco implica en realidad un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de*

⁴³ Cfr.- **MAGALLÓN IBARRA**, Jorge Mario, “Instituciones de derecho civil. Tomo III”, Porrúa. México; 1988. p. 53.

⁴⁴ Cfr. **RUIZ LUGO**, Rogelio A. *La adopción en México, Historia, doctrina, legislación y práctica*, Ed. Rusa, México, 2002. La legislación civil anterior diferenciaba entre dos clases de adopción; la plena y simple. Realmente su principal criterio diferenciador es que la primera era irrevocable, mientras que la segunda no. Posteriormente, el legislador, ponderando los intereses del menor o el incapacitado recapacitó sobre la naturaleza revocable de la adopción, lo cual le pareció injusto, puesto que si se pretendía asemejar ésta relación a la paterno filial entre el padre y el hijo, no podía existir la revocabilidad de la adopción.

*derecho...En el parentesco, la situación estable que se crea entre los diversos sujetos relacionados permite la aplicabilidad constante de todo el estatuto familiar relativo a esta materia, para que no solo se produzcan consecuencias momentáneas o aisladas, sino que se mantengan las mismas en forma más o menos definida.”*⁴⁵

La ambigüedad a que me refiero es que los pensadores de la época del autor citado hablan del parentesco por consanguinidad, cuando se daba como un hecho que el embarazo de una mujer implica la fecundación de su propio óvulo, ¿Pero que pasa cuando no es así? En estos casos el criterio de la consanguinidad deja de ser un criterio por virtud del cual se crea el parentesco abriendo paso al donador del gameto o al aspecto volitivo para atribuir la maternidad. Una pregunta que necesariamente debe hacerse es la siguiente, aunque contestarla sea absurdo, innecesario e irracional ¿Qué sangre lleva el producto de la concepción, de quien presta el óvulo, o de quien lo incuba en la matriz? Acaso éste debe ser el criterio a seguir para estar en posibilidad de atribuir la maternidad; considero que no. Es madre y padre quienes alimentan, educan y protegen a los hijos, no quienes solo les dan sus genes. Con ello quiero decir, que en caso de conflicto debe prevalecer el ánimo de quien desea procrear sobre el aspecto genético.

Para Antonio de Ibarrola, “llaman parentesco al lazo que existe entre personas que proceden una de otra o tienen un autor común o el establecido por la ley civil o canónica por analogía con los anteriores; o dicho de otro modo, lazo permanente

⁴⁵ **ROJINA VILLEGAS**, Rafael, “Compendio de derecho civil I”, 21 edición. Porrúa. México; 1986. p, 258.

que existe entre dos o más personas por razón de tener una misma sangre, o de un acto que imita al de engendramiento y cuya similitud con éste se halla reconocida por la ley.”⁴⁶

*Para Baqueiro Rojas y Buenrostro Báez, “el parentesco es un estado jurídico, ya que implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones tanto entre los miembros de la relación como en lo que se refiere a terceros (parientes consanguíneos y políticos), que se conoce como estado civil o familiar, y se identifica como atributo de la personalidad. Como tal, representa siempre una alternativa en relación con los miembros del grupo: se es o no pariente respecto de una determinada familia”.*⁴⁷

Los mismos autores clasifican los efectos del parentesco en: personales y patrimoniales, entre los que citan:

Personales.- El principal, es el deber de auxilio entre los que están vinculados por éste lazo, cuya manifestación más clara es el deber de proporcionar los alimentos, y el ejercicio de la patria potestad. Los que tienen que ver con el matrimonio, y el impedimento legal para celebrarse entre miembros de una misma familia, hasta el último grado, cuando se trata de la línea recta; y en la línea transversal o colateral, solo entre parientes consanguíneos hasta el tercer grado; es decir, entre tíos y sobrinos. En el caso de la adopción, el impedimento subsiste, pero en caso de que

⁴⁶ IBARROLA, Antonio de, “Derecho de familia”, Porrúa. México; 1978. p, 75.

⁴⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edagard y BUEONROSTRO BÁEZ, Rosalía, Op. Cit. p, 17.

se llegara a llevarse a cabo el matrimonio se debe terminar con la relación adoptiva.

Patrimoniales.- Los derechos a la sucesión legítima que solo se genera en el parentesco consanguíneo y civil, excluyendo, por ende, al de afinidad. Este punto habrá de ser desarrollado con mayor amplitud en el último punto del presente capítulo.⁴⁸

2.5.1.1 CLASES DE PARENTESCO

Para *Rojina Villegas* las formas del parentesco deben estar reconocidas por la ley, pues aunque existen algunos vínculos que por su propia naturaleza, existen sin que el legislador haga tal reconocimiento, no es menos cierto que en la medida en que el derecho las reconozca habrá parentesco por los efectos jurídicos que desata.⁴⁹

La doctrina y la ley coinciden en clasificar el parentesco en: consanguíneo, por afinidad y civil.

Consanguíneo.- El legislador, por medio de una ficción jurídica ha equiparado el parentesco por consanguinidad a aquel que surge con motivo de la manifestación de la voluntad para tener descendencia haciendo uso de los métodos de reproducción asistida. Esta formula a sido plasmada en el artículo 293 del Código

⁴⁸ Cfr.- Ibidem. p, 23.

⁴⁹ Cfr.- **ROJINA VILLEGAS**, Rafael, Op. Cit. p, 258.

Civil para el Distrito Federal, mismo 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, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consientan. En el caso de a adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo”*.

Preponderantemente, la calidad de pariente consanguíneo se da por virtud de la formación de una familia, cuyo origen puede ser el matrimonio, el concubinato, o con la madre soltera. El matrimonio, porque crea la calidad de cónyuges y señala el alcance y naturaleza de todos los parientes que se encuentran vinculados con cada uno de los miembros de la pareja, contados los hijos, nietos y demás descendientes en línea recta.⁵⁰

El parentesco que se origina con el concubinato deriva de una situación de hecho, motivo por el cual los parientes consanguíneos de la concubina obtienen un parentesco por afinidad con el concubinario, y los parientes consanguíneos de este adquieren el de afinidad con respecto a la concubina.

Los principales efectos del parentesco consanguíneo, según *Chávez Asencio* son:

- A) Crea el derecho y obligación alimentaria;
- B) Surge el derecho subjetivo a la sucesión legítima o la facultad de exigir la pensión alimenticia cuando de la sucesión testamentaria se trata;

⁵⁰ Cfr.- SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, Op. Cit. p. 58.

C) Hace surgir los derechos y obligaciones que implica el ejercicio de la patria potestad, que se contraen entre padres e hijos y, en su caso, abuelos y nietos;

D) El deber de todo descendiente a honrar y respetar a sus ascendientes;

E) Asimismo, genera efectos negativos; es decir, crea ciertas incapacidades, como imposibilitar a un pariente a casarse con otro de proximidad en grado.⁵¹ Sobre este impedimento se puede citar la siguiente tesis aislada.

NULIDAD DE MATRIMONIO POR PARENTESCO CONSANGUÍNEO NO DISPENSADO, SÓLO PUEDE EJERCERSE LA ACCIÓN DE, POR CUALESQUIERA DE LOS CÓNYUGES, ASCENDIENTES DE ÉSTOS Y POR EL MINISTERIO PÚBLICO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

La nulidad de matrimonio, tratándose de personas que tienen parentesco de consanguinidad no dispensado en línea colateral desigual en tercer grado, sólo puede deducirse por cualesquiera de los cónyuges, los ascendientes, o por el Ministerio Público, según lo dispone el artículo 242 del Código Civil. En esas condiciones, si quien ejercita la acción de nulidad es descendiente de uno de los cónyuges de los que se solicita la nulidad de su matrimonio, es evidente que carece de legitimación en la causa para ejercer tal acción, ello porque el artículo antes mencionado es limitativo en cuanto al señalamiento de las personas facultadas para ejercer la nulidad de matrimonio y éste no alude ni hace mención de los descendientes.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

I.3o.C.146 C

Amparo directo 11433/97. Rosa María Cortina Esquenazi. 22 de enero de 1998. Unanimidad de votos.
Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Época: Novena Época. Tomo VII, Febrero de 1998. Tesis: I.3o.C.146 C Página: 518. Tesis Aislada.

Afinidad.- El artículo 294 lo define en los siguientes términos: “*El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.*”

⁵¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, “La Familia En el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales”, Op. Cit. Pp. 250 y 251.

Al igual que el consanguíneo, este parentesco se presenta en línea recta y colateral. En línea recta ascendente es la relación jurídica que surge entre el cónyuge con los padres de su pareja; en línea descendente es la relación de un cónyuge con los hijos del otro que no sean suyos; en línea colateral están ubicados los hermanos del cónyuge.

El parentesco por afinidad en la actualidad en el Distrito Federal, ya no solo surge por virtud del matrimonio, toda vez que existe otra fuente para el mismo, siendo esta la del concubinato. Ninguno de los autores que se citan en la presente obra puntualizan las razones sociológicas, por las que surge el parentesco por afinidad, ya que siempre aluden al texto de los preceptos legales presentes. En este sentido, si el legislador solo reconoció como fuente del parentesco por afinidad al matrimonio, en consecuencia excluye a otras formas por las que surge una familia, como en el caso del amasiato, concebido como una relación heterosexual de hecho, que no cumple con los requisitos de ley para ser considerado concubinato.

Chávez Ascencio puntualiza que por virtud del parentesco no se unen las familias del hombre y la mujer, sino solamente a este con la familia de ella y viceversa. Lógicamente, sobrevinida la disolución del matrimonio a causa de divorcio, la nulidad del matrimonio o el fallecimiento deja de existir el parentesco por afinidad, lo que hace preguntarme sobre el criterio que habrá de seguirse para culminar con el parentesco que surge a través del concubinato entre los parientes consanguíneos de la concubina con el concubinario y los parientes consanguíneos

del concubinario respecto a la concubina, pues no existe un criterio firme y claro que resuelva la disolución del concubinato, por tratarse de una situación de hecho y no de un contrato con fecha y lugar cierto, ¿Cuánto tiempo debe pasar, para que se considere que ha cesado la convivencia de la concubina y el concubinario? ¿Qué pasa, cuando los concubinarios se separan 15 días o un mes y vuelven a cohabitar?, ¿Qué ocurre cuando por motivos de trabajo el concubinario debe alejarse del domicilio común por varios meses, aunque siga cumpliendo con las demás obligaciones, excepto la cohabitación? No obstante, nuestra legislación es omisa sobre la culminación del parentesco por afinidad, por lo que así como se puede válidamente decir que culmina con la disolución del matrimonio o del concubinato, se puede decir que éste subsiste a pesar del rompimiento de la relación. Coherente con esta idea se cita la siguiente tesis.

AFINIDAD, PARENTESCO POR.

El parentesco por afinidad no desaparece con la muerte del cónyuge que la motivó; se produce por causa del matrimonio, pero no hay precepto legal que lo de por extinguido por la disolución de aquel. Fundado en razones morales y de necesidad pública, estas no desaparecen porque el matrimonio haya concluido.

Tomo XXXI. Carvajal De Baranda María. Pág. 1276. Mar-04-31.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo XXXI. Tesis: Página: 1276. Tesis Aislada.

A los parientes por afinidad usualmente, se les da el nombre de políticos. El parentesco por afinidad desata una serie de efectos negativos, entre los cuales se pueden citar:

- a) El parentesco por afinidad no da derecho a heredar, tal y como lo establece el artículo 1603 del Código Civil.

b) No surgen derechos alimentarios, a diferencia de lo que ocurre en Francia.⁵²

c) Crea el impedimento para contraer matrimonio entre afines en línea recta sin limitación de grado, con fundamento en la Fracción IV del artículo 156 del Código Civil, aunque solo se extiende a los parientes consanguíneos de la pareja. En ese sentido se puede leer el texto de la siguiente tesis aislada.

IMPEDIMENTO, PARENTESCO COMO CAUSAL DE. NO EXISTE ENTRE CONCUÑOS.

El primer párrafo del artículo 66 de la Ley de Amparo señala que los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito no serán recusables, pero que deberán manifestarse impedidos para conocer de los juicios de amparo en los casos que señalan las fracciones I a VI. La citada fracción I, del artículo en cuestión precisa que los referidos magistrados se encuentran impedidos para conocer de los juicios en que intervengan cuando sean cónyuges, o parientes consanguíneos de alguna de las partes o de sus abogados o representantes, en la línea recta sin limitación de grado; dentro del cuarto grado, en la colateral por consanguinidad, o dentro del segundo grado, en la colateral por afinidad. Por otro lado, el artículo 294 del Código Civil aplicable en materia federal establece que "el parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón", pero debe entenderse que solamente comprende a parientes por consanguinidad de los respectivos cónyuges, sin que pueda extenderse fuera de los límites antes precisados, pues se supone que como producto del matrimonio el marido entre a formar parte de la familia de la esposa, de tal manera que el cónyuge llega a ser hijo por afinidad de los padres de la esposa, hermano de sus hermanos o sobrino de sus tíos, resultando tal especie de parentesco por afinidad una combinación entre la consanguinidad y el matrimonio, en el que necesariamente se entiende a la familia en su más estricto sentido, esto es, la que se forma por las personas que descienden unas de otras, la denominada línea recta de parentesco, o que simplemente descienden de progenitor común, línea colateral, como los hermanos y los primos, entre las que existe precisamente el parentesco por consanguinidad, excluyendo desde luego a las personas que guardan con determinada familia parentesco por afinidad, puesto que además, lógicamente se puede ser afín a lo que por naturaleza existe, pero no a lo que a su vez surge precisamente por afinidad. De lo anterior deriva que no puede darse la causa de impedimento derivada del parentesco por afinidad entre concuños o sea entre un marido y el marido de la hermana de su esposa, pues si bien entre ésta y aquél existe parentesco (cuñados), no lo es por consanguinidad sino por afinidad. Impedimento 33/88. Ovidio Pavón Jasso. 29 de agosto de 1988. Cinco votos. Ponente: Ernesto Díaz Infante. Secretario: José Antonio García Guillén.

Nota: En el Informe de 1988, esta tesis aparece bajo el rubro: "IMPEDIMENTO. NO EXISTE, POR RAZON DE PARENTESCO, ENTRE CONCUÑOS."

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo II Primera Parte. Tesis: Página: 221. Tesis Aislada.

⁵² Esta disposición fue duramente criticada, incluso, entre autores de la talla de Ripert, para quien era injustificado que este derecho no naciera entre hermanos y si entre parientes afines. Cfr.- **ROJINA VILLEGAS**, Rafael, Op. Cit. pp, 260 y 261.

d) Tal y como lo establece la Ley del Notariado, al Notario se le impide ejercer funciones cuando intervengan parientes consanguíneos o afines en línea recta sin limitación de grado.⁵³

Parentesco civil.- El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 295 al efecto dispone “*El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del artículo 410– D*”. Antes de la reformas a este Código en el año 2000, el parentesco civil no excluía los vínculos consanguíneos, aunque ahora ya no se sigue el mismo criterio. Dado que al hijo adoptivo se le equipara, por medio de una ficción jurídica, al consanguíneo, el legislador tuvo que extinguir la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. Otro caso de excepción se prevé cuando el adoptante está casado con alguno de los progenitores del adoptado, en cuyo caso, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea materna o paterna, con fundamento en el artículo 410-A del Código Civil para el Distrito Federal.

Precisamente en estos casos los métodos de interpretación jurídica⁵⁴ pueden traer como resultado la diversidad de criterios a seguir para llenar los huecos dejados

⁵³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, “La Familia En el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales”, Op. Cit. Pp. 251 y 255.

⁵⁴ La labor interpretativa consiste en reconocer o atribuir cierto significado a una serie de símbolos, tales como: conductas o palabras. Por ello el intérprete es una clase de mediador entre aquello que requiere ser interpretado y sus destinatarios, con la finalidad de clarificarlo o permitir su comprensión mediante el uso de una lenguaje apropiado. Riccardo Guastini señala. Que en sentido restringido, solo los enunciados normativos

por el legislador ordinario. A manera de ejemplo se cita el siguiente texto *“En el supuesto que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resulten de la filiación consanguínea”*.

Una interpretación a contrario de tal precepto nos lleva a concluir que la concubina o concubinario que se haya unido con la madre o el padre del adoptado no provoca que se extingan los derechos y obligaciones de la filiación consanguínea; aunque a decir verdad esta interpretación parezca absurda. Yo me inclinaría mas por una interpretación analógica de los efectos del matrimonio que también son aplicables a la naturaleza del concubinario, haciendo uso de lo dispuesto por el artículo 291-Ter del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice: *“Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.”*

En este orden de ideas, ni el matrimonio, ni el concubinato del padre o madre de la persona extinguen las consecuencias jurídicas de la filiación consanguínea.⁵⁵

2.5.1.2 LÍNEAS Y GRADOS DE PARENTESCO

Ricardo Sánchez Márquez distingue dos métodos o formas para computar el parentesco: el romano y el germánico, y desde el punto de vista de su procedencia, en la actualidad al primero se le conoce como civil y al segundo,

ambiguos necesitan de una labor interpretativa, pues aquellos que son claros no lo necesitan. Cfr.- **GUASTINI**, Ricardo, Op. Cit. pp, 3 a 5.

⁵⁵ **CHÁVEZ ASENCIO**, Manuel, “La Familia En el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales” Op. Cit. p. 255

canónico. En la computación romana o civil se cuentan tantos grados como generaciones haya, principio aplicable tanto en la línea recta como en la colateral. En la computación germánica, la regla es contar las generaciones de un lado hasta llegar al tronco y cuando los dos lados son desiguales, se cuentan las generaciones de la línea larga, mientras que en la romana se cuentan ambas líneas.⁵⁶

En cuanto a los grados y líneas del parentesco, encontramos su fundamento legal en los artículos 296, 297, 298, 299 y 300 del Código Civil para el Distrito Federal. Todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto de su ascendiente, sin importar el orden en que hayan nacido. Igualmente, si unos hermanos descienden de un mismo padre no importa que la madre de cada uno de ellos sea distinta.

“Artículo 296. *Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama líneas de parentesco.”*

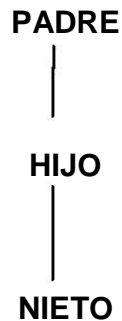
Líneas.-

“Artículo 297. *La línea es recta o transversal: la recta se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal se compone*

⁵⁶ Cfr.- SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, Op. Cit. pp, 59 y 60.

de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común.”

Atendiendo a la disposición legal, los abuelos, los padres y los nietos forman una línea recta de parentesco, y cada generación forma un grado, por lo que el nieto está ubicado en segundo grado en línea recta descendente con respecto al abuelo.



“Artículo 298. *Una línea recta es ascendente o descendente:*

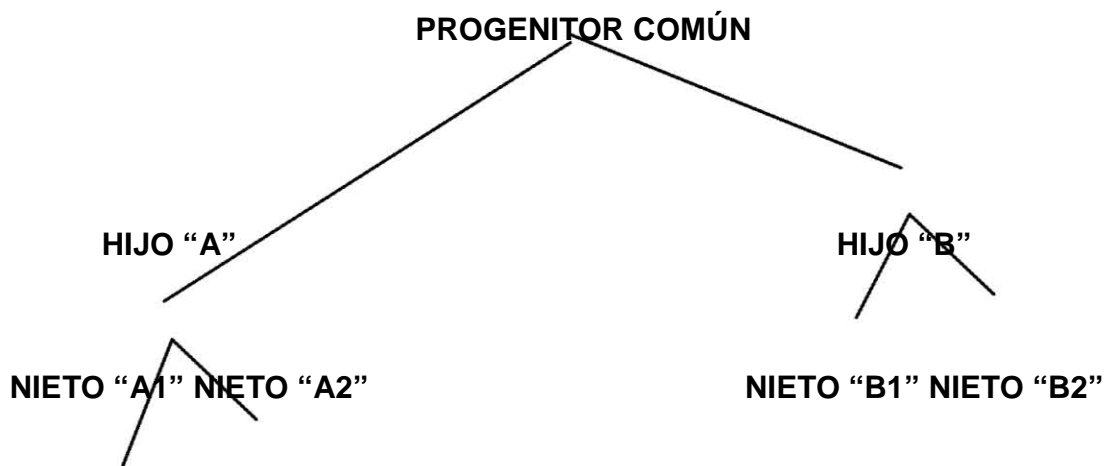
- I. Ascendente es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede;*
- II. Descendente, es la que liga al progenitor con los que de él proceden.*

La misma línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende.”

“Artículo 299. *En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor.”*

“Artículo 300. *En línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común.”*

Por lo que hace a la línea transversal o colateral, esta puede ser igual o desigual, y aunque no descienden unos de los otros, si tienen un progenitor común. A través de la línea transversal se vinculan a los hermanos, entre sí, a los primos, a los sobrinos con los tíos.



2.5.2 DERECHO DE USAR EL NOMBRE

En relación al nombre han escrito doctrinarios de todas las nacionalidades, pero son tantos, que lo mejor sería citar algunos de ellos, que nos permitan ilustrarnos en torno a este tópico.

Para *Henri y Capitant*, el nombre es la señal definitiva de la filiación⁵⁷, y como lo veremos más adelante, es tan importante esta función, que no se puede modificar unilateralmente y al mismo tiempo tratarle de imponer el apellido de otra persona, porque sería tanto como atribuirle la maternidad o paternidad de la persona de que se trate.

La generalidad, considera al nombre como un atributo de la personalidad, dado que los atributos *“son cualidades que corresponden a la persona humana, propiedades del sujeto mismo, que resultan inseparables de ella...”* Más adelante señalan que *“El nombre es un atributo de la persona que sirve para designarla o individualizarla, frente a los demás, ya sea en la familia, en la sociedad o en el Estado. Es una institución del derecho civil que tiende a proteger derechos individuales y sociales tendientes a la identificación de las personas.”*⁵⁸

Para algunos autores, sobre el nombre se tiene el derecho de propiedad, es decir, aquél que lo posee tiene un derecho real sobre él. Otros los señalaban como un derecho de propiedad con características propias. Otros los han considerado como un medio distintivo que el Estado le impone a las personas a fin de rastrearlas fácilmente, muy útil para el mantenimiento del orden social.

⁵⁷ Autores citados por **MAGALLÓN IBARRA**, Jorge Mario, “Instituciones de derecho civil”, Tomo II. Porrúa. México, 1987. p. 55.

⁵⁸ **LOUZÁN DE SOLIMANO**, Nelly y **TRINCAVELLI**, Nélida, E. “Derecho civil. Parte general”, Ediciones Depalma. Argentina; 1991. pp. 99 y 100.

Así para poder distinguir a las personas unas de las otras, sin tener que recurrir a la numeración o las características físicas que son irrepetibles en el ser humano⁵⁹, ha sido producto de su ingenio nombrarlas, para que respondan bajo esa expresión lingüística. El nombre es una combinación semántica de caracteres propia de los individuos, aunque las personas morales también son nombradas bajo una denominación o razón social, pero con características muy especiales, cuyo estudio escapa de los propósitos de la presente tesis.

Sin que exista unanimidad en el origen histórico del nombre, podemos claramente encontrarlo en el derecho y costumbres romanas, sin que con ello, se quiera significar que a ellos se atribuya éste medio de identificación humana. En las sociedades poco numerosas, el nombre era muy sencillo, reduciéndose a uno solo. En Roma se tenía derecho a tener tres, a los que se conoce como el nombre individual o de pila (*praenomen*); el nombre gentilicio o familiar (*nomen*); y finalmente, el nombre de la familia o de la rama particular de la gens (*cognomen*), y en algunos casos se agregaba el sobrenombre, en donde se hacía alarde de las características del individuo.

Tras la caída del imperio romano, se dejaron de utilizar varios nombres, volviendo a las costumbres de los pueblos pequeños. En la edad media se añadió a éste

⁵⁹ Los principales sistemas de identificación personal son: el antropométrico y el dactiloscópico. . El primero consiste en reseñar y comprobar una serie de medidas corporales caracterizadas por su invariabilidad, como la talla, las dimensiones de la cabeza y de las extremidades. Estos elementos se suman a las señas particulares del individuo, que consisten en su retrato y filiación descriptiva; métodos que permiten la identificación de las personas adultas con gran precisión. El método dactiloscópico permite la identificación precisa de cualquier persona, y se basa en la inalterabilidad de los surcos papilares de los dedos de las manos, además de que son distintivos e irrepetibles en cada ser humano. Es tan eficaz éste medio de identificación que es utilizado en distintas credenciales que los países elaboran a efecto de distinguir claramente a cada uno de sus gobernados.

nombre, alguno que hiciera alusión hacia alguna cualidad de la persona, y a manera de ejemplo se citan los siguientes: Juan sin Tierra, Felipe el Hermoso, Fernando el Católico, Federico Barbaroja; también se utilizaban los que hacían referencia al oficio que desempeñaban o al lugar de residencia o de nacimiento. Posteriormente se hizo costumbre individualizar a la persona con el nombre de su padre, como Jesús hijo de José, para luego pasar a los gentilicios como González, que indica “hijo de Gonzalo”, Álvarez “Hijo de Álvaro”.

Caracteres y elementos del nombre.-

- a) Es obligatorio, pues toda persona debe llevar un nombre.
- b) Único, en virtud de que cada persona debe llevar su propio nombre, aunque la combinación de sus elementos pueden coincidir con los de alguna otra persona (Homónimos).
- c) Inalienable, ya que se encuentra fuera del comercio.
- d) Imprescriptible, pues no se adquiere ni se pierde por la acción del tiempo.
- e) Inmutable, debido que nadie tiene la facultad de cambiarlo unilateralmente, sino mediante la autorización del Estado, quien se manifiesta a través del órgano competente (Juez del Registro Civil y Juez de lo Familiar).

Para *José Manuel Lastra Lastra*, el nombre cuenta con las siguientes características:

- a) Es un derecho absoluto, debido a que es oponible a los demás, y está protegido de cualquier acto que tienda a usurparlo.
- b) No se puede valorar en dinero, consecuentemente, no forma parte del patrimonio de la persona a quien corresponde.
- c) Es imprescriptible, porque la falta no lleva consigo la pérdida del derecho a seguir utilizándolo.
- d) Intransmisible, con lo que se quiere decir que no se encuentra en circulación en el tráfico jurídico, aunque la esposa por virtud del matrimonio adquiere el derecho a usar el apellido del marido.
- e) El nombre patronímico expresa la filiación del individuo, que le da pertenencia a un grupo familiar.
- f) Impone la obligación al individuo a utilizarlo a efecto de identificarlo de los demás miembros de la comunidad a que pertenece. Debe usarse igual que como consta en el acta de nacimiento, de reconocimiento o la sentencia judicial que así lo diga.
- g) Es inmutable, por las razones apuntas con antelación.⁶⁰

No obstante lo anterior, es posible ajustar el nombre a la realidad social, tal y como se desprende de la lectura de la jurisprudencia que a continuación se cita:

REGISTRO CIVIL, RECTIFICACION DEL NOMBRE EN EL ACTA DE NACIMIENTO PARA AJUSTARLA A LA REALIDAD SOCIAL.

Aun cuando en principio, el nombre con que fue registrada una persona es inmutable, sin embargo, en los términos de la fracción II del artículo 135 del Código Civil para el Distrito Federal, es procedente la

⁶⁰ Cfr.- **LASTA LASTRA**, José Manuel, “Fundamentos de derecho”, Porrúa. México; 2001. pp, 155 y 156.

rectificación del nombre en el acta de nacimiento, no solamente en el caso de error en la anotación, sino también cuando existe una evidente necesidad de hacerlo, como en el caso en que se ha usado constantemente otro diverso de aquel que consta en el registro y sólo con la modificación del nombre se hace posible la identificación de la persona; se trata entonces de ajustar el acta a la verdadera realidad social y no de un simple capricho, siempre y cuando, además, esté probado que el cambio no implica actuar de mala fe, no se contraría la moral, no se defrauda ni se pretende establecer o modificar la filiación, ni se causa perjuicio a tercero.

340

Sexta Epoca:

Amparo civil directo 5485/54. Hernández Rodríguez Rosaura. 15 de julio de 1955. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 4669/57. Aurora Quiroz y Pascal. 9 de abril de 1958. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 7800/58. Rosalía Zepeda de Tamayo. 18 de junio de 1959. Mayoría de cuatro votos.

Amparo directo 2178/59. Bertha Amarillas de Orozco. 6 de enero de 1960. Cinco votos.

Amparo directo 6233/61. Ernestina Negrete Cueto. 11 de marzo de 1963. Cinco votos.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Epoca: Sexta Epoca. Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 340

Página: 228. Tesis de Jurisprudencia.

El nombre de las personas físicas se compone de los siguientes elementos:

- a) Nombre individual o de pila, bautismal o pronombre que tiene como finalidad identificar a una persona dentro de su propia familia.
- b) El apellido o patronímico es el que se transmite de los padres a los hijos, cuya función es darle un sentido de pertenencia familiar al individuo.⁶¹ En relación a éste punto se cita la siguiente jurisprudencia:

RECTIFICACION DE ACTA DE NACIMIENTO. CUANDO SE TRATA DE AGREGAR AL NOMBRE EL APELLIDO MATERNO RESULTA IMPROCEDENTE EL EJERCICIO DE LA ACCION DE.

Si bien es cierto que la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido el criterio de que procede rectificar una acta de nacimiento con la finalidad de ajustarla a la realidad social; también lo es, que esa modificación no procede cuando se pretende agregar al nombre el apellido materno, porque en esa hipótesis la acción de rectificación de acta, encierra una cuestión de filiación que no se puede ventilar a través del ejercicio de esa acción.

⁶¹ Cfr.- LOUZÁN DE SOLIMANO, Nelly y TRINCAVELLI, Nélica, E. Op. Cit. p, 101.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

601

Octava Epoca:

Amparo directo 525/91. Dominga Alicia Gordillo. 21 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos.

Amparo directo 278/92. Eduardo Ballinas Sánchez. 25 de junio de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 332/92. Diega del Carmen Aguilar o Carmen Martínez Aguilar. 27 de agosto de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 371/92. Hortensia Leticia Utrilla Arizmendi. 3 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos.

Amparo directo 381/92. Oscar Díaz Alfaro. 24 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos.

NOTA:

Tesis XX.J/24, Gaceta número 59, pág. 75; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo X-Noviembre, pág. 184.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995. Epoca: Octava Epoca. Tomo IV, Parte TCC. Tesis: 601 Página: 440. Tesis de Jurisprudencia.

Respecto a la regulación del nombre, el artículo 58 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que en el acta de nacimiento, necesariamente deben hacerse constar la hora y lugar de nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le corresponden; así como la razón de haberse presentado vivo o muerto y la impresión de la huella digital del presentado. La ley nada dispone sobre el orden que deben llevar los apellidos, aunque es una costumbre que primero vaya el del padre y luego el de la madre.

Afirma *José Manuel Lastra* que nuestro sistema jurídico permite la adquisición del nombre a través de las siguientes instituciones del derecho familiar:

- a) Como efecto de la filiación sanguínea.
- b) Por el efecto del parentesco civil (adopción).

- c) Por la celebración del matrimonio, para el caso de la mujer.
- d) Por virtud de una sentencia judicial que así lo indique.⁶²

De los antecedentes históricos y de los argumentos doctrinarios, legales y jurisprudenciales se infiere que el nombre, ya sea como atributo de la personalidad o como un derecho de toda persona humana, es unido por virtud de éste a una determinada familia, misma a la que pertenece. Y es que la filiación es un lazo jurídico del que surgen derechos y obligaciones para las partes vinculadas, y no es un mero adorno o capricho de los humanos.

En este sentido, *Rafael Rojina Villegas* expresa, cuando se refiere al nombre como derecho subjetivo: “...el nombre patronímico pertenece a una familia y, por lo tanto, no está referido exclusivamente a la existencia de un individuo. Desde este punto de vista podría tratarse de un derecho que sobrevive a la persona, pero esta supervivencia no está en función de la misma, sino de la familia, por cuanto que ésta existe como entidad o grupo independientemente de la vida de sus miembros.”⁶³

2.5.3 DERECHO A RECIBIR ALIMENTOS

El vocablo alimentos proviene del latín *alimentum*, *ab lere*, alimentar, nutrir. Señala *Antonio de Ibarrola* que en su acepción vulgar, se entiende por los alimentos a las

⁶² Cfr.- **LASTA LASTRA**, José Manuel, .Op. Cit. p, 157.

⁶³ **ROJINA VILLEGAS**, Rafael, “Derecho civil mexicano. Introducción y personas”, 8ª edición. Porrúa. México, 1997. p, 504.

cosas que sirven para sustentar el cuerpo, mientras que en su acepción jurídica sirve para asignar lo que se da a una persona para atender su subsistencia.⁶⁴

Principalmente, en los menores de edad, desde el momento de su nacimiento, el derecho a ser alimentado es consecuencia lógica del ser, no humano, sino incluso, como perteneciente al mundo animal. Podemos ver como la misma naturaleza se ha encargado de que los padres se hagan cargo de sus crías, debido a que éstos no saben nada del mundo, ni tienen idea de que hacer para poder subsistir, y entonces sabiamente, la naturaleza hace que de los padres brote un instinto que los impulsa a la protección de los hijos. El derecho ha reconocido éste proceso natural, constituyendo una serie de derechos y obligaciones, que tienden a proteger a los que más necesitan y que no cuentan con los elementos instintivos, de edad, educacionales, sociales, etc, que les permita la supervivencia.

La forma más elemental del derecho al alimento (vulgarmente dicho) es que la misma naturaleza pone en el pecho de la madre la leche necesaria para alimentar a su crío, para que ella, lo pegue al mismo y de ahí obtenga los nutrimentos que le permitan crecer sano y fuerte.⁶⁵ Todo esto no lo digo en vano, ya que para algunos autores el derecho a los alimento deriva de la ley, cuando en mi opinión, éste emana de la naturaleza, o en todo caso del compromiso social que los seres humanos tenemos frente a los seres a los que damos vida, por la obligación que tenemos de la solidaridad con los miembros de nuestra propia familia.

⁶⁴ Cfr.- **IBARROLA**, Antonio de, "Derecho de familia", Porrúa, México, 1978. p, 87.

⁶⁵ Cfr.- **ORTEMBERG**, Osvaldo, "La mujer y la ley", Editorial Biblos. Argentina; 1995. p, 39

Precisamente es ésta obligación social, la que se ha reconocido por el derecho y no a la inversa.

Esta obligación no tiene como fuente, el principio de la autonomía de la voluntad, aunque a primera vista así pareciera; es consecuencia del vínculo familiar, que se basa en la solidaridad de los miembros de la misma familia, con un profundo arraigo de la caridad cristiana, aún cuando por su revestimiento legal no se puede comparar con la filantropía o la limosna.⁶⁶ En tal virtud, no solo constituye una obligación moral de quienes deben proporcionarlos, ya que el derecho se ha encargado de sancionar ésta conducta en distintos cuerpos legislativos, entre los que se destacan, el Código Civil y la legislación penal.

Los alimentos se han considerado por nuestro máximo tribunal como de interés social y de orden público, motivo por el cual no se puede dejar de proporcionarlos, a pesar de ser objeto de controversia jurisdiccional.

ALIMENTOS, IMPROCEDENCIA DE LA SUSPENSION CONTRA EL PAGO DE.

Es improcedente conceder la suspensión contra el pago de alimentos porque, de concederse, se impediría al acreedor alimentario recibir la protección necesaria para su subsistencia, en contravención de las disposiciones legales de orden público que la han establecido y se afectaría el interés social; de donde resulta que se surte el requisito negativo exigido por la fracción II del artículo 124 de la Ley de Amparo para negarla.

39

Sexta Epoca:

Queja 16/60. Ramón Sansón. 2 de agosto de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Queja 241/60. Mario García Treviño. 15 de febrero de 1961. Cinco votos.

⁶⁶ Cfr.- **MAGALLÓN IBARRA**, Jorge Mario, "Instituciones de derecho civil. Tomo III", Op. Cit. p, 65.

Queja 118/61. Rodolfo Faes Ravel. 23 de agosto de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Queja 84/61. Fidencio Rocha Ibarra. 31 de agosto de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Queja 64/63. Ignacio Mendoza Medrano. 11 de marzo de 1964. Cinco votos.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Epoca: Sexta Epoca. Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 39
Página: 26. Tesis de Jurisprudencia.

Por la importancia de los alimentos para la subsistencia del acreedor alimentario y ser considerados de interés social, el derecho a los alimentos no puede sujetarse a la negociación. Sin embargo, los alimentos anteriores y que no se pagaron en tiempo si son objeto de transacción, tal y como lo sostuvo en su momento la Suprema Corte mediante jurisprudencia definida que a continuación se cita.

ALIMENTOS. PROCEDENCIA DE LA SUSPENSION TRATANDOSE DE PENSIONES CAIDAS.

Procede la suspensión cuando se trata del pago de pensiones alimenticias caídas, es decir, que no fueron pagadas oportunamente, ya que no existe la necesidad imperiosa de que desde luego las reciba el acreedor alimentista.

42

Quinta Epoca:

Amparo civil. Revisión del incidente de suspensión 8149/36. González Roa Fernando, suc. de. 13 de febrero de 1937. Cinco votos.

Queja 262/37. Catalina Benfiel. 12 de julio de 1937. Unanimidad de cuatro votos.

Queja en materia del trabajo 203/36. Candia Manuel. 3 de noviembre de 1937. Unanimidad de cuatro votos.

Queja en materia del trabajo 435/37. Empresa Taurina Mexicana, S. A. 5 de noviembre de 1937. Cinco votos.

Amparo. Incidente de suspensión 8213/37. Antonio Recillas M. 25 de marzo de 1938. Unanimidad de cuatro votos.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Epoca: Quinta Epoca. Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 42
Página: 27. Tesis de Jurisprudencia.

Desde el punto de vista técnico, los alimentos no son el puro producto alimenticio que ingerimos diariamente, sino que incluye otros aspectos, que son de vital importancia para el buen desarrollo del ser humanos dentro de la sociedad actual. En este sentido el artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal dispone:

“Los alimentos comprenden:

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

Los gastos funerarios del difunto, que se proporcionen según la condición de la persona y las costumbres de la localidad, deberán ser satisfechos por aquellos que tenían la obligación de proporcionarle los alimentos en vida, atento a lo dispuesto por el artículo 1909.

Los alimentos constituyen una de las principales consecuencias derivadas del parentesco⁶⁷, que a su vez deviene del matrimonio, del concubinato y de la adopción. *Chávez Asencio* define al derecho de los alimentos, con las siguientes palabras: “*la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para vivir en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos y del concubinato.*”⁶⁸

Rojina Villegas define el derecho de los alimentos como “*la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista, para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos.*”⁶⁹

En mera apariencia, el pago de los alimentos se debe dar en especie, si atendemos al sentido literal del artículo 308. A pesar de ello, el artículo 309 prevé otra posibilidad, considerando que el deudor cumple con la obligación alimentaria, mediante el pago de una pensión, misma que aumentará automáticamente de acuerdo al Índice Nacional de Precios al Consumidor, a menos que el deudor no haya obtenido un incremento de sus ingresos en la misma proporción. Esto se debe a que en el mismo precepto se dice que los alimentos deben proporcionarse en la posibilidad de quien debe darlos y la necesidad de quien deba recibirlos,

⁶⁷ Cfr.- **ROJINA VILLEGAS**, Rafael, “Compendio de derecho civil I”, Op. Cit. pp, 262 y 263.

⁶⁸ **CHÁVEZ ASECIO**, Manuel, “La Familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares”, 3ª edición. México; 1999. p, 480.

⁶⁹ **ROJINA VILLEGAS**, Rafael, “Compendio de derecho civil I”, Op. Cit. p, 263.

cuya interpretación de nuestra más alta autoridad jurisdiccional se cita para mejor ilustrar al lector.

ALIMENTOS. REQUISITOS QUE DEBEN OBSERVARSE PARA FIJAR EL MONTO DE LA PENSIÓN POR ESE CONCEPTO (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE CHIAPAS).

De lo dispuesto en los artículos 308, 309, 311 y 314 del Código Civil para el Distrito Federal y sus correlativos 304, 305, 307 y 310 del Estado de Chiapas, se advierte que los legisladores establecieron las bases para determinar el monto de la pensión alimenticia, las cuales obedecen fundamentalmente a los principios de proporcionalidad y equidad que debe revestir toda resolución judicial, sea ésta provisional o definitiva, lo que significa que para fijar el monto de esta obligación alimentaria debe atenderse al estado de necesidad del acreedor y a las posibilidades reales del deudor para cumplirla, pero, además, debe tomarse en consideración el entorno social en que éstos se desenvuelven, sus costumbres y demás particularidades que representa la familia a la que pertenecen, pues los alimentos no sólo abarcan el poder cubrir las necesidades vitales o precarias del acreedor, sino el solventarle una vida decorosa, sin lujos, pero suficiente para desenvolverse en el status aludido; de ahí que no sea dable atender para tales efectos a un criterio estrictamente matemático, bajo pena de violentar la garantía de debida fundamentación y motivación consagrada en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, eventualmente, hacer nugatorio este derecho de orden público e interés social.

1a./J. 44/2001

Contradicción de tesis 26/2000-PS. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 4 de abril de 2001. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Tesis de jurisprudencia 44/2001. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintitrés de mayo de dos mil uno, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Juventino V. Castro y Castro.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena Epoca.

Tomo XIV, Agosto de 2001. Tesis: 1a./J. 44/2001 Página: 11. Tesis de Jurisprudencia.

La institución de los alimentos no fue creada por el legislador para enriquecer al acreedor, o para darle una vida holgada, o que le permita dedicarse al ocio, sino tan solo, para que viva con decoro y le permita la subsistencia.

Para *Chávez Asencio*, las características de los alimentos son: reciprocidad de las obligaciones, personalísima, intransferible; el derecho correlativo es inembargable,

imprescriptible, intransigible, no es compensable, ni renunciable; son proporcionales, divisible y crean un derecho preferente, no se extingue por el hecho de que la obligación alimentaria se cumpla, es variable y por su importancia, el juez de lo familiar debe intervenir para su imposición y cumplimiento efectivo.⁷⁰

Nunca se ha dicho que el derecho a los alimentos se deba sujetar a un método de reproducción asistida. En el caso de la maternidad subrogada y la *fecundación in vitro*, la obligación de proporcionar los alimentos al producto se entiende que recae en quien ha dado su consentimiento para concebir o engendrar con la ayuda de especialistas, motivo por el cual, llegado el momento, a éstos les corresponde el derecho a recibirlos al momento en que los necesiten y ya no estén en posibilidad de sostenerse por sí mismos, con fundamento en los artículos 301,, 303, 304, 306 y demás relativos del Código Civil.

2.5.4 DERECHO A LA SUCESIÓN

Hay quienes fundan el derecho sucesorio en el hecho, de que seguramente los hombres no trabajarían con el mismo ahínco si supieran desde un principio, que a su muerte, los bienes que hubieren generados pasarían al Estado y no a sus seres queridos.⁷¹

⁷⁰ Cfr.- **CHÁVEZ ASENCIO**, Manuel, “La Familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares”, 3ª edición. Op Cit. p, 489.

⁷¹ Cfr.- **BAQUEIRO ROJAS**, Edagard y **BUEONROSTRO BÁEZ**, Rosalía, Op. Cit. p, 254.

En sentido amplio, el derecho sucesorio implica un cambio de titularidad de bienes, derechos y obligaciones, de una persona a otra, mientras que en sentido restringido se debe entender como el cambio de sujeto en una relación jurídica, y se cita el caso de quien venda a otra persona un objeto. En tendido que fue esto, la sucesión puede ser: en vida del primitivo titular, como en el caso de la compraventa o la donación; por la muerte del primer titular, a título oneroso, a título gratuito, a título universal respecto de la totalidad del patrimonio.

En materia de sucesión *mortis causa*, corresponde al derecho determinar a quienes les asiste el derecho de reclamar el patrimonio del autor de la herencia, que a su muerte queda sin titular. El derecho determina esta facultad en base a las siguientes circunstancias:

- a) El derecho que tiene la persona a disponer libremente de sus bienes para cuando sobrevenga su muerte.
- b) El cumplimiento de las obligaciones alimentarias de la persona cuando ésta muera, principalmente con respecto a su cónyuge o concubina y los hijos de éste.
- c) Los derechos del Estado sobre el patrimonio del *de cuius*, por haberle permitido bajo sus reglas adquirir aquellos bienes que llegaron a pertenecerle, a través de los derechos de propiedad, posesión y de crédito.⁷²

⁷² Cfr.- Ibidem. pp, 254 y 255.

Dado que ya nos encontramos abordando el tema de la sucesión mortis causa, es conveniente que se defina uno de los conceptos fundamentales de la materia, “la herencia”. Por el se debe entender “*La sucesión a título universal o particular por causa de muerte, de aquellos derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte del de cujus o autor de la sucesión.*”⁷³

El Código Civil, en el artículo 1281 define la herencia en los siguientes términos: “*Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte.*”

A su vez, la sucesión hereditaria, puede ser a título universal o a título particular; está última sobre bienes concretos. Cuando la sucesión es universal, el sucesor o sucesores reciben el nombre de herederos, y en el otro supuesto reciben el nombre de legatario o legatarios, atento a lo dispuesto por los artículos 1391 a 1471 del Código Civil.

El acto jurídico por virtud del cual, el individuo puede disponer de sus bienes para después de su muerte se llama testamento. No obstante ésta posibilidad, en ocasiones el autor de la sucesión no realiza éste acto jurídico, por lo que se abre la posibilidad de la sucesión legítima o *ab intestato*, como un sistema necesario o forzoso, en el cual, ante el silencio del *de cujus*, es la ley quien determina a quien corresponde el derecho a recibir los bienes y la proporción de su derecho. Nuestro derecho permite la concurrencia de ambos tipos de sucesión, para las hipótesis en

⁷³ Ibidem. p, 257.

que exista disposición testamentaria respecto a algunos bienes que pertenecían a su patrimonio, pero en cuya manifestación dejaron de incluirse algunos otros, para los cuales rigen las disposiciones del *ab intestato*.

Para los efectos de la presente tesis no nos interesa abundar más en el derecho sucesorio, que bien puede ser objeto de toda una obra, por lo que ahora tan solo nos conformaremos con abordar el tema de la sucesión legítima en su aspecto sustantivo, dejando aun lado todo aquellos que tiene que ver con el procedimiento especial que se encuentra establecido en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La herencia legítima tiene lugar cuando no hay testamento⁷⁴, o el que se hubiese otorgado es declarado nulo y perdió su validez; en el caso de que el testador no hubiere dispuesto de la totalidad de sus bienes; cuando el heredero no cumple con la condición que se la impuso; bajo el supuesto de que el heredero muere antes que el autor de la herencia, la repudia, o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado un sustituto, tal y como está previsto en las distintas fracciones que componen el artículo 1599 Código Civil para el Distrito Federal.

Tienen derecho a heredar a través de la sucesión legítima, los individuos que a continuación se enuncian:

⁷⁴ Ante el silencio del autor de la herencia, la ley suple tal voluntad y presume el deseo de éste para transmitir su patrimonio a los agnados más próximos. El Dr. Magallón encuentra el fundamento histórico más lejano de ésta presunción en la Quinta Ley de las Doce Tablas. Cfr.- **MAGALLÓN IBARRA**, Jorge Mario, "Instituciones de derecho civil. Tomo V", Porrúa. México; 1990. pp, 151 y siguientes.

- I. Los descendientes, cónyuges, ascendientes parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados por el artículo 1635;
- II. La beneficencia pública, cuando no concurre ninguno de los anteriores.

Es bien importante que se diga que solo el parentesco consanguíneo y el civil dan el derecho a heredar, ya que del parentesco por afinidad no se desprende tal derecho. Toda vez que son varios los parientes con derecho a heredar, el Código Civil establece una prelación para su debido ejercicio. Lógicamente los parientes más próximos excluyen a los más lejanos, y los parientes que se hallaren en el mismo grado heredarán por partes iguales, atento a lo dispuesto por los artículos 1604 y 1605 de la ley de la materia.⁷⁵

Cuando el legislador ha dispuesto que sean los descendientes los que tienen mejor derecho a heredar ya no distingue entre hijos legítimos o ilegítimos, adoptivos, o con cualquier otro calificativo. Nuevamente los equipara, con el objeto de no dejarlos desamparados al momento de la muerte del autor de la herencia.

⁷⁵ Este criterio ha estado en constante evolución, y para ejemplificar mi dicho, cito el texto del artículo 3884 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, que a la letra dice: “La sucesión se concede: 1. A los descendientes, ascendientes y el cónyuge que sobrevive, con exclusión de los colaterales y del fisco. 2. Faltando descendientes y ascendientes, a los hermanos y sobrinos representantes de los hermanos difuntos, al cónyuge que sobrevive con exclusión de los demás colaterales y del fisco. 3. Faltando hermanos y sobrinos representantes de hermanos difuntos, el cónyuge que sobrevive, aunque haya otros colaterales. 4. Faltando descendientes, ascendientes, hermanos y cónyuge, a los demás colaterales dentro del octavo grado, con exclusión del fisco. 5. Faltando colaterales, al fisco.

CAPÍTULO 3. TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO FAMILIAR

El derecho interviene para regular tanto las relaciones conyugales, como las familiares y muchas de ellas se inician con la celebración de un acto jurídico como lo es el matrimonio, que es una institución del derecho de familia que se inicia mediante la celebración de un acto jurídico. El matrimonio da génesis a una familia dentro de la cual surgen relaciones familiares, en donde encontramos deberes y derechos, algunos de los cuales tienen contenido económico y otros de carácter extrapatrimonial. También sabemos que para los hijos nacidos fuera del matrimonio su filiación surge con un acto jurídico que es el reconocimiento y lo mismo sucede en el caso de la adopción.

Por tanto, el acto jurídico es el pilar de los pactos que se celebran entre los miembros de una familia, como en el caso el matrimonio, la adopción, el divorcio, la obligación alimentaria, en tanto se debe pactar el monto de los alimentos. Así, se puede ver que las personas celebran convenios conyugales y familiares durante la vida del núcleo de la sociedad.

La teoría del acto jurídico no solo tiene efectos dentro del campo civil, ya que sus postulados se han extendido a otras ramas de la ciencia jurídica como el derecho familiar, circunstancia que hace inevitable su estudio.

3.7 DIFERENCIA ENTRE EL HECHO Y EL ACTO JURÍDICO

Rafael de Pina manifiesta que el nacimiento, modificación y extinción de los derechos tienen su origen en hechos y actos jurídicos, que de manera conjunta a las normas, forman la trama de la vida del derecho.

En sentido lato, la doctrina ha definido los hechos jurídicos *“como todos aquellos acontecimientos a cuya realización está ligada por el ordenamiento una consecuencia jurídica, o dicho de un modo técnico más expresivo, una modificación en la situación jurídica preexistente- entendiendo por tal al conjunto de poderes, deberes, funciones, habilitaciones, atributos, facultades y cualesquiera otros sumandos o sustraendos jurídicos que competen a una persona en un momento dado- o en la capacidad que es su presupuesto. El hecho jurídico se constituye así, por obra de la virtualidad que le presta el ordenamiento- en nuestro caso, el ordenamiento civil- para alterar la situación jurídica de la persona, en la causa de un cambio o modificación jurídicos, es decir, como acostumbra a precisarse por algunos expositores, de un acontecimiento de carácter jurídico.”*⁷⁶

Desde su perspectiva, son hechos jurídicos *“los acontecimiento de la vida que son susceptibles de producir el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación de derecho.”* Los hechos jurídicos pueden ser acontecimientos naturales o

⁷⁶ **LACRUZ BERDEJO, LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ**, “Parte general del derecho civil”, Vol. 3ro, el derecho subjetivo. José María Bosch editor. España; 1990. p, 131.

accidentales, en donde el elemento volitivo no está presente. Existen hechos humanos que se dan sin que la voluntad del autor intervenga.⁷⁷

Coincidiendo con la mayoría de los doctrinarios, *Javier Martínez Alarcón* sostiene que los hechos jurídicos, en estricto sentido, crean obligaciones, pero no las modifican ni las extinguen, pues para esto último es imprescindible la voluntad del individuo. Son “*los realizados por el hombre sin la intención de sus consecuencias de derecho*”, pero además, “*los que acontecen sin la intervención el hombre, pero que se relacionan con él.*”⁷⁸ Señala que en los hechos jurídicos, aunque el hombre puede actuar voluntariamente, como cuando llega a cometer el delito de homicidio; no tiene la intención de que se produzcan los efectos de derecho, que desde el punto de vista penal es ir a prisión, y desde el punto de vista civil es la reparación del daño.

El acto jurídico puede ser de distinta naturaleza, pero una de las condiciones que reviste es que produzca un cambio en el derecho, tal es el caso de un contrato de compra venta, un testamento, o una donación en donde se tiene la intención de producir consecuencias de derecho.

Para *Ennecerus*, el acto jurídico constituye la realización querida, o al menos, previsible, de un resultado exterior. El mismo autor clasifica los actos jurídicos en:

⁷⁷ Cfr.- **PINA VARA**, Rafael de, “Elementos de derecho civil mexicano. Introducción, personas y familia”, Vol I. 18ª edición. Porrúa. México; 1993. pp, 263 a 265.

⁷⁸ Cfr.- **MARTÍNEZ ALARCÓN**, Javier, “Teoría general de las obligaciones”, Oxford University Press. México; 2000. pp, 95 y 96.

declaraciones de voluntad, actos de derecho y actos contrarios a derecho (para referirse a los delitos).

Para *Messineo*, acto jurídico en su sentido amplio, “*todo acto humano, realizado conciente y voluntariamente por un sujeto (por lo general capaz de obrar), del cual nacen efectos jurídicos, porque el sujeto, al realizarlo, quiere determinar un resultado, y tal resultado, se toma en consideración por el derecho.*”⁷⁹

Martínez Alarcón manifiesta que “*en los actos jurídicos, el hombre tiene la voluntad de realizar su conducta, y con ello busca efectos precisos en el campo del derecho, es decir, su voluntad va dirigida a obtener las consecuencias jurídicas que pretende.*” A manera de ejemplo cita el caso de dos personas que celebran un contrato de arrendamiento, en donde ambos tienen la intención de que se produzcan todos los efectos jurídicos implícitos.⁸⁰

Rafael de Pina Vara sostiene que un sector de la doctrina ha diferenciado al acto jurídico en general, del negocio jurídico, señalando que tal distinción no ha sido recogido por el legislador, en España ni en México. El negocio jurídico es una especie de acto jurídico, que *Espin Canovas* define de la siguiente manera: “*La declaración o declaraciones de voluntad privada, encaminadas a conseguir un fin práctico, a las que el ordenamiento jurídico, bien por sí solas, o en unión de otros*

⁷⁹ Autores citados por **PINA VARA**, Rafael de, Op. Cit. p, 266.

⁸⁰ Cfr.- **MARTÍNEZ ALARCÓN**, Javier, Op. Cit. p, 97.

*requisitos, reconoce como base para producir determinadas consecuencias jurídicas.”*⁸¹

Nuestro Código Civil reglamenta por separado cada una de las fuentes de las obligaciones y diferencia entre los hechos y los actos jurídicos.

De los anteriores conceptos y de la experiencia vivida podemos arribar a la conclusión de que el acto jurídico es la manifestación de voluntad, emitida por persona capaz, libre de vicios con el propósito de provocar consecuencias de carácter legal.

3.8 EL ACTO JURÍDICO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

Afirmar que el acto jurídico es fuente de las obligaciones es algo tan natural, que incluso, se desprende la definición del acto jurídico, por la que *Rojina Villegas* entiende: “*como una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.*”⁸²

Atinadamente, el mismo autor señala que el acto jurídico privado comprende instituciones del derecho civil (dentro del cual se haya el familiar) y mercantil; entre los que se pueden citar; el contrato, el convenio, el testamento, la declaración

⁸¹ PINA VARA, Rafael de, Op. Cit. p, 269.

⁸² ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Derecho civil mexicano”, Op. Cit. p, 325.

unilateral de la voluntad, el pago, la remisión, la aceptación de la herencia, el reconocimiento de hijo, etc.

Hay que reconocer que la mayor parte de las relaciones jurídicas de contenido patrimonial surgen a través del acto jurídico y se regulan por el principio de la autonomía de la voluntad consagrada principalmente, en el texto de los artículos 1796 y 1851 del Código Civil, cuyo contenido expresa: *“Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.”* El único límite que impone la ley a los pactos entre los particulares es que no vayan en contra de la ley, de la moral o de las buenas costumbres, consecuentemente, un convenio o contrato en el que se pactan los efectos jurídicos de la procreación, entre las partes, sin que con ello se descuiden los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales del menor no se puede tener como inexistente o nulo. Es más, su pacto no atenta contra el principio plasmado en el artículo 6º de la codificación civil, misma que dispone: *“La voluntad de los particulares no puede eximir la observancia de la ley, ni alterarla, ni modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”*

3.9 ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO

Reza el artículo 1794 Código Civil que para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser objeto del contrato.

La principal diferencia que se debe hacer entre los elementos de existencia y los de validez del acto jurídico, es que a la falta de alguno de los primeros trae como consecuencia la inexistencia del acto o contrato. A falta de cualquiera de los segundos, solo afecta la plenitud de las consecuencias jurídicas que debe suscitar, por lo que tan solo se produce su nulidad, aunque el contrato se tenga como existente. La siguiente tesis nos ayudará a afinar nuestro criterio jurídico en torno a los actos jurídicos inexistentes:

NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEORICAS.

Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades.

296

Sexta Epoca:

Amparo directo 1205/52. Manuel Ahued. 8 de julio de 1953. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2596/57. Federico Baños Islas. 8 de mayo de 1958. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2633/58. Donato Antonio Pérez. 7 de enero de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 1924/60. Pilar Mancilla Pérez. 3 de diciembre de 1962. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 8668/62. Pedro Flores López. 24 de septiembre de 1964. Unanimidad de cuatro votos.

Instancia: Tercera Sala. Fuente: Apéndice de 1995. Epoca: Sexta Epoca. Tomo IV, Parte SCJN. Tesis: 296
Página: 199. Tesis de Jurisprudencia.

Siguiendo la misma idea, se cita el artículo 2224 del mismo ordenamiento, en donde se establece: "*El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de*

objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.”

Ahora vayamos al estudio de los elementos de existencia del acto jurídico o del contrato, tal y como lo aborda la doctrina.

Consentimiento- El artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, es claro al señalar: *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.”*

Gutiérrez y González define el consentimiento en los siguientes términos: *“Es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción de efectos de Derecho y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación exterior, o dicho en una forma más amplia que sirve para el convenio y el contrato: ES EL ACUERDO DE DOS O MÁS VOLUNTADES QUE TIENDEN A CREAR, TRANSFERIR, CONSERVAR, MODIFICAR O EXTINGUIR, EFECTOS DE DERECHO, Y ES NECESARIO QUE ESTAS VOLUNTADES TENGAN UNA MANIFESTACIÓN EXTERIOR.”*⁸³

⁸³ **GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ**, Ernesto, “Derecho de las obligaciones”, 4ª edición. Porrúa. México; 2002. p, 266.

Su concepto nos sirve, entre otras cosas, para diferenciar este elemento de la mera voluntad, pues el consentimiento necesariamente requiere de la pluralidad de voluntades en un mismo sentido para generar consecuencias de derecho recíprocas. Una de ellas es la que propone, y la otra acepta la propuesta hecha por el oferente.

Objeto.- Para *Gutiérrez y González*, el vocablo objeto puede tener tres significados a propósito del contrato, mismos que son:

Objeto directo del contrato.- Que consiste en crear y transmitir derechos y obligaciones; artículo 1793 Código Civil.

Objeto indirecto del contrato.- Consiste en el objeto directo de la obligación; es decir, dar, hacer o no hacer.

En su tercera acepción, el objeto consiste en la cosa que se debe dar, la prestación que se debe hacer o la omisión a que se compromete una de las partes. De manera específica, en una compraventa, el objeto es por un lado, el precio a pagar, y por el otro, la cosa que se debe entregar (un automóvil).

Un acto jurídico o contrato no puede existir ante la falta del objeto, por ser imposible desde el punto de vista físico o jurídico. Hay imposibilidad física, cuando el objeto no se puede llevar a cabo, en virtud de que una ley de la naturaleza lo impide. La imposibilidad jurídica consiste en que aunque si sea físicamente posible el objeto, la ley no lo permite.

Solemnidad.- Usualmente, para que los actos jurídicos o los contratos sean considerados como existentes, es necesario que cuenten con el objeto y el consentimiento, aunque en algunos casos también debe concurrir la solemnidad. *Gutiérrez y González* la concibe de la siguiente forma: “ES EL CONJUNTO DE ELEMENTOS DE CARÁCTER EXTERIOR DEL ACTO JURÍDICO, SENSIBLES, EN QUE SE PLASMA LA VOLUNTAD DE LOS QUE CONTRATAN, Y QUE LA LEY EXIGE PARA LA EXISTENCIA DEL MISMO. EL EFECTO DE ESTA FORMA EN EL ACTO JURÍDICO, ES DARLE EXISTENCIA, Y ASÍ POR EL CONTRARIO ANTE SU FALTA, POR MINISTERIO DE LEY, LA VOLUNTAD DE LOS QUE PRETENDAN CONTRATAR NO PRODUCE LOS EFECTOS DESEADOS Y SUS VOLUNTADES NO ALCANZA EL RANGO DE ACTO JURÍDICO, Y SE PUEDE DECIR CON LA TESIS CLÁSICA QUE “EL ACTO NO EXISTE.”⁸⁴

El ejemplo clásico de acto solemne es el matrimonio, para cuya existencia es necesario que se celebre con las formalidades establecidas en la ley y ante el Juez del Registro Civil.

Pese a que en el artículo 1794 Código Civil no se hace referencia a la solemnidad, esta se infiere del texto del artículo 2228 del citado ordenamiento, en donde se expresa: “*La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.*” De su lectura se

⁸⁴ Ibidem. p. 319.

desprende que cuando se trate de actos solemnes la falta de forma establecida en la ley acarrea la inexistencia y no la nulidad.

Ante la flagrante omisión del legislador del Distrito Federal, el jurista mexicano propone se añada una fracción al citado artículo del Código Civil, que contemple este elemento de existencia del acto jurídico, tal y como ya lo es en los Estados de Puebla, Tlaxcala y Quintana Roo.⁸⁵ **Verificar los Estados de Morelos, Guerrero, estado de México y Baja California Sur.**

La doctrina no es unánime al citar los elementos que se deben considerar esenciales en todo contrato. En España se han distinguido cuatro elementos de existencia, mismos que son: El sujeto, el objeto, la forma y la causa.⁸⁶ Con esto tan sólo quiero hacer patente que la teoría del acto jurídico que conocemos por nuestros profesores y la doctrina mexicana solo constituye una verdad dentro de nuestra legislación y jurisprudencia.

3.10 ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO

Acertadamente, *Martínez Alarcón* señala que los elementos de validez del acto jurídico y del contrato tienen estrecha relación con los elementos esenciales del mismo. A manera de ejemplo, cita que el consentimiento se relaciona con la

⁸⁵ Cfr.- Ibidem. 319 a 321.

⁸⁶ Cfr.- LOUZAN DE SALIMANO, Nelly y TRINCAVELLI, Nélida E. OP. Cit. pp, 387 y siguientes.

forma, la capacidad y los vicios del consentimiento; mientras que el objeto tiene vínculos con la licitud de éste.⁸⁷

Capacidad de las partes.- *Joaquín Martínez Alfaro* no sólo considera a la capacidad como un elemento de validez del acto jurídico, sino que además lo reputa como un atributo de las persona, y la define como “*la aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones, así como para, por sí mismo, hacerlos valer, cumplirlas y comparecer en juicio.*”

La codificación civil regula la capacidad de las personas, principalmente en los artículos 22, 23, 24, 1795 y 2228.

La capacidad como elemento de validez es aquella aptitud de la persona para hacer producir efectos de derecho en un negocio jurídico, por sí mismo. Por ejemplo, una persona con alguna enfermedad mental que le impide percibir la realidad como cualquiera otra y las consecuencias de sus actos, es inepta para la celebración de un contrato o convenio, por virtud de su inhabilitación mental.

La doctrina y la legislación han diferenciado claramente entre dos tipos de capacidad, a saber: de goce y de ejercicio. La de goce “*es la aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones.*” La de ejercicio “*es la aptitud para, por sí mismo, hacer valer los derechos, cumplir las obligaciones y accionar*

⁸⁷ Cfr.- MARTÍNEZ ALARCÓN, Javier, Op. Cit. p. 38.

directamente ante los tribunales” La capacidad de ejercicio implica necesariamente la de goce, pero no a la inversa.

La capacidad de goce se adquiere por el nacimiento; aunque en ciertos casos permite retrotraer sus efectos a la fecha de la concepción, en los supuestos de recibir la herencia o un legado.

Dentro de un Estado en donde no existe la esclavitud, la regla general es que todos los individuos que se hayan bajo su imperio tengan capacidad de goce, por lo que la incapacidad será la excepción. Esta incapacidad siempre será relativa, y solo en relación a ciertos derechos. Dicho en otras palabras, constituyen impedimentos para la celebración de un acto jurídico. Ejemplos de personas que gozan de capacidad de goce relativa son: los menores de edad, los mayores que están privados de inteligencia, los extranjeros, los ministros de cultos religiosos, los condenados por sentencia civil o penal, los servidores públicos, principalmente los que han llegado a un cargo por el voto popular (régimen de incompatibilidades), etc.

La capacidad de ejercicio es una aptitud que detentan, normalmente, los mayores de edad que gozan de todas sus facultades mentales, Atento a lo dispuesto por los artículos 24, 450 y 647 Código Civil para el Distrito Federal. El segundo de los citados textualmente expresa:

“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. *(Derogada)*
- IV. *(Derogada)."*

La capacidad de ejercicio, como ya se dijo, es una aptitud para hacer valer directamente, por sí mismo los derechos, contraer y cumplir obligaciones y comparecer a juicio, y se puede perder temporal o permanentemente. En la primera hipótesis, la manifestación de la voluntad del individuo se ve mermada transitoriamente en tanto recupera su salud mental; en la segunda, la salud mental no se recupera.

Un mecanismo que permite a la persona la celebración de actos jurídicos es la representación, entendida esta como la institución del derecho civil, por medio del cual, una persona sustituye físicamente a otra, para que a su nombre y representación celebre actos jurídicos, cuyos efectos inciden directamente en el patrimonio del representado, tal y como si el mismo hubiera celebrado el acto.⁸⁸

⁸⁸ Una de éstas teorías es la de la ficción, la teoría del nuncio, la teoría de la cooperación de voluntades; la teoría de la sustitución de la personalidad del representado por la del representante. Además existen varios tipos de representación, pero en todas ellas existe la constante de la sustitución de la persona que celebra el

Ausencia de vicios en el consentimiento.- Es imprescindible que la manifestación de la voluntad de las partes sea producida por el conocimiento de la verdad respecto de la materia que será objeto del contrato o acto jurídico. Con esto se quiere decir, que las partes no deben caer en el error, que en ocasiones se genera por dolo o mala fe. Asimismo, el consentimiento se debe expresar libremente y sin que medie coacción alguna. La coacción a que me refiero es el uso de la violencia física o moral que obligue a alguna de las partes a celebrar el acto.

Por error se debe entender un falso conocimiento de la realidad; es decir, todo aquello que sea contrario a la verdad y consiste en un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad objetiva. Se distingue de la ignorancia, porque ésta última implica la falta de conocimiento, mientras que en el error si hay conocimiento, sólo que éste no es verídico, aunque ambos tienen los mismos efectos jurídicos.

Una persona puede caer en el error por su propio conocimiento, y se debe diferenciar del error que se arranca mediante maquinaciones que otra persona haga para inducir al error al sujeto. A esto último se llama dolo. El dolo implica la actitud mañosa de una persona para hacer inducir al error a otra, que se diferencia de la mala fe en lo siguiente: En la mala fe el sujeto activo no induce al error al sujeto pasivo; sin embargo al caer éste en un error no se lo hace ver.

acto jurídico. Cfr.- **MARTÍNEZ ALFARO**, Joaquín, “Teoría de las obligaciones”, 8ª edición. Porrúa. México; 2001. pp, 63 a 74.

Aquí también habrá de acotarse el campo de estudio del error, por no ser un tratado de la materia; tan sólo me interesa abordar el error obstáculo, que cuando concurre obstaculiza la formación de las voluntades, es decir, el consentimiento, ya que recae sobre el objeto del contrato o la naturaleza jurídica del acto. Y Como ya sabemos, la falta de consentimiento acarrea la inexistencia del acto de que se trate.⁸⁹

Para impedir que exista error en el objeto o error en la naturaleza del contrato o más bien, acto jurídico familiar, debe intervenir el juez del Registro Civil o el Juez de lo Familiar, quienes tendrán la obligación de explicar a ambas partes los pormenores del mismo, con la finalidad de que la manifestación de la voluntad este libre de cualquier error o vicio del consentimiento.

El error nulidad, no acarrea la inexistencia del acto, tan solo su nulidad cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, y que encuentra su fundamento legal en el artículo 1813 de nuestro Código Civil.

El error a que alude el precepto legal citado, puede ser de hecho o de derecho, por lo que desde un inicio se deben conocer las implicaciones jurídicas del acto.

La violencia es otro elemento que vicia la voluntad de cualquiera de las partes.

⁸⁹ Cfr.- Ibidem. pp, 93 y 94

Se define la violencia como *“toda coacción grave, irresistible e injusta, que se ejerce sobre una persona para que consienta obligarse en contra de su voluntad. Dicha coacción consiste en usar la fuerza material o en hacer amenazas que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos”*, conforme al artículo 1819 de nuestro Código Civil.

La intervención de cualquiera de los servidores públicos que ya se han citado, buscará que en estos pactos nunca se ejerza la violencia para lograr su consumación, y en caso de que así se intuya, se le de vista al Ministerio Público adscrito para que éste actúe conforme a derecho, iniciando la averiguación previa correspondiente y evite que se realice un acto, para cuya consecución se ejerza violencia y se cometa un delito.

Licitud en el objeto.- Tal es el caso de lo previsto en el quinto párrafo del artículo 5º de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, en que se manifiesta: *“El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto, el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona, por cualquier causa.”*

Según reza el artículo 1827 del Código Civil para el Distrito Federal, el objeto del contrato debe ser posible y lícito. Y al mismo tiempo, el artículo 1830 dispone que sea ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. El artículo 1831 del mismo Código ordena que el fin o motivo

determinante de la voluntad de las partes tampoco debe ir en contra de las leyes de orden público, ni de las buenas costumbres, en concordancia con el mandato previsto en el artículo 8 del mismo ordenamiento.

Joaquín Martínez Alfaro se hace las siguientes preguntas, a efecto de saber, si el objeto del contrato es ilícito o no lo es ¿Qué se contrata?, ¿por qué se contrata?, y ¿para qué se contrata?⁹⁰

En la opinión de *Rojina Villegas*, la ilicitud en el objeto del contrato acarrea la nulidad absoluta; es decir, aquella que no se puede convalidar por las partes, mientras que a la falta de los otros tres elementos (capacidad de las partes, ausencia de vicios en la voluntad, y la forma establecida en la ley), genera la nulidad relativa del acto o contrato.⁹¹

El último elemento de validez, y que aún no estudiamos es:

La forma establecida por la ley.- Todo acto o negocio jurídico debe revestir la forma para que produzca todos los efectos legales que tiene previstos. Sobre el particular, el derecho nos ha brindado dos soluciones, una de las cuales deja a los particulares la elección de la forma, mientras que por otro lado, es la ley la que dispone rígidamente una forma para la celebración de un determinado acto. En atención a la forma de los actos, se pueden clasificar en consensuales, formales y

⁹⁰ Cfr.- Ibidem. pp, 120 y 121.

⁹¹ Cfr.- **ROJINA VILLEGAS**, Rafael, “Derecho civil mexicano”, Op. Cit p, 353.

solemnes. Son consensuales aquellos para cuya validez no requieren de formalidad alguna, sin importar que la manifestación de la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por señas, o de cualquiera otra forma. En la práctica, la falta de constancia de un pacto no acarrea la nulidad, pero si constituye un problema, la falta de prueba de dicho pacto.

Los actos formales son aquellos que requieren de cierta formalidad para que tengan plena validez. Normalmente, la forma mínima que exigen las leyes es que se celebre por escrito, ya sea en documento público o privado. Es público el que se celebra ante la presencia de un fedatario público (notario, corredor, autoridad jurisdiccional, de procuración de justicia, etc). Son privados los que se otorgan entre las partes sin la intervención de cualquiera de los funcionarios antes aludidos, cuya presencia de calidad da firmeza al acto de que se trate.⁹²

3.11 EL CONTRATO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

No sólo la doctrina nacional, sino también la extranjera coinciden en señalar al contrato como la fuente más importante de las obligaciones, incluso por encima de la ley.⁹³

Todos sabemos que el ser humano carece del don de la autosuficiencia, por lo que requieren del apoyo y asistencia de los demás para sufragar sus propias necesidades. Es más, la división del trabajo industrializado ha provocado que cada

⁹² Cfr.- Ibidem. p, 367 a 369.

⁹³ Cfr.- **OSORIO MORALES**, Juan, "Lecciones de derecho civil", Editorial Comares. España; 1996. p, 209.

persona dedique su actividad productiva a un solo objetivo, por lo que el excedente de la producción lo puede cambiar por otros bienes y servicios que requiere y que no sepa realizar. En ese orden de ideas, un plomero sólo sabe realizar actividades propias de su oficio, y cuando se enferma busca al médico, como un profesionalista que le ayudará a recuperar su salud. Para el intercambio de bienes y servicios es imprescindible la figura contractual.

Los doctrinarios también tienen puntos de vista distintos respecto al alcance que haya de darse a la convención o acuerdo de voluntades en que el contrato consiste, pues mientras algunos incluyen todas las convenciones dirigidas a producir efectos jurídicos, otros solo tienen en mente, aquellas que tienden a producir efectos entre las partes.⁹⁴

El enciclopedismo francés de siglo XVIII y, sus ideas liberales tuvieron una gran influencia en las instituciones jurídicas, en el ejercicio del poder de las autoridades, y en lograr que el Estado fuese tan sólo un garante de la libertad en todos sus ámbitos. Los doctrinarios de aquella época sostienen que la función principal del Estado es el respeto de las libertades del ser humano. Tomando como base las ideas iusnaturalistas (corriente filosófica que antepone al individuo frente al Estado, este último surge por la necesidad de proteger los derechos naturales del hombre y no tiene otra justificación) superponen los derechos del hombre al Estado, y se dice que como estos derechos son anteriores a éste, debe respetarlos quiera o no. En consecuencia, el Estado no debía intervenir en la

⁹⁴ Cfr.- .Ibidem. pp, 210 y 211.

fijación del contenido contractual, siendo materia del libre albedrío de las partes. Aquí nace el principio de la autonomía de la voluntad. Pero la libre contratación también debía partir de premisas, que lamentablemente no se han de cumplir, como lo es la igualdad entre las partes y la plena libertad de decisión. La igualdad a que se refiere la doctrina no debe ser sólo en el campo formal, sino en la realidad; es decir, que las partes que desean celebrar un pacto estén en un plano de igualdad económica, cultural, social y política, para que al mismo tiempo puedan ser libres para determinar el contenido de un contrato. Los abusos que originó la desigualdad social provocaron que el Estado actuara de otra manera frente a las partes. El Estado social de derecho es aquel en donde antes de respetar las libertades individuales del ser humano se debe ver por el respeto de las libertades y derechos colectivos. Para el Estado, el grupo social es más importante que la persona individualmente considerada.

El Estado intervencionista, en algunas materias, ya no deja que las partes sujeten sus voluntades a su libre albedrío, pues ha sentado una actuación de carácter proteccionista a favor de las clases o grupos más vulnerables, como los trabajadores, y la familia. En el campo mercantil se puede ver como cada día existen más contratos de adhesión.⁹⁵

En éste orden de ideas, se puede validamente decir que el Estado no ha dejado que los particulares manifiesten libremente su voluntad cuando se trata de

⁹⁵ Cfr.- **DÍAZ BRAVO**, Arturo, “Contratos mercantiles”, 7ª edición. Harla. México; 1997. p, 14 a 18. **BUEN LOZANO**, Néstor de, “La decadencia del contrato”, 2ª edición. Porrúa. México; 1986. p, 289.

instituciones familiares, como el matrimonio, adopción, el patrimonio familiar, y en el caso que ahora se estudia, la maternidad subrogada. Por la trascendencia social que ello implica, el Estado debe estar presente en cada caso en que se pretenden dar efectos jurídicos a los pactos familiares que tendrán efectos en el parentesco y la filiación de las personas.

3.12 CONCEPTO DE ACTO JURÍDICO FAMILIAR

Para *Chávez Asencio*, el acto jurídico familiar es: *“acto de voluntad, unilateral o plurilateral, que tiene por objeto, crear, modificar, transferir, extinguir o reglamentar vínculos jurídicos que constituyen un estado familiar, cuya relación se integra con deberes y facultades jurídicas familiares, y obligaciones y derechos familiares de carácter patrimonial-económico.”*⁹⁶

Rojina Villegas lo define de la siguiente manera: *“Son aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar, extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas.”*⁹⁷

En torno a este concepto, el autor *Diez Picazo* lo reputa como *“aquel acto de autonomía de las personas que tienen por objeto, la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar.”*

⁹⁶ Cfr.- **CHÁVEZ ASENCIO**, Manuel, “La familia en el derecho”, 5ª edición. Porrúa. México; 1999. p, 310.

⁹⁷ **ROJINA VILLEGAS**, Rafael, “Derecho civil mexicano”, Op. Cit.

Augusto Bellucio se pronuncia en los siguientes términos: “el acto jurídico familiar es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas familiares, o crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos subjetivos familiares, en tanto la obtención de ese fin por la voluntad de los particulares está admitida por la ley.”⁹⁸

Es importante que se diga que los efectos que habrá de producir el acto jurídico familiar son patrimoniales y extrapatrimoniales, como lo es el parentesco y la filiación, el estado civil de las personas. Entre los efectos patrimoniales podemos citar la obligación alimentaria que se tienen los cónyuges, herencia, o la que adquieren al momento en que tienen descendencia, o adoptan a una persona. Entre los principales efectos del acto jurídico familiar se pueden citar: el matrimonio, divorcio voluntario, constitución de régimen patrimonial, el reconocimiento de hijos, la tutela, la adopción, que a su vez generan un estado familiar como ser soltero, casado, divorciado⁹⁹, el parentesco civil o por afinidad.

Una nota distintiva de los actos jurídicos familiares es su permanencia, como por ejemplo, el matrimonio y con ello, no quiero decir que duren para siempre, sino que mientras se mantenga ese determinado estado familiar, surten determinados efectos jurídicos. Así, mientras se está casado existe el débito conyugal, ya que al disolverse el matrimonio, esta obligación recíproca deja de existir. El estado de hijo genera un derecho a su favor y una obligación de los padres o de las

⁹⁸ **BELLUCIO**, Augusto C. “Derecho de familia. Tomo I”, Ediciones Depalma. Argentina; 1975. p. 158.

⁹⁹ La persona divorciada, se considera soltera para todos los efectos legales, y tan solo se cita como la hipótesis de la soltería después de sobrevenido el divorcio.

personas que determine la ley. Nuevamente encontramos la importancia de conocer cuando se da el estado de madre y el estado de hijo, como una relación de la cual derivan derechos y obligaciones recíprocos. La filiación es el hecho jurídico familiar permanente en el derecho. No existe acto jurídico familiar que pueda terminar con la filiación.

En mi opinión, el acto jurídico familiar, se puede definir como la exteriorización de voluntad producida por cualquiera de los miembros del núcleo familiar producida entre sí o en forma unilateral con el fin de provocar consecuencias de carácter legal, para cualquiera de ellos, o para varios de los integrantes en el desarrollo de las relaciones conyugales o filiales.

Otro rasgo característico de los actos jurídicos familiares es la necesaria presencia e intervención del Estado, por medio de sus órganos de autoridad, en los actos que crean el estado familiar, o en aquellos que los extinguen, entre los que cabe citar: el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijos, el divorcio, etc. La presencia de los funcionarios públicos (juez del Registro Civil o Juez de lo Familiar) en la constitución y extinción de los actos jurídicos familiares es un factor que le da permanencia a tales actos. No basta que se plasme el consentimiento de las partes para que estos actos existan y surtan todos sus efectos legales, para ello debe concurrir la voluntad del Estado en el mismo sentido, o resolviendo una situación jurídica concreta.

La paternidad y la filiación en la mayoría de los casos resulta ser un hecho jurídico familiar, tal y como lo señala *Chávez Asencio*.

CAPÍTULO 4. LOS DIFERENTES MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

4.5 LA TECNOLOGÍA Y EL DERECHO

En los últimos años se han escuchado términos como los de biotecnología, biogenética, biomedicina, bioderecho, que sin lugar a dudas conmueven a la humanidad y aún cuando la tecnología avanza a pasos agigantados, el derecho no iguala el desarrollo de su normatividad, quedando a la zaga en muchos aspectos, por lo que tales avances no se encuentran debidamente regulados; sin embargo, para este trabajo solo nos referiremos a los avances de la ciencia y la medicina que al igual que otras disciplinas deben ser alcanzados por el derecho, evitando que criterios políticos o morales se sobrepongan a las leyes, cuando el legislador ha sido omiso en la regulación de los nuevos fenómenos sociales.

Por la importancia de sus palabras, quiero transcribir parte de un texto escrito por *Julio Cesar Galán Cortés*, con motivo de los avances de la ciencia médica y el retraso de la regulación jurídica en este campo, quien señala: *“Recordemos la admiración que produjo el primer trasplante de corazón y la perplejidad que en la actualidad nos ocasiona pensar que una de las vías del futuro de los trasplantes se encuentra en el xenotrasplante¹⁰⁰ y, más deseablemente aunque parece que no en un futuro inmediato, a través del autotrasplante, quizás posible tras el descubrimiento de las células madre¹⁰¹ en la esperanza de que algún día, sin*

¹⁰⁰ Entendido este término como el trasplante de órganos de origen animal en seres humanos. En la actualidad, algunos estudios han revelado que los cerdos tienen compatibilidad con los seres humanos.

¹⁰¹ Las células madre son aquellas capaces de originar las células diferenciadas que forman nuestros tejidos y órganos. Desde hace pocos años las células madre homopoyéticas; es decir, aquellas que están en la sangre han llamado la atención de los científicos. Recientemente se ha conseguido la reproducción de células totipotentes en el laboratorio, para lo cual han requerido del uso de blastocitos, o sea, embriones humanos, lo

tener que acudir a métodos cuestionables éticamente, sea posible crear órganos humanos diferenciados a partir de células y tejidos propios y la consiguiente desaparición del riesgo de rechazo y del tratamiento para evitarlo. Hace unos años el mundo se asombró cuando nació el primer bebé de probeta o cuando en los periódicos empezaron a aparecer noticias de mujeres que reclamaban la maternidad del hijo que había sido gestado y alumbrado por otra mujer, pues hasta hace bien poco el adagio mater semper certa est era por naturaleza incuestionable ya que no era posible gestar más que al hijo genéticamente propio...”¹⁰²

Los científicos, y la opinión pública, en general, años después, están más atentas en el problema de lo que se ha llamado “Proyecto genoma humano”, sus implicaciones científicas, éticas, religiosas y legales, y hasta la fecha, en México, ni siquiera existe una regulación sobre estos temas.

El progreso científico ha hecho que la gente se pregunte que es ético para el inicio de la vida humana, en torno a cuestiones que tienen que ver con la ingeniería genética, la fecundación artificial, la maternidad subrogada, la experimentación en embriones, etc. o respecto al fin de la vida humana, donde se resaltan los aspectos del eutanasia, los trasplantes de órganos, la verificación de la muerte, el

que permitiría la creación de células diferenciadas a la carta, lo que resulta de gran interés teórico y práctico, con el objeto de crear tejidos sin problemas inmunológicos. No obstante, ésta nueva tecnología presente nuevos dilemas para la medicina y el derecho.

¹⁰² GALÁN CORTÉS, Julio César, “Bioética práctica, legislación y jurisprudencia”, Editorial Colex. España; 2000. pp, 25 a 27.

ensañamiento terapéutico, etc. ¿Son dignos de respeto y protección el cigoto, el embrión, el feto, el infante, el lesionado cerebral, el comatoso, el individuo en estado vegetativo persistente, el enfermo incurable, el anciano, el incapacitado?.

Quienes opinan sobre estos temas, así como aquellos que pretende responder a interrogantes como la antes expuesta tienen morales discordantes; es decir, cada persona concibe lo que es moralmente permisible, y difícilmente se puede lograr una conciliación de opiniones. El derecho es aquí donde guarda mayor relevancia; se resalta la importancia del papel de la experiencia jurídica en cuestiones relativas a la vida; sin embargo, el derecho debe contener un alto porcentaje de moralidad para que sea legítimo, para que sea positivo y se cumpla cabalmente por quienes tienen la obligación de obedecer.

Así mismo, la filosofía del derecho juega un papel fundamental en la bioética mediante la justificación de los principios generales que fundamentan las normas positivas con referencia a las nuevas interrogantes que surgen con motivo del avance científico y tecnológico. El amplio campo de estudio de la filosofía del derecho en bioética hace su labor en dos niveles de investigación, de la siguiente manera: en el primer nivel, la filosofía del derecho se pregunta quien es el sujeto que merece la protección del derecho; en el segundo nivel se pregunta como traducir el derecho natural, o el principio de justicia en normas concretas y operativas.

Precisamente es en el primer nivel donde la filosofía del derecho hace su mayor aportación a la bioética, ya que sus esfuerzos dejan de girar en torno de la filosofía del hombre, centrándose en la filosofía de la persona. El reconocimiento de la no coextensividad del ser humano y de la persona implica, a nivel jurídico, que el derecho no abarca a la totalidad de los seres humanos, sino más bien, sólo a las personas, lo que significa que solamente protege a ciertos seres humanos como titulares de derechos y obligaciones.¹⁰³

El concepto de persona, en virtud de que ya no se identifica con el del ser humano se convierte en el punto teórico central de la reflexión jurídica, que a su vez, repercute en el ámbito práctico – jurídico; entonces pues ¿Es el embrión persona, o ser humano?, ¿De los tres, quien es digno de protección jurídica?

En relación a este tema, la doctora *Alicia Elena Pérez Duarte y Ñorona* señala: que desde la aparición de los fenómenos derivados de la aplicación de los avances científicos y tecnológicos en la vida reproductiva, las personas que se dedican al estudio del derecho de familia han realizado grandes esfuerzos en el campo de estudio y precisa los alcances que puede tener en las relaciones jurídicas – familiares.

El primero de los problemas es o fue que la biotecnología arribó en una época en que el marco jurídico familiar era demasiado estrecho, imposibilitado para resolver

¹⁰³ Cfr.- **KUTHI PORTER**, José, **MARTINEZ GONZALEZ**, Oscar, **TARASCO MICHEL**, Martha, “Temas actuales de bioética” Universidad Anahuac y Porrúa, México 1999. pp. 26 a 28.

los nuevos conflictos que se plantearon, y lo peor de todo es que muchos de los estudiosos y no concedores se resisten a ver el impacto que han tenido las nuevas tecnologías en la institución familiar.

Las manipulaciones genéticas, implican la necesidad de preguntarse nuevamente sobre los conceptos de paternidad y maternidad. Hasta ahora, en nuestro sistema jurídico se dice que la madre es siempre cierta; y el padre, presuntivamente es el marido de la madre; y según nuestras normas jurídicas, cada hijo sólo puede tener un padre y una madre. Sin embargo la biotecnología, y especialmente, las técnicas de fecundación asistida han impactado fuertemente en la institución de la filiación y en la nueva concepción que se debe tener de la paternidad y la maternidad.

Como ya ha sido expuesto, actualmente se puede decir que el padre genético es quien aportó los gametos masculinos para la concepción; el padre social es aquél que desea asumir todas las obligaciones que la paternidad implica (posesión de estado de hijo), y éste puede ser el marido, concubino de la mujer que desea ser fecundada, o incluso un hombre soltero que desea tener hijos que solicita los servicios de una mujer que acepte aportar los gametos femeninos y llevar a cabo el embarazo, para que después ésta entregue al hijo al hombre que lo solicitó.

En la maternidad se presentan situaciones similares, pues pudieran coexistir las figuras de la madre social, la madre genética y la madre biológica. La primera es aquella que reconoce la sociedad como madre, la segunda es quien aporta los

gametos para la fecundación y la tercera es aquella que queda embarazada sin desear ser madre y que tampoco aporta el óvulo para la fecundación. El conflicto que puede surgir entre ellas no es hipotético. Los tribunales de otros países ya enfrentan casos en donde se debe determinar quien es el padre o quien es la madre de una persona. Resolver esta litis implica necesariamente apuntar quienes están obligados, según la ley a cumplir con las obligaciones alimentarias, patrimoniales y extramatrimoniales, y quien está liberado de tales obligaciones.

Las discusiones éticas en torno a esta nueva problemática son largas y acaloradas, y por tanto no existe unanimidad de criterios. A manera de ejemplo se cita la posición de quienes sostienen que no es necesario reformar la legislación familiar, en virtud de que las reglas para determinar la paternidad o la maternidad son muy claras; hay quienes alegan que estas practicas deben prohibirse porque atentan contra la dignidad humana, y hay otros que sostienen que ante la nueva realidad se debe adecuar el derecho ya que ha quedado obsoleto y no permite una adecuada solución de estos conflictos familiares.

No sólo se impacta la institución de la filiación, mediante los usos de la fecundación asistida, sino también en el ámbito de otros derechos humanos como son los reproductivos, el derecho a la salud, y el derecho de conocer los propios orígenes. Por ello, la reglamentación de esta materia debe ser muy amplia y profunda, no debe tomarse a la ligera y muchos menos defender una postura en que se prohíba el uso de los avances científicos y tecnológicos que normalmente son concebidos para mejorar la calidad de vida de la persona, del ser humano.

Entonces pues, la regulación jurídica que gire alrededor de los métodos de procreación asistida debe incidir en la información y cuidados que deben darse a la mujer y el hombre que recurren a estas técnicas; sobre la conservación de gametos, tanto masculinos como femeninos y de los embriones; sobre la investigación y experimentación genética, los centros especializados para que se lleven a cabo estas practicas.¹⁰⁴

En el caso del Distrito Federal, ya se legisló una aparente solución al problema de la paternidad que no se hizo extensiva a la maternidad, y se parte de la equivocada premisa de que la madre siempre es cierta. Sin embargo los artículos 336 y 369 del Código Civil establecen la hipótesis en que se duda sobre la maternidad.

4.6 LOS DIVERSOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Según algunas encuestas realizadas en países del primer mundo, el porcentaje de parejas que son estériles involuntariamente se ha incrementado hasta el 10%, incluso, algunos apuntan el 15%. Son diversas las causas que han provocado que las parejas actuales sufran la esterilidad, pudiendo citar, entre las de mayor importancia: el stress a que estamos sometidos quienes vivimos en las grandes ciudades industrializadas; el aumento indiscriminado de las enfermedades de transmisión sexual; los efectos secundarios de algunos métodos anticonceptivos que actualmente se utilizan; las complicaciones derivadas de la práctica del

¹⁰⁴ Cfr.- **PEREZ DUARTE Y N.**, Alicia Elena, “Genética humana y derecho ala intimidad”, UNAM, México 1995, pp. 55 a 58

aborto; la tendencia de las parejas de nuestro tiempo para retrasar la fecha para la espera de su primogénito.

La preocupación de las parejas estériles por lograr descendencia es natural y muy antigua, por cierto, y el estudio de las soluciones a este problema constituye un capítulo importante en los estudios de la ginecología.¹⁰⁵

Chávez Asencio diferencia entre la terminología utilizada por los tratadistas de la materia, principalmente, la de fecundación artificial o inseminación artificial. Lo que ocurre es que los vocablos de fecundación e inseminación no son sinónimos. La primera hace referencia a la concepción como resultado, mientras que en el segundo se indica la introducción de esperma en la mujer por medios artificiales. Los autores coinciden en señalar que la fecundación no es artificial, mientras que la inseminación si lo es. Para evitar confusiones terminológicas, el autor ha preferido utilizar la expresión de reproducción asistida.¹⁰⁶

Para *Javier Hagenbeck*, son técnicas de fertilización asistida *“aquellas técnicas realizadas por un equipo multidisciplinario, manipulando los espermatozoides y/o los óvulos, y cuyo objetivo es la concepción y conseguir que la pareja o mujer tenga un hijo vivo.”*¹⁰⁷A partir de 1978, fecha en que tuvo lugar el primer

¹⁰⁵ Cfr.- **BARBERO SANTOS**, Marino, “Ingeniería genética y reproducción asistida”, Benzal. España; 1989. pp, 63 y 64.

¹⁰⁶ Cfr.- **CHÁVEZ ASENCIO**, Manuel. “La familia en el derecho”, Op. Cit. pp, 24 y 25.

¹⁰⁷ **HAGENBECK ALTAMIRANO**, Javier, “La bioética, un reto del tercer milenio”, UNAM. México; 2002. p, 146.

nacimiento de una niña de probeta, los sistemas de reproducción asistida han evolucionado mucho, y actualmente se pueden encontrar los siguientes:

Inseminación artificial.- Este método consiste en la colocación de semen apto para fecundar un óvulo dentro de la cavidad uterina. El semen puede provenir del marido o del concubino de la mujer que se desea inseminar, o bien, de un tercero, por los que a estas opciones se les puede calificar de homóloga o heteróloga. En algunas ocasiones, se puede pasar por una etapa de estimulación ovárica.

Transferencia de gametos.- Mediante esta técnica, el primer paso a seguir es la obtención de semen capacitado o apto para la fecundación, que se coloca junto con óvulos obtenidos a través de estimulación ovárica, por separado, en la porción distal de la trompa uterina, antes de la fertilización. Con ello, se logra que la concepción se de en el sitio natural y los gametos pasan el menor tiempo en el medio extracorpóreo. Este sistema tiene como principal desventaja, que la evidencia de la concepción se puede lograr hasta corroborarlo bioquímicamente.

Transferencia de cigotos.- Es una técnica muy parecida a la anterior, pero con la salvedad de que el primer paso que se debe dar es la fertilización del espermatozoide al óvulo, y una vez corroborada esta circunstancia con la ayuda de un microscopio, se trasfiere el embrión unicelular a la porción distal de la trompa.

Fertilización in Vitro.- La fecundación *in vitro* es un término genérico que comprende varios métodos médicos destinados a superar algunos tipos de esterilidad. “Es una técnica mediante la cual se consigue que el óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio, cuando no se ha logrado por el mecanismo natural.”¹⁰⁸

Se trata de una de las técnicas más utilizadas, que implica la capacitación de espermatozoides, la estimulación ovárica con la finalidad de obtener varios óvulos maduros y, cuando estos se han obtenido se procede a la fertilización *in vitro* (tubo de ensaye). Conseguida ésta, se analiza en el microscopio, y se incuban los embriones de 3 a 5 días, lo que implica que se trate de embriones formados de 4 a 8 células, que previa clasificación se implantan dentro de la cavidad uterina.

La *fertilización in vitro* no es un procedimiento homogéneo, con ello quiero decir, que puede tener variantes, toda vez, que se puede colocar directamente el espermatozoide dentro del óvulo, procedimiento que ha sido bautizado como inseminación intracitoplásmica, entre cuyas ventajas está, poder elegir el sexo del bebé. Otra forma de realizarlo, es mediante la implantación tardía, en etapa de blastocito temprano, es decir, cuando el embrión ya cuenta con 16 células, con la posibilidad de realizar un diagnóstico de preimplantación al estudiar una de las células blastómeras.

¹⁰⁸ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “La fecundación in vitro y la filiación”, Editorial Jurídica de Chile; 1993. p, 15.

En los casos en que algún miembro de la pareja esté imposibilitado para donar el gameto correspondiente, se puede acudir a un banco de semen y obtener óvulos donados por una tercera persona (mujer); o a la inversa, puede ser que la mujer que desea tener un hijo aporte su óvulo, y buscar que otra mujer preste su útero para que dentro de ella se realice la implantación y quede embarazada, nazca el producto y se le entregue la pareja originaria o genética.

Tomando como base una estadística que se realiza en los Estados Unidos, son muy pocos los nacimientos que se logran de todos los embriones recuperados, lo que lleva a los expertos a preguntarse si realmente se está curando el problema de la esterilidad, o si tan solo se satisface la necesidad de la pareja de tener un hijo. Otros señalan que la dignidad del hombre se basa en que su origen está en actos propios del matrimonio y no a un proceso científico de laboratorio y dirigido por personal calificado. En cada uno de los procesos que se inician se pierden embriones, que a su vez ya son humanos y no en potencia. Los embriones sobrantes pueden correr cualquiera de las siguientes suertes: ser implantados, ser congelados o donados a otras parejas.¹⁰⁹

El estudio de la fecundación *in vitro* no se hace a capricho, sino porque su utilización ha requerido como complemento de la figura de la madre sustituta. Desde el año de 1984 se produjeron los primeros casos en que la madre genética no coincide con la gestante. En la Monash University de Melbourne, en Australia se fecundó mediante este procedimiento el óvulo donado por una mujer, con

¹⁰⁹ Cfr.- **HAGHENBECK ALTAMIRANO**, Javier, Op. Cit. pp, 147 y 148.

semen del marido de otra mujer estéril por causas ováricas, y en California en la UCLA Medical Center se inseminó a una mujer fértil con el semen del marido de una mujer estéril. A los cinco días, se extrajo el embrión del útero de la primera, y se trasplantó en el útero de la sustituta, en donde cumplió las siguientes etapas de la gestación.

La mujer estéril es aquella, cuyos óvulos no son aptos para la procreación del ser humano. La mujer infértil es aquella dentro de la cual no se puede gestar el ser humano. En tal virtud existen mujeres estériles que son fértiles, y las que no son estériles pero que son infértiles.

Estas técnicas se han seguido practicando, no sólo en países del primer mundo, sino en países que ya cuentan con los conocimientos y la tecnología adecuada para ello. El recurso de la madre sustituta o maternidad subrogada ha causado una verdadera conmoción, principalmente desde el punto de vista ético, motivado en que la mayoría de las mujeres que se han prestado para sufrir el embarazo lo hacen con el ánimo de lucro¹¹⁰; es decir, motivadas por dinero y no por caridad o por un sentimiento de solidaridad hacia la pareja que está imposibilitada a tener descendencia.

Aspectos morales.- El aspecto moral siempre ha tenido una gran influencia de la religión, que en nuestro país se destaca la católica, apostólica y romana. La

¹¹⁰ Cfr.- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Op. Cit. pp, 20 y 21.

opinión de los líderes religiosos tiende a la reprobación de los métodos de reproducción asistida, en primer lugar porque reprueban el onanismo; es decir, la masturbación, circunstancia que es esencial en los métodos de inseminación artificial. Tampoco conciben que los métodos de reproducción asistida se den fuera del matrimonio, lo que cierra la posibilidad de su uso a parejas unidas en concubinato, o las que viven en amasiato, y con la concepción de su primer bebé poder ser considerados concubinos para los efectos legales y sociales conducentes. Por ende, el producto de estas prácticas y bajo tales circunstancias, sería considerado para la iglesia como ilegítimo. Afirma que la procreación es producto de la entrega de los cuerpos de la pareja unida en matrimonio, por lo que descarta la posibilidad de que se utilicen gametos de un tercero para la procreación; dicen que se trata de un derecho exclusivo e intransferible. Coinciden en la inexistencia de lazo alguno que una a un niño con el supuesto padre, cuando el gameto masculino proviene de un tercero. Es más, llegaron a reprobando la unión en matrimonio de personas que no fuesen aptas para procrear. Concluyen que no se prohíbe el empleo de ciertos métodos artificiales, siempre y cuando éstos faciliten el acto natural de la procreación humana.

Para la iglesia, la fecundación no es meramente la unión de los gametos viable, sino que implica la entrega carnal y emocional de los miembros de la pareja, pues de lo contrario se convertiría en un laboratorio natural de hijos. Textualmente expresan: *“En el matrimonio los cónyuges no deben actuar para satisfacer sus propios caprichos. Su actuación responde a su vocación personal y a la realización de ambos. La comunicación y el amor son característicos de la relación*

conyugal y el acto conyugal ha de ser la expresión de esas características. La nueva vida debe desembocar en un contexto de amor consciente, libre y responsable entre dos personas de igual dignidad y grandeza. Con la fecundación artificial se dice que no se dan esas características y están ausentes entre los cónyuges los sentimientos, los afectos, las aspiraciones y todo ese encuentro como un don para que pueda surgir la vida. Se transforma en un cálculo de laboratorio que destruye la relación interpersonal conyugal. Sin embargo, no se puede negar que es un auxilio que la ciencia ofrece a quienes no han podido tener hijos.”¹¹¹ Todo éste procedimiento se reduce a una sola palabra “amor”. De todo ello se desprende que los clérigos aprueban la inseminación artificial homóloga, porque el amor forma parte del hecho de la procreación. Por exclusión, y por las salvedades vertidas en los anteriores párrafos, la inseminación artificial heteróloga es reprobada por los mismos, la consideran prácticamente un adulterio que rompe con la intimidad de la pareja que puede traer consecuencia psicológicas en el marido de la mujer que ha sido embarazada con la ayuda de un donante, debido a que en el producto vería reflejada su impotencia o infertilidad permanente.

En relación a la *fecundación in vitro*, afirman su ilicitud, por tratarse de un método contrario a la naturaleza, que permite que se logren aberraciones antes nunca imaginadas como el tráfico comercial del semen y de los óvulos, e incluso, de vientres para la gestación del feto. Asimismo se preguntan, como no imaginar que

¹¹¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. “La familia en el derecho”, Op. Cit. p, 28.

en un futuro se pueda dar vida en sitios fuera del vientre de la mujer, en algún nuevo invento del hombre.¹¹²

4.6.1 DONACIÓN DE GAMETOS

La fecundación heteróloga no sólo presenta conflictos morales, sino que para nosotros, los que tienen mayor relevancia son los jurídicos. Entre los principales efectos que tiene este método están los relacionados a la filiación y el derecho a conocer la propia identidad, entendida ésta como el origen biológico de las personas.

En aparente contraposición se haya el hecho de que los donantes de gametos, sin importar que lo hayan hecho a cambio de alguna contraprestación o no, carecen del ánimo o de la voluntad de contraer obligaciones de carácter paterno o materno filial. Es más, esta última circunstancia se convierte en una condición para poder donar, siendo lícito su objeto, pues no hay ley que lo prohíba, ni va en contra de las buenas costumbres.

Desde el punto de vista de la lógica y la razón, quien se ha desprendido de su semen para donarlo a fin de que sea utilizado en parejas infértiles ha aceptado la pérdida de cualquier derecho sobre los gametos salidos de su cuerpo, entonces pues renuncia tácitamente a cualquier derecho paterno filial. En este orden de ideas, la paternidad no puede ser concebida tan solo desde el punto de vista

¹¹² Cfr.- Ibidem. pp, 28 y 29.

genético, sino que el elemento volitivo encuentra su más alto valor cuando de la relación paterno o materno filial se trata. Esto se evidencia cuando la pareja tiene deseos de tener un hijo, para amarlo, honrarlo, respetarlo y cuidarlo hasta el último día de sus vidas, y esto, sin duda alguna, vale más que el donar un gameto para la procreación.

Tanto en la donación de espermatozoides como de óvulos, la relación filial no existe desde el punto de vista genético, al menos con respecto a una de las partes; la relación se desprende del querer, del deseo de la pareja que recurre ante los especialistas para que con su ayuda, tengan la posibilidad de concebir a un nuevo ser.

A pesar de lo expuesto, cabe preguntarse ¿El hijo, producto de la procreación asistida, tiene derecho a impugnar la paternidad o maternidad aparente, y conocer su identidad genética?, ¿Acaso la pareja y terceras personas pueden negociar la relación paterno o materno filial, según sus propios intereses, cuando se afectan derechos de un tercero (el hijo) que no interviene en el acto? Como la respuesta desde el punto de vista moral, ético y filosófico es difícil de encontrar, habremos de hacer uso de los argumentos jurídico a fin de terminar con la incertidumbre. Si tan solo se ve desde el punto de vista de los derechos de la pareja y de los terceros capaces de contratar y de disponer libremente de su propio cuerpo, no cabe lugar a dudas que sí se puede renunciar a la paternidad o maternidad genética y al mismo tiempo consentir que la relación paterno o materno filial

recaiga en otras personas, con interés orgánica, natural y jurídico en procrear. De hecho, la tendencia legislativa ha sido negar filiación alguna por parte del donante de los gametos, como sucede en los casos de Noruega, España y México.

Lejos del campo de la relación paterno o materno filial, cuando se ha recurrido a un método de procreación asistida es necesario dejar a salvo al nacido y sus representantes legales el derecho a conocer su identificación genética con fines médicos y terapéuticos, como en el caso del trasplante de órganos o la indagación sobre su origen para conocer sobre posibles impedimentos matrimoniales.

Es importante dejar sentado que la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida se debe llevar a cabo en centros médicos especializados, que funcionen bajo el riguroso control gubernamental, sin importar, que éstos sean públicos o privados. Estos centros deben contar con una amplia base de datos en donde se conozcan los antecedentes de los donantes, donatarios y las intervenciones exitosas y estar constantemente en comunicación con la administración central¹¹³, que en el caso de México sería la Secretaría de Salud, por ser la encargada de coordinar el sistema sanitario nacional, sin que alguna otra Secretaría tenga facultades concurrentes.

¹¹³ Cfr.- LEVY, Lea M. e IÑIGO, Delia B. “Bioética y derecho”, Rubinzal-Culzoni editores. Argentina; 2001. pp, 259 a 268.

4.7 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS QUE SE CELEBRAN EN LOS DIFERENTES MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Este punto será abordado de forma genérica, toda vez que escapa a los fines del presente estudio. Sin embargo, me parece importante destacar que los métodos de reproducción asistida, analizados desde el punto de vista jurídico han sido comparados con distintos contratos contemplados en nuestro sistema jurídico. Compraventa, arrendamiento, cesión de derechos, o un contrato sui generis, todo depende de la conducta de las partes y del objeto que motiva el contrato.

La naturaleza de los contratos que se celebran en los diferentes métodos de reproducción asistida dependerá de las partes que lo celebren y el objeto sobre el cual verse dicho contrato.

Como elementos personales de la reproducción humana asistida, tendríamos en primer lugar a la pareja. Pueden ser una pareja unida en matrimonio o en concubinato, e inclusive puede darse el caso, de que ninguna de las dos partes se lleguen a conocer. Puede darse también el caso de la aparición de “terceras personas”, uno que aporta el “material biológico” y la otra, que preste su matriz, asimismo tenemos la intervención del médico tratante.

Un segundo elemento (real), es el esperma y el óvulo, la principal fuente de energía, que permite en términos científicos, la procreación de un ser humano. El “material genético” conocido como esperma y óvulo, que en lo sucesivo llamaremos “gametos”, son el elemento indispensable para la procreación de un

ser humano. Cuando se unen los dos gametos, se forma una célula fecundada, también conocido como cigoto. En la transferencia de cigotos pueden participar un donante de espermatozoide, una de óvulo y una mujer interesada en que este cigoto se implante dentro de su útero para procrear.

La discusión de la existencia del gameto, preembrión y embrión, no es banal pues es necesario definir de qué forma podemos tratar a un espermatozoide o a un óvulo, si como “cosas” o “personas”.

Esto es realmente importante, porque desde un punto de vista, la relación jurídica que puede existir entre una persona y una cosa, vendría siendo un derecho real, donde los titulares del espermatozoide o del óvulo, vistos éstos como “cosas”, pueden hacer con ellos lo que quieran (donar, vender, usar, usufructuar, arrendar, inclusive, hasta destruir la “cosa”). Pero si la relación jurídica es vista a través del derecho personal, la cuestión cambia, enfrentándonos a los siguientes cuestionamientos: ¿El espermatozoide, el óvulo o el embrión tienen algún derecho?, ¿Sería lícito que se concibiera como objeto de un contrato?, ¿Siendo lícito, debe ser a título gratuito u oneroso?

Finalmente, tenemos como elemento personal que interviene en los diferentes métodos de reproducción asistida, al médico tratante que llevará a cabo el procedimiento hasta lograr el nacimiento del bebé.

Así, en los diferentes métodos de reproducción asistida, tenemos:

Inseminación artificial.- Las partes que intervendrían en un contrato cuyo objeto sea la fecundación a través de la inseminación artificial son el médico tratante, el marido o concubino y la mujer que desea ser preñada. Cuando los gametos masculinos provienen de un banco de esperma, debe haber un contrato celebrado entre este ente y las personas involucradas en el acto de la inseminación, que pudiera ser comparado con la donación cuando no se recibe nada a cambio, o de permuta cuando el banco de semen obliga a que los interesados resarzan con elementos de la misma especie (espermatozoides). Entre el médico y los tratados (la pareja) debe existir un contrato de prestación de servicios profesionales, pues no se entiende de otra manera.

Transferencia de gametos.- Al igual que el anterior participan en el acto, el médico tratante, la mujer interesada y el donante de gameto, que bien puede ser, el marido, el concubino o un tercero. En la práctica médica se utiliza cuando la mujer es infértil pero que puede gestar; es decir, sus óvulos no son aptos para la procreación, aunque su útero si es apto para el desarrollo del feto. A diferencia del anterior, hay una donante de óvulo, quien no debiera recibir compensación económica alguna, y si fuera así se trataría lisa y llanamente de una compraventa de gametos. El médico siempre tendrá una relación con sus clientes de carácter profesional, motivo por el cual se celebra un contrato de prestación de servicios.

Transferencia de cigotos.- La naturaleza jurídica del acto es análoga al anterior, pues la única diferencia que hay entre ambos actos, es que el médico tratante

implanta en la mujer el óvulo y el esperma, pero como cigoto, esto es, los gametos previamente se fecundaron en laboratorio.

Fecundación in vitro.- La característica principal de este método es que el óvulo fertilizado debe permanecer en un tubo de ensaye incubándose de entre tres y cinco días, lo que implica que se trate de embriones formados de cuatro a ocho células. Debido a su aspecto temporal, pudiera celebrarse un contrato de depósito por el tiempo que permanece en manos del médico tratante dentro de un tubo de ensaye y un contrato de prestación de servicios entre el médico y los interesados.

A la donación de gametos se le ha dado esta naturaleza, no sólo por el hecho de que el donante renuncia a cualquier derecho sobre las células de que se ha desprendido, sin importar que provengan de hombre o mujer, sino también porque a cambio no debe haber compensación económica alguna. La donación es por fuerza, a título gratuito, a diferencia de la compraventa, aunque no me gustaría entrar al debate en torno a conocer si desde el punto de vista filosófico y jurídico, los gametos pueden concebirse como bienes, y que éstos a su vez se consideren dentro del comercio.

4.8 EFECTOS DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN LOS DIFERENTES MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Para Ramón Sánchez Medal "Los efectos del contrato son las consecuencias jurídicas que dimanar de éste, efectos que se producen ordinariamente al

*momento mismo en que se perfecciona el contrato (nacimiento o transmisión de obligaciones y transmisión o constitución de derechos reales); pero que también se generan en ocasiones hasta que se ejecuta el contrato,...*¹¹⁴

Para llevar a cabo una inseminación artificial es necesario un acuerdo de voluntades sobre el objeto que se pretende y las consecuencias que producirá. Existe una finalidad mediata y una inmediata, la inmediata es lograr una fertilización, la cual presupone, si no se presenta ninguna situación adversa, la mediata: el nacimiento de un hijo.

La mujer otorga su consentimiento para que se manipule en su organismo, con la introducción de esperma, pero también el consentimiento otorgado implica la aceptación de la maternidad del hijo procreado. El donador del semen acepta que su esperma sea objeto de una inseminación artificial, pero dependiendo del método a utilizar, no necesariamente acepta la paternidad del hijo que nazca como consecuencia de las técnicas genéticas, como sería el caso del donador anónimo. El esposo o pareja estable de la mujer que se somete a la inseminación artificial acepta tanto la inseminación como la paternidad del hijo que nazca. Los profesionales que practican la inseminación también son actores que manifiestan su voluntad de llevar a cabo la inseminación y esta manifestación será útil para el caso de delimitar su responsabilidad en el acto.

¹¹⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, "De los contratos civiles. Teoría general del contrato", 17ª edición. Porrúa. México; 1999. p. 83.

Otorgado el consentimiento para llevar a cabo la inseminación, éste se convierte en irrevocable. La anterior es así, porque una vez que ha iniciado el procedimiento, la gestación se continúa y ésta no podrá ser suspendida ni por la mujer ni por su marido o pareja y menos por el donador anónimo o por los profesionales que intervinieron en ella, a no ser que surgiera una necesidad médica que la justificara. De la misma manera que ni la mujer ni su marido o pareja estable que haya otorgado su consentimiento pueden rechazar los lazos de filiación con el hijo que nazca.

El objeto de la inseminación artificial es lograr una fertilización y consecuentemente la gestación de un ser humano hasta su nacimiento. Este acontecimiento implica el establecimiento de una filiación materna y, en el mejor de los casos, también paterna. Los efectos de hecho implican una modificación en la esfera jurídica de aquellos que intervinieron en la inseminación, por ello podemos afirmar que la inseminación artificial es un acto jurídico que debe estar cuidadosamente reglamentado por el derecho en sus múltiples vertientes.

Sin lugar a dudas, los principales efectos jurídicos que se pudieran producir con la reproducción humana asistida, son los del estado familiar, que consisten básicamente en las diversas relaciones jurídicas que pueden sostener las distintas personas que participan en una inseminación artificial, entre estos mismos y con el ser fecundado.

Para eso expondré las distintas hipótesis que pudieran darse, en las que se manifiesta el tipo de esterilidad o infertilidad, así como los portadores del esperma, óvulo y del útero, a fin de denotar sobre el posible parentesco que pudiera surgir.

TIPO DE ESTERILIDAD	ESPERMA	OVULO	UTERO
Madre estéril con capacidad de concebir.	Padre	Madre	Madre
Padre estéril. Madre con capacidad de concebir.	Donante	Madre	Madre
Madre estéril capaz de gestar.	Padre	Donante	Madre
Pareja estéril. Madre capaz de gestar.	Donante	Donante	Madre
Madre estéril e incapaz de gestar.	Padre	Donante	Sustituta
Pareja estéril y madre incapaz de gestar.	Donante	Donante	Sustituta
Pareja fértil y madre incapaz de gestar.	Padre	Madre	Sustituta
Madre fértil e incapaz de gestar. Padre estéril	Donante	Madre	Sustituta

Madre estéril con capacidad de concebir, con esperma del padre y óvulo de la madre, en el útero de la madre.

Esta situación no produce tantos efectos jurídicos ni problemas tecnológicos de inseminación artificial, toda vez que la esterilidad de la madre puede ser tratada por diversos medios, sin necesidad de llegar a la reproducción asistida.

Razón por la cual al lograrse la fecundación por distintas vías a la inseminación artificial, el parentesco que existiría entre el ser fecundado con la de sus padres, es la misma que reconoce el Código Civil, la de padre, madre e hijo.

Padre estéril, madre con capacidad de concebir, con espermatozoides del donante y óvulo de la madre, en el útero de la madre.

En este caso, se necesita de una tercera persona, quien es el “donador” portador del espermatozoides.

El debate científico, ético, jurídico, sería definir el parentesco que existe entre el ser fecundado con la del “donador” portador del espermatozoides, quien en términos científicos, sería su “padre genético”.

Por otra parte, de conformidad a la tradición clásica del parentesco familiar, tenemos que la relación paternal-filial, se sostendría con el ser fecundado y con el padre estéril, sin tomar a consideración su incapacidad (esterilidad) para fecundar, siempre y cuando la pareja esté casada o vivan en concubinato.

Madre estéril con capacidad de gestar, con espermatozoides del padre y óvulo de la donante, en el útero de la madre.

En este caso, tenemos que la madre es incapaz de fecundar, más no de gestar; es decir, puede la madre del ser fecundado, encontrarse en estado de gravidez, sin que la misma haya aportado el gameto para la concepción.

Es el caso inverso del padre estéril, sólo que aquí la esterilidad de la madre no implica forzosamente la capacidad de gestar.

Por otra parte, el debate científico, ético, jurídico, sería definir a la madre del menor, toda vez que la donadora del óvulo, sería en términos científicos la “madre genética”.

Siguiendo el parentesco tradicional del derecho familiar, la maternidad sería únicamente entre la madre que alumbro en el parto al menor, sin importar quien haya sido la donadora del óvulo.

Pareja estéril con capacidad de gestar de la madre, con esperma y óvulo de donadores, en el útero de la madre.

Este caso es más complicado que los anteriores, toda vez que en éste, los “padres genéticos” son los portadores del semen y el óvulo, con el cual se logró la fecundación.

Sin embargo, dentro del parentesco tradicional, el parentesco entre el hijo respecto a sus padres, sería el que reconoce el Código Civil, sin importar si ambos fueron o no portadores de los gametos. Aunado a que formalmente, la madre que alumbro en el parto, se le imputa la maternidad.

Madre estéril e incapaz de gestar, con esperma del padre y óvulo de la donante, en el útero de la sustituta.

Este caso, socialmente es difícil que pueda darse, toda vez que el padre puede lograr la reproducción humana, procreando naturalmente con otra mujer en unión libre, distinta a su pareja (matrimonial o concubinaria), e inclusive negociar ilícitamente, con la madre del menor, para registrarlo como hijo de su pareja formal.

No obstante, si llegase a darse, las implicaciones serían que entre el menor y la mujer estéril e incapaz de gestar, tendría que darse una relación jurídica de madre adoptiva (social), por no existir relación consanguínea entre ellos, mientras la mujer que alumbró al bebé se le reputaría madre conforme a nuestro Código Civil, sin ningún vínculo filial para con la donante del óvulo, a pesar de ser la madre genética.

Pareja estéril con madre incapaz de gestar, con esperma y óvulo de los donadores, en el útero de la sustituta.

Un caso quizás absurdo por los requisitos que se mencionan y que bien, pudiera encontrar una vía alterna, como lo es la adopción de un menor que puede contraer una pareja.

No obstante, si se diera el caso, los padres serían jurídicamente adoptivos, ya que no existe ninguna relación biológica ni genética con el menor; por otro lado, con respecto a la madre genética ningún problema jurídico habría, al ser únicamente la donadora del gameto femenino, pero no así con la mujer que sufrió el parto, pues según nuestro Código Civil, ella sería la madre, en quien recaerían los efectos filiales entre ella y el hijo.

Pareja fértil con madre incapaz de gestar, esperma y óvulo del padre y madre, en el útero de la sustituta.

Un caso social concurrido y que puede darse constantemente, al existir el deseo de los padres de lograr la fecundación con sus propios gametos, pero con la ayuda de una madre sustituta.

Los problemas jurídicos que pudieran originarse, es precisamente la situación del menor concebido con respecto a la “madre sustituta” y con su madre portadora del óvulo.

Siguiendo los lineamientos del parentesco familiar conforme a las reglas existentes, la maternidad le correspondería a la llamada “madre sustituta” por alumbrar en el parto, sin importar si la misma fue o no, donadora o portadora del óvulo.

Es importante destacar que ésta, es una de las hipótesis a las cuales va enfocada la presente tesis, precisamente por ser uno de los casos que actualmente se está dando con mas frecuencia.

Madre fértil e incapaz de gestar, padre estéril con esperma del donador, óvulo de la madre, en el útero de la sustituta.

Otro caso que pudiera ser común, toda vez que en esta situación se buscaría a la “madre sustituta”, para la gestación del ser fecundado, ya que finalmente la madre que desea serlo cuenta con óvulos fértiles y, aún cuando el padre sea estéril, con su previo consentimiento, se puede acudir al banco de espermas.

Siguiendo de nueva cuenta, los lineamientos del parentesco, no existiría vínculo jurídico entre los padres del menor, toda vez que la maternidad le correspondería a la madre sustituta, lo cual no me parece adecuado, por virtud de que el deseo de ser madre no recae en la madre sustituta, amén de que ésta última no aportó tampoco el óvulo.

Es por ello que, también en esta hipótesis se apoya el estudio realizado en la presente tesis, porque éstos dos últimos supuestos, son la razón suficiente que muestra la necesidad de regular la maternidad subrogada en el Código Civil para el Distrito Federal.

Afirmo lo anterior, toda vez que pensando en los derechos superiores del menor, considero que ningún perjuicio causaría al ser humano que se le de vida mediante este método, esto es, ser gestado a través de otra mujer, pues en mi opinión se trata de un simple medio que ayuda a la pareja a realizar su sueño de ser padres, aunado al hecho de que el hijo además de ser deseado, llevará los genes de sus padres o en su caso sólo de su madre y por tanto la relación jurídica respecto a ésta última será verdaderamente consanguínea, aún cuando con el padre no suceda lo mismo.

Pasando a las consecuencias jurídicas que conlleva para cualquiera de los integrantes de la pareja, el empleo de métodos de fecundación asistida, sin el consentimiento de su cónyuge, debe decirse que ésta es causa de divorcio, de acuerdo a lo dispuesto en la fracción XX del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal.

Asimismo, no podemos soslayar los efectos jurídicos del contrato de prestación de servicios que necesariamente la pareja que se somete a cualquiera de los métodos de reproducción asistida debe celebrar con el médico tratante, quien debe responder como todo profesional de la adecuada o inadecuada realización del tratamiento, ya que su actuación puede incluso abordar la esfera del derecho penal.

Como ejemplo, se exponen ciertos casos que pudieran darse de manera enunciativa más no limitativa, a fin de advertir algunos de los efectos que se

suscitarían por virtud de la relación jurídica contraída entre el médico tratante y la pareja que recurre a los diversos métodos de reproducción asistida.

El médico haciendo creer a la pareja que está manipulando sus propios gametos (esperma y óvulo), implanta un óvulo fecundado (fertilización in Vitro) en la mujer solicitante, utilizando un óvulo ajeno o un esperma de donante no autorizado.

En este caso, el artículo 151 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, sanciona dicha actuación, como se advierte a continuación:

“ARTÍCULO 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.”

Otro caso sería cuando el médico, a través de un contrato de servicios profesionales, insemina artificialmente a una mujer con su consentimiento, pero a sabiendas que ésta es menor de edad.

En este caso, el médico responderá penalmente por su actuación, pues no obstante haya obtenido el consentimiento de la mujer, jurídicamente la actuación del médico es penalizada conforme al artículo 466 de la Ley General de Salud, el cual a la letra dice:

“ARTICULO 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.”

Finalmente, para los propósitos de esta investigación, es menester hacer notar que en nuestra legislación punitiva vigente no se advierte penalización por la utilización de los diferentes métodos de reproducción asistida, incluso me atrevo a incluir al que se avoca esta tesis, es decir, aquella donde el nacimiento pueda darse a través de otra mujer, como en la transferencia de cigotos o fertilización *in vitro*, pues de los preceptos legales arriba citados se advierte que la condición que conlleva a la comisión del delito, es que se haga sin el consentimiento de la paciente o de la pareja.

CAPÍTULO 5. LA NECESIDAD DE REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Cuando por los métodos médicos de fertilización asistida, se hace necesario la participación de dos mujeres, la maternidad inevitablemente resulta compartida, tema que se aborda en esta tesis, esto es, el método mediante el cual una mujer presta su útero para concebir el hijo de otra, circunstancia que desde el punto de vista jurídico genera la incertidumbre, de si ambas madres (la biológica y la genética) tienen o no un vínculo natural que necesariamente conlleva el aspecto jurídico con el producto de la concepción (la filiación), lo cual nos plantea conflictos como éstos; si la prestataria del útero debe renunciar al vínculo materno filial, o bien ésta nunca tendrá una relación filial con el producto que salió de sus entrañas. Para plantear una posible solución para este dilema, no nos podemos ceñir a la teoría clásica de los actos y hechos jurídicos, debido a que conforme a ella en el nacimiento de un ser humano no interviene la voluntad de los hombres¹¹⁵, por ser un evento meramente biológico, sin embargo ante los avances de la ciencia médica, este principio deja de tener vigencia, ya que por el contrario, en la utilización de este método, tiene una gran influencia el principio de la autonomía de la voluntad.

Por lo que, con el estudio previo de la teoría del acto jurídico en el capítulo tercero, ahora estamos en condiciones de analizar los elementos de existencia y de validez del acto jurídico familiar generado con la utilización de este método,

¹¹⁵ Cfr.- **LOUZAN DE SALIMANO**, Nelly y **TRINCAVELLI**, Nélica E. Op. Cit. p, 359.

para saber cuan viable, jurídicamente hablando, es el contrato de maternidad subrogada, culminando así en el planteamiento que se propone en el presente trabajo en cuanto al concepto jurídico que deberá contenerse en el Código Civil para el Distrito Federal del término “maternidad”.

Debemos reflexionar en principio que la maternidad subrogada es un acto voluntario que se ejecuta con discernimiento, intención y libertad.¹¹⁶ Discernimiento, porque quienes intervienen saben las implicaciones físicas, emocionales y jurídicas a que conlleva; intención, debido a que las partes tienen el deseo de que se generen todas las consecuencias de derecho y libertad, en donde se evite la coacción para llegar a celebrar el pacto entre los hombres.

Pese a que conforme a los principios actuales la filiación no puede ser objeto de transacción o convenio, ni de compromiso en árbitros, en el caso de la maternidad subrogada, necesariamente se altera este principio y ante tales eventos, la ley no establece una solución para determinar a que mujer se debe considerar como madre de un nuevo ser, ¿A quien presta su útero, o quien entregó el óvulo para la fecundación? En este supuesto, se debe ser lógico para encontrar la respuesta, ya que la ley nada dispone sobre el particular, por lo que en un ejercicio jurídico, en el cual considerando la situación real que guarda la sociedad frente a los adelantos científicos, respecto de hasta donde se debe prohibir su utilización para que alguno o algunos de los actuales métodos de reproducción asistida puedan seguir empleándose y cuales no; lo que nos lleva a la necesidad de plantear como

¹¹⁶ Cfr.- Ibidem. p, 359.

solución la creación y regulación de un acto jurídico específico, al que como un verdadero ensayo lo llamaremos contrato de maternidad subrogada, con las características que se desarrollan a continuación.

5.1 EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

El contrato de maternidad subrogada es uno de los más polémicos, entre todos los que tienen que ver con los métodos de reproducción asistida. No se le ha recibido con bombos y platillos en las distintas legislaciones de los países que la han regulado; incluso, en algunos de ellos se ha considerado como un delito. Sin embargo, esto no ha sido una barrera para impedir que se recurra a este método como una de las distintas vías a través de las cuales las parejas que no han sido fértiles o que son estériles aspiren tener su propia descendencia, y cuidar el producto de su amor desde el primer día de su vida, fuera del seno donde creció primero como embrión y luego como feto.

Es por ello que, a continuación me dispongo a detallar los elementos de existencia y validez del acto jurídico familiar que será plasmado en este contrato.

Consentimiento.- Para su celebración, las partes que en él intervengan deben tener conocimiento pleno de lo que ello implica. Para la mujer que desea tener un hijo acarrea todas las consecuencias de la relación materno filial y la convicción de asumir un maternaje, ya que por su libre albedrío asiste con los especialistas para que éstos logren que otra mujer de a luz un hijo que porta su gen y no el de la prestataria del útero. A su cargo, o del marido de ella correrán todos los gastos

que el procedimiento de la maternidad subrogada implique, como son los médicos, los hospitalarios, los gastos de recuperación de la mujer gestante, y en caso de que fuese procedente, el pago de alguna compensación, premio, o precio por así llamarlo, renta de la matriz de la otra mujer para el milagro de la procreación.

La madre biológica debe estar conciente que el producto de la concepción no es su hijo y que a pesar de gestarlo llevándolo en las entrañas, sin embargo al nacer éste debe entregarlo a la madre genética. Esto es bien importante, porque en la realidad, muchas mujeres que han prestado su útero, al momento de tener al bebé en brazos han deseado romper con el pacto, motivadas por el sentimiento de amor que emana de la maternidad.

Objeto.- En el caso de la maternidad subrogada, el objeto del contrato para la madre genética, es que se surtan todos los efectos jurídicos de la filiación (derechos y obligaciones) para que éstos recaigan sobre su persona. Esto en virtud de que ella tiene deseos de ser madre y será la portadora del óvulo, hecho que tiene repercusiones para el derecho, la otra mujer se convierte únicamente en prestataria del útero y por ello la denominaremos madre sustituta, quien a cambio, podrá recibir una contraprestación en dinero o en especie, por la cooperación al proporcionar su útero, a efecto de que dentro de su persona se realice la gestación de un nuevo ser humano que no puede ser considerado su hijo, primeramente porque no comparten los mismos genes, y en segundo lugar, porque ella, al momento de la celebración del pacto jurídico familiar, no tiene el

deseo de ser madre, y por lo tanto, que se desaten todos los efectos jurídicos que implica la relación materno filial.

En el caso de la maternidad subrogada, no debemos confundir su objeto, ya que si partiéramos de la premisa de la falta de objeto, por considerar que éste sería el niño, entonces sería inexistente y por lo tanto no puede producir efecto jurídico alguno.

En consecuencia, el objeto de este acto jurídico familiar, no puede ni debe ser considerado como tal, al menor, porque por disposición legal, está fuera del comercio, amén de que social ni moralmente está permitido. Queda claro que el objeto del acto es, para la madre primigenia o genética a manera de subrogación, que en ella recaigan los efectos jurídicos de la filiación y el parentesco, así como el ejercicio de la patria potestad, y todos aquellos que derivan de la maternidad.

Capacidad.- Las partes en este contrato deben gozar de la capacidad de goce y de ejercicio. La madre subrogante y la madre formal deben cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 22, 23 y 24 del Código Civil para el Distrito Federal, los que respectivamente establecen:

“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.”

“Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de su familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”

“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.”

Las disposiciones transcritas son de suma importancia para los objetivos que persigue la presente tesis, que es la necesidad de regular uno de los métodos de fertilización asistida, a la que hemos llamado maternidad subrogada, en el Código Civil para Distrito Federal. Esta propuesta surge debido a que por el momento no existe disposición alguna que impida a una persona preste su útero para que sirva de albergue para el óvulo fecundado de otra mujer que pretende ser madre. El fundamento legal que nos sirve para establecer que la celebración de un pacto de maternidad subrogada está permitido es precisamente el artículo 24 del Código.Civil para el Distrito Federal.

Tomando en consideración los anteriores argumentos, puede válidamente decirse que una persona que goza de todas sus facultades mentales y manifiesta su voluntad para utilizar un método de reproducción asistida genera consecuencias

de derecho que directamente le afectan. Lo mismo ocurre para la persona que permite que dentro de su útero se aloje el óvulo fecundado de una mujer que desea tener descendencia, pero que por algún impedimento físico no lo puede hacer. Obvio es que una mujer impedida de sus facultades mentales al momento de la celebración del acto o una menor de edad carecen de la aptitud legal para disponer libremente de su cuerpo, por lo que cualquier pacto así manifestado será nulo. De preferencia, este acto debe celebrarse por las partes directamente afectadas; aunque también se puede realizar a través de sus representantes.

Licitud en el objeto.- Atendiendo a este elemento, debemos precisar que siendo diversas las causas por las que la gente recurre a este método para tener descendencia, y no todos ellos son convenientes para la sociedad, la familia y la relación de pareja, es por lo que en primer lugar se citan los supuestos que pueden estimarse lícitos para luego citar los ilícitos:

Entre los primeros están: Cuando la mujer en la pareja no tiene útero, pero sí ovarios; cuando la mujer en la pareja es estéril por anomalías en el útero, pero sí es fértil porque tiene ovarios normales; cuando ambos miembros de la pareja es estéril debido a taras genéticas; cuando el hombre en la pareja es infértil, la mujer si es fértil pero estéril. En estas hipótesis el método de fertilización asistida se convierte en una solución para poder integrar el producto como hijo biológico.

Considero ilícitas y poco recomendables, cuando se dan en cualquiera de las siguientes circunstancias: Cuando la mujer ha muerto, pero antes de morir dejó un

embrión congelado, producto de la fecundación de uno de sus óvulos con el esperma de su marido; cuando una pareja de homosexuales desea tener un hijo o hija y para ello requieren de una mujer para la gestación, e incluso, para la donación del óvulo. Esta última hipótesis ha sido rechazada en todos los países de que se tenga noticia, incluso en aquellos en donde se ha permitido el matrimonio entre parejas homosexuales, pues tal apertura mental no se ha extendido hacia la adopción y la cría de menores por esta clase de parejas.

Algunos le han visto, más que como un método terapéutico para la pareja estéril, como una forma cómoda de tener descendencia sin sufrir los riesgos e incomodidades del embarazo, circunstancia totalmente reprobable.

Otro aspecto que ha sido rechazado por muchos tratadistas de la materia es que se promuevan y comercialicen, como en el caso de los Estados Unidos, agencias dedicadas a reclutar mujeres aptas para el embarazo y ponerlas en contacto con parejas que deseen tener hijos mediante este método, y como un gancho publicitario suelen citar un pasaje de la Biblia en donde se utiliza a Raquel para tener un hijo de Abraham, dado que Sahara, su mujer no le había dado un primogénito. Con ello pretenden dar legitimidad a los servicios que explotan, como si se tratara de la contratación de personal doméstico.

Hay quienes han argumentado que la maternidad subrogada es una forma de explotación de la mujer, dada la inferioridad laboral que vive hoy en día. Se dice, que la mayor parte de las mujeres que se ofrecen para ser madres sustitutas

tienen escasos recursos económicos y carecen de una preparación académica que les permita dedicarse a otra actividad para generar sus propios recursos. Pareciera que el dinero o remuneración es el factor más importante que lleva a estas mujeres a celebrar este contrato. Para cumplir con la principal cláusula del contrato “la entrega del niño”, la madre sustituta mantiene fría su mente, pensando que el embarazo es tan sólo parte del trato, y tal actitud hiciera semejar a la criatura en una mercancía. En situación contraria, es decir, cuando la mujer se encariña con el niño, éste lo percibe, produciéndose una ruptura entre ambos al momento del nacimiento y la consiguiente entrega a sus padres formales jurídicos.

En términos generales, se ha dicho que no puede permitirse el método de la maternidad subrogada porque ni la mujer es una incubadora, ni el niño se puede equiparar a una mercancía.¹¹⁷

El mejor argumento que se puede tener para validar el uso del método multicitado es la probada esterilidad de la mujer, y que un médico especialista le sugiera su utilización como una fórmula para compensar su imposibilidad física para la procreación. También se podría argumentar que por tratarse de un acto de solidaridad social y hacia la pareja, la mujer que sirva de progenitora lo habrá de hacer sin que medie compensación económica alguna; sin embargo yo me pregunto cual sería la causa que la motivaría a tener un hijo sin que sea de ella. Lamentablemente la caridad y el amor al prójimo no parecen ser en nuestros días

¹¹⁷ Cfr.- **GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS**, Maricruz, Op. Cit. pp, 197 a 201.

el motivador adecuado que provoque que una mujer se preste para este método genético.

Existen casos, que por solidaridad familiar, algún miembro de este núcleo (mujer por supuesto) acepta ser inseminada con el óvulo fecundado por esperma de su cuñado, yerno, etc, y entonces los papeles se confunden, y se ha visto que la mamá es al mismo tiempo la hermana de la criatura, o que la mamá es al mismo tiempo la abuela del producto, o su tía. Esta circunstancia, sin lugar a dudas, al carecer de regulación, lacera a la familia.

El procedimiento de procreación a través de la maternidad subrogada no es ilícito, tanto desde un punto de vista meramente legalista, como desde un punto de vista sociológico. La ley es ambigua respecto a la solución al problema de maternidad, cuando se utiliza este método, ya que la regla de que la maternidad siempre es cierta, encuentra en este supuesto su excepción más clara.

Si se partiera de la base de que se trata de un objeto ilícito, cuando se trata de la renuncia de la relación materno filial, como objeto del contrato, se trataría de un contrato viciado de nulidad absoluta, y por ello no puede ser convalidado por las partes; se surtirían parcialmente sus efectos en tanto se declarara su nulidad, pero sin la posibilidad de que siguiera surtiendo sus efectos en un futuro. Además resultaría un pacto que rompería con el principio tradicional del derecho, que data de la época de los romanos y que a la letra reza: "*res Inter. alios acta aliis neque*

nocere neque prodesse potest”, que en castellano se puede traducir de la siguiente forma: “la cosa hecha entre unos no puede perjudicar ni aprovechar a otros”.¹¹⁸ En tal virtud, aún aprovechado al *nasciturus*, el acto jurídico no le puede surtir efectos, ya que su voluntad evidentemente no se manifiesta en el contrato o acto jurídico sui géneris de la maternidad subrogada. Pero de ser así, el mismo argumento se debiera aplicar en el caso de la adopción de los niños expósitos, de los poderes que se otorgan a favor de una persona que no otorga su consentimiento, sino hasta que realiza actos de administración, gestión o disposición.

Ahora bien, al concebir la validez y la licitud en el objeto del contrato de maternidad subrogada, los efectos jurídicos que provoca en el derecho familiar son muy amplios. Primeramente, la relación materno filial será únicamente entre el hijo y la madre subrogada o genética, nunca con relación a la madre sustituta. El ejercicio de la patria potestad correrá a cargo de la madre genética o formal y de su marido o concubino. En consecuencia, la obligación alimentaria recae en la madre genética y su marido o concubino, y no en la madre biológica y su marido o concubino. Para los efectos de la sucesión legítima, el hijo tendrá derecho a heredar el patrimonio únicamente, de sus padres genéticos y volitivos, porque el lazo natural que lo unía con su madre biológica sería roto por el derecho en beneficio del menor y nunca en su contra.

¹¹⁸ Este axioma se puede encontrar en el párrafo IV del título XIX del libro III de las Institutas de Justiniano. Véase **ORTIZ URQUIDI**, Raúl, “Derecho civil. Parte general”, Porrúa. México; 1986. p. 438.

Ausencia de vicios de la voluntad.- Tomando esto en cuenta que en la celebración del pacto de la maternidad subrogada, probablemente la madre genética tenga la idea de que la mujer con quien ha convenido para que la supla en la gestación es muy sana y cumple con todos los requisitos médicos para que la concepción llegue a buen fin. Si la subrogada supiera que la sustituta incubaba algún virus o enfermedad que pone en riesgo la viabilidad y salud del feto, no realizaría la convención.

Considerando el anterior ejemplo y la muy variada gama de posibilidades que se pueden presentar en la vida real, hace de la maternidad subrogada un tema polémico, en donde confluyen argumentos científicos, morales, religiosos, jurídicos, de gente versada en la materia, y de quienes nada saben sobre este método de procreación asistida; donde se mezcla la pasión y los sentimientos, lo que difícilmente permite esclarecer una verdad objetiva y universalmente válida. Este sabor que tiene el tema es el que me ha llamado la atención para reflexionar sobre las implicaciones jurídicas familiares que tiene la maternidad subrogada; los beneficios que con ella tiene la pareja impedida para procrear, así como las ventajas y desventajas que tiene su utilización.

Lo único seguro es que al momento en que una persona deba decidir entre ésta y otra técnica de procreación debe hacerlo sopesando los pros y los contras; la decisión que se tome deberá ser informada por el especialista médico y el especialista legal, no precipitada ni tomada a la ligera. La pareja, la madre sustituta y la gente que les rodea debe conocer las implicaciones sociales,

morales éticas y jurídicas que conlleva celebrar un pacto a través del cual se deba gestar un embrión dentro del cuerpo de una mujer que definitivamente no va a ser considerada su madre, y que no sólo por motivos contractuales, sino económicos y de conveniencia para el bebé, éste debe ser entregado a quienes han querido ser padres, lo cual podría interpretarse como incongruente, y probablemente se pueda calificar de ilegal, en tanto no se adecue la regulación del Código Civil en que se tengan en consideración los métodos de reproducción asistida, ya sea en toda su amplitud, o al menos, aquellos métodos moralmente aceptables, pues si de algo debe llenarse el derecho es de moral.

Podemos arribar a la conclusión de que para contar con una verdadera ausencia de vicios, ambas mujeres contratantes deben estar plenamente concientes de su decisión y estar debidamente orientadas, tanto en el aspecto médico, como jurídico e incluso psicológico.

5.1.1 CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA

Chávez Asencio define el contrato de maternidad subrogada como “*el acto jurídico por el cual una pareja (o una sola persona) contrata con una mujer para que a ésta se le implante el embrión humano en la matriz y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que a posteriori lo entregue a la pareja solicitante.*”¹¹⁹

Para *Maricruz Gómez* “*La maternidad subrogada...implica el alquiler de las*

¹¹⁹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. “La familia en el derecho”, Op. Cit. p, 77.

funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante.”¹²⁰

En mi opinión, la maternidad subrogada es “*el acto jurídico familiar, a través del cual una mujer fértil con deseos de ser madre, impedida orgánicamente contrata con otra, cuyos órganos sexuales permiten alojar el embrión dentro de su vientre, desarrollando hasta su nacimiento, al producto de la procreación, ya sea a título oneroso o gratuito, renunciando de antemano a la posible relación materno filial que pudiera tener por razón de su gestación y alumbramiento*”.

5.1.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

A primera vista, la filiación constituye un hecho jurídico, primero porque proviene de otro hecho jurídico, como es el nacimiento, y segundo porque aunque no se deseen las consecuencias de derecho, como son el parentesco, ya sea consanguíneo, por afinidad o civil, éstas surgen por la simple filiación. Segura estoy que las personas que acuden a los médicos para la procreación por alguna imposibilidad física, desean todas las consecuencias que genera la relación paterno y materno filial, por lo que aquello que pudiese ser tan sólo un hecho jurídico se convierte así en un acto jurídico, de ahí la importancia de analizar la

¹²⁰ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, Op. Cit. p, 204.

naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada.

Conocidas que fueron las partes de los distintos contratos de reproducción asistida, ahora es momento que se aborde lo relativo a la maternidad subrogada. En este contrato intervienen necesariamente, la mujer que desea procrear y no puede por sí sola, su marido o concubino, la mujer que va a prestar su matriz para que dentro de ella se desarrolle el feto y el médico que practicará el método, responsable de todo el procedimiento médico y científico que habrá de tener como resultado el nacimiento de un bebé.

Antes de la celebración del contrato de maternidad subrogada (acto jurídico familiar) se deben llevar a cabo actos previos, o preparatorios, para que éste sea viable, entre los que podemos citar: El médico responsable debe recabar la historia clínica de ambas mujeres, potencialmente contratantes, pues la salud de ambas es requisito indispensable para la procreación. La mujer que aporte el óvulo debe ser estudiada para conocer la viabilidad de sus propios gametos para el desarrollo de esta técnica de reproducción asistida. Por las consecuencias que desata la maternidad y la paternidad, debe ser un trabajador social quien intervenga para la realización de un estudio socioeconómico, para que se verifique el perfil de las personas que desean ser padres a través del método de la maternidad subrogada. Asimismo, el estudio de los antecedentes genéticos de las futuras contratantes es indispensable para correr el menor riesgo de que se padezcan enfermedades hereditarias incurables, tales como el cáncer, la diabetes, Parkinson, etc. En el supuesto de que haya donantes de gametos (espermias),

entonces, se debe realizar un estudio clínico de ellos, conocer sus antecedentes genéticos y con ello correr el menor riesgo posible para el éxito de la fecundación, y la gestación. La selección de los candidatos y del material genético es importante para la procreación de seres humanos sanos.

Ahora bien, el contrato de maternidad subrogada, donde la mujer presta su útero para que dentro de su ser se desarrolle un embrión y luego un feto que no comparte sus mismos genes, sino los de otra mujer y los del marido de ésta, encuentra similitud con el contrato de arrendamiento, aunque no sean del todo compatibles. Asimismo, puede encontrar semejanza con el contrato de prestación de servicios y el contrato de obra; aunque como ocurre con la anterior analogía, el contrato de maternidad subrogada reviste ciertas características que lo diferencian de las figuras con las que se le compara, haciéndolo un contrato sui generis, que no se puede encuadrar en ninguno de los existentes.

Y ello es así, por las peculiares características que el contrato de maternidad subrogada debe revestir, el cual, en mi opinión, tendría que ser:

Solemne.- Por seguridad jurídica de los contratantes y por la necesaria intervención del Estado a través del funcionario judicial o administrativo competente es indispensable que el contrato de maternidad subrogada sea formal. La forma del contrato debe ser escrita, con la aprobación del Estado. De ahí que la forma se eleve al rango de solemne;

Bilateral.- La primer característica del multicitado contrato es la existencia de un acuerdo de voluntades entre una pareja unida en matrimonio o en concubinato con una mujer fértil y capaz de llevar en su vientre un hijo (madre sustituta), para que dentro de ella se geste y luego de a luz al producto de la concepción;

Oneroso.- Normalmente habrá un beneficio pecuniario a favor de la madre sustituta, amén de los gastos médicos y hospitalarios que genere el embarazo, además de que puede incluir el tratamiento psicológico de ella, después de saber que ha entregado a otras personas el ser que llevó en las entrañas;

Aleatorio.- Por la naturaleza misma del procedimiento de fecundación, gestación y desarrollo del feto, los efectos jurídicos de la procreación se desatan hasta el momento en que el producto de la concepción es vivo y viable, vive más de 24 horas desprendido del seno materno o es presentado vivo ante el oficial del Registro civil. Sin embargo, el contrato desata efectos jurídicos entre las contratantes desde el momento en que el contrato es aprobado por el Estado hasta antes del nacimiento del bebé. Por ejemplo, la madre subrogante o sustituta debe cuidar de su salud física y mental durante el periodo de la gestación; no solo está obligada a su cuidado por ello, sino porque en su vientre trae consigo al hijo de otros.

La obligación de la madre sustituta a ser inseminada con los gametos del marido o concubino de la mujer contratante, o de aceptar la implantación del embrión logrado mediante *fecundación in vitro*, ya sea con gametos de la pareja o de un

miembro de la pareja y el de algún donante;

La renuncia de la madre sustituta o subrogante de los derechos que en un momento dado, por el acto de la maternidad pudiera ejercer sobre el menor; renuncia expresa a la relación materno filial, reconociendo para todos los efectos legales el vínculo que une a la madre subrogada con el producto de la concepción.

El compromiso de la pareja, de la madre subrogada a dar su consentimiento para la utilización de este método de reproducción asistida, y de manera simultánea reconozca como suyo el producto de la concepción.

Asimismo se recomienda que se contengan cláusulas en que se disponga:

La prohibición a la madre sustituta o subrogante para que aborte el producto de la concepción como un acto de revocación del contrato, en primer lugar por considerarse un delito, a menos que su salud esté en peligro a juicio de los médicos.

Se impida a la pareja a que decida unilateralmente la revocación del contrato, por los efectos legales que ello implica, como es el caso de la obligación alimentaria;

Exigir a la madre sustituta que no fume, tome bebidas embriagantes, o utilice algún tipo de droga en beneficio de su salud y de la criatura que lleva adentro.¹²¹

Ejecución forzosa.- Por la importancia social y familiar de las consecuencias jurídicas y económicas que desata el contrato, se debe impedir el incumplimiento de sus cláusulas, y por tanto se debe prever la ejecución forzosa del mismo. A menos que el cumplimiento se haga imposible por las condiciones de salud de la madre subrogante, que incluso corra peligro de perder la vida, sin que la del feto se pueda salvar, y no será causa de rescisión, que la salud física o mental de la futura madre formal cambie durante el periodo de la gestación y desarrollo del feto, sin embargo debe dejarse la posibilidad de la reparación del daño material y moral.

Aquí cabe preguntarse ¿Qué contrato reviste las anteriores características? Ninguno, por supuesto, de los mencionados al inicio de este subinciso.

5.1.3 LA RELACIÓN PATERNO FILIAL ENTRE EL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN Y LA MADRE SUBROGANTE Y DE LOS PADRES FORMALES

El anonimato del donante y de la maternidad subrogada es uno de los temas más delicados dentro del tópico de la procreación asistida. Esto involucra el derecho del niño o de la persona adulta a conocer sus orígenes como uno de los principales derechos fundamentales del hombre que se contrapone al derecho a la intimidad de la persona que ha donado sus gametos para que se utilicen a favor

¹²¹ Cfr.- Ibidem. pp, 205 y 206.

de parejas estériles. Sin embargo, es derecho de toda persona la de conocer su herencia genética. Este derecho se hace patente ante la necesidad de encontrar la causa de algunas enfermedades que aquejan al hombre, tales como el cáncer, VIH sida, diabetes, Parkinson, Alshaimer, etc.

Hay quienes sostienen que la mejor solución es salvaguardar el anonimato de los donantes, de la madre sustituta o subrogante y de la pareja que recurrió a este método por el bien de la familia en su conjunto y por la protección al derecho a la intimidad de quienes intervinieron con sus gametos o su cuerpo.

Otro sector de la doctrina opina que con el anonimato lo único que se pretende esconder son las obligaciones a cargo del donante de los gametos o de la madre biológica. Con ello se coarta el derecho de la persona para conocer su propia identidad, y en tal virtud defender sus derechos morales y materiales.

Otra posición es aquella que aprueba el anonimato, mientras la persona llega a la edad adulta y decide si quiere conocer su origen y la identidad de las personas que biológica y genéticamente se pueden considerar sus padres.¹²²

Por mi parte, se debe mantener el anonimato de quien fuera en su momento la mujer prestataria o madre subrogante y en su caso, el donante del gameto

¹²² Cfr.- Ibidem. pp, 93 y 94.

masculino, a fin de evitar confusiones en la identidad de la persona¹²³ que ha sido producto de la maternidad subrogada y la *fecundación in vitro*. Sin embargo, si por alguna causa de salud se necesitara conocer el origen genético de la persona, se podrán revelar todas las características del donante o de la madre subrogada sin que se deba señalar su nombre.

Además, la mejor manera de impedir cualquier tipo de relación jurídica entre el donante del gameto masculino o la madre sustituta y el producto de la concepción es manteniendo el anonimato de éstos, pese a que en la ley y en los mismos contratos se dispongan cláusulas que rompan con cualquier relación jurídica, como lo es la paterno y materno filial.

Por lo expuesto, la relación materno filial, cuando la pareja ha recurrido a la maternidad subrogada como método de procreación asistida, solo debe subsistir a favor de la mujer que deseando el embarazo tuvo que utilizar dicho método con la participación de otra mujer que sin desear la concepción y la relación materno filial dio a luz al bebé que la mujer o la pareja busca.¹²⁴

En la opinión de *Francisco Rivero Hernández* el elemento de mayor importancia en la relación paterno y materno filial es la voluntad o decisión para que el nuevo ser naciera; se superpone al elemento biológico y genético, puesto que éstos se

¹²³ Se debe entender por identidad personal como “el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad.” **FERNÁNDEZ SESSAREGO**, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Editorial Astrea. Argentina; 1992. p, 113.

¹²⁴ En este sentido coincido con algunos cuantos tratadistas de la materia, aunque reconozco que la mayoría rechaza y desaprueba la práctica de éste método reproductivo. Cfr.- **BARBERO SANTOS**, Marino, “Ingeniería genética y reproducción asistida”, Benzal. España; 1989. pp, 257 y 258.

pueden sustituir, más nunca la voluntad.¹²⁵

Coincido con la posición antes anotada, puesto que puede más la voluntad de las personas como expresión de su sentir y de su pensar, y que decir, de su actuar, que una simple célula, que tan solo es un objeto carente de voluntad, de intención y de actuación.

En ambos casos, la prueba de la maternidad o paternidad ya no puede ser genética u obstétrica, en todo caso debe voltearse a ver el elemento volitivo al momento de la concepción; es decir, quienes deseaban en aquel momento que se concibiera el producto para su posterior nacimiento, vivo y viable. El parto ya no puede ser el elemento probatorio idóneo de la maternidad. En el caso de la paternidad, la prueba genética ya no debe ser considerado el medio probatorio idóneo, cuando de la paternidad por inseminación artificial heteróloga se trata; la ley ha dispuesto que será el padre quien haya consentido en el uso de tal método de reproducción asistida. Acertadamente, *Chávez Asencio* concluye que la filiación solo se puede dar de dos maneras: por consanguinidad y por acto jurídico, dentro de la última cita la adopción y el consentimiento de la paternidad en métodos de procreación heteróloga.¹²⁶

Para estos casos, un criterio legal que se puede seguir es que sumado a la

¹²⁵ **RIVERO HERNÁNDEZ**, Francisco.- La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial.- Ponencia presentada al Congreso de Filiación; II Congreso Mundial Vasco, 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987.

¹²⁶ Cfr.- **CHÁVEZ ASENCIO**, Manuel F. “La familia en el derecho”, Op. Cit. p, 44.

fecundación, o al alumbramiento, exista la manifestación de la voluntad llevada a cabo frente a una autoridad estatal, de preferencia el Juez Civil o el Juez de lo Familiar, conociendo de estos asuntos, al menos éste último, mediante una jurisdicción voluntaria, o bien procedimiento especial, en donde la pareja unida por el lazo matrimonial o concubinato expongan su necesidad de procrear y los impedimentos físicos que tienen para ello, lo que les hace recurrir a la utilización de la maternidad subrogada como un método más de procreación asistida para tener su propia descendencia, y el Juez, viendo todos los elementos apruebe o desapruebe su realización. Asimismo debe constar fehacientemente la voluntad de la mujer que presta su útero en el sentido de no desear las implicaciones que conlleva el hecho de la maternidad, entre los cuales se citan derechos y obligaciones para con el menor. Este procedimiento será lícito en tanto no vaya en contra de la ley y las buenas costumbres.

Los elementos argumentativos que tienen a su favor la madre genética y formal del producto y su marido o concubino se pueden resumir en los siguientes:

Problemas físicos para poder procrear mediante la relación sexual directa; Cuando asisten con los especialistas para que les den opciones para la procreación, tienen el ánimo de la concepción, así como de ser padres genéticos o con gameto masculino donado (esperma), con las obligaciones y derechos que ello implica;

Deben contar con los recursos económicos necesarios para llevar a cabo todo el procedimiento de la maternidad subrogada; y consecuentemente están en la

posibilidad económica de brindarle a su hijo un nivel de vida decoroso. Amor.

5.1.4 TENDENCIAS JURÍDICAS EN OTROS PAÍSES

En la doctrina italiana, se han escuchado voces que califican de nulo cualquier pacto que tenga por objeto que se lleve la gestación de un feto en el cuerpo de otra mujer que no sea su madre genética, mientras que otros se inclinan por compararlo con la figura de la adopción. Para este último caso se debe tomar en cuenta la renuncia de la relación materno filial a cargo de la madre sustituta, con la finalidad de que el bebé sea legitimado pro su padres biológico y la esposa de éste; sin embargo, algunos doctrinarios han señalado que no sea obligatoria la cláusula de entrega del hijo.

En Holanda la mayor parte de la doctrina se ha manifestado en contra del contrato de maternidad subrogada, toda vez que lo han considerado nulo argumentando la ilicitud del objeto del mismo; es más, consideran el pacto de la entrega del menor contrario a la moral y el orden público.

En sentido similar se han pronunciado los juristas en Puerto Rico, para quienes este contrato no es válido, argumentando que el cuerpo humano está fuera del comercio y ser contrario al orden público acordar la procreación de un hijo, así como la renuncia a la relación materno filial.

En Canadá se ha dicho que el contrato de maternidad subrogada supone el alquiler de las funciones y de los órganos reproductivos de la mujer, lo que hace

dudar sobre la validez del objeto del contrato, sumado a ello, es contrario al orden público el pacto a través del cual se renuncie a la patria potestad al momento del nacimiento del producto.¹²⁷

Es importante dejar claro que las opiniones que se han vertido datan de los años sesenta a ochentas, precisamente cuando estaba, por así decirlo, de moda el tema de la maternidad subrogada. Afortunadamente hoy en día, muchos tabús han desaparecido porque en la práctica la gente se ha dado cuenta de los aspectos positivos de este método de reproducción asistida, y también de sus contras. La opinión que sobre el particular se pudiera emitir hoy en día podría atender a criterios más objetivos, y con plena conciencia de que el objeto del contrato no es el niño o niña; el argumento de que el cuerpo humano está fuera del comercio ha sido rebasado ya, principalmente, cuando observamos el trasplante de órganos. En todo caso el punto más cuestionable hoy en día es el lucro que se pudiera obtener de la firma de un contrato de maternidad subrogada a favor de la madre sustituta. ¿Está moral y jurídicamente facultada la mujer para cobrar honorario alguno por el uso de su útero para satisfacer las necesidades reproductivas de una pareja ajena a ella?, ¿Puede ser objeto de un contrato la entrega física de un niño que no comparte sus mismos genes?, ¿Se puede renunciar a la relación materno filial, cuando se sabe que el producto lo ha llevado en sus entrañas?

¹²⁷ Cfr.- **GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS**, Maricruz, Op. Cit. pp, 207 a 210.

La respuesta que se de a las anteriores interrogantes, pienso que nunca será coincidente y unánime entre los que lleguen a tocar la materia. Para sostener la validez de este contrato se tendría que decir que sí, siempre y cuando se atienda a los intereses del menor, de quienes pretenden procrear y por supuesto, de la intención y voluntad de la madre sustituta.

Esto significa que el menor estará mejor cuidado y atendido en el hogar de los padres genéticos, claro, siempre y cuando ellos no puedan procrear de la manera más natural y bajo la autorización de un especialista. Además se requiere la existencia de una mujer que física y mentalmente sea apta para entender y pactar el uso de su útero en beneficio de una pareja imposibilitada para la procreación, y que al mismo tiempo esté conciente de que el producto que lleve en su interior no le es propio, no sólo desde el punto de vista genético, sino porque así ha manifestado su voluntad, al no querer que en ella recaigan los efectos de la relación materno filial.

5.2 PROPUESTA DE REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Ante la ausencia de normas en nuestro Código Civil, se hace necesario proponer la regulación en el mismo de la maternidad subrogada, para lo cual tomaremos en consideración experiencias vividas en otras entidades, debido a que ya existen propuestas legislativas en la materia que nos ocupa, tal es el caso del Estado de Tabasco. En este Código Civil se otorgan efectos jurídicos a la maternidad subrogada, en el segundo párrafo de su artículo 347. Sin embargo por falta de

técnica legislativa fue ubicado en un lugar inadecuado, y su redacción resulta poco afortunada. No obstante, se debe reconocer el esfuerzo por tratar de regular una materia inédita en nuestro país, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 347.- Respecto del padre.

Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.

*Sin embargo, como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, **se presumirá madre legal a la mujer que contrata**, ya sea que ésta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando como resultado de una transferencia de embrión, **la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.**”*

A continuación se realiza una breve crítica de aquellos puntos en que es posible mejorar la reforma, a efecto de que en la propuesta sustentada en esta tesis, todos ellos se subsanen.

El texto del artículo 347 del Código de Tabasco, está dentro de las disposiciones

que corresponden al capítulo titulado **“De las pruebas de filiación de los hijos cuyos padres no fueren cónyuges”**. Desde mi punto de vista es errónea la colocación, ya que este método también se puede presentar en el matrimonio, pues muchos de ellos están impedidos, por causas orgánicas, a tener descendencia de la forma más natural, por lo que acuden a los expertos con la finalidad de que les brinden alternativas de procreación, por lo tanto deberá de estar en el capítulo general de la filiación.

Por otro lado no comparto la idea de que se ubique tan solo como una prueba de la filiación, pues esta circunstancia se puede probar por otros medios jurídicos. Es preferible que la redacción del precepto normativo se sitúe dentro de la filiación.

Por una cuestión de sistemática, esta reforma no puede ubicarse en el tema de la paternidad, ya que en realidad está regulando la presunción de la maternidad, por tanto el rubro debía ser “Respecto de la madre”; en segundo lugar, no debe decirse que se presume madre legal, más bien debe definirse la maternidad para todos los efectos legales. Asimismo, todas las mujeres que intervienen contratan, por lo que es poco afortunada la expresión “madre contratante” y “la mujer que contrata”.

La ubicación correcta en nuestro Código Civil sería posterior al artículo 381, partiendo de la premisa de que la maternidad no siempre es cierta, debido a que ahora podremos tener mujeres que alumbren y que genéticamente no debe ser considerada como madre y en tal virtud se hace necesaria una definición de

maternidad. Además, es bien sabido que la maternidad como producto de la filiación no depende del estado familiar o civil que guarde la mujer, por lo que es susceptible de darse dentro o fuera del matrimonio.

En consecuencia, lo correcto sería que para satisfacer una metodología congruente con la sistemática de nuestro Código Civil y al no ser posible contar con un nuevo Código, se agregara, como propuesta, un artículo Bis, cuyo texto se desarrolla más adelante.

5.3 JUSTIFICACIÓN DE LA REFORMA LEGAL

Uno de los problemas que más ha atraído la atención de los sociólogos del derecho es la de poder determinar qué factores sociales son los que deben provocar un cambio en el derecho.

Cabe hacer notar que a la sociología del derecho tan sólo le interesan aquellas causas ajenas al derecho, como lo son: factores económicos, políticos, sociales y morales que influyen en las transformaciones que sufre el sistema jurídico. En relación a los cambios en la familia, textualmente dice *Manuel Rodríguez Lapuente*: “Pero un hecho que la historia y la sociología comprueban cotidianamente, es que la sociedad, por ser una entidad viva, se mantiene en un proceso de permanente cambio. Podemos percibir muy claramente las transformaciones sociales a través del tiempo si pensamos solamente en la más sencilla de las sociedades, que es la familia; como el nacimiento de los hijos y su crecimiento van cambiando su composición, sus relaciones internas y externas,

sus pautas de conducta y su problemática jurídica."¹²⁸

La familia como ente social vivo y dinámico cambia y se transforma, es decir se adecua a su propio tiempo y espacio, y el derecho debe regular los nuevos fenómenos sociales, sin importar que le guste o no, simplemente debe proseguir su camino.

Considero que algunos criterios éticos nos darán la pauta para contestar las preguntas formuladas al inicio de este trabajo. Estoy convencida de que las respuestas a nivel moral son el punto de partida para la construcción o actualización de toda legislación. Se podrá estar de acuerdo o no con los criterios pero lo que es claro, es que ante realidades nuevas, como es el caso, no existe proyecto de ley o legislación que no suponga una toma de posición ético antropológica que sirva de base para toda su elaboración. En este entendido ¿qué se puede decir desde el punto de vista ético?

Por lo pronto, creo que la ética que mejor responde a los problemas que plantea la genética actual, es la personalista. Entendiendo por ésta la que considera como criterio objetivo de valoración moral a la persona, su inviolabilidad, autonomía y dignidad, así como sus fines y su proyecto histórico de vida.

La persona se nos manifiesta como *una* realidad simultáneamente biológica y racional, individual y comunitaria, completa y perfectible. Esto significa, entre otras cosas, que la persona no se agota en su estructura y dinamismo físicos; por lo

¹²⁸ **RODRÍGUEZ LAPUENTE**, Manuel, "El derecho de familia y los nuevos paradigmas", Tomo III. Rubinzal y Culzoni editores. Argentina; 2000. p, 161.

tanto, no debe ser el orden natural biológico el criterio único de moralidad. Sacralizar el carácter biológico de la persona ha llevado a muchos moralistas a excluir todo tipo de intervención humana en los procesos naturales dando lugar, no pocas veces, a una ética dogmática, absolutista pero, sobre todo, inhumana. Si la técnica auxilia a la persona en el cumplimiento de sus fines y permite, a través de los métodos de reproducción asistida, superar una carencia grave como es la esterilidad, que afecta entre un 10 y 15% de las parejas en edad de procrear, no hay razón para evitar *a-priori* su puesta en práctica. El método de reproducción asistida, a través de la maternidad subrogada, como tal, no es censurable, suple deficiencias en el proceso reproductor de la pareja.

Pero, de igual manera, si privilegiamos la racionalidad de la persona sin limitación alguna a sus deseos, intereses o preferencias podría conducirnos a una falta de respeto a su dignidad e integridad que *también* se traduce en un desarrollo biológico ordenado. Por lo que, si la maternidad subrogada, como método de reproducción asistida tiene como finalidad fundamental superar la esterilidad para facilitar la procreación, su aplicación tiene sentido cuando otros medios terapéuticos se han descartado por inadecuados o ineficaces. De no mediar la esterilidad no se justifica su uso para satisfacer, únicamente, los deseos de la pareja, mucho menos para ir con la moda, por simple esnobismo o fines estéticos.

Pienso que el matrimonio es el ámbito ético-jurídico-social aceptable para la realización de este método de reproducción asistida. Deliberadamente me ubico en el *derecho del hijo* a una vida estable y rechazo la idea de que exista en la

mujer un *derecho al hijo* que haría a este último, que es fin en sí mismo, un medio al servicio de los deseos o intereses de otra persona. Desde este punto de vista, las parejas homosexuales, la mujer soltera y las personas en unión inestable no deben tener acceso al uso del método de fertilización in Vitro o transferencia de cigotos, para que en el útero de otra mujer se gesté el hijo. Reitero, el derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto que exija su cumplimiento al margen del derecho del hijo a una vida ética, jurídica y socialmente estable. La maternidad-paternidad deben entenderse en función del hijo y no al revés, Con todo, pienso que no debe excluirse del acceso a este método de reproducción asistida a las parejas estables no casadas, entendiendo por éstas "a la pareja heterosexual que mantenga una relación similar al matrimonio, y asuma, respecto de los hijos, los derechos y obligaciones de aquél".

Es cierto que la carencia actual de regulación de las condiciones en que se desarrollan las uniones *de facto* por lo que hace a un acuerdo sobre el tiempo mínimo de duración, la ausencia, en muchos casos, de una aceptación pública y los derechos y obligaciones que contrae la pareja, no ofrece un contexto de seguridad apropiado para el buen desarrollo del hijo. Pero si éste es el tipo de razones para impedir su acceso a este método, pienso que no son insuperables y más que un rechazo debe hacerse un esfuerzo ético y jurídico para hacer compatible el derecho de la pareja estable a formar familia y el derecho del hijo a un clima de plena seguridad y aceptación social.

Ahora bien, una vez que se ha analizado que el contrato de maternidad subrogada es jurídicamente viable, entonces ello conlleva a que deba definirse concretamente en nuestro Código Civil, el concepto de “maternidad”, ante la posibilidad científica y jurídica del uso de esta nueva tecnología, por lo que me atrevería a decir, que se debe reputar como madre aquella persona que tiene el ánimo de procrear una nueva vida, pero que por un impedimento físico no puede por sí sola, por lo que debe recurrir a otra mujer, para que dentro de su matriz se geste el feto, como método de procreación asistida, Pero junto a la maternidad intencional afectiva como causa formal me parece que como causa material correspondiente debe considerarse el aporte genético de la pareja. Es éste el que individualiza o concreta la razón formal de la maternidad. Y es en la unidad de ambas causalidades, material y formal, que se define propiamente la maternidad.

5.4 TEXTO DE LA DISPOSICION PROCEDENTE

... **Artículo 381-Bis.-** “La maternidad es el vínculo jurídico que une a una mujer que desea que se surtan en su persona todos los efectos de la filiación, sin importar que para ello se valga de la adopción, o de alguna técnica de reproducción asistida, aunque en ella intervenga alguna otra mujer, ya sea que aporte o no el óvulo o para que dentro de su cuerpo, ya sea matriz, aparato reproductor, o útero, se geste el producto de la concepción.

En este último supuesto se le denominará maternidad subrogada, y quienes consientan en el acto, deberán hacerlo ante la presencia del Juez de lo Familiar o, quien en representación del Estado habrá de aprobar o desaprobar en su

realización mediante el procedimiento que al efecto disponga el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y consecuentemente para que se surtan los efectos jurídicos conducentes.”

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La familia es un ente social vivo y dinámico y con el avance de la ciencia y la tecnología es posible lograr la procreación en las parejas infértiles o estériles, por lo tanto esta institución se ha impactado de manera inevitable, obligando a los juristas se cuestionen sobre la naturaleza de los vínculos que hacen que un grupo de personas, en sentido estricto, se reputen miembros de una familia, cuando se utilizan los diferentes métodos de reproducción asistida. Precisamente, la práctica de la maternidad subrogada y la fecundación in vitro son procedimientos procreativos que han generado serios cuestionamientos sobre la tradicional concepción de la familia, específicamente con respecto a la filiación, institución regulada por el derecho de familia.

SEGUNDA.- El derecho no crea a la familia, ni sus relaciones, este mecanismo funciona a la inversa. El derecho observa y regula el fenómeno familiar, tanto el personal como los vínculos que surgen a su interior y frente a terceros.

TERCERA.- Habitualmente, se ha distinguido el derecho público del privado por el interés jurídico tutelado, y en el caso del derecho de familia, el interés digno de tutela va más allá de los de carácter meramente individual, por virtud de la imperatividad de sus normas en donde poco interviene la autonomía de la voluntad. Esto se debe a que sus normas son irrenunciables, intransmisibles y algunas de ellas, de ejercicio obligatorio, dejando poco espacio para la transacción.

CUARTA.- Asimismo, un sector de la doctrina sostiene que el derecho de familia parte del derecho civil, pero no sólo hay una disyuntiva en este aspecto, sino que además, los autores han dejado de creer en la dicotomía clásica del derecho, en privado y público, pues advierten que en medio de ambas está el derecho social, y que se desprenden de ella: el derecho familiar, el derecho agrario y el derecho laboral.

QUINTA.- Este debate responde a la necesidad de orientar en la práctica los pactos que se celebran entre las personas y que impactan las relaciones familiares, como en el caso específico de la presente investigación, el contrato de maternidad subrogada.

SEXTA.- Tomando en cuenta los linderos de la autonomía de la voluntad y lo que debe ser objeto de transacción, en cuanto a la existencia y validez del acto jurídico familiar contenido en el contrato de maternidad subrogada, debe reflexionarse en primer término que la maternidad subrogada es un acto voluntario que se ejecuta con discernimiento, intención y libertad, donde la filiación es el aspecto jurídico más importante a considerar en la utilización de este método, porque no obstante conforme a los principios actuales del derecho, ésta no puede ser objeto de transacción o convenio, ni de compromisos en árbitros, en el caso de la maternidad subrogada, este principio necesariamente se altera; por ello, el objeto del contrato para la madre primigenia o genética a manera de subrogación, tendrá que ser precisamente el que en ella recaigan los derechos y obligaciones propios de la filiación.

SÉPTIMA.- No debe extrañar que a partir de los primeros éxitos obtenidos en los diferentes métodos de reproducción asistida (inseminación artificial, transferencia de gametos, transferencia de cigotos y fertilización *in Vitro*), los avances alcanzados y las perspectivas a futuro sean asombrosos. Como era de esperarse, paralelamente a los avances técnicos, se ha desarrollado una fecunda reflexión moral y jurídica que ha puesto a prueba los principios de cada una de las grandes teorías, oscilando las respuestas entre las que pugnan por un rechazo a toda interferencia de la técnica en los procesos naturales reducidos, por lo general, a los biológicos, hasta las que aceptan indiscriminadamente cualquier interferencia bajo criterios crudamente utilitarios.

OCTAVA.- Sabemos que dado el embrión por fertilización *in vitro* se procede a su traslado en el útero de la madre. Pero, en el caso de que ésta no pudiera gestarlo, supuesto específico que fue tratado en la presente tesis, ¿se justifica, éticamente, su implantación en el útero de otra mujer, la llamada con propiedad, maternidad subrogada?, ¿qué criterio debe seguirse para determinar la maternidad: el genético, el gestante o el intencional-afectivo?.

NOVENA.- A los problemas éticos se suman los problemas jurídicos con todas sus sutilezas, por lo demás necesarias, si se quieren proteger adecuadamente los derechos de todos los actores implicados: las personas que solicitan el método, los hijos nacidos por el método, y los terceros que pueden o no intervenir, donantes y madres sustitutas.

DÉCIMA.- La nueva realidad, no cabe duda, es un reto a la imaginación del jurista quien se ha visto en la necesidad de replantear algunas instituciones clásicas de derecho civil que ya resultan incompletas o simplemente ineficaces, como la que se abordó en esta tesis, referente a lo que jurídicamente debe considerarse como “maternidad”, cuando por los métodos de reproducción asistida se hace necesario la participación de dos mujeres.

DÉCIMO PRIMERA.- Los supuestos específicos que abordó esta tesis, son: el de la gestación por otra mujer del embrión, con aportación de los gametos de la pareja o, cuando en la pareja, el hombre es infértil y la mujer es estéril, por lo que ésta aporta su gameto para ser fecundado con esperma donado, y se gestó en otra mujer. Es importante precisar, que la posibilidad de la gestación en útero ajeno con aportación del óvulo de la propia gestante, cae dentro de la inseminación artificial con donante, el cual a mi punto de vista debe ser tratado como adopción, y por lo mismo no entró como tema de estudio.

DÉCIMO SEGUNDA.- A la sola gestación en útero extraño no le veo impedimento ético alguno para que se pueda llevar a cabo, siempre y cuando se realice con los gametos de la pareja o incluso con el femenino de quien desea ser madre y el esperma de donador. Como es obvio, la noción que está implícita en la afirmación anterior es la de maternidad y aunque los informes y los proyectos de legislación se están inclinando por privilegiar la maternidad de gestación, los criterios no son tan claros.

DÉCIMO TERCERA.- Por lo que, desde mi punto de vista, la razón formal, lo que especifica la maternidad es la intención, deseo o voluntad de ser madre, con todo lo que esta intención significa en términos de cuidado, afecto, alimentos. Esta razón es determinante, por ejemplo, para justificar la adopción y no sólo la adopción limitada, que es la que acepta nuestra legislación vigente (402 del Código Civil para el Distrito Federal), sino la adopción plena por la cual el niño se integra totalmente a la familia de los adoptantes. Pero junto a la maternidad intencional afectiva como causa formal me parece que como causa material correspondiente debe considerarse el aporte genético de la pareja. Es éste el que individualiza o concreta la razón formal de la maternidad. Y es en la unidad de ambas causalidades, material y formal, que se define propia y jurídicamente la maternidad.

DÉCIMO CUARTA.- Así, la gestación, que indudablemente conlleva un valor físico y afectivo reforzador que contribuye a la plenitud de la maternidad, hoy en día, con los avances científicos alcanzados para la procreación, ya no puede considerarse como el elemento indispensable para determinar el concepto de maternidad.

DÉCIMO QUINTA.- De ahí que bajo ciertas condiciones -y entre ellas una de las más importantes es la mediación de un contrato de maternidad subrogada- no veo razón para que no se pueda auxiliar a la mujer que está incapacitada para gestar, a través de un útero sustituto. Coincido, en este punto con Merino Gutiérrez cuando afirma que "en los casos de utilización de útero ajeno la gestación sustituta es secundaria respecto al material genético incorporado".

DÉCIMO SEXTA.- En esta línea sería partidaria de inscribir la filiación como matrimonial o no matrimonial en las condiciones ya señaladas a lo largo del quinto capítulo, de que concurra un acuerdo previo, antes de la implantación del embrión, que conste por escrito en documento público, entre la pareja y la mujer portadora, ante autoridades del Estado; un documento del centro donde se practicó la implantación asegurando que el material genético corresponde efectivamente a la pareja y, por último, la ausencia de oposición de la gestante sustituta para entregar al bebé que no es su hijo, una vez que ya ha dado a luz.

DÉCIMO SÉPTIMA.- Conciente de que sin lugar a dudas quedan puntos a discutir respecto a la maternidad subrogada, también creo que no está lejos el día en que se pueda gestar a la criatura a través de placenta artificial desde las primeras semanas o incluso desde la fecundación, lo que, seguramente, sería otra alternativa para solucionar los casos de incapacidad gestativa que conllevarán a nuevas situaciones jurídicas.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA ROMERO, Miguel, y Eduardo **LÓPEZ BETANCOURT**, *Delitos especiales*, 4ª edición. Porrúa. México, 1998.

ARANGO, Rodolfo, “¿Hay respuestas correctas en el derecho?”, Ediciones Uniandes. Colombia; 1999.

BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto, “Derecho constitucional”, Cárdenas Editor y distribuidor. México, 1979.

BAQUEIRO ROJAS, Edgard y **BUENROSTRO BÁEZ**, Rosalía, “Derecho de familia y sucesiones”, Editorial Harla. México; 1990.

BARBERO SANTOS, Marino, “Ingeniería genética y reproducción asistida”, Benza. España; 1989.

BELLUCIO, Augusto C. “Derecho de familia. Tomo I”, Ediciones Depalma. Argentina; 1975.

BERLÍN VALENZUELA, Francisco, “Derecho parlamentario”, Fondo de cultura económica. México; 1995.

BUEN LOZANO, Néstor de, “La decadencia del contrato”, 2ª edición. Porrúa. México; 1986.

CASTÁN TOBEÑAS, José, “La crisis del matrimonio”, España; 1914.

CASTILLO VELASCO DEL, José María, “En sayo sobre el derecho administrativo mexicano”, Tomo I, UNAM. México; 1994.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, “La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares”, 2ª edición. Porrúa. México; 1990.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, “La Familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares”, 3ª edición. México; 1999.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, “La Familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno filiales”, 3ª edición. México; 1997.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, “La familia en el derecho”, 5ª edición. Porrúa. México; 1999.

DÍAZ BRAVO, Arturo, “Contratos mercantiles”, 7ª edición. Harla. México; 1997.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Editorial Astrea. Argentina; 1992.

GALÁN CORTÉS, Julio César, “Bioética práctica, legislación y jurisprudencia”, Editorial Colex. España; 2000.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Derecho Civil”, 3ª edición. Porrúa. México; 1979.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Derecho civil primer curso”, Porrúa. México; 2000.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, “Introducción al estudio del derecho”, Editorial Porrúa, S.A. México; 1985.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “La fecundación in vitro y la filiación”, Editorial Jurídica de Chile; 1993.

GÓMEZ LARA, Cipriano, “Teoría general del proceso”, 8ª edición. Harla; México; 1990.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. Derecho legislativo, “Diccionario de términos parlamentarios”, Miguel Ángel Porrúa, grupo editorial. México; 1998.

GUASTINI, Ricardo, “Estudios sobre la interpretación Jurídica”, 4ª edición. Editorial Porrúa, S.A. y UNAM. Traducción: Miguel Carbonell y Marina Gascón. México; 2002.

GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián, “Derecho de familia”, México; 1972.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, “Derecho de las obligaciones”, 4ª edición. Porrúa. México; 2002.

HAGHENBECK ALTAMIRANO, Javier, “La bioética, un reto del tercer milenio”, UNAM. México; 2002.

IBARROLA, Antonio de, “Derecho de familia”, Porrúa. México; 1978.

KUTHI PORTER, José, **MARTINEZ GONZALEZ**, Oscar, **TARASCO MICHEL**, Martha, “Temas actuales de bioética” Universidad Anahuac y Porrúa, México 1999.

LACRUZ BERDEJO, **LUNA SERRANO** y **RIVERO HERNÁNDEZ**, “Parte general del derecho civil”, Vol. 3ro, el derecho subjetivo. José María Bosch editor. España; 1990.

LASTA LASTRA, José Manuel, “Fundamentos de derecho”, Porrúa. México; 2001.

LEVY, Lea M. e **IÑIGO**, Delia B. “Bioética y derecho”, Rubinzal-Culzoni editores. Argentina; 2001.

LOUZÁN DE SOLIMANO, Nelly y **TRINCAVELLI**, Nélica, E. “Derecho civil. Parte general”, Ediciones Depalma. Argentina; 1991.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “Instituciones de derecho civil”, Tomo II. Porrúa. México, 1987.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “Instituciones de derecho civil”. Tomo III, Porrúa. México; 1988.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, “Instituciones de derecho civil. Tomo V”, Porrúa. México; 1990.

MARTÍNEZ ALARCÓN, Javier, “Teoría general de las obligaciones”, Oxford University Press. México; 2000.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín, “Teoría de las obligaciones”, 8ª edición. Porrúa. México; 2001.

ORTEMBERG, Osvaldo, “La mujer y la ley”, Editorial Biblos. Argentina; 1995.

ORTIZ URQUIDI, Raúl, “Derecho civil. Parte general”, Porrúa. México; 1986.

OSORIO MORALES, Juan, “Lecciones de derecho civil”, Editorial Comares. España; 1996.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓZ, Manuel, “Derecho de familia”, Universidad de Madrid. España; 1989.

PÉREZ DUARTE Y N., Alicia Elena, “Derecho de familia”, UNAM. México; 1990.

PEREZ DUARTE Y N., Alicia Elena, “Genética humana y derecho a la intimidad”, UNAM, México 1995.

PINA VARA, Rafael de, “Elementos de derecho civil mexicano. Introducción, personas y familia”, Vol I. 18ª edición. Porrúa. México; 1993.

RECASENS SICHES, Luis, “Sociología”, Porrúa. México; 1980.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco.- La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial.- Ponencia

presentada al Congreso de Filiación; II Congreso Mundial Vasco, 28 de septiembre a 2 de octubre de 1987.

RODRÍGUEZ LAPUENTE, Manuel, “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”, Tomo III. Rubinzal y Culzoni editores. Argentina; 2000.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Compendio de derecho civil I”, 21 edición. Porrúa. México; 1986.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Derecho civil mexicano. Introducción y personas”, 8ª edición. Porrúa. México, 1997.

ROMEO SOTO, Julio, “Curso de sociología jurídica”, Ediciones librería del profesional. México; 1990.

RUGGIERO, Roberto, “Instituciones de derecho civil”, Tomo II. Vol II. Editorial Reus; España; 1978.

RUÍZ LUGO, Rogelio A. *La adopción en México, Historia, doctrina, legislación y práctica*, Ed. Rusa, México, 2002.

SÁNCHEZ MÁRQUEZ, Ricardo, “El parentesco en el derecho comparado”, Porrúa. México; 2003.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, “De los contratos civiles. Teoría general del contrato”, 17ª edición. Porrúa. México; 1999.

VON LISZT, Franz, "Tratado de derecho penal", Tomo I, Editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México; 2003.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.
- Código Civil del Estado de Guerrero.
- Código Civil del Estado de Morelos.
- Código Civil del Estado de Tabasco.
- Código Civil del Estado de Querétaro.
- Código Familiar del Estado de Hidalgo.