

UNIVERSIDAD OPARIN
ESCUELA DE DERECHO

CLAVE DE INCORPORACIÓN U.N.A.M. 8794
PLAN 09 AÑO 93

“LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO MODALIDAD DE LA
REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ORTEGA MARTÍNEZ ADRIANA

ECATEPEC. ESTADO DE MÉXICO, 2007.



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.

A Dios :

Por la oportunidad

De vivir, aprender,

Amar, respetar y servir.

A mis Padres :

Ejemplo de Honradez

De cuyo amor me he

Alimentado y todo he

Recibido.

A mi Hermano y Amigos :

Por su apoyo y Comprensión.

Porque mucho tuvieron que

Ver con este paso y por ser

Parte de mi vida.

A la Lic. Leticia Ascencio Millán :

Porque sin su apoyo y

Guía, este trabajo no

Hubiese sido posible.

A la Universidad Oparin :

Por formar parte esencial

En mi educación y fomentar

Mis valores como Profesionista.

ÍNDICE

Página

Introducción	I
CAPÍTULO I LA FILIACIÓN, PATERNIDAD Y MATERNIDAD.	1
A. Antecedentes de la Filiación.	2
1. Evolución Histórica.	2
2. Legislación Comparada.	9
a. América.	10
b. Declaraciones Internacionales.	13
c. México.	15
B. Conceptos.	20
1. Maternidad.	21
2. Paternidad.	23
3. Filiación.	26
C. Clasificación de la Filiación.	28
1. Filiación Legítima.	28
2. Filiación Natural.	30
3. Filiación Legitimada.	32
4. Filiación como Estado Jurídico.	34
D. Parentesco.	35
1. Concepto.	35
2. Clases.	36
3. Líneas y Grados.	39
4. Efectos.	41
CAPÍTULO II ACTOS JURÍDICOS.	44
A. Definición.	45
1. Hecho Jurídico.	46
2. Acto Jurídico.	47
B. Clasificación de los Actos Jurídicos.	49
1. Unilaterales, Bilaterales.	49

2. Título Gratuito, Oneroso.	50
3. Entre Vivos, Por Causa de Muerte.	50
4. Positivos, Negativos.	51
C. Elementos de Existencia y de Validez de los Actos Jurídicos.	51
1. Elementos de Existencia.	51
a) Manifestación de la Voluntad.	52
b) Objeto física y jurídicamente posible.	53
c) Reconocimiento por la Norma Jurídica.	53
d) Inexistencia.	55
2. Elementos de Validez.	56
a) Capacidad.	56
b) Ausencia de Vicios de la Voluntad.	58
c) Licitud en el Objeto, Motivo o Fin.	61
d) Formalidad de los Actos Puramente Consensuales y Actos Solemnes.	62
e) Nulidad de los Actos Jurídicos.	64
D. Modalidades de los Actos Jurídicos.	67
1. Término.	67
2. Condición.	68

CAPÍTULO III LA MORAL Y EL DERECHO.	71
A. Derecho y Religión.	72
B. Relaciones entre Derecho y Moral.	75
C. Marco Legal en la Reproducción Asistida.	78
1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	80
2. Ley de Salud en México.	83
3. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.	88
4. Código Civil para el Distrito Federal 2007.	90
5. Código Penal para el Distrito Federal 2007.	95
6. Derecho Comparado.	97

a) Código Civil para el Estado de Tabasco 1997.	97
CAPÍTULO IV TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.	102
A. Inseminación Artificial.	103
B. Inseminación Intrauterina.	112
C. Fecundación In Vitro.	113
D. Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones realizado con Gametos provenientes de la pareja.	120
CAPÍTULO V MATERNIDAD SUBROGADA.	123
A. Concepto de Maternidad Subrogada.	124
B. Las Partes.	133
C. Naturaleza Jurídica.	136
D. Elementos Esenciales y de Validez.	138
CAPÍTULO VI ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	142
CONCLUSIONES.	156
PROPUESTA.	161
BIBLIOGRAFÍA.	167

INTRODUCCIÓN

Desde la aparición de los fenómenos relacionados con la nueva tecnología reproductiva en nuestra vida cotidiana, las personas que nos dedicamos al estudio del derecho de familia hemos realizado esfuerzos por definir este nuevo campo de estudio y precisar los alcances que ello puede tener en las relaciones jurídico-familiares.

El primero de los problemas que se evidenció fue que la biotecnología hizo su aparición en las familias en un marco jurídico demasiado estrecho, el cual aún no ha podido resolver viejos conflictos, impactándolo profundamente, a pesar de que nos negamos a reconocer esta incidencia, este impacto.

Efectivamente, en el ámbito del derecho de familia las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad. Sabemos que, en nuestro sistema jurídico, la maternidad es siempre cierta; que, para el derecho, el padre es el marido de la madre; que, según nuestras normas, a cada hijo o hija sólo puede atribuírsele un padre y una madre. Sin embargo, la biotecnología, y, muy en especial, las técnicas de fecundación asistida -que ya forman parte de nuestra cotidianidad-, nos enfrentan a hechos que cuestionan desde sus orígenes estos principios que parecían incuestionables. Incluso me atrevo a afirmar que desquician la institución de la filiación porque no sólo complican la investigación del vínculo paterno-materno-filial sino que desarticulan los mismos conceptos de maternidad y paternidad.

¿Por qué? ¿Cómo? Son las preguntas que inmediatamente surgen, dado que la aplicación de estas técnicas hace surgir por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre. Respecto de la paternidad, aparece, junto con el varón que genéticamente es el padre por ser quien aportó los gametos masculinos para la concepción, otra figura que es el padre social, es decir, aquel que desea asumir todas las responsabilidades respecto de la paternidad; éste puede ser el marido o concubino de la madre o simplemente un varón soltero que desea tener hijos

solicitando la colaboración de una mujer que acepte aportar los gametos femeninos y llevar a cabo el embarazo para, después, entregar el hijo o hija a dicho varón.

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

Las discusiones éticas en torno a esta problemática son largas y apasionadas. Circunscribiendo exclusivamente la discusión a la institución de la filiación, los extremos se plantean entre quienes alegan que no es necesario reformar la legislación, las reglas para determinar la paternidad o maternidad son muy claras; quienes mencionan que estas prácticas deben prohibirse atentan contra la dignidad humana, mas yo afirmo que se debe revisar profundamente la norma ya que ha quedado obsoleta y, por tanto, resulta insuficiente para responder a los problemas que se plantean hoy en día.

En otro orden de ideas, es importante tener presente que la reproducción asistida, además de ser objeto de estudio en el contexto de la filiación, lo es también en el ámbito de los derechos humanos desde tres vertientes: los derechos reproductivos, el derecho a la protección de la salud y el derecho a conocer los propios orígenes. En el ámbito de la filosofía y la filosofía jurídica, por el problema que conlleva, para la dignidad del ser humano, la experimentación con gametos, fluidos, tejidos y embriones humanos. En el derecho penal, por la tutela de la seguridad de las personas -que, con estas manipulaciones, se ve afectada en lo relativo a la certeza de su estado civil- y de la humanidad, por el riesgo que produce la experimentación biogenética ilimitada o limitada sólo por los recursos de la ciencia. Debe reglamentarse sobre la utilización de los diferentes métodos de procreación

asistida, haciendo especial referencia a la información y cuidados que deben darse a la mujer que recurre a estas técnicas; sobre la conservación de gametos, tanto masculinos como femeninos, y de los embriones; sobre la investigación y experimentación genética; sobre los centros en donde se llevan al cabo estas prácticas y sobre los cuales en otros países ya se ha legislado, o se está, en estos momentos, trabajando (es el caso de España y Suecia).

En México, desafortunadamente, existe todavía una corriente mayoritaria que se resiste a trabajar el tema y a legislar. Un ejemplo de ello es el recientemente aparecido Código Civil de Guerrero, cuyo anteproyecto contemplaba un capítulo en el que se establecían normas mínimas relacionadas con la reproducción asistida, pero por la poca apertura que tienen los legisladores de ese Estado, no fue aprobado y seguimos con una legislación limitada para las Técnicas de Reproducción Asistida.

Es importante legislar de manera amplia y tolerante con respuestas alternativas para la filiación, permitiendo el uso de las técnicas reproductivas cuando se observe un deseo de asumir la maternidad y la paternidad, en su caso, con responsabilidad y verdadero compromiso hacia el hijo o hija que naciere. Sin embargo, es importante establecer límites a las manipulaciones genéticas que atenten contra la dignidad humana.

Este equilibrio es difícil, sobre todo porque la comunidad científica no reconoce la pertinencia de una normatividad, pues muchos consideran que la investigación, aun en el campo de la genética, debe ser valorada por sí misma y no en atención a consideraciones éticas que le son ajenas.

Sustentando una serie de problemas muy propios, quedando fuera de la legislación actual, ya que, ni siquiera existe un lenguaje apropiado creando todo tipo de confusiones, dado que ya es frecuente escuchar de vida *In Vitro*, “Embriones Congelados”, “Madres Sustitutas o Postizas”, etc., es indiscutible que la Ciencia se ha adelantado para resolver las diferentes problemáticas de infertilidad, tanto por

parte de la madre, como del padre, pero aun así, insisto es al Derecho al que le corresponde crear la normatividad adecuada a dichos fenómenos, dado que el Derecho ha caminado más lentamente que la Ciencia, y que a medida que ésta avance, el Derecho debe hacer lo propio; el Derecho es dinámico porque las sociedades lo son, las sociedades evolucionan, por lo tanto, el Derecho no puede permanecer estático para poder satisfacer las necesidades diarias que nuestra sociedad contempla.

Genética, intimidad y familia. Tres vértices desde los cuales parece evidente la urgente necesidad de sentarnos a reflexionar sobre las estructuras familiares y aceptar, de una vez y para siempre, que las instituciones de derecho familiar sólo responden a una de las alternativas posibles de organización de la reproducción y la crianza. La naturaleza humana es muy compleja y encuentra nuevas formas de relacionarse, reproducirse, nuevas formas que deben estudiarse con tolerancia y darles cabida en el marco jurídico si realmente pensamos que el derecho es un instrumento para beneficio de la humanidad.

Es por lo que la participación e intervención del Derecho en materia de Reproducción Asistida es urgente, ya que si existe una serie de procedimientos biomédicos para llevar a cabo la fecundación artificial, son planteados y tratados en reglamentos de salud, debiendo ser contemplados en nuestro ordenamiento de tipo civil y penal.

CAPÍTULO I

LA FILIACIÓN, PATERNIDAD Y MATERNIDAD

A. ANTECEDENTES DE LA FILIACIÓN

En el presente capítulo abordaremos los temas de la Filiación, la Paternidad y la Maternidad, porque considero es la base principal en la cual se encuadra la propuesta de la presente tesis; así que se determinarán primeramente los antecedentes de la filiación, cómo se manejaba la figura en otras épocas así como las consideraciones sobre ella en cada uno de las diferentes culturas y países; posteriormente definiré cada uno de los preceptos para así comprender la relación paterno-filial que se genera entre padres e hijos y a su vez delimitar dicha relación o vínculo entre las partes que intervienen en ella y no puedan existir dudas entre quiénes son los padres de los hijos.

De igual forma trataré los tipos de filiación que existen, las pruebas para determinar dicha filiación, así como las demás cuestiones que se presentan a través de las mismas y, por último, el parentesco que se genera entre las personas que intervienen, para finalmente precisar la intervención de la filiación en mi propuesta de ley.

1.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Los hijos nacidos fuera del matrimonio, (filiación ilegítima o extramatrimonial), estuvieron colocados siempre, a través de los siglos y las distintas civilizaciones, en una situación de injusta inferioridad. Haciendo una revisión de las legislaciones antiguas, encontramos algunas que enfrentaron este problema con menor rigor, y otras que en cambio extremaron su severidad. Así tenemos el caso de:

Babilonia. Las normas que regulaban la sociedad babilónica se establecieron en el Código de Hamurabi. Según este ordenamiento la familia debía ser monogámica y la institución del matrimonio se regía por un contrato que hacía el marido, ante testigos, en el que señalaba las obligaciones de la esposa. El varón era la cabeza de la familia, ejercía y disponía libremente del manejo de los bienes.

En cuanto a la filiación, existieron dos clases: la legítima, que es la que existía respecto del padre con el hijo nacido de su esposa; y la filiación ilegítima o extramatrimonial.

El Derecho Babilónico permitía que un hombre casado reconociera al hijo que había engendrado con una esclava, permitiendo al mismo tiempo que tuviera derecho a una porción de la herencia, equivalente a la de los hijos legítimos. En caso de no ser reconocido por el padre, carecía del derecho a heredar, sin embargo, tanto la madre como el hijo adquirirían su libertad.

La filiación materna no era discutible, siendo con esto la cultura babilónica la precursora del que llegó a ser un principio romano: *mater semper certe est* (madre siempre cierta es).

Grecia. En la Grecia Arcaica existieron legisladores como Solón que mediante la ley que llevó su nombre (Leyes de Solón), clasificó a los hijos como: legítimos, quienes gozaban de todos los derechos, e hijos ilegítimos o extramatrimoniales a quienes se les excluía de la comunidad y además se les prohibía casarse.

Poco antes de que los romanos ocuparan territorios griegos se suavizaron las normas que regulaban la figura de la filiación, pero los hijos ilegítimos continuaron alejados de la sociedad y privados de derechos sucesorios.¹

Roma. En el antiguo mundo mediterráneo fueron establecidas normas que regulaban las relaciones familiares, las cuales no fueron acogidas en nuestro Derecho tanto como en otras áreas.

En un principio el parentesco reconocido era el que se adquiría por vía paterna. A este sistema se le llamó *agnaticio* (que procede de varón en varón), fue

¹ **Enciclopedia Jurídica Omeba.** Ed. Diskill, Buenos Aires Argentina, 1987, Tomo XII, pág. 210

hasta la aplicación del Derecho Justiniano en que tomó relevancia el parentesco por *cognaticio* (por la línea femenina entre descendientes de un tronco común), es decir, el parentesco que se establecía por derecho de sangre, ya que anteriormente los hijos nacidos de la misma madre no eran parientes, debido a que no se reconocía el parentesco resultante de la relación con la madre ni con la familia de ella. Todos los miembros de la *gens* (gente. Pluralidad de personas) estaban sujetos a la *patria potestas* (dominio quirriatico) del *pater familia* (padre de Familia).

Poco a poco fue quedando atrás la aplicación de las leyes creadas con la antigua ideología religiosa y tomó fuerza el *Corpus Iuris Civilis* (compilación de la obra legislativa de Justiniano) que consagraba normas que permitían el reconocimiento de lazos de parentesco (filiación) entre la madre, sus hijos y la familia de ésta, a la esposa *cum manu* (matrimonio que suponía poder de vida y muerte del marido sobre la mujer) y a la viuda *sine manu* (forma libre de matrimonio, donde la esposa retenía su independencia personal y financiera).

En un principio existieron grandes y marcadas diferencias entre los hijos legítimos, es decir, los que nacían producto de la celebración de *justas nupcias* (o aquellos que posteriormente eran legitimizados) y los hijos ilegítimos o extramatrimoniales.

A raíz de la aceptación del parentesco *cognati* (tienen un origen común) se consideraron parientes la madre y el hijo y, por lo tanto, se reconocieron la existencia de lazos filiales entre la madre, el hijo y los parientes de ésta, aplicando nuevamente en este sentido el principio *mater semper certa est*.

A los hijos extramatrimoniales se les clasificaba de la siguiente manera:

- *Liberi naturali*.- (los hijos siguen la condición de la madre) Hijos habidos con una concubina.

- *Adulterini*.- (que proceden del adulterio) Cuando la madre, el padre o ambos se encontraban casados al momento de su concepción.
- *Incestuosi*.- (Incestuoso) Producto de relaciones prohibidas por lazos de sangre.
- *Spuri*.- (son impuros) Cuando su madre había llevado una vida deshonesta.

Tenían derecho a la herencia de su padre, aunque en un porcentaje menor al de los hijos legítimos y además podían ser legitimados. Los demás siempre estuvieron relegados. Con la *capitis diminutio* desaparece la *agnación* (parentesco que procede de varón en varón) y se pierden las ventajas que brindaba.

Con el paso del tiempo todas las normas relacionadas con la filiación y, en general el parentesco, fueron suavizadas por la llegada de las ideas del Cristianismo.²

También se hablaba del problema tan antiguo de la Filiación por Reconocimiento de los Progenitores. El trato a los hijos fuera de matrimonio ha variado. En las legislaciones se muestra la tendencia a superar discriminaciones irritantes con miras a proteger al hijo de la situación de hecho creada, acercando, y posteriormente igualando a las personas nacidas extramatrimonialmente a la situación en que se encuentran aquellas que nacieron en matrimonio, sin que signifique esto, en modo alguno, promover esta filiación, pues siempre guardará un especial lugar dentro de la comunidad y dentro del Derecho la filiación matrimonial.

La protección y promoción del matrimonio y la familia de él no se obtendrá degradando a los hijos que ninguna culpa tienen de la conducta de sus progenitores, sino con la promoción del matrimonio, destacando y enseñando su importancia como 'compromiso Jurídico, público y permanente de la vida conyugal', que favorecen la

² Margadants, Guillermo Floris. **Derecho Romano** 21ª.ed., Ed. Esfinge, México, 1995, pág. 195

integración de la pareja en una unión plena, lo que se logrará por el testimonio de los cónyuges.

Según el Derecho Romano, era hijo natural el nacido de concubina que fuese única, sola y habitase en calidad de tal en la misma casa del padre, siendo ambos libres o solteros y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio. El hijo que no era habido *ex concubinato* (ex cónyuge) sino *ex furtivo accessu aut stupro* (por vía de estupro -abuso-), de virgen o viuda honesta, las cuales podían ser concubinas, no se decía natural sino bastardo; en la vida de mujer pública no se denominaba natural ni bastardo, sino *'mácer'*.

La Ley del Toro (ley 1, Tít. 5, Lib. 10, Nov. Rec.): dispone que:

“... el hijo se designa natural cuando al tiempo que naciere o fuere concebido podía casarse su padre con su madre justamente sin dispensa, con tal de que el padre lo reconozca por su hijo; aunque no haya tenido la mujer de quien lo engendró en su casa ni sea una sola. No es ya pues necesario para que el hijo se diga natural, que nazca de concubina, y que ésta viva en la misma casa que el padre, ni que sea una sola, ni que pertenezca a la clase de las que pueden ser concubinas, ni que precisamente al tiempo de la concepción tenga que existir en los padres aptitud de casarse, con tal que si no hubo entonces, la haya después al tiempo del nacimiento. De manera que hoy en día, es y se llama hijo natural el habido de padre o madre que al tiempo de la concepción o el parto, podrían contraer entre sí, sin dispensa legítimo matrimonio, con tal de que el padre le reconozca por suyo o haya tenido en su casa a la madre”.³

En la evolución sobre los derechos según el origen de los hijos, observamos que al principio se diferenciaron entre legítimos e ilegítimos “... como caracteres amplios y rudos de la época antigua, donde se trataba a los hijos naturales con un rigor excesivo; se les sometía a esclavitud, se les privaba de toda clase de derechos, se les sacrificaba apenas nacidos y muchas veces junto con sus madres. En Grecia se les prohibía heredar y

³ Escriche, Joaquín. **Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia**. Ed. Librería Garnier Hermanos, París, 1876, pág. 793.

tomar parte en los sacrificios, y en las leyes del pueblo judío les negaban todo derecho de ciudadanía.”⁴

Edad Media. La influencia de la doctrina Cristiana cambia por completo el cuadro de las condiciones jurídicas de los hijos ilegítimos, pues si bien se inspira en principio a favor del matrimonio y, por ende, los hijos de bendición gozan de todas las facultades jurídicas frente a los extramatrimoniales, sin embargo, se suaviza extraordinariamente la situación de éstos, en contra de lo preceptuado en el Derecho anterior.

Con la influencia del Catolicismo se suavizaron las disposiciones romanas que se aplicaban en relación con la filiación, tanto las leyes romanas como las germanas eran demasiado estrictas respecto de los hijos extramatrimoniales; ya que habían llegado a considerarlos como seres ‘contaminados’ a los que se debía evitar, no podían ser testigos, ni desempeñar cargos de importancia, ni mucho menos casarse con personas de otra condición.

El derecho Canónico estableció normas que reconocían derechos a los hijos ilegítimos, concediendo alimentos sin tomar en cuenta su origen, además de que se permitía la legitimación de éstos si se presentaba el subsiguiente matrimonio de sus padres; como una forma de subsanar errores y consolidar la familia; los únicos que quedaban excluidos en esta posible ventaja eran los nacidos *ex damnato coito*.

En el Derecho Francés de esa época suscribieron, en esta materia, las normas de Derecho Romano, aunque algo aminoradas ya que se estableció que los padres tenían derechos morales hacia todos sus hijos, cualesquiera que fueran las condiciones de su nacimiento, y consideró el deber alimentario como una obligación sagrada.

⁴ Chávez Asencio, Manuel F. **La Familia En El Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales**. 3ª. ed., Porrúa, México, 2005, pág. 131

Las leyes Españolas. Las Partidas de Alfonso el Sabio no obligan al padre de hijos incestuosos, adulterinos o sacrílegos, ni a los parientes del mismo, a prestarles alimentos, pero tampoco se les prohibía, por consideraciones de piedad. En cambio, obligaba a la madre adulterina o incestuosa, y a los parientes de esta, a dicha prestación, de acuerdo con el principio *mater semper certa est*. Las partidas que establecen que estos hijos no pueden ser instituidos herederos por testamento, y si los padres, en contravención, les hiciesen legados o donaciones, las mismas podían ser invalidadas por los hijos legítimos o por un representante de la Corona. Pero no sucedía así con los bienes de su madre, ya que estos sí los podían heredar.

Época Contemporánea. A raíz de la Revolución Francesa cuyo espíritu era la igualdad entre los hombres, no era aceptable la condición en la que se obligaba a vivir a los hijos ilegítimos.

Mediante Decreto del 12 de Brumario del año II, se estableció la igualdad entre los hijos ilegítimos o naturales, dejando como siempre a un lado a los hijos incestuosos y adulterinos.

Posteriormente el Código Civil de 1804 (Código Napoleónico) restableció la desigualdad que se manifestó en épocas anteriores, pero sin llegar a los extremos de aquella época.⁵ A partir de este periodo, comenzó a manifestarse una corriente de opinión que consideraba esta segregación injusta desde el punto de vista legal, y contra la naturaleza si se enfocaba con un criterio biológico. El más elemental sentimiento de justicia se revelaba contra una solución jurídica que hacía recaer sobre seres inocentes el peso de culpas ajenas. Pero junto a esta corriente renovadora ha coexistido, frenándola y regulándola, un muy respetable temor de herir a la familia legítima, estableciendo una absoluta equiparación de los derechos de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Este es el problema del cual los

⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. Cit. ,pág. 211

legisladores modernos deben ocuparse; por sobre todo, y en primer término, no colocar al hijo extramatrimonial en una situación perversa, cualesquiera haya sido la circunstancia natural o legal de su nacimiento. La filiación debe ser un hecho jurídico resultante de una situación real, pero nunca debe actuar como un castigo de 'por vida'.

La clasificación que se aplicó a los hijos durante tantos años resultaba injusta ya que los colocaba en una situación infamante, aún cuando ellos no tenían la obligación de cargar con la culpa de los actos cometidos por sus padres; sin embargo, siempre se manejaron estos asuntos con mucho cuidado para no lastimar de forma alguna a la familia legítima.

La filiación, esto es, el lazo natural que relaciona a un infante con sus autores, produce efectos más o menos extensos según la naturaleza de la unión de donde resulta. De donde la filiación más plena es, sin duda, aquella que emana de las *iustas nuptias* (matrimonio legal) que vale para los hijos la clasificación de legítimos.

Haciendo un breve estudio en Derecho Comparado nos encontramos lo siguiente en referencia a la filiación:

2. LEGISLACIÓN COMPARADA.

A continuación analizare los antecedentes que en las leyes encontramos sobre el tema de la filiación, no solo en México sino en otros países del continente al que pertenecemos y algunas de las Declaraciones Internacionales que la Organización de las Naciones Unidas a expedido al respecto; ya que por la similitud en la forma de comportamiento en las sociedades es importante saber y tomar en cuenta su proceder en estas situaciones de derecho.

a. América

Brasil. La Constitución Brasileña de 1937 tuvo en cuenta, ampliamente, la protección de los hijos naturales, y dispuso que ‘se facilitara el reconocimiento asegurándoles la igualdad con los legítimos’. La mayoría de los comentaristas sostienen que cuando la Constitución habla de los hijos naturales, hace extensiva su protección a los adulterinos e incestuosos, englobando a todos dentro de la misma denominación, que a la letra dice:

¡“El viraje dado por la constitución al criterio general imperante, se manifiesta en la creación de la Comisión Nacional de Protección a la Familia, destinada a proteger especialmente a la familia ilegítima. Posteriormente, se dictó el decreto-ley 4737, que establece: El hijo habido por el cónyuge fuera del matrimonio puede, después del divorcio, ser reconocido o demandar que se declare su filiación”.⁶

La Constitución de 1946 no redujo el precepto de su anterior de 1937, ni innovó con respecto a tan arduo problema. Se limitó a hacer una serie de declaraciones generales, considerando obligatoria la asistencia a la maternidad, la infancia y la adolescencia. Pero aun dentro de ese ambiguo encuadre, queda un amplio margen a la acción legislativa especializada.

Por la Ley de Octubre de 1949 se ampliaron las disposiciones del Decreto-ley 4737, disponiendo que el hijo habido por el cónyuge fuera de matrimonio podía ser reconocido o demandar su filiación en cualquier caso de disolución de matrimonio por divorcio, muerte o nulidad. Se establece su derecho a alimentos y su vocación sucesoria, acordándoles la mitad de la porción hereditaria correspondiente a los hijos legítimos o legitimados, y en caso de falta de hijos legítimos se les acuerda una porción igual a la que aquel hubiese recibido.

⁶ Ibidem, pág. 212

Argentina. La antigua clasificación de los hijos legítimos e ilegítimos se eliminó en el Derecho argentino, por virtud de la Ley 14367, del 30 de septiembre de 1954, que estableció que debían suprimirse las discriminaciones públicas y oficiales entre hijos nacidos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio. Sin embargo, la misma ley establece en su artículo octavo, que los hijos nacidos fuera de matrimonio tendrán en la sucesión del progenitor un derecho igual a la mitad del que asigna la ley a los hijos nacidos dentro de matrimonio. Es decir, la desigualdad continúa.⁷

En el Código Civil subsiste un capítulo que trata de los hijos naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos. La denominación según el nacimiento hace la distinción entre hijos. Se consideran naturales aquellos cuyos padres podían casarse en el momento de la concepción. El adulterino es el hijo que procede de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio porque una de ellas o ambas estaban casadas (Art. 338). El incestuoso es el nacido de padres que tienen impedimento para contraer matrimonio por parentesco no dispensable (Art. 339). Sacrílego es el que procede de padre clérigo de órdenes mayores o de persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad, en orden religiosa aprobada por la iglesia Católica (Art. 340).

Perú. En la legislación de este país se conserva la división entre filiación legítima e ilegítima. El artículo 348 del Código Civil dice: "...son hijos ilegítimos los nacidos fuera de matrimonio".⁸

El Código de 1936 mantiene la diferencia entre los hijos legítimos y los hijos ilegítimos, acordando a los primeros un régimen privilegiado. Empero, ha considerado algunas disposiciones que mejoran la condición de ilegítimo; y así, por ejemplo, permite en varios casos la investigación judicial de la paternidad, franquea a veces la posibilidad de legitimar a los adulterinos e incestuosos, da a cada ilegítimo

⁷ Idem.

⁸ Ibidem, pág. 213

la mitad de la cuota hereditaria que corresponde a los legítimos cuando concurren éstos, extiende a los abuelos la obligación alimentaria, etc.

En cuanto a las subdivisiones de los hijos ilegítimos, el Código de 1936 las ha virtualmente suprimido, y sólo en forma incidental señala entre ellos a los adulterinos e incestuosos para colocarlos en situación de inferioridad.⁹

Estados Unidos de Norte América. Dado el extremo federalismo legislativo de los Estados Unidos no se puede hablar de un criterio único para encarar y resolver las situaciones derivadas de los problemas de la filiación.

En el estado de Luisiana se ha seguido una vieja tradición francesa y, en consecuencia, la posición del legislador no ha sido amplia, sino más bien restrictiva. El Código Civil dispone: “Los bastardos, adulterinos e incestuosos no gozan del derecho de suceder a su padre o madre, no dándoles la ley otra cosa que simples alimentos”¹⁰

En el estado de Nueva Inglaterra se ha seguido la antigua tradición inglesa, también llena de restricciones. Pero, en cambio otros estados como California, Massachusset y Nueva York, han reformado su legislación estableciendo, en reglas generales, que los padres tendrán para sus hijos naturales las mismas obligaciones de protección que para con los legítimos; consideran a todos los hijos extramatrimoniales como naturales y disponen que, en el acta de nacimiento constará el nombre de soltera de la madre junto al del padre, sin dejar espacio para que figure el estado civil de ambos.

⁹ Cornejo Chávez, Héctor. **Derecho Familiar Peruano, Sociedad Paterno Filial**. Tomo II. Ed. Librería Studium Editores. Lima, Perú, 1982, pág. 119.

¹⁰ **Enciclopedia Jurídica Omeba**. Op. Cit. pág. 214

b. Declaraciones Internacionales.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la ONU en 1948, se encuentran artículos relativos al tema que dicen:

ART. 2: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.¹¹ En los proyectos no se hacía mención de igualdad por nacimiento. Fue al final cuando tras una discusión del término ruso ‘solovie’ se agregó la palabra nacimiento y así fue aprobada la declaración.

Adicionalmente esta igualdad se refuerza en el artículo 25.2 que dice: “... la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social”.¹² Aun cuando esta disposición hace referencia sólo a la protección social, se ha interpretado que esta igualdad abarca todos los derechos, pues no parece justo limitar a la protección social.

Se concretan estos derechos en el artículo 1, de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 que dice:

“El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin distinción o discriminación por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, ya sea del propio niño o de su familia”.¹³

¹¹ Castán Tobeñas, José. **Derecho Civil Español Común y Floral, Derecho de Familia.** Tomo V. Ed. Reus, S.A., Madrid, 1985, pág. 19.

¹² Idem.

¹³ Ibidem, pág. 20.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ONU en 1966, aparecen las declaraciones siguientes:

ART.24.1. “Todo Niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivo de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad del estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.”¹⁴

ART. 26. “Todas las personas serán iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivo de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.¹⁵

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobado por el mismo organismo internacional en la misma fecha, se dice, en su artículo 10.3 que “... se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminar por razón de filiación o cualquier otra condición”¹⁶

En la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada en la 44 sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y por el Senado de la República el 19 de junio de 1990, se consigna que ‘se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que por virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’ Art. 1.

En el artículo 2 se previene que los Estados Participantes respetarán los Derechos enunciados en dicha convención y asegurarán su aplicación a cada niño

¹⁴ Ibidem, pág. 22.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Ibidem, pág. 25.

sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, entre otros, por el “nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. En el articulado se enumeran todos los derechos del niño que amerita un estudio particular.

c. Méico.

En esta materia haré una breve reseña sobre la época Precolonial, Colonial y México Independiente.

+ Época Precolonial. El concepto de legitimidad o ilegitimidad que se empleo en Europa en la época de la conquista española no es aplicable a la situación familiar existente en la época indígena. Sobre la situación social de las esposas secundarias y de sus hijos no pesaba ningún estigma.

“No hay duda de que en un principio sólo los hijos de la mujer principal sucedían a su padre; pero en los libros que tratan el tema abundan ejemplos de lo contrario, y tal es el caso del emperador Iztcoatl, ilustre como el que fue hijo de una concubina de origen humilde. En todo caso los hijos de las esposas secundarias siempre se consideraron *pilli* y podían llegar, si eran dignos de ello, a las funciones más altas”.¹⁷

Entre los Mexicanos era lícita y muy frecuente la poligamia; principalmente entre los reyes y señores; pero entre las esposas había diferentes rangos, la primera se llamaba *cihuatlanti*, las otras *cihuapilli* o damas distinguidas; de éstas las había que eran dadas por sus padres, *cihuanemaxtli*, y otras que habían sido robadas, las *tlacihuasantin* que eran las más en el harem.

¹⁷ Jacques Soustelle. La Vida Cotidiana de los Aztecas. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pág. 181.

Don Toribio Esquivel Obregón al tratar esta materia, señala que había una serie gradual de uniones en las que la separación de la legítima y la ilegítima era difícil de precisar; agregaba que en otras tribus distintas de la azteca se hacía aún más difícil de precisar esta diferencia.

El mismo autor, en relación a la mancebía, señala:

“El hombre, casado o soltero, no sacerdote, podía tomar cuantas mancebas quisiera con tal de que fueran libres de matrimonio o religión. Los padres daban mancebas a sus hijos, mientras llegaban a la edad de casarse. Para tal fin pedían las muchachas a sus padres, sin que éstos consideraran deshonroso darlas, y sin que, ni en este caso en el matrimonio se exigiera igualdad de rango social, confirmándose lo que hemos dicho, que no había nobleza de sangre en aquellos pueblos”¹⁸

La unión accidental o transitoria entre hombres casados o solteros y mujer soltera no tenía pena.

+ Época Colonial. La llegada de los españoles y la conquista del imperio Azteca trunca la evolución natural de los indígenas. En esta materia se implantan las concepciones religiosas, que influyeron definitivamente en la doctrina sobre la legitimidad e ilegitimidad de los hijos según nacieran dentro o fuera del matrimonio, señalando una diferencia no sólo en cuanto al calificativo, sino teniendo consecuencias patrimoniales en perjuicio de los ilegítimos.

Se aplicaba el Derecho Español al que nos hemos referido. Pero debido a su situación peculiar, se emiten disposiciones legales especiales para las indias. Importancia fundamental tuvo en esta materia la labor de los misioneros. Se esforzaron por ministrar frecuentemente el bautismo, es tan necesario para la vida social en este sacramento como el del matrimonio, donde los misioneros tropezaron con serios inconvenientes:

¹⁸ Esquivel Obregón, Toribio. **Apuntes para la Historia del Derecho en México, Los Orígenes.** Tomo I, Ed. Polis, México, 1937, pág. 363.

“...los indios ante la exigencia de los misioneros, dejaban a sus mujeres y sólo conservaban una, con tal facilidad que ellos la consideraban como milagrosa; otras veces oponían resistencia infranqueable a abandonar la poligamia y era ése el obstáculo para aceptar la fe, al extremo que los frailes se veían obligados a condescender en espera del efecto de una lenta transformación; pero aún en el primer caso los indios, según decían los obispos de México, Oaxaca y Guatemala en carta al Rey, más parecía que tomaban una mujer *in facie ecclesiae* para cubrir adulterios e infames costumbres que para tener legítimo matrimonio, y no bastan las amonestaciones y predicaciones públicas para hacérselas quitar, y es necesario algún castigo”.¹⁹

El concepto de poligamia era más complejo de lo que parecía a primera vista, pues el indio veía en sus mujeres no solamente un medio de satisfacer necesidades carnales, sino un número de servidoras obligadas a los trabajos que se les imponían, y renunciar a ellas era perder las ventajas económicas de sus servicios. Dada por otra parte, la poca diferencia que existía entre los indios entre mujer legítima y concubina, el hecho de aceptar una sola con aquel carácter, no parecía un obstáculo para continuar sus relaciones con otras.

Lo anterior originó que en las Leyes de Burgos de 1512 Don Fernando el Católico dictara la ordenanza XVI que decía:

“Así mismo, ordenamos que en las otras cosas que se han de mostrar de nuestra fe a los indios, les han entender como no deben de tener más de una mujer, ni dejar aquellas, y que las tales personas que les tuvieren en encomienda y vieren que alguno de ellos no entiende esto como se debe entender, o vieren que tiene discreción y habilidad para ser casado y gobernar su casa procuren que se casen a ley y a bendición como lo manda la Santa Madre Iglesia con la mujer que mejor les estuviere; especialmente a los caciques, que les declaren que las mujeres que tomaren no han de ser sus parientes, y que los visitadores tengan cargo de procurar como esto se les dé bien a entender, y se les diga mi muy amado almirante, y que él mismo lo diga a todos los que le entendieren, y que les diga y les haga decir todas las razones que hay para que a sí lo haga, y se salvarán sus ánimas”²⁰

¹⁹ Ibidem, pág. 584.

²⁰ Vázquez, Genaro V. **Doctrinas y Relaciones en la Legislación par los Indios**. Ed. Departamento de Asuntos Indígenas, México, 1940, pág. 201.

También las 'Leyes de Indias Relativas Exclusivamente a los Indios de América', se emitieron normas que disponían que los indios se pudieran casar libremente y ninguna orden Real lo impida (Libro VI, Tomo I, Hoja No. 188, Ley II, Fernando V. Octubre 19, 1514). Se previno que:

“se averigüe, si algún indio siendo ya cristiano se casó con otra mujer, o la india con otro marido, viviendo los primeros, sean apartados y amonestados; y si amonestados dos veces no se apartaren, y volvieren a continuar en la cohabitación, sean castigados por su enmienda y ejemplo de los otros” (Libro VI, Título I, Hoja 188, Ley VI Emperador Don Carlos, Julio 13, 1530).²¹

Lo anterior, a título de ejemplo, nos revela la distinta concepción que sobre el matrimonio, la monogamia y las cuestiones de filiación se tenían en la Nueva España y cómo chocaron las dos culturas. Esto parece explicar la menor importancia que en México ha tenido lo relativo a los hijos nacidos fuera de matrimonio, en comparación con las severas costumbre europeas que se transmitieron posteriormente en nuestra legislación civil del México Independiente.

+ México Independiente. Donde encontramos más clara referencia a la filiación es en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, que vale la pena analizar brevemente, para después entrar en la Legislación Familiar del presente siglo.

En el Código Civil de 1870, en el capítulo relativo a las actas de nacimiento, se disponía que cuando el hijo no fuera legítimo sólo se asentará el nombre del padre o de la madre si éstos lo pidieren, si no lo pidieren se asentará que el presentado es hijo de padres no conocidos (Arts. 30 y 82). Se hacía referencia al hijo adulterino, en nuestro código vigente ya no se hace mención de esa clase de hijo, es decir, se derogaron los artículos al respecto.

²¹ Ibidem, pág, 203.

En el Código Civil de 1884 se mantiene la división hecha en el Código anterior, haciéndose referencia también a los hijos adulterinos y a los incestuosos en el capítulo relativo a las actas de nacimiento.

En este código se incorpora como posible la 'designación' (una especie de reconocimiento) de hijos espurios, lo que no aparecía en el anterior. El artículo 361 señalaba que la "... designación de los hijos espurios además del medio establecido en el artículo 100 puede hacerse por testamento, observándose lo dispuesto en los artículos 78, 79, 80 y 96".²² El artículo de referencia, que está dentro del capítulo de las actas de reconocimiento, contemplaba la posibilidad que la 'designación' de los hijos espurios se haga en las actas de nacimiento y se tendrá por designados para los efectos legales aquéllos cuyo padre o madre hayan hecho constar su nombre en la forma debida. Se conserva la diferencia entre hijos naturales y espurios, ya marcada en el anterior.

El aparente avance se contradice en el artículo 210, éste expresa lo que ya se mencionaba en la exposición de motivos, que el reconocimiento solamente confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace. Contrasta con los artículos 383 y 356 de los códigos anteriores respectivamente, que prevenían que el hijo reconocido tenía derecho, no sólo a llevar el apellido del que lo reconoce sino a ser alimentado por éste y a percibir la porción hereditaria que señala la ley.

En el código de 1928 en la exposición de motivos se menciona que:

"... se comenzó a borrar la diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuro que unos y otros gozasen de los mismos derechos pues es una injusticia que los hijos sufran consecuencias de las faltas de sus padres, y que se vean privados de los derechos,

²² Ibidem, pág. 204.

únicamente porque no nacieron de matrimonio del cual no tienen culpa alguna”.²³

Sin embargo, en la actual legislación quedan derogadas dichas consideraciones.

En el código actual se perfecciona la redacción y refrenda la igualdad de los hijos, independientemente de su origen. Se omite la referencia a los hijos ‘adulterinos’ e ‘incestuosos’, pero se toman precauciones en el caso de hijo de mujer casada, el que no podrá ser reconocido por hombre distinto al marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

Se evita hacer referencia a los hijos de matrimonio e hijos fuera de matrimonio, no obstante que es una realidad natural que no puede desconocerse. En su lugar se habla de los hijos de los cónyuges, que son los nacidos dentro del matrimonio, es decir, los matrimoniales, y la filiación por reconocimiento, que evidentemente se trata de los hijos fuera de matrimonio. Al igualar los hijos en su dignidad y derechos, no se puede evitar hacer referencia a su origen y reglamentar las distintas situaciones. Esta referencia no afecta a los hijos, pues son situaciones naturales inevitables.

B. CONCEPTOS

La Maternidad y la Paternidad forman parte de la relación jurídica de la filiación. Es decir, la relación jurídica paterno filial. No son sinónimos paternidad o maternidad y filiación, pero hacen referencia a los sujetos entre los cuales se generan deberes, derechos y obligaciones. Debe señalarse que aún cuando los autores únicamente se refieren a la paternidad, es necesario determinar la deferencia

²³ Ibidem, pág, 206.

que existe entre ésta y la maternidad. Es por ello que a continuación se definirá a los dos términos.

1. MATERNIDAD.

Es un hecho biológico comprobable por el nacimiento, y en este sentido la filiación de madre e hijo se determina así, generándose derechos y obligaciones. Sin embargo, actualmente debemos plantear la posibilidad de limitar el concepto 'maternidad', ya que los avances científicos permiten que se implante en una mujer un óvulo que pertenece a otra que podría confundirse y ser considerada la madre del producto por el hecho del nacimiento.²⁴ En la presente investigación se aplicará el concepto de madre a la que aporta el óvulo, y no es madre la que presta su vientre.

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y, por consiguiente, perfectamente conocido. Los elementos para la filiación en relación a la maternidad son el parto y la identidad. En la actual redacción del artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, se suprimió la referencia de que esta filiación '...resulta con relación a la madre del sólo hecho del nacimiento'. No obstante es un hecho evidente e indiscutible, que constituya prueba aun cuando no se mencione en el código. Pero este hecho para que constituya la filiación legal debe completarse con el reconocimiento de la madre.

Por lo tanto, en relación a la madre, el parto era un hecho que permitía conocer la filiación, bien dentro o fuera del matrimonio. El alumbramiento se puede constatar como un hecho por prueba directa. Los romanos decían que el 'parto sigue al vientre'; en consecuencia el tema de tesis es una excepción a esta regla ya que madre será la que aporte el óvulo y no la que constituya el parto.

²⁴ Bonnecase, Julián. **Elementos de Derecho Civil**. [Trad. Lic. José M. Cajica] Ed. Porrúa, México, 1945, 2ts., pág. 603.

Pero además del parto es necesario, como segundo elemento, establecer la identidad del hijo. Es decir, determinar si el hijo que reclama la filiación es realmente el que la mujer dio a luz, lo cual se puede acreditar mediante la posesión del estado del hijo, o con el acta de nacimiento. Probar lo anterior en la filiación dentro del matrimonio no es problema porque por regla general se considera madre a la que concibe, por lo que ninguno lo desconocerá y habrá pruebas suficientes para la identidad del nacido.

Para facilitar la identidad, es por lo que el artículo 55 del Código Civil para el Distrito federal en su primer párrafo exige que:

“Tienen la obligación de declarar el nacimiento ante el juez de Registro Civil de su elección, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los ascendientes en línea recta, colaterales iguales en segundo grado y colaterales desiguales ascendientes en tercer grado dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquel...”²⁵

También los médicos cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto tiene obligación de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil dentro de las veinticuatro horas siguientes. La misma obligación la tiene cualquier persona en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento. Adicionalmente, y para el efecto de la identificación, se exige la presentación del niño (Art. 54 Código Civil vigente), la asistencia de dos testigos, hacer anotar su sexo del presentado, su nombre, apellido y la impresión digital (Art. 58 Código Civil vigente).

Actualmente en el Código Civil se acepta la procreación por medio de la inseminación asistida en sus diversas modalidades: homóloga, heteróloga o ‘*in vitro*’. En el presente trabajo me enfocaré a la *in Vitro* ya que mi propuesta es encaminada a las mujeres que son fértiles pero su matriz es la que no es adecuada para incubar al feto y por ello no es aplicable el principio de ‘parto sigue al vientre’.²⁶

²⁵ **Código Civil Para El Distrito Federal**. Ed. SISTA, México, 2007, pág. 8

²⁶ Chávez Asencio, Manuel F. Op. Cit., pág. 11

2. PATERNIDAD.

La filiación entre padre e hijo es una presunción jurídica que se basa en el matrimonio de los padres: 'el hijo de la madre es hijo del marido de esta'. Este principio se hace presente también en los hijos de los concubinos.

La paternidad significa, en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, como maternidad significa calidad de madre. La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres; significa una relación de origen que permite conocer quiénes son ascendientes de una persona determinada.

A diferencia de lo dicho en relación a la maternidad, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sólo puede presumirse. De aquí que la Ley recurra a las presunciones *iuris tantum* (Derecho de tanto, la ley presume la existencia de un hecho) para determinar la paternidad en esta relación jurídica.

PRESUNCIÓN. Es padre quien fecunda el óvulo. El momento de la concepción es de difícil determinación; como auxilio para poder determinar la paternidad y la maternidad, la Ley establece el período legal de la concepción, que es el de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento (Art. 325 y 326 Código Civil Vigente). Si a los trescientos días les restamos ciento veinte quedan ciento ochenta días para el embarazo, tiempo mínimo para que el nacido viva y sea viable.

Los términos del numeral 337 del Código Civil: En el matrimonio como en el concubinato existe presunción en relación a la paternidad. En ambos casos se presume, a la paternidad a falta de pruebas directas, que el marido o el concubinario es el padre del nacido por haberlo concebido. Se parte del nacimiento para considerar hijos del matrimonio o del concubinato, aquellos que hubieren nacido dentro del matrimonio o del concubinato, y también se consideran hijos habidos en matrimonio o del concubinato los nacidos dentro de los 300 días después de disuelto

el matrimonio por muerte, divorcio o nulidad, o cese la vida en común en el concubinato (Artículos 324 y 383 del Código Civil).

La presunción señalada se acoge a la máxima romana conocida a través de *Paulo páter is est quem nuptiae demónstrant* (se presume que es padre aquel que el matrimonio indica); o sea, que el hijo por haber sido durante el matrimonio se reputa engendrado por el marido de la madre, en quien, consiguientemente, recae la presunción de paternidad.

Es conveniente transcribir el artículo 324 del Código Civil, porque se presentan algunas situaciones especiales que es necesario aclarar. El artículo dice:

“Se presumen hijos de los cónyuges: I. Los hijos nacidos dentro del matrimonio; II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta nulidad del contrato, de muerte del marido o divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”²⁷

Se debe tomar en cuenta que se trata de hijos de los cónyuges, y para serlos se requiere que ellos los hubieran concebido. Son cónyuges a partir de la celebración de la boda, antes eran novios, y como tales solteros. La presunción *juris tantum* (derecho de tanto) consignada en la fracción primera del artículo 324 no es cierta en toda su extensión, permite dudar sobre la maternidad o paternidad de los consortes; ya que hace referencia sólo al ‘nacimiento dentro del matrimonio’, omitiendo toda referencia a la fecha de la concepción al inicio del matrimonio.

Es necesario observar que la fracción segunda señala dos eventos, a partir de los cuales deberá computarse el término de los trescientos días, para saber si los nacidos son o no hijos del marido. El primer evento consiste en la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de

²⁷ Código Civil Para El Distrito Federal. Op. Cit., pág. 46

divorcio. Y el segundo evento es la orden judicial para la separación de los cónyuges. Obviamente ambos eventos no van a coincidir nunca, pues la separación de los cónyuges por orden judicial es previa a la disolución del matrimonio. El señalar dos momentos para que se inicie el cómputo, puede generar serios conflictos y llegar a contradicciones.²⁸

El Autor Chávez Asencio nos refiere que:

“Paternidad y filiación no siendo sinónimos, se refieren a la misma relación humana que existe entre procreantes y procreados. Desde un ángulo se contempla como paternidad, que afecta a los padres y madres, y desde el otro como filiación, que hace referencia a los hijos.”²⁹

En resumen el autor Federico Puig Peña nos dice que:

“... después de señalar que hoy algunos autores solo hacen referencia al termino de filiación y paternidad, expresa que en realidad, creemos que ello no es más que cuestión de palabras; se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, pues la una supone y lleva consigo a la otra, ya que el padre supone al hijo y no puede existir un hijo sin un padre. Son, pues, los dos términos jurídicos de una misma relación. Los dos nombres de las puntas del eje paterno-filial; en una están los padres, y por ello se llama paternidad, y en otra están los hijos y por eso se llama filiación. Pero estos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una purificación absoluta en sus consecuencias jurídicas”.³⁰

²⁸ Chávez Asencio, Manuel F. Op Cit., pág. 14

²⁹ Ibidem, pág. 2

³⁰ Puig Peña, Federico. **Tratado de Derecho Civil Español**, Tomo II, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 10.

3. FILIACIÓN.

El término puede explicarse como el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, es decir, entre personas que descienden unas de otras y que conforman una sola familia; desde este punto de vista nos referimos tanto a los padres, abuelos, bisabuelos, etc., esta relación se establece creando derechos y obligaciones constantes entre el padre o la madre y el hijo, constituyéndose un vínculo jurídico que el derecho reconoce por el hecho de la procreación o por alguna situación de derecho que permita a una pareja adquirir el estado de padres respecto de algún menor, como sería el caso de la adopción.

En virtud de lo anterior se define a la Filiación como lo haría Planiol, es decir: "... la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es la madre y la otra el padre. Este hecho crea el parentesco en primer grado, y su repetición produce las líneas o series de grados"³¹

Según el sistema jurídico tradicional que aún nos rige, la filiación se basa en un dato de hecho, como es el vínculo biológico. En la antigüedad era un hecho indubitable que la filiación de la madre respecto del hijo se determinaba por el hecho del parto (*mater semper certa est*), mientras que la paternidad sólo radicaba en una presunción, basada en el débito conyugal dentro del matrimonio, y en caso de duda al respecto, era necesario realizar la investigación de la paternidad con la autorización de un juez.

Sin embargo, actualmente puede haber casos en que hay un vínculo biológico sin que exista un nexo jurídico filial; cuando un hijo es procreado fuera del matrimonio y no se puede determinar quién es el padre. Pero según nuestro derecho no es posible en sentido contrario, es decir, siempre que exista un vínculo jurídico filial, existirá un vínculo biológico-consanguíneo que lo sustenta.

³¹ Planiol, Marcel. **Tratado Elemental De Derecho Civil**. Ed. Cajica, México, 1946, pág. 101

La filiación desde el punto de vista jurídico, reconoce la realidad biológica por la que unos seres descienden de otros pero, como menciona el maestro Manuel Chávez Asencio: "... no toda la filiación biológica se puede clasificar como jurídica. Es decir, para que tenga consecuencias jurídicas se requiere, o bien que se trate de una filiación nacida del matrimonio, o bien, si fuera extramatrimonial que hubiere el reconocimiento por los medios previstos en la legislación"³²

Podemos señalar que los lazos que conforman la relación entre padres e hijos implica muchas cosas más que la entrega de satisfactores a estos últimos, y es precisamente la protección y el promover a los hijos el deber sagrado de los padres, tal como lo señala el artículo 4º de nuestra Constitución en la que se previene que: "... es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y la salud física y mental".³³

En este sentido la Constitución señala esta obligación a los padres por ser los procreadores quienes por ningún medio se pueden liberar de su cumplimiento. En forma subsidiaria el Estado puede apoyar para la promoción y protección de los menores y auxiliar a los padres en la tarea de educar, alimentar y hacer de los hijos personas productivas para la Nación, mediante la intervención de instituciones públicas.

La forma en la que se ha definido la filiación durante muchos años ha estado apegada al hecho indubitable del nacimiento como ya ha sido señalado. Sin embargo, los avances científicos y la sociedad actual nos obliga a tener un criterio más amplio para establecer un concepto adecuado, es por eso que en este trabajo se definirá a la filiación como 'el vínculo jurídico existente entre padres e hijos'.

³² Chávez Asencio, Manuel F. Op. Cit. pág. 3

³³ **Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos**, Ed. SISTA, México, 2007.

C. CLASIFICACIÓN DE LA FILIACIÓN

La filiación puede entenderse desde dos puntos de vista, uno amplio que se refiere a toda relación jurídica existente entre dos personas, una de las cuales es la madre o el padre de la otra; y en sentido estricto, que se refiere a la forma en que puede variar esa relación jurídica en virtud de la situación en la que se encuentren los padres en el momento del nacimiento. En este sentido la doctrina clasifica a la filiación de la siguiente forma:

1.- FILIACIÓN LEGÍTIMA.

Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido del matrimonio de sus padres.

El autor Julián Bonnecase a su vez la define como "... el lazo que une al hijo con sus padres cuando están casados en el momento de su concepción, o en el de su nacimiento"³⁴ y menciona que para que esta filiación legítima se dé, es necesario existan cinco elementos: 1º. El matrimonio de sus pretendidos padres; 2º. El parto de la pretendida madre; 3º. Su identidad como el hijo dado a luz por la pretendida madre; 5º. Su procreación por el marido de la pretendida madre, es decir, por su pretendido padre. También nos enumera como medios de prueba a: Acta de Nacimiento, Posesión de estado y Prueba Testimonial a falta de los anteriores.

La tradición jurídica que se creó con base en las técnicas romanas contribuyó a que se considere que la calidad de hijo legítimo deberá estar determinada por la 'situación jurídica de los padres en el momento de la concepción del hijo', o sea que desde antes de que ocurra este hecho ya deberá existir vínculo matrimonial.

³⁴ Bonnecase, Julián. Op Cit., pág. 581

Por otra parte, existe otra corriente de juristas que consideran que el tipo de filiación se determina tomando en cuenta la situación de los padres al momento del nacimiento, es decir, que no importa si al momento de la concepción ya existía matrimonio entre los padres sino únicamente si estaban casados al momento del nacimiento.

En nuestro Derecho era requisito indispensable que el hijo fuera concebido de matrimonio y no simplemente que naciera de éste. Así el artículo 324 señalaba en su fracción primera: “Se presumen hijos de los cónyuges: I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.”³⁵ Sin embargo, por reformas a esta fracción, se cambió el criterio al disponer: “Son hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario: II. Los nacidos dentro del matrimonio”.³⁶

Así mismo, el hijo puede nacer cuando el matrimonio de los padres está ya disuelto, por muerte del marido, por divorcio o por nulidad en el matrimonio, y en los tres casos su legitimidad será determinada por el momento de la concepción, no por el nacimiento.

A este respecto, la ley señalaba en el artículo 324 en su fracción segunda:

“... se presumen hijos de matrimonio... II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta nulidad del mismo, de la muerte del marido o de divorcio, siempre que no haya contraído nuevo matrimonio la cónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho se quedaron separados los cónyuges por orden judicial”.³⁷

Cabe señalar que contra la presunción de ser padre antes, únicamente se admitía como prueba que se demostrara la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su esposa en los primeros ciento veinte días de los trescientos

³⁵ **Código Civil Para El Distrito Federal**. Ed. SISTA, México, 1999, pág. 32

³⁶ **Código Civil Para El Distrito Federal**. Op. Cit, pág. 46,

³⁷ **Código Civil Para El Distrito Federal**. Ed. SISTA, México, 1999, pág. 32.

que han precedido a su nacimiento. Ahora se admiten todas aquellas pruebas que el avance de los conocimientos científicos pueden ofrecer.

La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se probará con: la partida de nacimiento, y el acta de matrimonio de sus padres. Ahora el Código Civil dispone sin distinguir entre los hijos se prueba con el acta de nacimiento, en su artículo 340.

De acuerdo con el artículo 337 del Código Civil: "Para los efectos legales, se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas, o es presentado vivo al Registro Civil".³⁸

2.- FILIACIÓN NATURAL.

En los anteriores Códigos Civiles se clasificaba como 'hijo natural' al que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio. En este caso existe la relación filial del hijo respecto de la madre, sin embargo, en cuanto al padre era necesario el reconocimiento voluntario o se declare jurídicamente la paternidad. Faltando un reconocimiento o una declaración no se da el estado de filiación aun cuando la procreación resulte legalmente y produzca efectos jurídicos.

Al respecto el maestro Manuel Chávez Asencio, señala:

" El bien de los hijos es el que regula toda la filiación. Nuestra legislación nos previene que la *bona fides* (Buena fe) debe ser el principio rector de todas las instituciones como son la patria potestad, la filiación, la adopción, la tutela, etc. La protección que la ley garantiza es igual para los nacidos dentro o fuera de matrimonio y también para aquellos que no tienen relación alguna biológica, como en el caso de la adopción".³⁹

³⁸ **Código Civil Para El Distrito Federal.** Op. Cit. 2007, pág.48.

³⁹ Chávez Asencio, Manuel F. Op. Cit. pág. 5.

Julián Bonnacase define a la Filiación Natural como "... el lazo que une al hijo, con su padre o madre, o con ambos, cuando estos no están casados entre sí en el momento de su nacimiento"⁴⁰. Antiguamente era necesario añadir: o en el momento de su concepción. De igual forma el autor nos clasifica a los hijos naturales en tres categorías: 1º. Hijos Naturales Simples, es decir, los hijos de personas entre las cuales no existía ningún impedimento para el matrimonio al ser concebidos aquellos; 2º. Hijos Incestuosos, es decir, aquellos hijos entre cuyos padres era imposible el matrimonio debido a la existencia de un grado de parentesco por afinidad o consanguinidad; 3º. Hijos Adulterinos, es decir, los hijos de personas que en el momento de concebir a aquéllos, no podían casarse, por estar una de ellas en ese momento casada con un tercero. En términos generales la condición jurídica de los hijos adulterinos o incestuosos es inferior a la de los hijos naturales simples. Conviene agregar que los hijos incestuosos podían ser legitimados en todos los casos, lo que no acontecía con los hijos adulterinos.

El Código Civil para el Distrito Federal, prohíbe la calificación de hijos, y por reformas publicadas el 25 de mayo del año 2000 trata de eliminar incluso, la distinción entre hijos nacidos dentro e hijos nacidos fuera de matrimonio.

A este respecto, menciona Chávez Asencio, el interés del Niño está reconocido por:

"...la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en la 44ª. Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de junio de 1989, y aprobada por México por el Senado el 19 de junio de 1990, (D.O. 31-VII-90) lo que constituye Ley Suprema de la Unión en los términos del artículo 133 constitucional. En ella se expresa que en ' todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño ' (Art. 3)"⁴¹

⁴⁰ Bonnacase, Julián. Op Cit., pág. 598.

⁴¹ Chávez Asencio, Manuel F. Op. Cit. pág. 5.

En la doctrina y en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se distinguían varios tipos de filiación natural:

- Simple.- Correspondía al hijo concebido cuando su madre no se había unido en matrimonio, pero podía haberlo celebrado legalmente con el padre.
- Adulterina.- Se presentaba cuando el hijo era concebido por la madre estando unida en matrimonio o cuando el padre está unido con tercera persona.
- Incestuosa.- Se consideraba al hijo incestuoso cuando era procreado por parientes en el grado que la ley impide el matrimonio.

3.- FILIACIÓN LEGITIMADA.

Correspondía a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacían durante éste o ellos los reconocían antes de celebrarlo, durante éste o después de su celebración.

A este respecto solía hablarse de dos casos: 1) los hijos que nacían dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de sus padres (seis meses), y 2) los hijos que nacían antes de dicho matrimonio. En la actualidad en el Distrito Federal ha desaparecido la figura de la legitimación. La filiación es determinada por la situación jurídica que guardan sus padres en el momento del nacimiento.

Por su parte Bonnecase define a la Filiación Legitimada como:

“La institución en virtud de la cual se confiere a un hijo los beneficios de la Filiación Legítima, aun cuando sus padres no hayan sido casados al momento de la concepción, es decir la Legitimación eleva al hijo natural al rango de legítimo; por tanto, es una institución que tiene, en cierta forma, por

objeto, facilitar el retorno a lo normal dentro de los límites de la familia legítima”.⁴²

En el Antiguo Derecho Romano, ya la Ley Cinco, título cuarto, libro segundo del Digesto, establecía la vinculación que surge a consecuencia del matrimonio que establece un principio de certeza, pues los hijos que tiene una mujer casada, en principio, son del marido, ya que en este sentido señalaba que las justas nupcias demuestran quién es el padre, es decir, que la mujer casada atribuirá en un principio los hijos a su marido.

En este sentido, la misma ley establece que en caso de que el marido no esté de acuerdo con la paternidad de ese hijo podrá ejercer la acción correspondiente únicamente dentro de los sesenta días contados a partir del nacimiento.

En ocasiones los padres no pueden reconocer al hijo juntos por diversas razones, a este respecto cabe señalar que la madre no necesita reconocer expresamente al hijo, ya que en cuanto a ella, esta resulta sólo del hecho del nacimiento; ya que cuando se acredita el alumbramiento y la identidad del hijo los efectos de la filiación se retrotraen al momento del parto, en cambio en lo que respecta al padre, el reconocimiento deberá contar con el consentimiento del tutor, si lo tiene, o del tutor que el Juez de lo Familiar nombre especialmente para el caso, según lo establece en Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 375, que a la letra dice: “El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor ni el que esté en estado de interdicción, sin el de su tutor, si lo tiene, o del tutor que el Juez de lo Familiar le nombrará especialmente para el caso”.⁴³

⁴² Bonnecase, Julián. Op Cit., pág. 575.

⁴³ **Código Civil Para El Distrito Federal**. Op. Cit., 2007, pág. 51.

4.- FILIACIÓN COMO ESTADO JURÍDICO.

Según el maestro Rafael Rojina Villegas:

“Un estado jurídico consiste en situaciones permanentes de la naturaleza o del hombre que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones y sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esta situación, se continuarán produciendo esas consecuencias”⁴⁴

De lo anterior, podemos señalar que la filiación legítima constituye un estado jurídico que el Derecho se ha encargado de regular, para determinar a las personas que tienen derechos y obligaciones, que se generan a consecuencia del nacimiento. Cabe señalar que además del nacimiento, la procreación y el embarazo, son estados jurídicos que el Derecho ha regulado para proporcionar seguridad jurídica a los miembros de la sociedad y establecer los lineamientos que deberán guardar las relaciones que se presenten entre padres e hijos.

Es posible diferenciar el estado jurídico de la filiación y la procreación como hecho jurídico. El estado jurídico de la filiación puede partir de un hecho biológico que crea el vínculo de consanguinidad, pero no necesariamente debe presentarse esta situación, ya que la filiación también se establece respecto de los hijos adoptivos, puesto que el Estado permite el goce de todos los derechos y obligaciones aun cuando no exista el vínculo de consanguinidad.

La calidad de hijo se adquiere no sólo por el hecho de la procreación, es decir, de la filiación basada en el vínculo consanguíneo, sino también el trato de hijo y el nombre, con el transcurso del tiempo se une a otros hechos que podrá existir o no, pero que representan el ambiente en el que se desenvuelve el hijo. Asimismo, el

⁴⁴ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho Civil De Familia**, Tomo II, 9ª. ed., Porrúa, México, 1998, pág. 601.

permitir que el hijo lleve el apellido materno o paterno y el trato que se le dé dentro del grupo social al que pertenece, le da la calidad de hijo.

Por lo anterior, es preciso señalar que la filiación representa un vínculo jurídico social, que se constituye en una situación permanente que el Derecho reconoce. Según el Maestro Manuel Chávez Asencio: "... la procreación existe, pero las características de la filiación las define el Derecho".⁴⁵

D. PARENTESCO

Es importante considerar la figura jurídica del ya que nos permitirá establecer la clase, línea y grado de parentesco existirá entre la madre sustituta, el hijo producto de la reproducción asistida y la mujer que aporta el óvulo para la realización de la inseminación artificial. De igual forma despejare las dudas de quien tiene derecho y obligaciones respecto del hijo.

1.- CONCEPTO.

El Código Civil Para el Distrito Federal, en sus artículos 292 a 295, define al parentesco como: "El Vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo progenitor (parentesco por consanguinidad); entre el marido y los parientes de la mujer y entre la mujer y los del marido (parentesco por afinidad) y entre el adoptante y el adoptado (parentesco Civil)".⁴⁶

A su vez encontramos la definición que hacen los Licenciados Baqueiro Rojar Edgar y Rosalía Buenrostro Báez:

⁴⁵ Chávez Asencio, Manuel F. Op. Cit. pág. 6.

⁴⁶ De Pina, Vara Rafael, **Diccionario De Derecho**, Porrúa, México, 2000, pág. 395.

“El parentesco es el vínculo 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

Al referirse el autor a los ‘terceros’, considero que no debería incluir a los parientes consanguíneos, porque en mi opinión éstos son los que generan la relación principal, es decir, el parentesco por consanguinidad.

Definido el parentesco como las relaciones jurídicas familiares que se derivan de dos fenómenos biológicos (la unión de los sexos mediante el matrimonio, y la procreación a partir de la filiación) y de un hecho civil encaminado a suplir al fenómeno biológico de la procreación, la adopción. Estos tres tipos de hechos son los únicos que originan a las relaciones de parentesco, de ahí que matrimonio, filiación y adopción constituyan las tres grandes fuentes del parentesco en nuestra legislación.

2.- CLASES.

De los anteriores conceptos se determinan los tipos o clases de parentesco, que a su vez se encuentran reconocidos en nuestro Código Civil Vigente, que a continuación se numeran:

- Consanguíneo; 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.⁴⁸

⁴⁷ Baqueiro Rojar, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez, **Derecho de Familia y Sucesiones**, 5ª. ed, Harla, México, 199, pág. 17.

⁴⁸ Ibidem, pág. 18.

En el caso de la adopción plena, se equipara al parentesco por consanguinidad aquel que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo. Ejemplos de este parentesco son: los hermanos, pues el padre es el progenitor común, o los que descienden unos de otros (el padre respecto del hijo, el abuelo respecto del nieto). Los hermanos tienen el mismo padre o madre, y aquellos, así como tíos, sobrinos y primos, tienen un abuelo común.

- De afinidad; es el que se adquiere por el matrimonio o concubinato, y se da entre los parientes consanguíneos del esposo con la esposa y entre los parientes consanguíneos de ésta con su cónyuge. Por ejemplo, la suegra respecto del yerno, el hijastro respecto del padrastro.
- El Civil; que se establece entre adoptado y adoptante y sólo entre ellos. Por ejemplo, el menor que legalmente pasa a ser adoptado por un matrimonio, con lo que jurídicamente se suple el hecho biológico de la procreación.⁴⁹

Como podemos observar, a partir de las características de cada uno de los tres tipos de parentesco que reconoce y regula nuestra legislación, la relación entre marido y mujer no es de parentesco, ya que ellos no son parientes entre sí, son cónyuges, y los deberes y derechos que los vinculan se generan por el matrimonio que celebran.

A su vez, el autor Ricardo Panero Gutiérrez nos clasifica al parentesco de tres formas; de agnación, cognación y afinidad, estas de acuerdo al derecho que prevalecía en Roma:

⁴⁹ Ibidem, pág. 19.

+ Agnación: la agnación, es el vínculo jurídico, que deriva de la autoridad del *paterfamilias* (padre de familia) y une a los miembros de una familia civil (conjunto de personas sujetas a la autoridad de un mismo padre de familia, por naturaleza o derecho); su fundamento es la sujeción a una misma potestad familiar y al sólo poder ejercerla el hombre, sólo por él puede transmitirse.

Ricardo Panero Gutiérrez nos refiere que Gayo, indica que son agnados, los parientes por vía masculina *uirilis sexus* (pertenecientes a un mismo sexo) como si dijéramos los parientes por parte de padre *quasi patre cognati*. Y tienen este carácter las personas que están o hubieran podido estar, sujetos a un mismo *paterfamilias*. En el primer caso se encontrarían: los hijos legítimos de ambos sexos, los descendientes legítimos de hijos varones, los adoptados y, en su caso, la esposa del *paterfamilias* –*úxor séquitur forum mariti* (la esposa sigue el foro del esposo); en el segundo: los hijos concebidos en vida del *paterfamilias* y nacidos tras su muerte – *postumi*- póstumos, en el sentido actual del término.

El parentesco agnaticio presenta las siguientes notas: a) es el parentesco propio del *Ius Civile* (Derecho Civil) y único que reconoce a efectos sucesorios y de tutela; b) tiene carácter artificial; c) puede coincidir, o no, con el parentesco de sangre (coincide, por ejemplo, en el caso de hijos *in potestate* y no coincide en el de hijos emancipados o adoptados); d) es combatido por el *Jus Honorum* (derecho para ejercer funciones públicas y religiosas) y e) sucumbe en el *Ius Novarum* (Derecho de segunda instancia), en pro del parentesco de sangre teniendo en cuenta, el principio, sólo en materia de impedimentos matrimoniales.

+ Cognación: Es el vínculo de sangre que existe entre personas que proceden unas de otras o tienen un tronco común; (Panero Gutiérrez dice que, según Modestito, se llaman cognados, porque son como nacidos juntamente o en común o porque nacieron y fueron engendrados de uno mismo.

La familia cognaticia o consanguínea la integran: ascendientes, descendientes y colaterales y se hace necesario distinguir entre líneas y grados de parentesco y saber computar éstos, sobre todo para los casos de impedimentos matrimoniales y derecho hereditario.

+ Afinidad: *affinitas, finem* (parentesco por afinidad) es el parentesco que une a un cónyuge con los consanguíneos del otro, esto es, según Modestito, los cognados del marido y de la mujer *affinitas causa fit exnuptiis* (la causa de la afinidad radica en las nupcias). Se llaman así porque dos parentescos que son diversos entre sí (el del marido y mujer) se unen por nupcias y uno se aproxima al fin del otro. El suegro o suegra, respecto a la nuera o yerno; la madrastra o padrastro, respecto a hijastra o hijastro y los cuñados, estos son los ejemplos del parentesco por afinidad.⁵⁰

3.- LÍNEAS Y GRADOS.

Para determinar la cercanía de parentesco, la ley establece grados y líneas de parentesco.

El grado de parentesco, está formado por cada generación; todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o ascendiente. Por ejemplo, todos los hijos de un padre, sin que importe si nacieron o no de la misma madre o si nacieron antes o después, pertenecen a la misma generación y se encuentran en el mismo grado de parentesco, respecto a su progenitor.

⁵⁰ Panero Guitierrez, Ricardo. **Derecho Romano**, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000, pág.258.

La línea de parentesco, se conforma por las series de grados de parentesco, o generaciones. Por ejemplo, cada uno de los hijos de un padre y los hijos de sus hijos, o sean sus nietos forman una línea. La línea de parentesco puede ser recta o transversal:

+ Recta: se forman por parientes que descienden unos de otros. Por ejemplo, padres, hijos, nietos, bisnietos. Pueden considerarse de forma descendiente y ascendiente; estaremos frente a una línea recta descendiente cuando el reconocimiento del parentesco se inicie del progenitor al último de sus descendientes, es decir, del abuelo al nieto.

Por el contrario, la línea recta ascendiente de parentesco se suscita cuando el registro del parentesco se efectuó de los descendientes al progenitor, por ejemplo, del nieto al abuelo.

+ Transversal o colateral: es la que se encuentra, formada por dos líneas rectas que coinciden en un progenitor común; esto es, los parientes no descienden unos de otros, pero reconocen un mismo progenitor. Así, los hermanos, tíos, sobrinos y primos que reconocen como progenitor común a un abuelo, aunque unos no sean, descendientes de los otros.

La línea transversal o colateral de parentesco puede ser igual o desigual, dependiendo de la distancia generacional que exista entre el pariente de cada línea recta respecto del progenitor común. Estamos frente a una línea transversal o colateral igual de parentesco, cuando la distancia generacional que existe entre los parientes de cada línea recta, es la misma: los hermanos entre sí y los primos respecto de otros, primos.

Por su parte, la línea transversal o colateral desigual de parentesco, se presenta cuando la distancia generacional existente entre los parientes, de cada línea recta es diferente: tíos y sobrinos.

Por otra parte, existen dos formas para contar los grados de parentesco que son:

* Se cuenta el número de personas que forman la línea y se suprime, al progenitor común; así, en línea recta entre el abuelo y el nieto existen tres personas: abuelo, padre y nieto, de modo que el grado de parentesco entre ellos es el segundo.

* Se consideran las generaciones que separan a un pariente de otro u otros. Así, entre padre e hijo hay una generación; por lo tanto, el grado de parentesco entre ellos es el primero. Por su parte, entre el abuelo y el nieto existen dos generaciones: son parientes en segundo grado.

Para contar el parentesco en línea transversal o colateral, se inicia por el extremo de una de ellas, se sube hasta el progenitor común y se baja hasta el otro pariente por la línea correspondiente. De tal manera, entre dos hermanos el grado de parentesco es el segundo, pues hay tres personas en la línea: primer hermano, padre y segundo hermano; al suprimir al progenitor común quedan sólo dos personas, lo que indica el segundo grado. Lo mismo sucede entre tío y sobrino, en que el número de personas en la línea es de cuatro y las generaciones que los separan son tres, una en una línea y dos en la otra, el grado de parentesco es el tercero.⁵¹

4.- EFECTOS.

La cercanía o lejanía del parentesco determina la intensidad de sus efectos. Es una regla universalmente aceptada que en lo que se refiere a los derechos y,

⁵¹ Baqueiro Rojar, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. Op. Cit, pág. 20.

deberes derivados del parentesco, los más cercanos excluyen a los más lejanos. Los efectos del parentesco se dividen en personales y pecuniarios.

➤ Personales

* El de asistencia, deber de ayuda y socorro, cuya manifestación más clara es la obligación de proporcionarse alimentos, así como la patria potestad, y la tutela.

* Los matrimoniales, que constituyen impedimento para celebrar, matrimonio entre parientes.

En línea recta, tanto consanguínea como por afinidad, el impedimento, matrimonial entre parientes se extiende a todos los grados: padres e hijos, y suegro y nuera o suegra y yerno. En línea transversal o colateral, el impedimento matrimonial sólo existe en parentesco consanguíneo y se extiende hasta el tercer grado, tíos y sobrinos, aun cuando en este grado sea dispensable. No ocurre así en el segundo grado que son los hermanos, aunque únicamente lo sea por un progenitor.

En el parentesco civil por adopción, también existe el impedimento matrimonial entre adoptante y adoptado. En este caso, dicho impedimento puede eludirse poniendo fin a la adopción.

➤ Pecuniarios

* Los hereditarios, en lo que se refiere al derecho de sucesión legítima que se genera sólo en los parentescos consanguíneos y civil.

Es importante recordar que en el parentesco los efectos no se extienden más allá del cuarto grado en línea colateral, por lo que la obligación de darse alimentos y el derecho de sucesión sólo subsisten hasta dicho grado. Por lo que hace a la tutela

legítima a falta de cónyuge o de tutor testamentario, los parientes serán los tutores de aquellos incapacitados.⁵²

⁵² Ibidem, pág. 23.

CAPÍTULO II
ACTOS JURÍDICOS

A. DEFINICION

El acto jurídico, es una manifestación de la voluntad, con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones; de ahí la importancia de analizar su clasificación, elementos que lo conforman y demás cuestiones sobre el mismo acto. Esto con la finalidad de establecer que mi propuesta cumple con todos y cada uno de los lineamientos que la Ley establece, por ende, la Maternidad Subrogada como un acto será lícito y jurídicamente perfecto y apto para existir en nuestra legislación.

Como se podrá ver en capítulos posteriores el gran impedimento en sí para la regulación de la figura de Maternidad subrogada sigue siendo la moralidad de algunos y no en sí los requisitos establecidos por la propia Ley para que se cree dicha figura jurídica; es importante mencionar que en la práctica muchos Países ya la llevan a cabo y no sólo eso sino que tienen Leyes especiales que la regulan. También nos encontramos el Estado de Tabasco, que pertenece a nuestra Republica Mexicana ya ha logrado definir y regular dicha figura dentro de su Código Civil y otras legislaciones, es por esto más preocupante que en el Distrito Federal no se pueda avanzar en el tema por que los legisladores que no se ponen de acuerdo en esta cuestión, mismo que tratare en capítulo posterior.

Por lo anterior, se precisa en este capítulo todo lo referente a los actos jurídicos para tratar de definir a la Maternidad Subrogada como tal.

1. HECHO JURÍDICO

Rojina Villegas lo define: “Acontecimiento natural o por un hecho del hombre en el que no interviene la intención de originar consecuencias de derecho, se originan no obstante éstas...”⁵³

Se dice, es el acontecimiento independiente de la voluntad humana susceptible de producir efectos en el campo del derecho.

Por su parte el autor Galindo Garifas, nos expone:

“En sentido amplio, el hecho jurídico es todo acontecimiento, ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración, para atribuirle consecuencias de derecho. Para que sea aplicable a los casos particulares y concretos, se requiere que éstos se encuentren previstos en la norma jurídica. La estructura de la norma jurídica se compone de dos elementos lógicamente diferentes, aunque íntimamente vinculados: una hipótesis o supuesto y una disposición o consecuencia normativa. Cuando se realiza aquella situación prevista como hipótesis en la norma, tiene lugar la aplicación del segundo elemento de ella o sea la parte dispositiva; aquello que la norma dispone, como la consecuencia de la realización del hecho o acontecimiento previsto, de una manera abstracta”.⁵⁴

Al respecto, es aplicable lo que sostiene Kelsen acerca de la fórmula de ‘deber ser’, si es ‘A’ debe ser ‘B’.

Existe una relación de causa a efecto, entre el hecho previsto y las consecuencias de derecho que su realización produce:

“A esta relación o vinculación consecutiva, se la llama *ley de la causalidad jurídica*; pero esta ley de la causalidad, no funciona como las leyes de causalidad que formulan las ciencias naturales; porque mientras en éstas, el efecto es ineludible, necesario, en el Derecho, es de carácter *contingente*. El que ha causado un daño (hecho jurídico) está obligado a

⁵³ Rojina Villegas, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. 11ed. Porrúa, Tomo I, México 2005, pág. 325.

⁵⁴ Galindo Garifas, Ignacio. **Derecho Civil, Parte General, Personas, Familia**. 20ª ed. Porrúa, México, 2000, pág. 204.

repararlo (consecuencia jurídica), sin embargo, puede el autor del daño sustraerse a esa obligación, ya por no tener medios para cumplirla, ya por renuncia del acreedor, ya por otras causas que impiden perseguirlo”.⁵⁵

Esto es, la ley natural se sustenta bajo el principio de causalidad, en tanto que, la ley normativa actúa bajo el principio de imputación.

En resumen, los hechos jurídicos: Son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones, bien naturales o con la intervención del hombre.

Los acontecimientos carentes de trascendencia en el plano jurídico se denominan simples hechos y no le interesan al derecho; ‘Acontecimiento susceptible’ que puede o no tener relevancia jurídica, depende de las circunstancias de cada caso.

2. ACTO JURÍDICO.

El Acto Jurídico se define como:

“Manifestación de la voluntad humana susceptible de producir efectos jurídicos. Para que produzca efecto, además de la capacidad para realizarlo, se precisa que se verifique de acuerdo con los requisitos legales previamente establecidos para cada caso”.⁵⁶

Bonnecase define el acto jurídico diciendo que: “Es una manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuya función directa es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o varias personas, un

⁵⁵ Rotondi, Mario. Instituciones de Derecho Privado. [Trad. Francisco F. Villavicencio], Ed. Labor, Barcelona, 1953, pág. 4.

⁵⁶ De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. pág. 54.

estado, es decir, una situación jurídica permanente. O al contrario, de efecto limitado que conduce a la relación de derecho”.⁵⁷

Por su parte, Rojina Villegas, nos dice: “El acto jurídico es una manifestación de la voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por un ordenamiento jurídico”.⁵⁸

De las anteriores definiciones podemos resumir: Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos.

El fin inmediato de establecer relaciones jurídicas es el carácter que permite distinguir a los actos jurídicos de los simples actos voluntarios lícitos. Estos últimos pueden tener ciertas consecuencias en el plano jurídico, pero no han sido buscadas específicamente por el autor al realizar el acto.

Entre el hecho jurídico y el acto jurídico existe la diferencia que hay entre género y especie, el acto jurídico es una especie del género hecho jurídico, por lo cual todo acto jurídico es también un hecho jurídico, pero no todo hecho jurídico es un acto jurídico.

Además el acto jurídico tiene un fin inmediato o propósito querido por las partes que es el de producir un efecto jurídico, lo que no ocurre con el hecho jurídico cuyo efecto se produce porque la ley así lo dispone, es decir, que sólo tiene relevancia jurídica en virtud de la ley.

En suma, se puede definir el acto jurídico diciendo que es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de engendrar, de modificar o extinguir un

⁵⁷ Bonnecase, Julián. Op. Cit. pág. 283.

⁵⁸ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia.** 21ª ed. Porrúa, Tomo I, México, 1986, pág. 115.

derecho; a través de una declaración unilateral de la voluntad o acuerdo de voluntades.

B. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS.

Las principales clasificaciones de los actos jurídicos son las siguientes:

1.- ACTOS UNILATERALES, ACTOS BILATERALES.

Los actos serán unilaterales o bilaterales según que para su formación sea necesaria una sola manifestación de voluntad, o el consentimiento unánime de dos o más personas.

Ciertos actos exigen el concurso de dos voluntades, son los actos bilaterales, los que no emanan más que de una voluntad, son actos unilaterales.

Los actos bilaterales se denominan también convenio. El convenio es un acuerdo de dos o más personas a fin de crear, transmitir o extinguir un derecho, este acto contiene obligaciones recíprocas para las partes.

Al respecto abriré un paréntesis para precisar que a lo que mi propuesta se refiere, necesariamente tendrá que ser encuadrado en los actos jurídicos bilaterales, ya que como se acaba de conceptuar, en dicho acto interviene el acuerdo de dos o más personas; en este caso será la voluntad del matrimonio que desea procrear un hijo por medio de la "Maternidad Subrogada" y la otra parte será el consentimiento de la mujer que preste el vientre para tal efecto y/o de su cónyuge en caso de que existiera.

2.- ACTOS A TÍTULO GRATUITO, ACTOS A TÍTULO ONEROSO.

Los actos a título gratuito (donación, testamento, depósito, préstamo uso o comodato, préstamo de dinero sin interés), son aquellos que procuran cierta ventaja a una persona sin que ésta quede obligada a dar algo equivalente. Por consiguiente, el que se obliga por un acto a título gratuito lo hace con intención de libertad, como el donante, o para prestar un servicio a otro, como el que acepta recibir un depósito o prestar el uso gratuito de un objeto, o finalmente, como el prestamista de dinero sin interés.

Por el contrario, los actos onerosos son aquellos que imponen recíprocos sacrificios, equivalentes a las ventajas que proporcionan, como la venta, el préstamo con interés, etc.

Los contratos serán onerosos o gratuitos según que las ventajas que traen aparejadas a una u otra de las partes dependan de una contraprestación o resulten independientes de ella, respectivamente (Art. 1139 del Código Civil para el Distrito Federal).

3.- ACTOS ENTRE VIVOS, ACTOS POR CAUSA DE MUERTE.

Los primeros son aquellos cuya eficacia no depende del fallecimiento de ninguno de sus otorgantes. Los actos de última voluntad, en cambio, no producen efectos sino después del fallecimiento de sus otorgantes.

Los actos por causa de muerte o de última voluntad, tienen por objeto la transmisión de los bienes después del fallecimiento. Hasta después de la muerte del causante no producen efecto, y puede aquel modificarlos o revocarlos siempre que quiera hasta el momento mismo de fallecimiento. El tipo de acto por causa de muerte, y al mismo tiempo de acto unilateral, es el testamento.

Los actos entre vivos, mucho más numerosos que los anteriores, son convenios (venta, donación, etc.), o actos unilaterales (renuncia, testamento, etc.).

Producen sus efectos jurídicos durante la vida de las personas que los han ejecutado.⁵⁹

4.- POSITIVOS Y NEGATIVOS.

Los actos jurídicos son positivos o negativos según que sea necesaria la realización u omisión de un acto, para que un derecho comience o acabe (Art. 945 del Código Civil para el Distrito Federal). Así, es un acto jurídico positivo la realización del pago por el deudor. Es negativo cuando, quien vendió su fondo de comercio a otra persona, debe abstenerse de instalarse con otro negocio similar en un cierto radio territorial, para posibilitar que el comprador pueda explotar su local sin obstáculos.

C. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DE LOS ACTOS.

Es importante precisar los componentes necesarios para que un acto jurídico sea considerado existente y valido, así que a continuación los enumeraré para su mejor comprensión.

1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

La mayoría de los autores manejan tres conceptos como esenciales para que exista el Acto jurídico como tal; a continuación detallaremos cada uno.

a. Manifestación de la Voluntad.

⁵⁹ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Compendio de Derecho Civil, Introducción... pág. 128.

El elemento esencial de todo acto jurídico es la voluntad de su autor.

Cuando el acto es unilateral no hay más que una voluntad. Cuando es una convención es preciso que las voluntades de los contratantes se pongan de acuerdo.

Este acuerdo se denomina consentimiento. Pero el consentimiento, no basta. La voluntad debe formularse exteriormente por una declaración en la cual se manifieste su existencia.

Existen distintas formas de manifestación de voluntad:

* Declaración formal y no formal: Las declaraciones formales son aquellas cuya eficacia depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de voluntad. Son no formales, en cambio, cuando la manifestación exterior del acto no está sujeta a ningún requisito.

* Declaración expresa y tácita: La primera es aquella que se manifiesta verbalmente o por escrito o por otros signos inequívocos, asistir con la cabeza, levantar la mano; en tanto que será tácita la que resulte de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad

* Declaración presumida por la ley: Como su nombre lo indica, puede resultar igualmente de la presunción de la ley en los casos que expresamente lo disponga.⁶⁰

b. Objeto Física y Jurídicamente Posible.

⁶⁰ Colin, Ambroise y Henry Capitant. **Derecho Civil, Introducción, Personas, Estado e Incapaces.** Volumen I Collección: Grandes Maestros de Derecho Civil Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004, pág. 45.

En los actos jurídicos se debe distinguir un objeto directo y en ocasiones un objeto indirecto. El **directo** consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. La definición del acto jurídico revela su objeto, por esto decimos que es una manifestación de la voluntad con el objeto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

Hay también un objeto **indirecto**; pero éste no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos; es sobre todo en los contratos y los convenios en donde lo encontramos. El objeto directo en los convenios es crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones y el indirecto consiste en la cosa o en el hecho material del contrato. De tal manera que un contrato crea obligaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer, y así cada obligación tiene su objeto. Este objeto directo de las obligaciones es el objeto indirecto del contrato. Debe decirse que propiamente las cosas o los hechos, son objetos indirectos de las obligaciones y, por consiguiente, de los contratos, en tanto que se refieren a formas de conducta.⁶¹

La norma jurídica regula esas relaciones en tanto que implican prestaciones que pueden tener como contenido cosas, hechos o abstenciones. Es siempre conducta humana la que es materia del régimen jurídico.

c. Reconocimiento por la Norma Jurídica.

El reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto; esto es, si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de la voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por el ordenamiento.

⁶¹ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Compendio de Derecho Civil, Introducción... pág. 331.

De manera que es un elemento esencial, que la norma reconozca total o parcialmente los efectos del acto jurídico; es decir, que si la voluntad no recae en cualquiera de las hipótesis previstas en la norma, esa voluntad es inoperable en el derecho. Por eso la voluntad debe condicionarse a los requisitos ya manifestados o previstos en las normas jurídicas. Debe actualizar la hipótesis normativa, en forma total o parcial; de aquí que haya diferentes efectos o consecuencias en los actos jurídicos.⁶²

Concluyo entonces que el Reconocimiento por la Norma Jurídica, es la que le da la existencia como figura jurídica y en consecuencia la regulación de la misma para que produzca efectos jurídicos en la sociedad. Si ésta no se encuentra regulada en la Norma es que no tiene validez alguna para el Derecho.

Por último, considerando los elementos de existencia para un acto jurídico, se puede afirmar que mi propuesta de la creación de 'Maternidad Subrogada' como figura jurídica, cumpliría con cada uno de los requisitos esenciales, ya que la Manifestación de la Voluntad existe de parte del matrimonio contratante y de la Mujer que gestaría en su vientre al producto de la pareja, esta manifestación deberá ser formal. El Objeto física y Jurídicamente es posible, ya que por medio de los avances en medicina a la fecha existen muchas técnicas de Procreación Asistida, siempre examinando detalladamente los fines de la misma. Y jurídicamente es posible ya que no atenta contra la moral y el Derecho como se verá en capítulos posteriores. Sólo faltaría el requisito de el Reconocimiento por la Norma Jurídica, esto como Maternidad Subrogada o sustituta, ya que las leyes ya reconocen la procreación asistida y métodos de Inseminación Artificial, pero aún se quedan cortas al respecto de el tema que propongo.

d. Inexistencia

⁶² Ibidem, pág. 333.

Los tres elementos que se mencionan, esenciales o de existencia es porque sin ellos no existe el acto jurídico. Cuando en un acto jurídico falta uno de esos elementos, decimos que el acto jurídico es inexistente para el derecho, es la nada jurídica. Si no hay manifestación de la voluntad, no se propone ningún objeto jurídico y la ley no toma en consideración ninguna hipótesis normativa.

Es inexistente también el acto jurídico por falta de objeto, el cual puede ser imposible desde el punto de vista físico o jurídico y esta imposibilidad del objeto equivale a la no existencia del mismo. Se dice que hay imposibilidad física cuando el objeto jamás se podrá realizar, en virtud de que una ley de la naturaleza constituye un obstáculo insuperable para su realización. Cuando el objeto es imposible en sentido jurídico, esto es puede realizarse físicamente, pero una norma jurídica impide su realización de manera absoluta.

Otra forma de inexistencia se da cuando las normas de derecho no reconocen ningún efecto a la manifestación de la voluntad. En el Código Civil tenemos enunciados los elementos esenciales del acto jurídico.

El artículo que establece la inexistencia de los actos jurídicos es el 2224 del Código Civil para el Distrito Federal que dice: “El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno...”.⁶³

Del artículo anterior debemos indicar que el legislador emplea un lenguaje impropio, porque debe decir por falta de voluntad, pues el consentimiento sólo se presenta en los actos plurilaterales. La forma adecuada para formular el principio sería, que el acto jurídico es inexistente por falta de voluntad o de objeto, comprendiendo tanto la falta total del mismo, como su imposibilidad física o jurídica.

⁶³ **Código Civil para el Distrito Federal**, Op. Cit. 2007, Pág. 228.

La inexistencia se **caracteriza** por:

“1º el acto es inconfirmable, 2º cualquiera que tenga interés puede invocarla y 3º en todo tiempo puede invocarse, o sea, es imprescriptible se dice que hay prescripción cuando por el transcurso de cierto plazo se pierde la acción o el derecho. En la inexistencia el tiempo no puede convertir los actos inexistentes en existentes”.⁶⁴

2. ELEMENTOS DE VALIDEZ

Para la validez del acto jurídico, después de que se ha integrado de acuerdo a los elementos de existencia, es además necesario que reúna los siguientes requisitos: *capacidad* en el autor o los autores del acto; es decir, que la declaración de la voluntad sea emitida por persona mayor de edad, no sujeta a interdicción o por persona emancipada si actúa dentro de los límites que la ley establece. *Ausencia de Vicios* en la voluntad del sujeto que la externa. *Licitud* en el objeto, motivo o fin del acto. *Formalidades*, esto es que los autores del acto cumplan con los requisitos que la norma jurídica establece para estos.⁶⁵

a. Capacidad.

La capacidad jurídica puede definirse como la aptitud para adquirir derechos y ejercitarlos. Esta definición nos muestra que existen dos grados de capacidad. 1º la capacidad de disfrute o aptitud para ser titular de derechos civiles; 2º la capacidad de ejercicio o poder para utilizarlos y transmitirlos a terceros.

La *capacidad de disfrute* o goce puede crearse sin la capacidad de ejercicio, porque el titular de un derecho puede ser, según los casos, capaz, o incapaz para hacerlo valer por sí mismo. En otros términos, hay personas que aunque tengan el

⁶⁴ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. pág. 335.

⁶⁵ Galindo Garifas, Ignacio. Op. Cit. pág. 218.

goce de derechos civiles no tienen su ejercicio. Son las que, propiamente hablando, se llaman incapaces. En la actual legislación, la capacidad de goce pertenece, en principio, a todos los individuos. Toda persona, cualesquiera que sea su edad, sexo, estado y aun su nacionalidad, tienen el goce de los derechos civiles. Quitar a un individuo el goce de derechos civiles, sería borrarlo del número de personas, colocándolo en una situación de esclavo.

El Derecho Romano, antes que la capacidad de ejercicio, considera la capacidad de goce un requisito esencial de la personalidad ya que, nadie es persona sino tiene esta capacidad, considerando a la capacidad de ejercicio como un requisito accidental dado que un incapaz carece de esta, sin embargo es persona.

Las incapacidades de disfrute son excepcionales, y además especiales siempre, es decir, que no se refieren más que a uno o varios derechos determinados. No puede imaginarse una persona que se halle privada de todos los derechos civiles.

La *capacidad de ejercicio*. Para que una persona pueda ejercer un derecho es preciso que tenga el discernimiento necesario, es decir, que sea apta para comprender el alcance de sus actos. Que no esté declarada incapaz por la ley.⁶⁶

La incapacidad de ejercicio proviene, de dos causas diferentes: natural y legal.

La incapacidad natural afecta a las personas que no comprenden lo que hacen, por ejemplo; los niños, antes de llegar al uso de la razón, los enfermos mentales. Las personas que se encuentran en alguno de estos casos no pueden tomar parte en el comercio jurídico. Tienen una incapacidad de ejercicio general de sus derechos.

La incapacidad legal resulta de las causas siguientes: interdicción, de los condenados a penas criminales, nombramiento de un consejo judicial por debilidad mental.

⁶⁶ Colin, Ambroise y Henry Capitant. Op. Cit. pág. 51.

Los incapaces de ejercicio varían de extensión: unas son generales, como la del menor; otras se limitan a ciertos actos, como la del menor emancipado y la del individuo asistido por un consejo judicial. En todos estos casos, las incapacidades no existen más que en cuanto así lo declara la ley.

b. Ausencia de Vicios de la Voluntad

El que realiza un acto jurídico puede obrar por error, ya sea este espontáneo o provocado por maniobras dolosas; puede ceder también a una presión o violencia que se ejerza sobre él. El error, el dolo, la violencia, tienen por efecto alterar más o menos profundamente la manifestación de la voluntad privándola en ciertos casos de valor. Así sucede cuando no cabe la menor duda de que el interesado no habría ejecutado el acto jurídico si no estuviera bajo la presión del error o de la violencia.

Finalmente, ocurre a veces que el acto jurídico causa un perjuicio excesivo a aquel que lo ha ejecutado. Se dice entonces que hay lesión, y la ley en algunos casos viene en socorro del interesado permitiéndole anular el acto. A continuación se definirá cada uno de estos vicios:

+ERROR: Existe ignorancia cuando la persona desconoce el significado de alguna cosa, y error cuando tiene una falsa idea al respecto. Al hablar de error como vicio de la voluntad se comprenden los dos conceptos.

El error puede ser de hecho o de derecho. El primero está referido a circunstancias tácitas. El error de derecho, en cambio, se da por ignorar el otorgante del acto cuál es el régimen jurídico que resulta aplicable al mismo. El error de derecho no impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los ilícitos (Art. 1813 del Código Civil para el Distrito Federal).

El error de hecho, a su vez, puede ser esencial o accidental. Existen distintos supuestos de error esencial: Acerca de la naturaleza del acto, acerca del objeto, acerca de la persona, acerca de la causa principal del acto o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira.

El error accidental o de cálculo es aquel que recae sobre un aspecto secundario o accesorio del acto. No lo invalida (Art. 1814 del Código Civil para el Distrito Federal).

+DOLO: Es toda afirmación de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee por una de las partes para conseguir la ejecución del acto jurídico (Art. 1815 del Código Civil para el Distrito Federal).

Especies de dolo: Dolo determinante y dolo incidental: el primero está constituido por las maquinaciones que, en definitiva, llevan a la persona a celebrar el acto. El incidental es aquel que no resulta determinante del acto; por tanto, no lo invalida. Sin embargo, el que lo hubiere cometido debe indemnizar a la otra parte el daño que de aquél se hubiere derivado. Dolo positivo y dolo negativo: es cuando el vicio de la voluntad resulta de una acción o de una omisión fraudulenta, respectivamente.

Requisitos que debe reunir el dolo como vicio de la voluntad:

- debe ser grave
- determinante del otorgamiento del acto por la contraparte;
- debe haber causado un daño importante;
- no debe tratarse de dolo recíproco (por ambas partes).⁶⁷

⁶⁷ Ibidem. pág. 47.

+VIOLENCIA: Existe cuando se emplee contra el sujeto una fuerza irresistible o se inspire a su respecto un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos para conseguir la ejecución del acto jurídico (Art. 1819 del Código Civil para el Distrito Federal). En el concepto dado quedan comprendidas tanto la violencia física como la violencia moral o intimidación.

+ Efectos de la violencia: Reuniendo los requisitos expuestos, la violencia determinará la nulidad del acto (el acto será anulable, de nulidad relativa); debiendo indemnizarse los daños causados a la parte víctima de la violencia.

Al igual que en el caso en que el error esencial recae sobre la naturaleza del acto o sobre el objeto, también en el supuesto de violencia física irresistible, nos encontraríamos ante un acto inexistente por falta de un elemento esencial (sujeto).

Si la violencia proviniera de un tercero, éste será responsable ante la víctima por los daños y perjuicios causados. Pero si la otra parte conocía la existencia de violencia por parte del tercero, ambos son solidariamente responsables por los daños causados a la víctima.⁶⁸

+LESIÓN: Se establece que podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellas una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda.

⁶⁸ Idem.

La acción podrá ser ejercitada por el lesionado o sus herederos, prescribiendo el primer año del otorgamiento del acto.⁶⁹

c. Licitud en el Objeto

La licitud en el objeto, motivo o fin del acto jurídico consiste en que los actos necesitan ser legales en todas sus manifestaciones para que el derecho los ampare y les dé consecuencias jurídicas.

Se define la ilicitud en el acto diciendo que ésta existe cuando el acto va en contra de las leyes de orden público o de las buenas costumbres.

El artículo 1830 del Código Civil Para el Distrito Federal así define la ilicitud en los actos jurídicos:

“Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o de las buenas costumbres”⁷⁰

Se debe distinguir la ilicitud del acto de la ilicitud del hecho, aun cuando nuestro código impropiaamente dice: “Es ilícito el hecho...”, se está refiriendo a los actos jurídicos; es decir, a las manifestaciones de la voluntad con el propósito de crear consecuencias de derecho. Y afirmamos que se está refiriendo a los actos jurídicos, porque el artículo se encuentra en la reglamentación de los contratos, que son para el Código los actos jurídicos por excelencia.

Por lo tanto, la ilicitud en el acto afecta a la voluntad que con intención se propone producir consecuencias jurídicas; por eso puede haber ilicitud en el objeto, en el fin o propósito, en el motivo por virtud del cual se exterioriza la voluntad y

⁶⁹ Colin, Ambroise y Henry Capitant. Op. Cit. pág. 49.

⁷⁰ **Código Civil para el Distrito Federal**, Op. Cit. pág. 191.

finalmente, en la condición del acto. Se entiende por condición un acontecimiento futuro e incierto del cual depende la existencia misma del acto jurídico, bien suspendiendo su nacimiento (condición suspensiva) o destruyendo su existencia (condición resolutoria)⁷¹

d. Formalidad de los Actos Puramente Consensuales y Actos Solemnes.

De lo anterior resulta, que por regla general, los actos jurídicos no están sometidos a una forma determinada. La simple declaración de voluntad, cualquiera que sea la forma en que se manifieste, produce los efectos jurídicos que persiguió el declarante. Nuestra legislación no es una legislación formalista.

Conviene notar que esta regla, que tanta eficacia tiene en nuestro derecho, es de origen relativamente reciente. En las legislaciones antiguas, cada acto jurídico debía realizarse según un modelo establecido por el legislador, al cual tenía que conformarse. El formalismo se encuentra en el origen de todas las legislaciones. Hay que reconocer que presenta ciertas ventajas. 'Es para los actos jurídicos, ha dicho Ihering, lo que la marca para la moneda.' Establece de una manera indudable la voluntad de las partes y la naturaleza del acto que quisieron realizar. Además conserva el recuerdo y facilita la prueba; lo cual tiene importancia en épocas en que el uso de la escritura estaba poco extendido. Pero al lado de estas ventajas, el formalismo era causa de lentitud y de entorpecimiento en la formación de actos jurídicos.⁷²

La forma es el modo de exteriorización de la voluntad por el sujeto. El Art. 1834 del Código Civil para el Distrito Federal dice que la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al

⁷¹ Planiol, Marcel. **Tratado Elemental De Derecho Civil**. Ed. Cajica, Tomo I, México, 1946, pág. 162.

⁷² Oertman, Paul. **Introducción al Derecho Civil**. [Trad. Luis Sacho Seral]. Ed. Labor España, 1933, pág. 220.

tiempo de la formación del acto jurídico; tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar.

La formalidad puede ser exigida por la ley *ad solemnitatem*, es decir, de modo tal que, si no es cumplida, el acto resulta nulo, o solamente *ad probationem*, o sea, como un medio de probar el acto de que se trate (el acto, respecto del cual no se haya seguido la forma indicada por la ley, carecerá así del medio idóneo para ser probado, debiendo recurrirse a otros medios).⁷³

En la celebración de los actos jurídicos se emplea, por lo general, la forma escrita. La expresión por escrito puede tener lugar o por instrumento público o por instrumento privado, salvo en los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta.⁷⁴

La 'Maternidad Subrogada' cumpliría y sería totalmente válida ya que, la capacidad de las partes existe, toda vez que los que la practiquen tendrían que ser mayores de edad y expresar formalmente su voluntad de realizar dicha maternidad; Carecería de Vicios de la Voluntad, ya que las partes estarían plenamente informadas de cada una de las consecuencias que traería dicho acto y de ninguna manera se podría obligar a realizar el mismo. La Licitud en el objeto, motivo y fin de la Maternidad Sustituta es clara ya que el motivo último es la Procreación Humana Asistida, porque la madre no puede llevar a cabo la gestación del feto en su vientre por motivos específicos de salud, todo esto sería aplicando el derecho que tienen las parejas para procrear y así mismo de estar informados de los métodos que existen para poder cumplir ese objetivo. Las formalidades que la norma jurídica estableciera tendrían que ser en todo momento cumplidas por las partes que participen en el acto.

⁷³ Enneccerus-Kip, Theodor y Martín Woeff. **Elementos de Derecho Civil**. Ed. Bosch. Tomo 1, Vol. II. Barcelona, 1979. pág. 91.

⁷⁴ *Ibidem*. pág. 111.

e. Nulidad de los Actos Jurídicos.

+Nulidad Absoluta: “Es aquella que se establece en contra de los actos jurídicos ilícitos para privarlos de efectos. Esta nulidad se caracteriza: 1º porque todo aquel que resulte perjudicado puede pedir que se declare, 2º es imprescriptible, es decir, en todo tiempo puede pedirse y 3º es inconfirmable, la ratificación expresa o tácita del autor o autores del acto ilícito no puede darle validez. Por el contrario, sería ratificar lo ilícito, reincidir en la ilicitud”.⁷⁵

Por regla general, la nulidad absoluta produce efectos provisionales que quedarán destruidos por sentencia cuando se declare la nulidad. Ésta es la regla general que tiene excepciones en la propia ley. Ya que decimos: los actos jurídicos ilícitos que están afectados de nulidad absoluta por regla general producen efectos provisionales. Se necesita de una sentencia que declare la nulidad; pronunciada está, el acto jurídico no puede ya seguir produciendo efectos y los que produjo se destruyen, es decir, la nulidad opera retroactivamente para que aquellos efectos de carácter provisional queden sin valor alguno.

El Artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal expresa: “La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción.”⁷⁶

Se dice que para que se presente la nulidad absoluta, la acción debe ser imprescriptible, el acto inconfirmable y todo interesado debe estar facultado para pedir la nulidad. Por la falta de alguno de estos caracteres y a pesar de que el acto

⁷⁵ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. **Compendio de Derecho Civil, Introducción...** pág. 358.

⁷⁶ **Código Civil para el Distrito Federal**, Op. Cit. pág. 229.

sea ilícito, la nulidad será relativa. Por esto dice el artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal: “La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la Ley”⁷⁷; es decir, la ilicitud originará nulidad absoluta cuando concurren las tres características citadas; pero la ilicitud originará nulidad relativa cuando falte alguna de esas características, aun cuando concurren las otras dos.

En un determinado caso la ley puede decir: la acción que se concede por el acto ilícito es prescriptible, basta con esto para que la nulidad no sea absoluta, no importa que el acto sea inconfirmable y que cualquier interesado pueda pedir la nulidad. Por esto, en nuestro derecho, las nulidades absolutas son rígidas, no admiten una sola excepción a esta regla fundamental.⁷⁸

De lo anterior concluimos que la nulidad absoluta resulta de la violación de una regla legal cuyo carácter imperativo o prohibitivo obedece a la consideración del interés general.

+ Nulidad Relativa: Como ya indicamos, los elementos de validez del acto jurídico son, la capacidad, la forma y la ausencia de vicios en la voluntad y, por tanto, la falta de alguno de estos, produce la invalidez que nulifican el acto jurídico. Las causas principales que hacen anulable un acto son las siguientes:

- Que la declaración de la voluntad del sujeto del acto haya sido viciada por dolo, la violencia, el error y aun en ciertos casos por la lesión.
- Que la persona que ha ejecutado el acto sea incapaz y haya obrado sin observar las reglas prescritas por la ley.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Rojina Villegas, Rafael. Op. Cit. Compendio de Derecho Civil, Introducción... pág. 359.

Por consiguiente, la nulidad relativa se nos presenta con un carácter bien definido que la distingue claramente de la nulidad absoluta. Es una medida de protección de uno o más intereses privados.

Esta medida se explica por el hecho de que una persona haya sido víctima de su inexperiencia, ha cometido un error o porque se ha usado contra ella de violencia o dolo, o finalmente porque haya sufrido una lesión en alguna de las hipótesis excepcionales en las que la ley la toma en consideración. Si el interesado lo considera ventajoso el acto lo confirmará y si no pedirá la nulidad.

Las consecuencias de la nulidad relativa son diferentes de las de la nulidad absoluta. A continuación las enumeraremos:

- El derecho de intentar la acción o de oponer la excepción de nulidad relativa sólo pertenece a las personas que la ley concede, para defenderlas contra el daño injusto que el acto les causa. Por esto se designa a la nulidad con el nombre de nulidad relativa.
- Los actos de nulidad relativa pueden ser confirmados por aquel que tiene derecho a pedirla. La confirmación constituye una renuncia de la acción de nulidad. Concede el acto todo su vigor considerándole como si jamás hubiera estado viciado.
- La acción de nulidad relativa se extingue por la prescripción, cuando el que tiene derecho de intentarla deja pasar cierto tiempo sin impugnar el acto. El plazo ordinario de la prescripción es de diez años y la cual se funda en una idea de confirmación tácita. Aquel a quien pertenece la acción de nulidad se reputa que ha renunciado al beneficio de esta acción

y, en consecuencia, que ha confirmado tácitamente el acto punible, cuando permanece durante diez años sin intentar la acción de nulidad relativa.⁷⁹

D. MODALIDADES DE LOS ACTOS JURÍDICOS

El acto jurídico puede ser puro y simple o acompañado de modalidades, de las cuales las principales son el término y la condición. Cuando el acto es puro y simple produce sus efectos inmediata y definitivamente. Por ejemplo, la venta al contado, el legado de un objeto sin condición, una donación pura y simple.

Pero ocurre con frecuencia que las partes introducen ciertas modalidades en el acto jurídico, ya para retardar los efectos del mismo, para extinguirlos en un momento dado. Estas modalidades, el término, la condición, se encuentran frecuentemente en la práctica, en los contratos y/o en los testamentos. Es por esto que a continuación se definirán y analizarán sus características.

1. TERMINO.

El término es de dos clases: suspensivo o extintivo.

El término **suspensivo** tiene como fin retardar la ejecución de la obligación hasta una fecha fijada. **Extintivo** tiene por fin rescindir los efectos del acto jurídico al cabo de cierto tiempo. Esta modalidad se presenta por lo regular en los contratos sucesivos, es decir, aquellos por los cuales las partes se ligan por un determinado lapso de tiempo.⁸⁰

⁷⁹ Borja Soriano, Manuel. **Derecho Civil Mexicano**. Porrúa, Tomo I, México, 1939, pág. 150-152.

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 161.

Efectos del Término: el término suspensivo tiene por resultado la ejecución del acto jurídico hasta la fecha fijada. Si se trata de un contrato el derecho del acreedor nace el día mismo del contrato, pero no puede ejercerlo más que desde el día del vencimiento.

El término extintivo pone fin a los efectos del acto jurídico. Lo detiene, pero, a diferencia de la condición resolutoria, no lo anula por lo que respeta al pasado.

2. CONDICIÓN.

La condición es un acontecimiento futuro e incierto, de cuya realización las partes hacen depender el nacimiento o la terminación de un derecho. Acontecimiento *futuro e incierto* es el rasgo característico de la condición. También el término está siempre por venir, pero su llegada es *cierta*, mientras que no se sabe si el acontecimiento condicional se producirá.

Se dice que las partes insertan condiciones en un acto, bien para suspender la formación del derecho o bien para anularlo. En el primer caso se dice que hay condición suspensiva. En el segundo caso la condición lleva el nombre de condición resolutoria. La condición resolutoria, a diferencia de la suspensiva, suspende, no la formación, sino la terminación del acto jurídico.

La condición suspensiva y la condición resolutoria son, sin embargo, dos variantes de la misma modalidad.

* Clasificación de las Condiciones. El acontecimiento condicional puede ser ya un acontecimiento independiente en absoluto de la voluntad de los interesados, o por el contrario un acto que está en su poder realizar o no. Desde este punto de vista, se dividirán las condiciones en tres grupos: condiciones casuales, potestativas, condiciones mixtas. Y se definen de la siguiente manera:

- *La condición casual*, es aquella que depende del azar y en modo alguno ni del acreedor ni del deudor.
- *La condición potestativa*, es aquella cuya ejecución depende de un acontecimiento que de una u otra de las partes contratantes puede hacer llegar o impedir.
- *La condición mixta*, es aquella que depende a la vez de la voluntad de una de las partes contratantes y de la voluntad de un tercero.

La Maternidad Subrogada, al ser un medio para darle solución y remediar la falta involuntaria de hijos en la pareja y su regulación sería legal debiendo ser permitida tanto dentro del matrimonio, como las mujeres que viven en condiciones similares al matrimonio sin estar casados.

En relación a los elementos esenciales, seguirá en todo los principios de la teoría de las obligaciones para la existencia del consentimiento y objeto que deben ser materia del acto jurídico familiar, para que éste pueda existir.

Este acto jurídico bilateral, requiere también los requisitos enunciados en la Ley General de Salud.

Por lo que a los elementos de validez se refieren, se siguen las reglas generales en cuanto a la capacidad, vicios del consentimiento, objeto y motivo lícitos, así como la forma del contrato.

Las partes en el contrato de Maternidad Subrogada tendrían que ser mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos. El consentimiento debe ser totalmente informado, una exigencia desde luego adicional a lo que expresa la Teoría General de las Obligaciones y esto en base, a que este acto jurídico especial afecta la procreación y responsabilidad de generar el nacimiento de una vida humana.

Los vicios del consentimiento en materia de obligaciones producen la nulidad del contrato, adicional a ésta, existe la sanción de carácter penal, contemplada en los artículos 149 al 155 del Código Penal para el Distrito Federal.

Luego entonces la Maternidad Subrogada será un contrato plenamente válido, amén de no infringir ningún principio de orden público ni a las buenas costumbres, esto aunado a que el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal prevé que el parentesco por consanguinidad, también se da entre el hijo producto de la reproducción asistida.

CAPÍTULO III
LA MORAL Y EL DERECHO

A. DERECHO Y RELIGION

Las diferencias entre el derecho y la moral parecen obvias y casi saltan a la vista. Mientras la palabra derecho designa únicamente, a un conjunto de normas o prescripciones de conducta amparadas en el uso actual o eventual de la fuerza (una regla de derecho sería una que dijera 'Si A es, B debe ser') **1.** La palabra moral (o ética) designa a un conjunto de normas desprovistas de coactividad que pretenden decirnos cómo debemos vivir (por ejemplo, la regla 'no debes mentir') **2.** Si bien tanto la moral como el derecho intentan guiar o dirigir la conducta humana, el derecho lo hace auxiliándose del uso de la fuerza, cuestión que no ocurre, en cambio, con la moral, porque la moral sólo es una regla de comportamiento.

En general, la moral puede ser caracterizada como un conjunto de normas que establecen cómo debemos vivir a la luz de una cierta idea del bien o del deber. Como se ha insistido muchas veces, hay varios tipos de moral que deben ser distinguidas. Se encuentra la moral social o positiva, que es la moral socialmente mayoritaria en un tiempo y lugar determinados y la moral autónoma o personal, que es aquella que cada sujeto elabora para sí.

Amén de esta última definición podemos concluir que lo que es moral para una persona, no lo pueda ser para otra; todo esto en el entendido de que cada persona puede y crea su propia moral, por ello a lo que mi trabajo y a la sociedad en general debe interesarnos son las normas Jurídicas ya que estas son las que nos rigen como sociedad; y la moral la debemos entender como regla de comportamiento, es interna a cada persona.

En los tiempos modernos nos hemos acostumbrado a una concepción meramente material de la ley, como algo concebido por el hombre para el hombre y en consecuencia debe ser juzgado meramente en términos humanos. Pero en la antigüedad esta actitud fue muy diferente: se consideraba que la ley poseía una santidad que delataba su origen celestial o divino. Se pensaba que la ley, la moralidad y la religión estaban íntimamente relacionadas. De hecho, algunas leyes llevan explícitamente el sello del legislador divino, como fue el caso de los Diez Mandamientos, y otras, claramente fruto del hombre, gozaban no obstante de un áurea de santidad, atribuyendo al legislador humano cierta dosis de inspiración sobrenatural. Además, los legisladores de los tiempos pasados tendían a ser tratados como figuras mitológicas, semidivinas o heroicas:

“En el párrafo inaugural de las leyes, PLATÓN nos ofrece una descripción característica del modo en que los antiguos griegos veían el acto del legislador: el ateniense pregunta a Cretón: ¿A quién pertenece el merito de instituir tus leyes? ¿A un dios o a algún hombre?, a lo que replica Cretón: A un dios, indudablemente a un dios”⁸¹

Este sentimiento primario de que la ley esta de alguna forma anclada en la religión y de que puede evocar una sanción divina o semidivina que justifique su validez, es sin duda en gran medida responsable de esa áurea de autoridad que la ley puede sujetar, y sobre todo de la creencia antes apuntada de que existe un deber moral de obedecer la ley. A nadie ha convencido de que han sido los dioses mismos, quienes han decretado directa o indirectamente –por medio del acto humano- el contenido de las leyes en letras de fuego perpetuas, impresionaría mucho el punto de vista de un jurista moderno como Austin, según el cual la validez de la ley depende de que exista sanción penal o legal adscrita a ella.⁸²

⁸¹ Dennis Lloyd, Lord. **La Idea del Derecho ¿Perversidad Represora o Necesidad Social?** [Trad. Rosa Aguilar de Ben y Mercedes Barat] Ed. Civitas S.A. México, 1985, pág. 54.

⁸² Idem.

No quiere esto decir que los castigos humanos fueran menos severos en los primeros tiempos de la ley, sino todo lo contrario: la ejecución de las penas más espantosas, ya fueran diferentes formas de tortura y desmembramiento hasta inventos tan curiosos como el castigo romano de lanzar a los parricidas al mar dentro de un saco, acompañados en su suerte por un perro, un gallo, una víbora y un mono. E incluso si el ofensor escapaba a la vigilancia de los castigos humanos, los mismos dioses se ocuparían de infligir el castigo adecuado a su manera y en el momento que ellos estimaran oportuno.

La obra de los antiguos dramaturgos griegos nos ha dejado expuesta, en los términos suficientemente dramáticos, la creencia en la intervención divina en caso de ofensa contra las leyes, en la conocida historia de Orestes, quien para vengar a su padre asesinado, mata a su propia madre y a su amante, provocando la aparición de las Furias divinas que le perseguirán sin tregua por su asesinato, y sólo se apaciguarán, transcurrido algún tiempo, mediante la intervención de Atenea. Este relato señala también el grado de flexibilidad en la administración de la justicia divina que puede resultar de un sistema de politeísmo, en que se puede invocar a un dios en contra de otro, mitigando así todo el rigor de la ley. Con el desarrollo del concepto hebreo de monoteísmo la voluntad dura e inflexible de Dios ofrecía mucho menos margen para los fáciles compromisos morales que permitían otras creencias basadas en la existencia de un panteón de deidades en disputa.

Aunque la religión ha jugado así un papel clave, otorgando su santidad particular a la ley, no debemos pensar que la totalidad de la ley que gobernaba un Estado concreto se considerase originada en Dios directa o indirectamente. Normalmente se distinguía entre aquellas partes de la ley que se consideran fundamentales y prácticamente incambiables, ya que encerraban la estructura misma de la sociedad y la relación de sus miembros con sus gobernantes y con el universo en general, y otras evidentemente fabricadas por el hombre y que carecían de significado universal.

En una sociedad como el antiguo Egipto, en la que el faraón gobernante era la encarnación de Dios en la tierra, sería difícil establecer esta distinción, porque cada decreto del monarca gobernante, por muy insignificante que fuera el asunto regulado, permitiría la autoridad divina. Pero en su mayor parte, las sociedades antiguas no identificaban a sus gobernantes como Dioses, manteniéndose una clarísima distinción entre la esfera de la ley divina y la meramente humana.⁸³

B. RELACIONES ENTRE MORAL Y DERECHO

El sistema ético y sus partes.- La actividad humana puede concebirse como regulada por un sistema complejo de normas; y efectivamente, en cada fase histórica encontramos un sistema regulador que consta de un extenso número de normas de variada especie. Por tanto, es necesario ver cómo se pueden deducir coherentemente de un mismo principio varias clases de normas.

Ante todo, debemos suponer como dato un principio ético, es decir, un principio que sea propuesto como tipo del obrar, una idea según la cual deba ser regulada la conducta. Esta idea vale como modelo, aun cuando sea contravenida por los hechos. Un principio ético se traduce en un doble orden de valoraciones, porque los actos que se trata de valorar pueden considerarse bajo dos aspectos. Los actos humanos pueden considerarse, ante todo, en relación al sujeto mismo que los realiza. “Entre las varias acciones posibles para el sujeto, una sola será la prescrita, la que resulte conforme con el principio; y todas las demás quedarán excluidas, por no ser compatibles con la primera en el mismo sujeto”.⁸⁴

⁸³ Ibidem, pág. 55.

⁸⁴ Del Vecchio, Giorgio. **Filosofía del Derecho**. 9ª. ed, Ed. Bosch, Barcelona, 1980. pág. 320.

Se ve que la elección de las acciones a realizar y la omisión de aquellas otras que serían físicamente posibles en lugar de las primeras, es algo que acontece en el campo subjetivo. “El principio ético, aplicado en tal forma, establece, pues, un orden de necesidad, positiva y negativa, que es cabalmente el *deber* (moral). La antítesis se da, pues, aquí, entre lo que *se debe hacer* y lo que *no se debe hacer*. Pero estos dos términos, se refieren ambos siempre al sujeto mismo”.⁸⁵

De un mismo principio, según su diverso modo de aplicación, se derivan así las dos especies fundamentales de valoración del obrar: que son adecuadamente las categorías éticas de la Moral y el Derecho.

Relaciones constantes y coherencia entre Moral y Derecho.- entre las dos especies de determinaciones éticas (la subjetiva o moral, y la objetiva o jurídica) se da una coherencia necesaria. Existen pues, relaciones constantes entre Moral y Derecho, que pueden determinarse *a priori*, por tener necesidad lógica.

La relación fundamental se expresa en la máxima siguiente: “*aquello que es deber, es siempre derecho; y no puede ser deber, aquello que no sea derecho*”⁸⁶ Se demuestra fácilmente la verdad de esta afirmación, advirtiendo que si en un sistema dado una acción aparece como obligatoria para un cierto sujeto, en el mismo sistema no debe ser posible el que se ponga impedimento a dicho acto por parte de los demás. Si un impedimento tal, fuese legítimo, el sistema se disolvería en máximas incompatibles, y por esto no valdría para dirigir el obrar; no sería, pues, un sistema ético. Por tanto, aquello que respecto a un sujeto es éticamente necesario, es siempre, en el orden objetivo, éticamente posible. O dicho de otra forma, cada cual tiene siempre el derecho de cumplir con su deber.

⁸⁵ Ibidem, pág. 321.

⁸⁶ Ibidem, pág. 327.

Todas las afirmaciones en contrario son ilusorias y deben ser rectificadas. Se ha dicho, por ejemplo, que la Moral es absoluta e invariable, mientras que, en cambio el derecho es relativo y variable. Esto es un equívoco que se deshace en cuanto se piensa que junto al Derecho relativo y variable, existe también una Moral relativa y variable, la llamada moral positiva.

El problema de la distinción entre Moral y Derecho.- En las fases primitivas de la vida social existía una costumbre indistinta, compuesta de normas que tenían una fuerza obligatoria mal definida en su naturaleza moral o jurídica. En estas fases, no está bien claro si las normas que regulan la actividad humana tienen carácter subjetivo u objetivo, y hasta qué punto y en qué forma se podrá exigir la observancia de las mismas. La tradición, la costumbre, envuelven con su autoridad a todo el individuo, le acompaña en toda su vida; aparecen aquí englobados en conjunto Moral, Derecho y Religión.

Téngase presente, ante todo, que Derecho y Moral, siendo uno y otra igualmente normas de conducta, deben tener un fundamento común. Puesto que la conducta humana es única, se sigue que las reglas que la determinan deben ser coherentes entre sí (no contradictorias). Entre derecho y la moral existe distinción, pero no separación y menos antítesis. Ciertamente que el Derecho permite muchas cosas que la moral prohíbe; pero esto no implica contradicción de ninguna clase. Habría contradicción sólo si el Derecho mandase hacer algo que estuviera prohibido por la Moral; pero esto, en un mismo sistema, no sucede ni puede suceder jamás, por necesidad lógica, como antes se explicó. El derecho deja una cierta zona libre; admite por su naturaleza diversas posibilidades; consiente muchas acciones, de las cuales sólo una estará conforme con el deber moral.⁸⁷

⁸⁷ Ibidem, pág. 333.

C. MARCO LEGAL EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

México carece de un marco legal amplio y suficiente en torno a la ley de reproducción asistida, propiamente a la forma de 'Maternidad Subrogada o Sustituta'.

La Comisión de Salud de la Cámara de Diputados pidió crear un marco legal que regule los tratamientos de fertilidad y reproducción asistida, pues hay muchos 'charlatanes' que realizan estas prácticas de manera inadecuada, poniendo en riesgo la vida de las mujeres.

En la República Mexicana, Tabasco es la única entidad con una normatividad que contempla este tipo de tratamientos.

Entre los principales riesgos que corren las parejas está el que 'charlatanes practiquen tratamientos inadecuados, que no haya confidencialidad en los datos de los donantes de óvulos o espermatozoides, o que una madre sustituta a la larga reclame a su hijo y el Estado le dé la razón por el hecho de haberlo parido'.

Las discusiones sobre religión y moral en México están frenando el desarrollo de un marco que regule los tratamientos de fertilidad y reproducción asistida, lo que mantiene en total indefensión a quienes se someten a éstos.

Parece increíble que el Poder Legislativo no haya logrado el consenso de los partidos por 'preconcepciones morales y religiosas'. La situación, 'coloca en una total indefensión a las mujeres o parejas que no pueden procrear hijos y se someten a métodos como la inseminación artificial, fertilización in Vitro, o recurren a un vientre de alquiler'.

Es un tema tan polémico como el aborto, y aunque todos sabemos que la reproducción asistida es una práctica común en el país, 'nadie quiere tomar la iniciativa de legislar sobre él'.

Según un documento editado por la Cámara de Diputados titulado Reproducción asistida, elementos para el debate legislativo, sólo Tabasco tiene una ley que regula la maternidad subrogada y la reproducción *posmortem* —la que utiliza espermias de un varón fallecido—.

El embriólogo y genetista del Instituto Valenciano de Fertilidad, Francisco Rocha Cárdenas, señaló que en el país existen 15 millones de mexicanas con problemas para embarazarse, 'por lo que es importante que existan métodos confiables para ellas'.

Los países más avanzados en materia de tratamientos de fertilidad que cuentan con un marco legal son Alemania, España y Gran Bretaña. En Alemania limitan el número de embriones utilizados en la fertilización in Vitro. Gran Bretaña está bien organizada, en ese país, los embriones pueden ser utilizados incluso para adopción prenatal e investigación científica y se reconoce la figura de la madre sustituta.

Una de las disciplinas jurídicas que se ha visto más afectada por las progresiones científicas es, sin lugar a dudas, el Derecho Civil, en virtud de que regula situaciones vinculadas con la capacidad, filiación, maternidad, paternidad y divorcio, entre otras, las que necesariamente se verían afectadas con la práctica de las técnicas de fertilización asistida.

Es por eso que continuación se analizarán algunas legislaciones en las cuales nos podemos apoyar para la creación y regulación de la maternidad subrogada en la entidad del Distrito Federal; sobre todo el Código Civil en el cual se pretende la creación de dicha regulación.

1. CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS 1917.

De acuerdo con la Carta Fundamental, se ha conseguido como garantía constitucional, la regulación de la reproductividad humana. El 27 de marzo de 1974, se reformaron y adicionaron los artículos cuarto y quinto constitucionales, publicándose en el Decreto Oficial el 3 de diciembre de 1974, entrando en vigor el 1 de enero de 1975. En 1983, el 3 de febrero, se le hicieron nuevas modificaciones.

El artículo **cuarto** constitucional en cuanto a la materia, objeto de este estudio, dispone lo siguiente:

“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta 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 persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y las modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforma a lo que dispone la Fracción XVI del artículo setenta y tres de esta Constitución.

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

Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.

La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas.”⁸⁸

Del precepto citado, hay que destacar lo que se refiere a la regulación jurídica de la reproducción humana; es decir, primero, la igualdad entre el hombre y la mujer, la protección que la ley da a la familia, tanto en su organización, cuanto en su desarrollo; de aquí que he pensado incluir los diferentes aspectos donde incide la

⁸⁸ **Adiciones y Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1990, 1992).** Edición coordinada y superada por la Dirección General de Gobernación de la Secretaría de Gobernación de México. México: Talleres Gráficos de la Nación. Enero de 1992. pág. 142

relación sexual que va a originar el producto, un hijo, una familia y que las diferentes leyes mexicanas recogen, dándole efectos jurídicos.

En esencia, los mexicanos tienen esta garantía constitucional para determinar el número y el espaciamiento de sus hijos. El Estado no puede intervenir en esta materia, es decir, cada mujer tiene el derecho de decidir por sí misma si procrea o no, el Estado y los tribunales deciden quién puede adoptar.

En esta garantía constitucional, surge también el tema de la planificación familiar; el cual nos lleva a la consideración de los conceptos fundamentales de paternidad y maternidad responsable, que las diferentes leyes mexicanas han recogido.

Dentro de esta garantía constitucional, debemos destacar la obligación de los padres, como resultado de la regulación jurídica de la reproductividad, respecto a sus hijos, en cuanto a tener acceso a los servicios de salud y educación. Pues dentro de los derechos del menor, una vez establecida su filiación y su situación jurídica, en las diferentes leyes, con apoyo en esta garantía constitucional, se podrá exigir todo a lo que tiene derecho un hijo.

Por otro lado, los padres están obligados a proveer la satisfacción de la necesidad que los hijos tienen respecto a una salud física y mental adecuada, situación que a mi juicio, se ubica dentro de las consecuencias de la regulación de la reproductividad humana.

Dada la trascendencia de la reforma al artículo cuarto de la Constitución, tocó a las legislaturas de los Estados emitir las normas para implementar la garantía constitucional en cuanto a la regulación de la reproductividad humana. Específicamente en el Código Familiar de Hidalgo, vigente desde 1983 y el de Zacatecas, que empezó a regir los destinos de la familia de esa entidad en 1986,

encontramos que esa garantía constitucional respecto al número y espaciamiento de los hijos, tuvo respuesta en los conceptos fundamentales que enseguida se citan:

Paternidad y maternidad responsables. Paternidad y maternidad responsable, es la conducta conciente y deliberada de los padres, conociendo su situación social, económica y cultural, para determinar el número de hijos que deben tener.

Planificación familiar. Planificación familiar, es una concepción clara y actitud consciente, sobre el número de hijos que deben tener, de acuerdo al intervalo genético deseado, fundados en el conocimiento de las técnicas y métodos anticonceptivos.

Control de la fecundación. Control de la fecundación, es la limitación del número de hijos en una familia, a través del conocimiento y aplicación de las técnicas y métodos anticonceptivos, los cuales intencional y deliberadamente evitan y previenen la concepción.

Respeto a la libertad individual. La planificación familiar y el control de la fecundación, se harán respetando la libertad individual y la vida privada de las parejas. Los médicos de los Centros de Planificación de la Maternidad y la paternidad, suministrarán información anticonceptiva a sus pacientes, sea en consulta privada, en hospitales o centros de planificación de la maternidad y de la paternidad:

"Los Programas de Planificación familiar y control de la Fecundación, deben buscar también como fines, prolongar la vida de los habitantes del Estado y ayudar a resolver los problemas de las parejas que por Infertilidad femenina o masculina, no pueden engendrar hijos".⁸⁹

⁸⁹ Fuentevilla Guitron. **Legislación Familiar del Estado de Hidalgo**. Noviembre de 1983. Litográfica Anselmo, S.A. México, pág. 74 y ss.

Es importante destacar para nuestra materia en estudio, la última parte de este precepto, ya que señala que los programas de planificación familiar también deben brindar ayuda a las parejas para poder procrear, en ésta podría hacerse uso de cualquiera de las técnicas de procreación asistida.

2. LEY GENERAL DE SALUD EN MÉXICO

La trascendencia del marco legal, en la regulación de la reproductividad, nos lleva al análisis y comentario de la Ley General de Salud, porque varios de sus preceptos están íntimamente relacionados con el tema de este estudio.

El artículo 68 de la Ley citada, afirma que:

"Los servicios de planificación familiar comprenden:

...IV.- El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación humana y biológica de la reproducción humana"⁹⁰

En este precepto, encontramos un apoyo a la garantía constitucional, para acudir a las técnicas de concepción artificial. Incluso, el soporte legal fomenta la investigación en cuanto a la anticoncepción y los problemas de la infertilidad, la planificación humana y la biología de la reproducción.

Otro precepto que se refiere a esta materia, es el 313, donde se da a la Secretaría de Salud, la autoridad para el control sanitario de las diferentes técnicas de concepción artificial.

⁹⁰ **Ley General de Salud en México.** Ed. SISTA, México, 1984, pág. 31.

Que a la letra dice:

“Compete a la Secretaria de Salud:

- I. El control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado centro nacional de trasplantes, y
- II. La regulación y el control sanitario sobre cadáveres.”⁹¹

Por otro lado, el 314, también tiene vinculación con el tema en cuestión y ordena lo siguiente:

“Para los efectos de este título, se entiende por:

- ... VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;
- IX. Feto, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;
- ... XI. Producto, a todo tejido o sustancia extraída, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos para efectos de este Título, la placenta y los anexos de la piel;
- XII. Receptor, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos...”⁹²

En relación a nuestra materia, la ley no distingue los conceptos de embrión ni de óvulo fecundado, esté o no implantado en el útero. Es evidente que el embrión se convierte en tal, desde el momento de la concepción. En cuanto a los óvulos y el líquido seminal, son sustancias que excreta el cuerpo humano y que resultan de un proceso fisiológico normal, por ello, esta ley incluye las células germinales. Desde mi punto de vista, es una aportación más a la materia de la Planificación familiar.

El artículo 330 de la Ley en estudio, hace una referencia a la inseminación artificial heteróloga, que está vinculada con la planificación familiar y con el marco legal de la regulación de la reproductividad. El precepto citado dispone:

⁹¹ Ibidem, pág. 32.

⁹² Idem

"Los trasplantes de órganos o tejidos en seres humanos podrán llevarse a cabo con fines terapéuticos, solamente cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del donante originario y del receptor y siempre que existan justificantes de orden terapéutico. Al efecto la Secretaría de Salud tendrá a su cargo los Registros Nacionales de trasplantes y transfusiones".⁹³

Una vez realizados los estudios necesarios, para determinar que el problema de esterilidad es insuperable en el hombre, deberá procederse a la inseminación artificial heteróloga. Por supuesto, esta norma y su interpretación, tiene referencia a las técnicas de concepción artificial que regula la ley, y las mencionadas anteriormente.

Lo anterior está íntimamente vinculado, al consentimiento que debe existir en la donación de las células germinales.

Cabe mencionar que el artículo 342 de la multicitada ley manifiesta que:

"La disposición de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas con fines terapéuticos estará a cargo de bancos de sangre y servicios de transfusión que se instalarán y funcionarán de acuerdo con las disposiciones aplicables."⁹⁴

Una vez más nos hace mención que se podrá disponer de las células progenitoras con fines terapéuticos, dando con ello la posibilidad de que sean utilizados tanto el óvulo como el semen de los donantes, en alguna de las técnicas de procreación asistida, como pudiere ser la fecundación *in Vitro*, mediante inseminación artificial heteróloga, o bien la utilización del óvulo en la maternidad subrogada, por mencionar sólo algunas de las posibilidades, debido a que dichas técnicas se ofrecen como una alternativa para aquellas parejas en la que alguno de

⁹³ Idem

⁹⁴ Ibidem, pág. 33.

los miembros es infértil, cuyo fin es netamente terapéutico, pues corrige el olvido de la naturaleza, dando lugar a la procreación.

El artículo 319 de esta ley, regula los aspectos sanitarios del embrión y de las células germinales, precepto que a continuación citamos:

“Para el control sanitario de los productos y de la disposición, el embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones generales que al efecto se expidan”.⁹⁵

De este artículo podemos desprender la protección y control que se les da al embrión y a las ‘células germinales’, señalando su fundamento en la misma Ley General de Salud, y en las demás disposiciones legales, debiendo entender por estas últimas, los Reglamentos que derivan de esta ley sobre nuestra materia, entre los que encontramos al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos y al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la salud, mismos que serán estudiados más adelante, además también, se puede señalar como otro ordenamiento aplicable al Código Penal en materia federal, debido a que la violación a cualquiera de los preceptos contenidos en dichos ordenamientos, ocasiona un delito, que puede ser sancionado con multa y cárcel, además de la suspensión en su ejercicio profesional.

Otro aspecto importante del marco legal de la regulación de la reproductividad, lo encontramos en el artículo 462 de la Ley General de Salud que a la letra dice:

"Se impondrán de cuatro a diez años de prisión y multa por el equivalente de cuatro mil a diez mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

I. Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres o fetos de seres humanos, y..."⁹⁶

⁹⁵ Ibidem, pág. 32.

Si intervinieran profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud, se les aplicará, además suspensión de uno a tres años en el ejercicio profesional, técnico o auxiliar y hasta cinco años más, en caso de reincidencia.

El artículo 466 de la Ley comentada, menciona los casos en los que la Inseminación artificial constituye delito:

"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 aplicara 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".⁹⁷

Debe distinguirse en este artículo, primero la protección a los menores o incapaces en materia de inseminación; igualmente si se trata de una mujer mayor de edad y contra su voluntad, se le insemina, el inseminador se hará acreedor a una sanción de uno a tres años y si hubiera embarazo, hasta ocho años.

Mención aparte, merece la hipótesis de la mujer casada. Si consciente en la inseminación, no habrá sanción para el inseminador como ocurrió en el primer párrafo; sin embargo, debe aplicarse en este supuesto el principio romano, para determinar la paternidad del hijo nacido por inseminación artificial, considerando que *páter is est quem nuptiae demónstrant* (se presume que es el padre aquel que el matrimonio indica), es decir, el padre de ese hijo, es el esposo de la madre.

Es importante considerar los avances de la Ley General de Salud; sin embargo, debe ser objeto de una revisión, porque la ciencia avanza a pasos agigantados y en consecuencia, hay que mantener las leyes vigentes, para todos los fenómenos que surgen como consecuencia de la planificación familiar.

⁹⁶ Ibidem, pág. 36

⁹⁷ Idem

3. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACIÓN PARA LA SALUD.

Este ordenamiento prescribe las bases del control para la investigación de la salud. Sigue las recomendaciones de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización Mundial de la Salud, para la creación de las Comisiones de Ética, respecto a las técnicas de concepción artificial. Entre otros artículos el catorce, el veintiuno, el veintidós, el cuarenta, el cuarenta y tres, el cincuenta y cinco y el cincuenta y seis, tienen una importancia fundamental en lo que se refiere a la concepción artificial, el artículo 14 del Reglamento en cuestión menciona:

“La investigación que se realice en seres humanos deberá desarrollarse conforme a las siguientes bases:

- I. Se ajustara a los principios científicos y éticos que la justifiquen;
- II. Se fundamentara en la experimentación previa realizada en animales, en laboratorios o en otros hechos científicos.
- III. Se deberá realizar solo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro medio idóneo;
- IV. Deberán prevalecer siempre las probabilidades de los beneficios esperados sobre los riesgos Predecibles;
- V. Contará con el consentimiento Informado y por escrito del sujeto de investigación o su representante legal, con las excepciones que este Reglamento señala;
- VI. Deberá ser realizada por profesionales de la salud a que se refiere el artículo 144 de este Reglamento, con conocimiento y experiencia para cuidar la integridad del ser humano, bajo la responsabilidad de una institución de atención a la salud que actúe bajo la supervisión de las autoridades sanitarias competentes y que cuente con los recursos humanos y materiales necesarios, que garanticen el bienestar del sujeto de investigación;
- VII. Contará con el dictamen favorable de las Comisiones de Investigación, Ética y la Bioseguridad, en su caso y;
- VIII. Se llevara a cabo cuando se tenga la autorización del titular de la institución de atención a la salud y, en su caso, de la Secretaria, de conformidad con los artículos 31, 62, 69, 71, 73 Y 88 de este Reglamento.”⁹⁸

⁹⁸ **Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigaciones para la Salud.** Ed. SISTA, México, 1984, pág. 11.

Art. 22 "Al realizar la investigación en seres humanos, se debe obtener el consentimiento informado y por escrito, de quien va a ser sujeto de esa investigación. Igualmente, el del representante legal, si se tratará de una persona incapaz."⁹⁹

El artículo 40, en su fracción XI, al referirse a la concepción artificial, ordena que:

"Para los efectos de este Reglamento se entiende por fertilización asistida, aquella en que la inseminación es artificial homóloga y heteróloga e incluye la fertilización *in vitro*"¹⁰⁰, conceptos que en capítulo posterior se ventilarán.

En la investigación de embriones y la fertilización o maternidad asistidas, el consentimiento de la mujer es fundamental y, si es casada, el del cónyuge o concubino. Como lo hemos constatado en las diferentes normas citadas, el óvulo fecundado *in vitro*, tiene la calidad de embrión y por ello está amparado por los ordenamientos legales.

En otra hipótesis, el artículo 56 establece:

"La Investigación sobre la fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se pueden resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si este difiere con el del Investigador".¹⁰¹

Basados en esta disposición, se permite acudir a cualquiera de las técnicas de concepción artificial, que permitan resolver los problemas de esterilidad que pueda sufrir una persona o pareja. Es conveniente destacar, que es la voluntad, de quienes

⁹⁹ Ibidem, pág. 12.

¹⁰⁰ Ibidem, pág. 22.

¹⁰¹ Ibidem, pág. 23.

van a recibir esa ayuda, a través de la fertilización, que respeta su punto de vista moral, cultural y social.

4. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Sin lugar a dudas que el Derecho Civil es la disciplina jurídica que más afectada se ha visto con los avances científicos, ya que regula situaciones relacionadas con la capacidad, filiación, maternidad, paternidad, parentesco, divorcio entre otras que necesariamente se ve afectada con la práctica de técnicas de reproducción asistida.

De acuerdo al artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, el legislador de 1932 contempló como única posibilidad de concebir la fecundación a través de la cópula. Sin embargo, con los nuevos avances respecto a las técnicas de reproducción asistida, podemos determinar que si puede haber concepción humana sin cópula, así como la unión del óvulo y esperma se puede llevar fuera del seno materno originando una necesidad de replantear el principio de la legitimidad de la concepción y más propiamente lo referente a la 'Maternidad Subrogada'.

Con esto, se advierte una reforma legislativa en la que se especifique que la existencia de una persona bajo la protección del Derecho Civil, comienza desde su concepción, independientemente que se produzca dentro o fuera del seno materno, situación que si ha adoptado el Código Civil de Tabasco en su Artículo 360.- Situación de maternidad sustituta.- Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.

Como hemos podido observar, las técnicas de reproducción asistida, ya han empezado a ser acogidas por los diversos ordenamientos de nuestro país, así tenemos que, el Código Civil para el Distrito Federal a partir de las reformas; sufridas en el año 2000 ya ha incluido algunos supuestos sobre esta materia, mismos que a continuación citaremos.

En primer lugar tenemos al artículo **162** que señala:

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

Los cónyuges, tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges. ”¹⁰²

Este precepto sirve como fundamento al tema de la reproductividad, en el se observa una vez más, lo referente a la paternidad responsable, donde se consagra el derecho a la pareja a tener los hijos que se deseen, pero lo novedoso en este artículo, es lo referente a la utilización de cualquier técnica de reproducción asistida, a la que puede hacer uso la pareja para solucionar cualquier problema fisiológico y poder procrear.

El legislador al mencionar ‘cualquier método de reproducción asistida’, nos da la pauta, para utilizar cualquiera de las diversas técnicas de procreación que existen, de este modo, se están contemplando la posibilidad no sólo de hacer uso de la inseminación artificial, sino también, podría hacerse uso de la maternidad subrogada o sustituta, pues ésta se presenta como una alternativa más para dar solución a los problemas de infertilidad en la pareja.

¹⁰² **Código Civil para el Distrito Federal.** Op. Cit. pág. 22

En el mismo sentido y con relación al parentesco, el artículo **293** del citado ordenamiento, en su párrafo segundo nos indica:

"...También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo esta, que haya procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida."¹⁰³

De este modo, los hijos nacidos, a través de cualquier técnica de reproducción asistida quedan protegidos, gozando de los derechos inherentes que brinda el parentesco por consanguinidad.

Este artículo nos da la pauta para encuadrar mi propuesta, ya que nos señala que existe parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo esta, que haya procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora; de igual manera propondría la adición de que se especifique que la madre sustituta NO tiene ningún parentesco con el hijo producto de la reproducción asistida, ya que ella sólo está sirviendo como incubadora del producto.

Otro punto a tratar, es el correspondiente a la filiación, para ello es necesario mencionar algunos de los preceptos que se manejan en la legislación adjetiva:

Art. 324. "Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provengan ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."¹⁰⁴

¹⁰³ Ibidem, pág. 42.

¹⁰⁴ Ibidem, pág. 47

La adición que se propone en el presente artículo es en su fracción primera que se leería **“Art. 324. "Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:**

- I. **Los hijos nacidos dentro de matrimonio, nacidos por cualquier método de reproducción asistida incluyendo la maternidad subrogada; y...”**

De igual forma pretendo incluir el artículo 324 Bis a fin de dar una definición de lo que es la Maternidad Subrogada:

“Art. 324 BIS. Entendiéndose como Maternidad Subrogada, cuando en el procedimiento reproductivo participe una segunda mujer; presumiéndose padres legales a los que hayan contratado.”

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

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos".¹⁰⁵

De los preceptos citados; se desprende la acción que tiene el marido para contradecir o negar la paternidad de un hijo, y el mismo artículo nos señala también los supuestos en los que no podrá impugnar su paternidad y donde se contempla el caso, en el que el marido ha dado su consentimiento expreso para que su mujer conciba, mediante algunas de las técnicas de procreación asistida, quedando con ello obligado a responder a sus obligaciones de padre, y que consiste en brindar alimentos.

¹⁰⁵ Idem

Más adelante el artículo trescientos veintinueve nos indica:

Art. 329. "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge."¹⁰⁶

En este artículo se reitera que cuando existió el consentimiento del marido en la utilización de alguna de las técnicas de fecundación asistida, nadie podrá negar la filiación que se tiene por esta paternidad, un caso que pudiere darse es cuando el marido muere, pero estaba en el proceso de alguna de las técnicas de fecundación artificial, y antes de morir, deja establecido como su voluntad el que su mujer conciba al hijo que anhelaban, bien mediante la inseminación artificial o a través de la fecundación *in vitro*, quedando con ello protegido, ya que nadie podría excluirlo de la sucesión testamentaria, por mencionar sólo algún supuesto.

Por último, pero no menos importante considero necesario comentar lo referente a los artículos 18 y 19 del presente Código que a la letra dice:

“Artículo 18. El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho”.¹⁰⁷

Los artículos 18 y 19 del multicitado Código hacen referencia a que no porque existan lagunas en la Ley respecto a un tema, pueden dejar de resolver las controversias que se presenten. Específicamente en la Maternidad Subrogada pueda darse el caso de que la madre sustituta no quiera entregar el hijo a los padres biológicos y por no existir un contrato respecto de la Maternidad Subrogada las

¹⁰⁶ Ibidem. pág. 48.

¹⁰⁷ Ibidem, pág. 3.

partes se encuentran desprotegidas por la Ley. Y el Juez no puede dejar de lado lo que en la práctica se ve cada día más.

5. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En materia penal también ya encontramos tipificadas conductas relacionadas a la reproducción asistida e inseminación artificial, pero como a continuación analizaremos no se denomina aun la figura de Maternidad Subrogada como tal; quedándose corta nuestra legislación penal al respecto.

**“TÍTULO SEGUNDO
PROCREACIÓN ASISTIDA, INSEMINACIÓN ARTIFICIAL Y
MANIPULACIÓN
GENÉTICA
CAPÍTULO I
PROCREACIÓN ASISTIDA E INSEMINACIÓN ARTIFICIAL**

ARTÍCULO 149. A quien disponga de óvulos o esperma para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.”¹⁰⁸

El artículo citado nos refiere la penalización que obtendrá aquella persona que no respete la decisión de los donantes de óvulos o espermias, ya que no debemos olvidar que estas prácticas de procreación asistida son permitidas por la Ley siempre y cuando sea para la procreación humana y en beneficio de los donantes o matrimonios que requieren de éstas.

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.

¹⁰⁸ **Código Penal para el Distrito Federal** Ed. ISEF, México, 2007. pág. 21.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.”¹⁰⁹

Este precepto nos hace referencia entre otras cosas a la importancia de que exista consentimiento expreso de cada una de las partes que participan en el proceso de inseminación; en este caso nos menciona el código a una segunda mujer, dando pauta a la figura de “Maternidad Subrogada”, pero insisto, aún sin darle esa regulación.

Por último el Código Penal en su Capítulo II ‘Manipulación Genética’ en su artículo 154 nos precisa la pena a la que se hacen acreedores las personas que fecunden óvulos humanos con fin distinto al de la procreación humana.

“ARTÍCULO 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

I...

II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y...”¹¹⁰

“ARTÍCULO 155. Si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, la reparación del daño comprenderá además, el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.”¹¹¹

La legislación Penal, por último, prevé la reparación del Daño para la Madre e hijo producto de la comisión de los delitos derivadas de la aplicación de las técnicas de Reproducción Asistida.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Ibidem, pág. 22.

6. DERECHO COMPARADO

Es importante destacar que el Estado de Tabasco es el único, hasta ahora que contempla la figura jurídica de la 'Maternidad Subrogada', es por ello que a continuación analizaremos para tratar de comprender y al mismo tiempo recapacitar sobre el tipo de sociedad de este Estado, como se manejan y dirigen las cuestiones en materia de Derecho Civil y Familiar que les ha permitido legislar en la materia.

a. Código Civil para el Estado de Tabasco 1997

Las técnicas de procreación asistida al popularizarse, han provocado que diversas presunciones del derecho tradicional se tornen obsoletas, sobre todo en materia de filiación, por ello, diversas legislaturas en nuestro país han comenzado a regular sobre esta materia.

Tal es el caso del Código Civil para el Estado de Tabasco, que atendiendo a las demandas de una realidad, ha incluido nuevos supuestos en materia de filiación, contemplando los métodos de reproducción asistida, entre ellos el de la maternidad subrogada.

Este ordenamiento, en su título octavo referente a la filiación, en su Capítulo II, regula sobre las presunciones de paternidad. Y en su artículo trescientos veinticuatro se estipula lo siguiente:

Artículo 324.- "Quienes se presumen hijos de los cónyuges.- Se presumen hijos de los cónyuges Incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial".¹¹²

¹¹² **Código Civil para el Estado de Tabasco.** Ed. ISEF, México, 1997. pág. 44.

El referido precepto muestra al código en estudio, como una de los más novedosas y vigentes legislaciones de nuestro país en materia de derecho familiar, ya que al reconocer como hijos a aquellos que han sido concebidos, dentro o fuera del seno materno, a través de cualquiera de las técnicas de procreación asistida, satisface las expectativas de una sociedad, cubriendo aquellos aspectos jurídicos que inciden en la filiación, acorde con los avances científicos.

El artículo trescientos veintisiete, del ordenamiento en estudio, nos indica cuándo no podrá negarse la paternidad, por lo que a continuación se cita:

Artículo 327.- "Cuándo no podrá desconocerse a los hijos.- El marido no podrá desconocer a los hijos... Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento".¹¹³

De este numeral se desprende que cuando el esposo ha manifestado su voluntad en términos claros y precisos, mediante un 'consentimiento informado' y por escrito, como lo exige el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud, ya estudiado en un apartado anterior, autorizando que su mujer sea inseminada para tener un hijo, por los métodos de reproducción asistida utilizando espermatozoides de un tercero donante, por mencionar sólo algún supuesto, no podrá desconocer al niño, por lo que deberá cumplir con sus obligaciones de padre.

Con relación al artículo anterior, el numeral trescientos veintinueve expone lo siguiente:

Artículo 329.- "Imposibilidad de desconocimiento.- El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

¹¹³ Idem

...La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos".¹¹⁴

Este precepto nuevamente hace mención a la autorización otorgada por el marido, por ello, si consintió que la mujer se practicara cualquiera de las técnicas de reproducción asistida para concebir, no podrá desconocer al producto.

Por otra parte, este ordenamiento también hace mención a las presunciones de paternidad existentes en el concubinato y a las que hace mención el artículo trescientos cuarenta que a la letra dice:

Artículo. 340.- "Presunción de los hijos de concubinato. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

...III. Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualquiera de los métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indudable".¹¹⁵

De lo anterior se desprende que el concubinario no podrá negar la paternidad del hijo nacido fuera del lapso contemplado por la ley a partir de la disolución de vida común, cuando este consintió la utilización de una técnica de procreación asistida, aún cuando se hayan utilizado gametos ajenos a la pareja.

Asimismo en este Ordenamiento, se contempla en el Capítulo VI lo referente a las pruebas de filiación de los hijos cuyos padres no fueren cónyuges, como lo refiere el artículo trescientos cuarenta y siete que a continuación se enuncia.

¹¹⁴ Ibidem, pág. 45.

¹¹⁵ Ibidem, pág. 52.

Artículo 347:

"Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad: ... 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 esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató".¹¹⁶

El citado precepto es una de la más importantes aportaciones que tiene el Código Civil de Tabasco, al regular sobre maternidad subrogada, y al determinar que la madre legítima será la mujer que contrato el servicio, ya sea que aporte o no su óvulo, en el cual la madre sustituta o mujer que prestó el servicio de gestación debe entregar al niño en la forma convenida.

En relación con reconocimiento de hijo del *nasciturus* (Sujeto de derecho que ha sido concebido, pero no ha nacido aún), que es el hijo concebido no nacido, el artículo trescientos cuarenta y nueve, del mismo ordenamiento señala lo siguiente:

Artículo 349. "Reconocimiento de hijo no nacido.- Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización *in vitro*, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento..."¹¹⁷

De este precepto se desprende que el reconocimiento de un hijo que no ha nacido, puede hacerse aún cuando el producto se encuentre fuera del seno materno, es decir, una pareja puede reconocer como hijo a un embrión, sin que este sea todavía implantado y aún cuando hubiere sido concebido con gametos ajenos a la pareja.

¹¹⁶ Idem

¹¹⁷ Ibidem, pág. 56.

El artículo trescientos sesenta, del multicitado Código, en relación con la maternidad subrogada expone lo siguiente:

Artículo 360.- "Situación de maternidad sustituta.- Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo".¹¹⁸

Esta disposición contempla a la maternidad subrogada como una excepción para no imputar la paternidad de un niño, al marido de aquella mujer que prestó sus servicios de madre sustituta, ya que en este caso la criatura pertenece a otra pareja.

El artículo trescientos sesenta y cinco señala los derechos del hijo reconocido, mismo que a la letra dice:

"Artículo 365. Derechos del reconocido.- El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambas, tiene derecho:
I. A llevar apellido del que lo reconoce;
II. A ser alimentado por este;
III. A recibir la porción hereditaria que fija la ley en caso de intestado o los alimentos correspondientes si no fuere instituido heredero en el caso de sucesión testamentaria; y
IV. A ejercer los derechos que este código concediere a los hijos póstumos.
Gozan de estos mismos derechos los hijos nacidos como resultado del empleo de cualquier método de concepción humana artificial".¹¹⁹

Este precepto legal, hace extensible todos los derechos de hijo reconocido, a aquellos que han nacido mediante cualquier técnica de procreación asistida, sólo cabe retomar que para evitar cualquier conflicto, al utilizar estos métodos, debe existir siempre el consentimiento expreso de la pareja.

¹¹⁸ Ibidem, pág. 64.

¹¹⁹ Ibidem, pág. 65.

CAPÍTULO IV
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

A. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Antes de iniciar el presente capítulo, debemos aclarar que la reproducción humana es asistida cuando no es resultado exclusivo de la unión intersexual, sino de la aplicación de determinadas técnicas médico científicas que la hacen posible.

La reproducción humana asistida soluciona supuestos de infertilidad atribuidos tanto al hombre como a la mujer; como ejemplo mencionamos: transferencia de óvulos y espermatozoides a las trompas de Falopio, donde se produce la fertilización; transferencia de embriones u óvulos fecundados a las trompas de Falopio o transferencia intratubaria del cigoto.

La posibilidad de fertilizar el óvulo fuera del cuerpo humano permite transferir el embrión a una mujer distinta de la que proveyó el gameto, así como también utilizar el esperma de donante, por lo tanto, se resuelve el problema cuando el hombre y la mujer tienen algún tipo de dificultad para lograr que el espermatozoide fecunde el óvulo.

Otro supuesto es aquel en el que la mujer fértil no pueda llevar adelante el embarazo, en cuyo caso es necesario recurrir a una tercera que gestará por ella, lo que se denomina 'Maternidad Subrogada', tema central del presente trabajo que analizaremos más adelante.

Cabe resaltar que la aplicación de estas técnicas desde su inicio, tuvieron como objetivo remediar la infertilidad de la pareja; no obstante, se ha recurrido a ellas como un medio alternativo de fecundación; en este supuesto la existencia de pareja no es un requisito forzoso. Ello acontece cuando la mujer no desea mantener una relación sexual, pero sí quiere tener un hijo; si se trata del hombre, deberá requerir no sólo material genético de donante, sino también un 'vientre gestante'. Es objeto de debate si la ley debe limitar la aplicación de las técnicas a parejas o si podrán recurrir a ellas las personas individualmente.

De la doctrina nacional y extranjera se observa una acentuada tendencia a favor de reservar el uso de estas técnicas para solucionar la esterilidad o infertilidad de parejas.

Como consecuencia de lo anotado anteriormente, resulta que los descubrimientos y adelantos en el campo de la biología nos ponen ante situaciones que se proyectan a lo jurídico, puesto que los avances técnicos en materia de inseminación artificial y fecundación extrauterina, denotan que no siempre se encuentre respuestas específicas en la legislación vigente.

Antes de comenzar con el concepto de Inseminación Artificial, hay que mencionar que existen tantos conceptos como autores han discutido el tema en cuestión, sin embargo, comenzaremos por definir a la inseminación: "...que proviene del latín *inseminatum*, que significa sembrar en, es la introducción por medio de instrumentos del semen en la vagina o la matriz, para producir el embarazo."¹²⁰

Javier Gafo, establece que: "La inseminación artificial consiste en depositar espermatozoides en los genitales internos femeninos, mediante el dispositivo instrumental específico".¹²¹

Ahora bien, considero importante resaltar que no obstante que se acostumbra emplear el término de esterilidad o infertilidad indistintamente para referirse a la incapacidad para reproducirse, esto no es correcto, desde el punto de vista médico cabe diferenciar el concepto de **esterilidad** que indica la posibilidad de efectuarse la fecundación, e implica que esta alteración es irreversible, en cambio el de **infertilidad** significa la imposibilidad de tener hijos, siendo posible la fecundación y, por lo tanto, el desarrollo del embrión o feto.

¹²⁰ Soto la Madrid, Miguel Ángel. **Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho**, Ed. Astrea. Buenos Aires. pág. 19.

¹²¹ Gafo, Javier, et al. **Procreación Humana Asistida: aspectos Técnicos, Éticos y Legales**. Ed. Universidad Pontificia, Madrid, 1998, pág. 15.

La **Fecundación artificial** hace referencia a la concepción como resultado y la **inseminación artificial** se refiere al hecho de que se introduzca espermatozoides en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado, la fecundación no es artificial, lo artificial es la inseminación, pero "...los avances científicos hacen posible la fecundación artificial, cuando se logra esta gestación en tubo de ensayo llamada in vitro, en estos casos se trata de una verdadera fecundación artificial extrauterina".¹²²

Originalmente este método fue utilizado por los ganaderos para mejorar la raza con espermatozoides de sementales, en el siglo XX empezó a desarrollarse para su uso en la especie humana con el fin de resolver problemas de esterilidad.

Criterios meramente técnicos de distinción de los diferentes tipos de inseminación atienden a la preparación del semen, al lugar en el que se deposite, o a la técnica utilizada. De este modo, según la preparación del semen puede tratarse de inseminación artificial con semen fresco o con semen congelado. "Dependiendo el lugar de los genitales femeninos donde sea depositado, se habla de inseminación artificial vaginal, intrauterina, endocervical y exocervical. Se distingue entre inseminación artificial con semen del marido o de la pareja de la mujer inseminada y la inseminación artificial con semen de donante, sea éste anónimo o conocido"¹²³

Tal vez el antecedente más antiguo que se tiene de la inseminación artificial en seres humanos es el que describe Munther en un viaje que hizo a Portugal y España, a fines del siglo XV, que narra el modo de operar como unos médicos españoles efectuaron la inseminación artificial con una cánula de oro en la persona de la reina Doña Juana de Portugal, segunda esposa de Enrique IV el impotente, con espermatozoides del monarca.

¹²² Chávez Asencio, Manuel. Op. Cit. **La Familia en el Derecho...** pág. 22.

¹²³ Lema Añón, Carlos. **Reproducción, Poder y Derecho** Ed. Trotta, Madrid, 1999. pág. 76.

Es a Hatwing a quien se considera el descubridor de la fecundación *in vitro*, con estudios realizados en el erizo de mar que tenía lugar en el exterior de su organismo, este procedimiento de la fecundación artificial da la posibilidad de aplicarla en la especie humana, para poder darse la unión de las células sexuales masculinas y femeninas fuera del organismo en una probeta o tubo de ensayo.

En 1978 nace Louis Joy Brown, primer ser humano procreado con la técnica de inseminación artificial *in vitro* y desde entonces, en todos los países del mundo se practica la inseminación de vientres tras la fecundación intermedio de laboratorio de los óvulos maduros. En 1989 fue gestado en Monterrey un bebé probeta, el primero que en estas circunstancias nace en México.¹²⁴

Dentro de la forma normal de convivencia conyugal se da el débito carnal que es uno de los 'deberes jurídicos' que integran la relación jurídica. Esta relación sexual hombre mujer no es un acto jurídico por la simple razón de que es parte de una relación jurídica; esta se genera del acto jurídico llamado matrimonio, cuyo objetivo es la 'comunidad íntima de vida' que como un estado jurídico se establece.¹²⁵

No sucede lo mismo en la inseminación artificial. Al no poder ser el embarazo consecuencia del coito, por esterilidad o algún defecto orgánico se recurre a medios externos, donde interviene la ayuda de terceros como lo es un médico; el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en el artículo 43, previene que para la Fertilización Asistida, se requiere obtener una carta de consentimiento informado de la mujer y su cónyuge o concubinario, sólo podrá ser dispensado en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifestación para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.

¹²⁴ Ibidem, pág. 78.

¹²⁵ Chávez Asencio, Manuel F. **La Familia en el Derecho. Relaciones Conyugales**. Capítulo III. Porrúa. México, 1985. pág. 25.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, se refiere a la carta de consentimiento, considero que tal documento es un acto unilateral y, por tanto, sigue siendo necesario un contrato, en el cual las partes que intervendrían serían los consortes, la madre Sustituta y dos testigos. Todo esto para darle la forma legal que requiere un acto jurídico bilateral existente y válido.

Esta técnica reconoce variantes o tipos. Según el lugar del aparato reproductor femenino donde se infunda el esperma, podemos distinguir:

1) Inseminación Artificial Intravaginal.- se inyecta el esperma fresco en el fondo de la vagina mediante una jeringa, alrededor del cuello uterino, según los especialistas es la forma que más se acerca a una inseminación natural, sin embargo, no es la que produce más inseminaciones, porque la vagina es un medio hostil, aun para el semen en buenas condiciones. Corre los mismos riesgos que una fecundación por vía natural.¹²⁶

2) Inseminación Artificial Intracervical.- en la cual se deposita el esperma en contacto con la secreción cervical, para ello se inyecta una pequeña cantidad en el interior del cuello del útero y el resto del esperma se aplica en una especie de tapón cervical que la misma mujer puede retirar posteriormente. Con esta técnica se permite que la secreción cervical cumpla las funciones de selección del material seminal que naturalmente está destinada a cumplir. Esto para evitar que escurra el esperma.

3) Inseminación Artificial Intrauterina.- se recurre a esta técnica cuando existen diversas alteraciones del cuello de útero y de la secreción cervical. Entonces, hay que depositar los espermatozoides en la cavidad uterina. Aquí el proceso tiene mayores complicaciones, ya que puede provocar contracciones uterinas y trae aparejado riesgo de infecciones por bacterias del esperma que no ha sido 'filtrado' por la secreción cervical.

¹²⁶ Loyarte, Dolores Adriana Y Coaut. **Procreación Humana Artificial. Un desafío Bioético.** Ed. Desalma, Buenos Aires, 1995. pág. 109.

En este caso resultan sumamente importantes las técnicas de preparación del semen, que tiene por objeto la separación de espermatozoides del plasma seminal y el aislamiento de los espermatozoides más móviles.

4) Inseminación Artificial Intraperitoneal.- Es la que se lleva a cabo por medio de una inyección de espermatozoides en la cavidad abdominal, a través de la pared posterior a la vagina en el momento de la ovulación, directamente en el líquido intraperitoneal, para que las trompas de Falopio capten a los espermatozoides, recorren a la inversa el camino que normalmente recorren (vagina, útero y luego trompas), en esta técnica llegan directamente a las trompas saltándose las otras escalas.¹²⁷

Indudablemente, son cada vez mayores las intervenciones de seres humanos, en los casos en que la fecundación no puede producirse por vías naturales o cuando se registran enfermedades ginecológicas que impiden el normal desarrollo de la gestación y el embarazo.

La inseminación artificial es un procedimiento utilizado en los programas de reproducción asistida como primera alternativa en el manejo de las parejas estériles con cuando menos una trompa uterina permeable, que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales, tendientes a la corrección de los factores causales de esterilidad.

Los objetivos principales de la inseminación artificial son:

- Asegurar la existencia de óvulos disponibles.
- Acercar los espermatozoides al óvulo en el aparato genital femenino.

¹²⁷ Nassal, G.J.V. **Límites en la Manipulación Genética**. Ed. Gedisa, España, 1997. Pág. 130.

- Mejorar e incrementar el potencial de fertilidad de los espermatozoides, realizando una serie de procedimientos de laboratorio al semen eyaculado, llamados en conjunto captación espermática.

La inseminación artificial se realiza en aquellas parejas que no se han podido embarazar debido a alguno de los siguientes padecimientos:

- La mujer tiene algún problema a nivel del cuello del útero como alteración en el moco cervical, presencia de anticuerpos antiesperma, secuelas de conización, tratamiento con láser o criocirugía, etc.
- El hombre muestra alteraciones en el semen como disminución del número de espermatozoides y/o de su movilidad, disminución en el volumen eyaculado, aumento excesivo en el número de espermatozoides, malformaciones anatómicas en su aparato reproductor o alteraciones de la eyaculación.
- La pareja presenta una esterilidad inexplicable.

Cabe mencionar que el Instituto Nacional de Perinatología, dependiente del Sector Salud y la Clínica Grupo de Reproducción y Genética AGN y Asociados dependiente del Hospital Ángeles de la Ciudad de México, son instituciones que se han distinguido por la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida y por la obtención de buenos resultados.

La Inseminación Artificial también la podemos clasificar en:

Inseminación Homóloga.- Es aquella en donde se utiliza el semen de la pareja. El procedimiento para este tipo de inseminación comienza cuando se obtiene la muestra de semen de la pareja y se deposita en un catéter especial conectado en una jeringa; la paciente se coloca en posición ginecológica, se aplica un espejo vaginal estéril para localizar el cerviz y por su orificio se introduce el catéter hacia el

interior del útero y se deposita el semen capacitado (inseminación intrauterina). Si es necesario se puede depositar semen capacitado en el interior del cerviz (inseminación intracervical).

Se realiza generalmente cuando existe: 1. Alteración Inmunológica.- Si hay anticuerpos antiespermáticos en el moco cervical la penetración espermática se verá dificultada, o también cuando los anticuerpos se hallan en el semen. 2. Semen Patológico.- Tanto en las alteraciones del volumen como en el recuento del número y movilidad de los espermatozoides. 3. Esterilidad de origen desconocido.

Actualmente, la inseminación artificial conyugal con semen congelado o en crio conservación permite la conservación del semen del marido cuando este haya de ser sometido a alguna forma de tratamiento quirúrgico (vasectomía) químico o radioterapéutico que comprometa o anule su capacidad fecundante.

Inseminación Heteróloga.- Cuando se utiliza semen de un donador. Se aplica cuando el varón no tiene espermatozoides o cuando es portador de alguna enfermedad. Se realiza generalmente en problemas:

- Andrológicos: Cuando el hombre presenta un trastorno de eyaculación o de semen, ya sea una ausencia total de espermatozoides o una disminución severa en cuanto a su número o movilidad y que no sean corregidos por tratamientos convencionales.
- Enfermedad hereditaria: Cuando el varón puede transmitir a su descendencia una enfermedad transmisible de generación en generación.
- Mujer sin pareja: En esta situación se solicita un informe psicológico.

- Esterilidad de origen desconocido: después de haber fracasado los tratamientos adecuados, incluso la fertilización *in vitro*, al respecto debemos señalar que la ley permite utilizar estas técnicas siempre que se utilice como último recurso.¹²⁸

Es preciso señalar que dentro de las políticas que norman la actividad de algunos centros de especialidades como el Centro de Urología, Andrología y Sexología en México se prohíbe llevar a cabo una inseminación artificial heteróloga a una mujer soltera.

Podemos darnos cuenta de que este tipo de inseminación presenta mayores problemas cuando una mujer casada la realiza con semen de un donador que no es su marido, la inseminación puede llevarse al cabo, con autorización del marido o sin ella, cuando se realiza con consentimiento del marido presenta algunos problemas que es conveniente considerar, la carga de la prueba corresponde a la esposa y además el juzgador debe ser cauteloso en la admisión de la prueba y en su valoración, considerando que sólo debería admitirse la prueba documental suscrita por el marido, en la que éste expresamente declare que otorga su consentimiento para la fecundación de su mujer, de igual forma, el médico que practique la inseminación bajo su responsabilidad, deberá exigir la autorización escrita del marido antes de proceder a la inseminación, otro problema que enfrenta esta hipótesis es el tiempo en que se debe considerar subsistente la autorización, de esta manera si no es fijado el plazo de duración para hacer uso de la autorización del marido, esta fue otorgada para una sola operación de fecundación. Si se señala un término, la mujer podrá hacer uso de ella en un número indeterminado de inseminaciones, dentro del plazo establecido en el documento que contiene el consentimiento. En todo caso éste, puede ser revocado en cualquier momento.

¹²⁸ Bennitez Ortúzar, José Ignacio. **Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida.** Ed. Camares, México, 1998. pág. 65.

B. INSEMINACIÓN INTRAUTERINA.

Es la técnica más recomendable en los casos de esterilidad causada por factor cervical e inmunológico y requiere una preparación previa de eyaculado que consiste en obtener primeramente la muestra de semen, para obtener mejores resultados en la aplicación de esta técnica, se recomienda un periodo de abstinencia sexual previa, de al menos tres días, tiempo indispensable para que las vesículas seminales estén llenas de líquido seminal, según la valoración y condición del paciente, se puede solicitar la totalidad del eyaculado o solo la primera fracción del mismo, denominado *split* que contiene el 80% del total de espermatozoides del eyaculado. Posteriormente, se elimina del semen el plasma seminal porque contiene sustancias que producen contracciones uterinas al entrar en contacto con el endometrio, eliminando el plasma seminal, se valora la contracción de espermatozoides, su aspecto, volumen y movilidad y aquellos que resulten idóneos para la técnica serán depositados en la cavidad uterina mediante una fina cánula acoplada a una jeringa, en este caso es muy importante la aplicación de las técnicas de preparación del semen para seleccionar los espermatozoides más aptos.¹²⁹

Este procedimiento consta por lo menos de cuatro ciclos y si las pacientes no consiguen quedar embarazadas después del sexto ciclo de tratamiento, se les debe completar su estudio de esterilidad practicando laparoscopia en aquellos casos en que no se hizo con anterioridad o bien, pasar a técnicas de fecundación *in vitro* que permiten un estudio más riguroso del proceso de fertilización.

Al igual que otras técnicas, este procedimiento no está exento de contraindicaciones y complicaciones, dentro de las primeras se encuentran razones médicas o psíquicas que contraindiquen el embarazo por inseminación intrauterina debido a la presencia de enfermedades en uno de los miembros de la pareja como sífilis, diabetes, etc. o cuando hay una infección genital. Entre las complicaciones

¹²⁹ Lema Añón, Carlos. Op. Cit. pág. 150.

que pueden resultar del tratamiento, destacan la presencia de dolor abdominal, fatiga y edema pulmonar.

En este procedimiento, la ovulación es estimulada con hormonas y el esperma es artificialmente introducido directamente dentro del óvulo. Esta técnica puede ser usada cuando la infertilidad es causada por endometriosis o problemas con la producción de esperma, movilidad o calidad y por aquellos casos en los cuales se desconoce la causa; no obstante que este método es más simple, seguro y mucho menos costoso que la fecundación *in vitro*, envuelve al igual que el resto de las técnicas un alto riesgo de embarazos múltiple debido al uso de drogas de fertilidad.¹³⁰

C. FECUNDACIÓN *IN VITRO*.

La fecundación *in vitro* es la técnica que permite la unión de óvulos y espermatozoides en un laboratorio para formar el embrión (fase temprana de desarrollo que sigue a la fecundación del óvulo). El término embrión también se usa para referirse al óvulo fecundado durante sus siete primeras semanas de existencia, que de la octava semana en adelante recibe el nombre de feto.

Los embriones producidos se implantan posteriormente en el útero de la madre que en otros casos sería estéril, se considera una extensión de la inseminación artificial.

Las técnicas de fecundación *in vitro*, inicialmente estaban orientadas únicamente a resolver el problema de la paciente con obstrucción o ausencia de trompas, la Fecundación *In Vitro* en el momento actual cubre varias otras

¹³⁰ Vidal Martínez, Jaime et al. **Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida**. Ed. Comares. España, 1998. pág. 58.

indicaciones, y no estrictamente de patología genital femenina, como son: la infertilidad masculina, patología tubárica, la esterilidad de origen inmunológico y la infertilidad de origen inexplicado.¹³¹

➤ La infertilidad masculina.- Esta manipulación puede ayudar a resolver problemas de subfertilidad masculina, en la medida en que se puede concentrar por centrifugación el número de espermatozoides por unidad de volumen, además de que en sí misma los requerimientos numéricos de espermatozoides son menores por la propia esencia de la técnica. Pueden asimismo incluirse casos de infertilidad masculina eventualmente tratables, sean funcionales u orgánicos, post-inflamatorios y algunos clases de malformaciones.

➤ Patología tubárica.- Se aplica de modo fundamental a la ausencia de trompas por extirpación quirúrgica previa, a la obstrucción de ambas trompas, sea ésta de origen quirúrgico derivada de una esterilización voluntaria por ligadura de trompas, sin que se haya hecho recanalización de las trompas, o habiendo fracasado este intento; sea de origen inflamatorio por el desarrollo previo de una enfermedad inflamatoria pélvica, sea debida a cualquier otra patología obstructiva o funcional de la trompa.

➤ La esterilidad de origen inmunológico.- Es decir, el rechazo de defensa inmunitaria, por parte del organismo femenino, bien de los propios espermatozoides, o mediante respuesta contra estructuras del huevo recién fecundado, produciéndose anticuerpo antizona pelúcida.

➤ Infertilidad de origen inexplicado.- Dentro del desconocimiento preciso de su mecanismo, agrupa aún hoy el 25% del total de las esterilidades femeninas, habiéndose observado cómo pueden beneficiarse muchas parejas de la FIV para resolver su problema.

¹³¹ Galfo Javier, et. al. pág.28.

La fecundación artificial extracorpórea para después implantarse el huevo fecundado en el útero materno está siendo cada vez más frecuente, la ciencia acude en ayuda de los matrimonios que tienen problemas para lograr la fecundación por vía natural.

La fecundación artificial nos plantea un problema adicional; la persona humana; es decir, se debe cuestionar la determinación jurídica sobre el comienzo de la vida en cuanto a la personalidad jurídica y consecuentemente, la protección del *nasciturus* tanto desde el punto de vista civil (derechos a heredar, alimentos, etc.) como penal (derecho a la vida).

Fecundación heteróloga *in vitro*, tiene lugar cuando se realiza con esperma de un donador de óvulo de mujer fértil, para después de producida la fecundación llevar a cabo la implantación del embrión en la matriz de la mujer en cuyo vientre se producirá la gestación y posteriormente el parto.

El procedimiento, desde el punto de vista de la técnica operatoria es igual que la fecundación *in vitro*, llevada a cabo con semen del marido; pero desde el punto de vista jurídico, plantea la disyunción entre la paternidad biológica y la filiación del hijo que de esa manipulación resulte y da a luz una mujer casada.

Es importante hacer notar que la fecundación *in vitro* difiere de la mera inseminación artificial *in vivo* o *in vitro*. Ya que, tratándose de la inseminación artificial *in vivo*, la manipulación termina antes del momento de la concepción, mientras que en la fecundación *in vitro* la manipulación tiende primeramente a producir la formación del embrión y consecuentemente la concepción, inicio del periodo de la gestación que se producirá por Implantación del embrión en la matriz de quien a la postre dará a luz al ser así concebido.

En nuestro derecho podemos aceptar que la personalidad se inicia con la concepción, la capacidad de las personas físicas se adquiere con el nacimiento y se

pierde con la muerte (artículo 22 del Código Civil Distrito Federal); sin embargo, el mismo artículo agrega: "... pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley...".¹³²

Para nuestra legislación el concebido *in vitro* ya tiene personalidad jurídica, y, consecuentemente, entra bajo la protección de la ley, que comprende los aspectos civiles y penales.¹³³

La fertilización *in vitro* es aplicable a mujeres cuyas trompas de Falopio aparecen imposibilitadas de cumplir sus funciones naturales. Capturado el ovocito y mezclado con el semen, los gametos son cultivados en un dispositivo que reemplaza a la trompa de Falopio, hasta que empiezan a desarrollarse las células embrionarias, las que luego se colocan en la cavidad uterina donde el proceso del embarazo transcurrirá normalmente. Esta manipulación puede tener lugar empleando espermatozoides del marido, de una donadora de óvulo extraído o por medio de la fecundación del óvulo.

Respecto del empleo de gametos del marido y de la extracción de un óvulo de la mujer para producir artificialmente la fecundación extracorpórea, (excluyendo en esta manera la procreación por vía sexual, para insertar después el embrión por medios quirúrgicos en el vientre de la esposa, o de otra mujer en calidad de madre subrogada), debe decirse que ésta delicada manipulación sólo debe ser permitida por la ley en los casos comprobados de imposibilidad de la mujer para concebir, por causa de mala conformación de su aparato genital o por otras razones de origen orgánico.

La fecundación *in vitro* consiste en la fecundación de los ovocitos obtenidos por punción folicular fuera del organismo materno, en la división celular de los cigotos en laboratorio y en la posterior introducción de los embriones en el aparato

¹³² **Código Civil para el Distrito Federal**, Op. Cit. pág. 4.

¹³³ Chávez Asencio, Manuel, Op. Cit. pág. 78.

genital de la mujer. De ahí que el término correcto sería fecundación *in vitro* con transferencia de embriones.

En los casos de factor tubárico se recomienda:

“ Ausencia o destrucción de las trompas; factor masculino: Con semen de mala calidad o por la ausencia de espermatozoides y la necesidad de la utilización de semen de donante, si previamente ha fracasado la inseminación artificial con semen del donante; fallo de tratamientos previos: Cuando después de realizar tratamientos médicos y de inseminación no se consigue gestación, aún no teniendo causa aparente.”¹³⁴

Se suelen transferir de 2 a 4 embriones, y el resto, si existen, se guardan mediante congelación (crío conservación) para ser utilizados en ciclos posteriores. Los embriones crío conservados pueden ser donados por la pareja a otra pareja estéril.

En los procesos de fecundación *in vitro* es habitual que se fecunde un número de embriones superior al que se va a transferir, o desde luego superior a los que se van a transferir en una primera tentativa. Así pues, los embriones son conservados a bajas temperaturas, de forma que se interrumpe su desarrollo, pero pudiendo ser recuperados en un momento posterior y utilizados para intentar otro embarazo.

Los posibles destinos para los embriones almacenados, una vez que acaba el tiempo que se considera aconsejable mantenerlos almacenados, pasan por tres posibilidades; la primera es su transferencia, intentando lograr un embarazo al igual que en cualquier procedimiento de fecundación *in vitro* con transferencia de embrión; o intentar lograr un embarazo la madre genética del embrión, o bien intentarlo en otra mujer, en lo que será una donación de embrión o adopción antenatal. Las otras dos

¹³⁴ Galfo Javier, et al, Op. Cit. pág. 75.

posibilidades son la destrucción y la utilización para la Investigación y experimentación.¹³⁵

El término preembrión designa al cigoto que no ha sido implantado todavía en el seno materno y que no ha superado los catorce días de vida extrauterina, designa el grupo celular en el curso de división, hasta la aparición de la línea primitiva y que es invisible al ojo humano, los términos cigoto (Óvulo Fertilizado), embrión (organismo en vías de desarrollo desde la fecundación del óvulo hasta el momento en que puede llevar una vida autónoma) y feto (Producto de la concepción desde el periodo embrionario hasta el parto), en el vocabulario biológico pueden indicar sucesivos estadios en el desarrollo del ser humano. La verdad biológica de nuestro tiempo no pone en cuestión que el desarrollo embriológico sea continuo, desde el momento de la fecundación del óvulo hasta el nacimiento, si se produce. Lo que sí dice es que hay momentos cronológica y biológicamente diferenciables.

Esta técnica está conformada por cuatro etapas básicas:

- Estimulación ovárica controlada con seguimiento folicular. La estimulación se realiza con gonadotrofinas para asegurar la obtención de un número óptimo de ovocitos obtenidos mediante el esquema de inducción empleado en uno de los factores determinantes para el éxito del procedimiento.

- Se requiere capturar ovocitos directamente del ovario a través de laparoscopia o por punción transvaginal dirigida con control ultra sonográfico. Todo el líquido extraído de los folículos pasa de inmediato al Laboratorio de gametos para la identificación y;

¹³⁵ Lema Añon, Carlos. Op. Cit. pág. 145.

- Preparación de los óvulos. La captura por ultrasonido se hace sedando a la paciente, por lo cual a las dos horas aproximadamente la mujer puede salir del hospital y al día siguiente volver a sus actividades.

- Transferencia de pre-embryones al útero a las 48-72 horas después de la captura.

El éxito de este procedimiento estriba en cinco fases:

- + Adecuada selección de los casos.

- + Disciplina de la pareja para seguir al pie de la letra las indicaciones médicas.

- + Estimulación ovárica óptima de acuerdo a los protocolos actuales.

- + Abordaje de captura ovular que reúna facilidad en el acceso al ovario.

- + El laboratorio de Gametos en el que se realice el procedimiento deberá reunir los elementos necesarios para que el procedimiento que se llevará a cabo se realice adecuadamente, sin poner en riesgo la salud de la mujer.

La determinación de la maternidad, hasta la aparición de la fecundación *in vitro*, no presentaba problemas. Regía el principio de que la maternidad era un hecho cierto *-mater semper certa est-* y se determinaba legalmente por el hecho del parto debidamente acreditado y por la identidad del hijo. La aplicación de la regla *partus sequitur ventrem* presuponía que existía una coincidencia entre la mujer que aporta un óvulo, la que sobrelleva el embarazo y la que da a luz.

Con la fecundación *in vitro* con donación de óvulo y posterior implantación de embryones en el útero de la mujer que dará a luz a la criatura, se presenta el problema de la determinación de la maternidad por la prueba del parto: ¿quién es

madre: la mujer que aportó el óvulo (madre genética) o la que recibe el embrión, llevó a cabo el embarazo y parió al niño (madre gestante)?"¹³⁶

Si las aportaciones biológicas de ambas mujeres en la reproducción son fundamentales... ¿qué sentido tiene definir la madre legal si puede que concurren tanto en la gestante como en la que aporta el óvulo el deseo de ser madre y de asumir las responsabilidades inherentes a la maternidad? Todas estas interrogantes serán analizados en la maternidad subrogada, en razón de que un hijo no puede tener mas que una madre y un padre.

D. FECUNDACIÓN IN VITRO CON TRANSFERENCIA DE EMBRIONES REALIZADA CON GAMETOS PROVENIENTES DE LA PAREJA

Este tipo de fecundación se produce cuando el embrión que se implanta en el útero de la mujer procede de la fecundación de óvulo y espermatozoide de la pareja, llevada a cabo fuera del vientre materno, en una placa de laboratorio.

En esta situación, existe una identidad entre la paternidad genética y la legal y entre la maternidad genética y biológica o de gestación. Lo que aquí diferencia a la **FIVTE** (Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones) de una fecundación vía cópula, es que se prescinde de la relación sexual para la concepción del hijo. Esta concepción se produce con los gametos de la pareja. Por tanto, el hijo que nace es portador de la herencia genética de sus padres luego, la filiación del hijo será matrimonial si los padres están casados, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 7.1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida que dice: "La filiación de los nacidos con las técnicas de la reproducción asistida se regulará por las normas vigentes, salvo las especialidades contenidas en este artículo".¹³⁷

¹³⁶ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. La Fecundación In Vitro y la Filiación. Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993, pág. 120.

¹³⁷ Ibidem, pág. 122.

En general la determinación de la filiación en los casos de FIVTE con gametos provenientes de la pareja no presenta problemas, salvo cuando el marido o varón de la pareja fallece habiendo dejado sus gametos depositados en un banco de semen.

Nada especial, en materia de filiación, contiene el capítulo III de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en lo que respecta a la fecundación artificial con gametos del marido de la mujer. Por tanto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7.1 de dicha Ley nos regiremos por las normas establecidas en el Código Civil del Distrito Federal de dicho tema.

Uno de los casos dudosos que plantea la FIVTE (Fecundación In Vitro con Transferencia de Embriones) con gametos del matrimonio, es cuando a la mujer se le transfieren la mitad o una parte de los embriones obtenidos en una fecundación *in vitro* y el resto se congela para futuras implantaciones. Pasado un tiempo, el matrimonio se separa, pero la mujer quiere ser madre y pide que se le transfieran los embriones congelados.

Al respecto, Moro Almaraz señala que en los casos en que de una fecundación *in vitro* resulte un número alto de embriones, los cuales no podrán ser transferidos de una sola vez, deberán expresar por escrito ambos cónyuges su intención sobre ellos, dar el consentimiento para una donación-adopción, expresar el deseo de que en otro momento la pareja intentará un nuevo embarazo o bien se reservan para el caso de que no se consiga en el primer momento de la implantación.¹³⁸

El transcurso del tiempo hace que las situaciones personales cambien; por ello, más acorde con la realidad sería que para cada intento de un nuevo embarazo

¹³⁸ Moro Almaraz, M.J. **Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro**. Ed. Trivium, Madrid, 1988, pág. 287.

(es decir, para cada nueva transferencia de embriones al útero de la mujer) se exigiera un nuevo consentimiento.

Si la pareja no está casada y se le practica una FIVTE a la mujer con gametos provenientes de ellos y con consentimiento de ambos, el hijo será concebido fuera de matrimonio. Se trata de una situación similar a la de la pareja casada, y sólo difiere de ella en cuanto el varón de quien proceden los gametos no está casado con la mujer a la que se le practica la FIVTE. Tanto si la pareja es estable como si no lo es, si el varón dio su consentimiento, el hijo será no matrimonial de ambos. La Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no exige que la pareja que se somete a una FIVTE forme pareja estable similar al matrimonio, sólo se requiere que el varón que entrega sus gametos consienta que con ellos se practique una FIVTE a la mujer que dice ser su pareja. Este consentimiento lo hace asumir la paternidad del hijo que nazca.

El consentimiento de expresión libre, consciente y formal otorgado por el varón de la pareja y la inscripción practicada en el Registro Civil al tiempo del nacimiento, determinan la filiación del hijo (Arts. 6.4, 8.2 y Art. 49.1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida; Art. 369 del Código Civil y Art. 185 Reglamento del Registro Civil).¹³⁹

¹³⁹ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. Op. Cit. pág. 127.

"

"

"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"

ECR V̄W̄N̄Q'X"

"

OCVGT P̄K̄ CF'UWDTQI CFC"

"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"

C0'EQPEGRVQ'FG'OCVGT P̄K̄ CF'UWDTQI CFC0'

Cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos surge, como una solución llena de implicaciones morales y jurídicas, la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar, y en las desgracias extremas cuando la infertilidad se une a la esterilidad, cabe también recurrir a la donación del óvulo y a la prestación del vientre, para concebir y gestar a través de otra, como una nueva distorsión de la función genética.

Para el autor Miguel Ángel Soto de la Madrid, la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, esto es, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.¹⁴⁰

En mi opinión, la maternidad subrogada, es la que se origina por la gestación de un ser humano en el útero de una mujer, en nombre y por comisión o encargo de otra, la cual aportó el óvulo y cuyo marido depositó el espermatozoide para ser fecundado y posteriormente implantado en esta segunda mujer. El método empleado médicamente se conoce como Fecundación *In Vitro* con Transferencia de embriones de la pareja contratante. Con esto descartamos que la mujer subrogante cree filiación alguna con el hijo de la pareja contratante.

La maternidad subrogada es la más controvertida de las técnicas de reproducción asistida, debido a los problemas de carácter ético-jurídico que plantea. Por razón de la presencia de una segunda mujer.

El término 'maternidad subrogada' viene de la traducción de la expresión inglesa '*surrogated motherhood*'. También se denomina esta figura como maternidad de sustitución, maternidad de alquiler o alquiler de útero. Esta última denominación se considera inadecuada, porque la mujer gestante compromete todo su organismo durante el embarazo y no sólo el útero.

¹⁴⁰ Soto de la Madrid, Miguel Ángel. Op. Cit. pág. 316.

óvulo. Ofrecía la mujer arrendadora, devolver al matrimonio los 5 mil dólares que le pagaron por prestar su matriz, pero los tribunales de ese país determinaron que debía entregar a la criatura, ya que no existía filiación alguna con la mujer.¹⁴³

La maternidad subrogada ha sido rechazada por ciertos sectores, debido a que puede constituir una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, favorecida por la situación de censura de la mujer en el mercado de trabajo; al respecto dicen que:

Con la maternidad subrogada se distorsiona la relación madre-hijo, puesto que la mujer deliberadamente acepta quedar embarazada con el objetivo de entregar al hijo después del parto, opinan algunos autores. Si la mujer, durante el proceso de gestación, se mentaliza para considerar que el embarazo es parte del contrato, puede adoptar una actitud fría frente a la criatura. Esto le hará más fácil la entrega del niño después del parto, pero el niño estará recibiendo un trato degradante, siendo asimilado a una mercadería, lo cual podría afectarlo psicológicamente. A la inversa, si la mujer tiene una relación normal con la criatura que gesta, se produciría lo que llaman los psicólogos una 'maternidad sentimental'. Es decir, habrá lazos muy fuertes entre gestante e hijo, los que serán cortados al entregar la mujer al niño después del parto, con el daño consiguiente para el desarrollo futuro de éste.¹⁴⁴

En las dos situaciones que se plantean, considero que dependerá de cómo se transmita el afecto al bebé, pero aun y cuando la madre sustituta no aporte cariño al producto dentro de su vientre, pienso que la madre subrogante una vez teniendo en sus manos a ese hijo podrá llenarlo de amor, ternura etc. y así subsanar dicho daño psicológico al que se refieren los que no apoyan a la maternidad subrogada; esto si fuere el caso, puesto que no es una regla general que se presente algún problema con el niño. Y en cuanto a la madre subrogada, desde el principio conoce todas y cada una de las consecuencias que trae consigo el acto; y que con esta acción

¹⁴³ Gutiérrez y González, Ernesto. GnRcvto qplq. Ed. Porrúa, México, 1986, pág. 700.

¹⁴⁴ La Cruz Berdejo, J. L Op. Cit. pág. 33.

estará ayudado a la pareja que esta imposibilitada para procrear un hijo por las vías naturales.

Desde una perspectiva ética, se señala que no se puede aceptar la maternidad subrogada, porque hay una unidad de valor en la maternidad que aquí no se respeta, creándose una distorsión deshumanizadora.

Los que aceptan la maternidad subrogada, lo hacen señalando que las personas adultas y capaces son libres para decidir su reproducción y que impedirles esta libertad de elección y decisión puede ser anticonstitucional a su derecho a la maternidad y/o paternidad. Desde un punto de vista médico, se ha explicado que las mujeres estériles tienen derecho a que les solucionen su problema y, como la primera labor de un médico es ayudar en lo que se pueda para corregir esta patología, debe permitirse la maternidad subrogada ya que con ella se posibilita que sean madres mujeres imposibilitadas para ello. Al respecto, se señaló que, con este procedimiento, la mujer deja de ser estéril 'a medias, porque tener un hijo que no ha sido llevado en el vientre es una solución parcial'.¹⁴⁵

Por mi parte considero que la maternidad subrogada, como método de reproducción asistida es muy viable por la imperiosa necesidad de muchas parejas estériles que no pueden tener hijos por los medios naturales; como ya lo he mencionado anteriormente mi propuesta es que se aplique en los casos donde los gametos sean exclusivamente de la pareja y que no tenga ninguna otra función la madre sustituta mas que la de gestar al óvulo fecundado de la pareja contratante. Porque si se realizara con óvulo o espermatozoide extraño se estaría hablando de lucrar, vender o regalar a un hijo, si fuera el caso de que la mujer sustituta no sólo presta su vientre sino que aporta su óvulo, porque en esta situación se trataría de

¹⁴⁵ Asandizaga, J. Cortes Generales, **Fictio" f g" Ugukppgu" f gr' Eqpi tguq" f g" rqu" Fk wcf qu." K Ngj kurwtc.'Ugulôp'PE568**, Celebrada en Madrid, el 23 de Octubre de 1985, pág. 35.

"...una venta de hijo. Aquí, la mujer es madre genética y biológica o de gestación".¹⁴⁶
Y en este caso, a través de la adopción es como se crearía la filiación entre la madre subrogante y el niño.

En estas situaciones tenemos que ser muy claros y poner límites a la maternidad subrogada ya que por los avances médicos es posible que se den diversos usos y se distorsione el fin último que es el de procrear un hijo consanguíneo, de aquí mi interés de que se legisle al respecto.

Este tipo de contrato, a su vez, plantea problemas especiales. Por ejemplo:

- Si la madre subrogada tiene derecho a pedir un aborto, unilateralmente, sin consultar a la pareja contratante; obviamente esto no podría ser ya que incurriría en incumplimiento de contrato y a su vez en el delito de aborto, que de acuerdo a las reformas si se realizara después de las 12 semanas de gestación.

- Si la madre subrogada puede pedir un aborto sin consultar previamente a la pareja contratante, en caso de contraer una enfermedad, por efectos del embarazo, que pone su vida en peligro; en este caso se tomaría como prioridad la vida de la madre subrogada, pero necesariamente tendrá que consultarse o hacer del conocimiento a la pareja contratante.

- Si la pareja contratante decide que la madre subrogada aborte y ésta se niega a practicarlo; se tendrá que analizar el porqué del aborto, ya que no debemos olvidar que se trata de una vida y no se puede dejar a complacencia de terceros.

- Si puede exigirse a la madre subrogada que no fume, no consuma alcohol ni se drogue, en beneficio de la salud de la criatura que gesta; Esto es requisito

¹⁴⁶ Ibidem. pág. 206.

indispensable para que llegue a buen término el embarazo tan deseado para la pareja y sin duda para la salud del bebé.

- Qué ocurre si la madre subrogada se niega a entregar el hijo y desea que éste sea plena y legalmente suyo. Esta situación sólo tendrá solución si se legisla sobre la maternidad subrogada, porque con esto se le concede el derecho a las parejas de formular un contrato donde no exista duda alguna sobre todo lo que conlleva un embarazo de esta naturaleza y a su vez se les otorgue la protección a los derechos de las partes.

Por otra parte, si el niño que nace tiene malformaciones, hay que preguntarse quién debe quedarse con el niño si ambas partes lo rechazan y cómo puede desarrollarse la personalidad de un niño no querido, eventualmente adjudicado por un juez a padres que lo han rechazado.¹⁴⁷

Los problemas reseñados reafirman la necesidad de que se aborde el tema de la Maternidad subrogada porque el legislador como ya hemos mencionado aun cuando existan lagunas en la ley, el Juez competente está obligado a resolver las cuestiones que se le presenten al respecto. De igual forma no podemos dejarnos llevar por la idea de que si es moral o no esta práctica, porque el único fin que persigue es la solución a los tantos casos de esterilidad en las parejas mexicanas y por ende no contradice al derecho ni a las buenas costumbres; tampoco debemos olvidar que la práctica de la Maternidad Subrogada es cada vez más común gracias a los avances en medicina y sobre todo a la necesidad real de las parejas de formar una familia.

Como hemos analizando en la presente investigación cada uno de los elementos para que exista y sea válido un acto jurídico, ahora es importante especificar que la Maternidad Subrogada se debe considerar un acto jurídico, ya que

¹⁴⁷ Ibidem, pág. 207.

reúne todos y cada uno de los elementos exigidos por la Ley. Como lo es el consentimiento libre e informado de las partes; el Objeto, que es la inminente necesidad de una pareja (matrimonio o concubinato) de ser padres utilizando los medios que la medicina pone a su disposición; y desde luego la Formalidad en el acto, que es lo que propongo en la presente tesis.

Al no poder ser el embarazo consecuencia del coito, por esterilidad o algún otro defecto orgánico, se recurre a medios externos, donde interviene el ingenio humano y la ayuda de terceros como lo es la colaboración de un médico; se requieren actividades distintas a las naturales y a la aceptación de esas manipulaciones técnicas es lo que le da el carácter de acto humano con propia definición, que si bien tiene la misma finalidad, ésta se logra en forma distinta a la natural.¹⁴⁸

Lo anterior es una exigencia legal. El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en el artículo 43, previene, que:

“Para la Fertilización Asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario. Se expresa que este consentimiento del cónyuge o concubinario, sólo podrá ser dispensado en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.

En el caso concreto de la maternidad Subrogada no basta la carta de consentimiento que exige el Reglamento citado, sino que deberá realizarse un acto bilateral entre los cónyuges, la madre sustituta y/o su cónyuge (si lo hubiere) y dos testigos; de acuerdo a lo establecido por el artículo 22 del multicitado Reglamento.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Chávez Asencio, Manuel. Op. Cit. Nc'Hco klc"gp"grf gtgej q0T grcelqpgu'Lwtif lecu'Eqp{ wi crgu0 pág. 57.

¹⁴⁹ Chávez Asencio, Manuel. Op. Cit. Nc'Hco klc"gp"grf gtgej q0T grcelqpgu'Lwtif lecu'Rcvgtpq" Hkrcrgu0 pág. 58.

Mi propuesta es referente a que la Inseminación *In Vitro* tiene varias formas o especies y la que yo propongo es una variación de lo que conocemos como inseminación *In Vitro* homóloga, a la cual nombro **Ocvgtpkf cf "Uwdtqi cf c**; la palabra Subrogar la podemos entender simplemente como sustituir el papel o la obligación de alguien, en este caso será sustituir la función de gestación. De acuerdo a nuestro Código Civil es “La forma de transmisión de la obligaciones que se verifica por ministerio de ley, y sin necesidad de declaración alguna de los interesados cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferentemente (Arts. 2058-2061)”¹⁵⁰

La **Ocvgtpkf cf "Uwdtqi cf c** es un acto jurídico, en virtud del cual una pareja en matrimonio o concubinato **Uwdtqi cpvg**, en forma gratuita encomiendan a otra mujer **Uwdtqi cf c**, y la cual se obliga a recibir en su matriz el producto de una Fecundación *In Vitro* Homóloga, por todo el tiempo que dure la gestación, y hasta que nazca el producto de la concepción, con el deber de entregar ese fruto, de inmediato, o cuando se le pida, dentro de los seis siguientes meses nacido el producto.

Del concepto anterior se desprende un contrato accesorio ya que es necesario que sea lactado el niño concebido por la Madre Subrogada, el cual se llamará **eqpvtcvq" f g" rcevcpek**. será aquel por virtud del cual el ‘subrogante’, en forma temporal, gratuitamente, encomienda a la ‘subrogada’, amamantamiento y alimentación del producto, por un lapso máximo de seis meses después del nacimiento. Cabe mencionar que este contrato puede o no llevarse a cabo y está sujeto a la voluntad de las partes y no es exigible por ningún motivo.

Propongo que las Relaciones familiares del descendiente engendrado por contrato de Maternidad Subrogada sean:

¹⁵⁰ **Eóf li q'EkklRctc'grIF kvtkq'Hgf gtr4229**. Op. Cit. pág. 214.

1.- No tiene con la 'Subrogada', relación jurídica alguna de parentesco, filiación, potestad o alimentos. Ya que solo cumple la función de gestante.

2.- con el 'Subrogante': Como pareja de marido y mujer, o concubina y concubino, tiene todos los derechos de un descendiente consanguíneo. Esto es a que se le herede, a los alimentos, etc.

Considero necesario enumerar los casos en los cuales se podrá emplear este tipo de contrato de **Ocvgtplf cf 'Uwdtqi cf c:**

Deberá ser a través de Inseminación *In Vitro* Homologa.

a. Cuando hay anomalías físicas en el hombre o en su pareja, como pueden ser en el primero, las epispadias, hipospadias y la fimosis; en la segunda, estenosis, tabiques vaginales o inhospitabilidad cervical.

b. Cuando el hombre reporta anomalías psíquicas, o las presenta la mujer. Tales pueden ser en ella, la frigidez, hiperexcitación, ninfomanía o erotomanía, y en el hombre, la eyaculación prematura y la impotencia coendi.

c. Cuando al esperma le resulta imposible su ascensión hasta el encuentro del óvulo que debe fecundar, ya porque se padezca de astenospermia, bien por humores vaginales que impidan el ascenso.¹⁵¹

Estos padecimientos serán indispensables que sean diagnosticados por profesionistas del Sector Salud; para evitar, como lo hemos dicho anteriormente, la mala utilización de la técnica y toda clase de sobornos hacia los médicos que intervengan.

¹⁵¹ Gutiérrez y González, Ernesto. Op. Cit. pág. 701.

DONCU'RCTVGU"

Se trata de un contrato bilateral en el que intervienen los consortes 'Subrogante', la madre sustituta 'Subrogada' y en su caso su cónyuge. También lo conocemos como un convenio el cual es un acuerdo de dos o más personas a fin de crear, transmitir o extinguir un derecho, este acto contiene obligaciones recíprocas para las partes.

Las partes deberán tener la capacidad jurídica, la cual en capítulos anteriores la hemos definido como la aptitud para adquirir derechos y ejercitarlos. Esta definición nos muestra que existen dos grados de capacidad. 1º, la capacidad de disfrute o aptitud para ser titular de derechos civiles; 2º, la capacidad de ejercicio o poder para utilizarlos y transmitirlos a terceros. Con esto me quiero referir a que no todos serán aptos para participar en el contrato de la Maternidad Subrogada, sólo los que conforme a la ley reúnan los requisitos.

La participación de los cónyuges tiene por objeto constituir una relación jurídica que genere deberes, derechos y obligaciones paterno-filiales. Por tanto, la firma del contrato debe producir consecuencias irrevocables por tratarse de la filiación. A los cónyuges les llamaremos en el acto **rc'r ctvg'Uwdtqi cpvg0**

Por parte de la madre sustituta, es necesaria la firma del contrato ya que de él se desprende que su función será meramente de gestación, ya que como analizamos en capítulo anterior la madre sustituta no aporta material genético y por ende no crea relación filial alguna con el embrión gestante, (de aquí se descarta la opinión de algunos moralistas al tachar a la maternidad subrogada al decir que la madre regala o 'vende' a su hijo y por lo mismo vaya en contra de la moral y del derecho); también con el contrato se hace merecedora de derechos, como son el pago de todos y cada uno de los gastos que se generen durante el embarazo, el parto y la cuarentena, estos aspectos dependerán de cada una de las partes y de acuerdo a la situación

particular de las mismas. Se le llamará **maternidad subrogada**. Si bien es cierto que habrá gastos que deriven del contrato y que desde luego correrán a cargo de los subrogantes, esto de ningún modo hace al contrato oneroso y mucho menos con fines lucrativos, por lo que será de naturaleza gratuita.

Como condición de legalidad, deberá acreditarse médicamente que los cónyuges no pueden tener hijos por medios naturales, no importando que ya los hubiere tenido con anterioridad, pues se trata de la voluntad de ambos de procrear un nuevo hijo. Para tal efecto se requiere un dictamen médico que acredite esa situación; cabe mencionar que será indispensable que dicho dictamen sea expedido por la Secretaría de Salud Pública, esto para evitar sobornos o dadas para con los médicos privados y se manipule dicho certificado médico.

Derechos y Obligaciones de las Partes:

Subrogante

- Tiene el derecho de recibir al producto de la Maternidad Subrogada.
- Tiene todos y cada uno de los derechos jurídicos paterno-filiales sobre hijo producto de la Maternidad Subrogada.
- Tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato. En este punto es importante especificar que por la naturaleza del contrato existirán dos momentos importantes, el primero será de la fecha de firma del contrato a la fecha de la implantación del óvulo fecundado; el segundo será de la fecha de implantación del óvulo fecundado a la fecha de alumbramiento. Una vez determinados estos momentos, el subrogante tendrá derecho a exigir el cumplimiento del contrato sólo en el segundo momento, esto es, una vez realizada la Inseminación *In Vitro* podrá exigir la entrega de su hijo. No podrá hacer exigible el contrato en el

primer momento ya que estaríamos hablando de una coerción hacia la subrogada.

- Tiene la obligación de pagar todos los gastos necesarios que la Subrogada requiera en el periodo de gestación.
- Tiene la obligación de cumplir con la legalidad exigida por la ley para la Inseminación *In Vitro* Homóloga.

Uwdtqi cf c<'

- Tiene derecho a retractarse, esto sólo en el lapso de tiempo a partir de firmado el contrato y hasta antes de la implantación del óvulo; en el entendido que de retractarse estará a su vez obligada a pagar los gastos que se hubieren generado para llevar a cabo la inseminación.
- Tiene derecho a que le paguen todos y cada uno de los gastos que genere y requiera durante el periodo de gestación.
- Tiene derecho a exigir el cumplimiento del contrato.
- Tiene la obligación de entregar al producto de la Maternidad Subrogada al momento de que nazca o cuando se lo requiera la Subrogante, en caso de que exista contrato de lactancia.
- Tiene la obligación de cumplir con la legalidad exigida por la ley para la Inseminación *In Vitro* Homóloga.

E0PCVWTCNG\ C'LWT F IEC0'

En cuanto a la naturaleza jurídica, podemos señalar que se trata de un acto jurídico bilateral y gratuito. Siempre se requerirá la forma escrita para probar el, o los consentimientos. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4to señala que tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, tanto la mujer como el cónyuge o concubinario así como también de la madre sustituta. Los artículos 21 y 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud señalan lo que significa, al expresar que para que:

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

1. La justificación y objetivos de la investigación (Fertilización);
2. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;
3. Las molestias o los riesgos esperados;
4. Los beneficios que pueden obtenerse;
5. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;
6. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración a cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto;
7. La libertad de retirar su consentimiento su consentimiento en momento y dejar de participar en el estudio sin que ellos se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento;
8. El compromiso de proporcionar información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;
9. La disponibilidad del tratamiento médico y la indemnización que legalmente tendrá derecho por parte de la Institución de atención de salud en caso de daños que lo ameriten directamente causados por la investigación (Fertilización); y
10. Que si existen gastos adicionales, éstos serán absorbidos por el presupuesto de la fertilización”¹⁵²

Agrega el artículo 22 que el consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos:

¹⁵² T gi rco gpvq'f g'lc'Ngí 'l gpgtcrif g'Ucrwf 'gp'Ocvgtlc'f g'lpxguvki celóp'r ctc'lc'Ucrwf , pág. 13.

1. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;
2. Será revisado y, en su caso, aprobado por la comisión ética de la institución de salud;
3. Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación éstos tengan con el sujeto de investigación (fertilización);
4. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación (fertilización) o representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación (fertilización) no supiere firmar, imprimirá su huella digital y en su nombre firmará otra persona que el designe; y
5. Se extenderá por duplicado quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación (fertilización) y/o de su representante legal.¹⁵³

A lo anterior podemos sumar que este será bilateral, porque interviene ambos cónyuges, la madre sustituta y/o su cónyuge.

Considero que se trata de un acto jurídico familiar de naturaleza irrevocable, esto por lo especial del contrato, ya que como mencionamos existen dos momentos importantes en el contrato que es antes de la Inseminación y después de inseminada la madre sustituta. La irrevocabilidad le viene de la Inseminación o implantación del óvulo fecundado. Antes de ese momento puede haber revocación por cualquiera de las partes, lo que debe hacerse en forma fehaciente y por escrito. La irrevocabilidad deriva de la filiación que se genera, a semejanza de lo definitivo que es la concepción por los medios naturales, al estar sancionado el aborto (salvo los casos de excepción que señala el Código Penal), y al estimar nuestra legislación que el concebido tiene personalidad jurídica.

Por último, su objeto es crear una relación jurídica paterno-filial, con los correspondientes deberes jurídicos personales y las obligaciones y derechos patrimoniales económicos para la parte subrogante, así como la obligación y responsabilidad del médico que participa en la operación de implantación del óvulo fecundado en la madre sustituta.

¹⁵³ Ibidem, pág. 14.

Se ha discutido por algunos autores la conveniencia de no celebrar contrato escrito, para no dejar rastro o huella de la inseminación o implantación del óvulo fecundado artificialmente, por lo que consideran innecesario la celebración de dicho contrato. Sin embargo Chávez Asencio señala que, "... a fin de evitar conflictos, dejar evidente el consentimiento de los consortes y la responsabilidad del médico, el contrato lo considero indispensable. No tiene nada de vergonzoso o degradante el acudir a los medios artificiales para ayudar a la naturaleza a cumplir su función procreadora."¹⁵⁴

Concuerdo con la opinión de Chávez Asencio al mencionar que es indispensable el contrato de maternidad subrogada por escrito, para evitar contratiempos o problemas que puedan existir por no comprometer a las partes a las obligaciones y derechos que se derivan de dicho acto, así como atribuir o deslindar responsabilidades.

F 0'GNNGO GPVQU'F G'GZKJVGPE IC' ['F G'XCNIK GA 0'

Como ya hemos mencionado, para que un acto exista son necesarios tres elementos que son; **rc"o cplkguvelôp'f g'rc"xqmpvcf** , es preciso que las voluntades de los contratantes se pongan de acuerdo. Este acuerdo se denomina consentimiento. Pero el consentimiento, no basta. La voluntad debe formularse exteriormente por una declaración en la cual se manifieste su existencia.

En el caso de la Maternidad Subrogada tendrán que manifestar de forma escrita su voluntad, los cónyuges contratantes, la Madre Sustituta y/o el cónyuge de ésta, para que exista jurídicamente el Acto en sí.

¹⁵⁴ Chávez Asencio, Manuel. Op. Cit. Nc"Hco klc"gp"gr'F gtgej q0'T grcelqpgu"Lwtif lecu"Rcvgtpq" Hkrcrgu0 pág. 60.

Qdlgvq"ñulec"{"lwîf leco gpvg"r quldrg, el objeto físicamente ya existe, gracias a los avances de la medicina y a la necesidad de las parejas estériles y a su imperiosa necesidad de ser padres, la medicina ha buscado darle solución a su problema y en consecuencia el objeto del Acto es posible.

Y jurídicamente se distingue entre objeto directo e indirecto; el objeto directo es crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones y el indirecto consiste en la cosa o en el hecho material del contrato.

En el caso de la Maternidad Subrogada el Objeto directo será la creación de derechos y obligaciones para las partes, en especial la creación de derechos y obligaciones paterno-filiales de la pareja contratante. El objeto Indirecto será el hecho consistente en la procreación del hijo tan deseado por los consortes.

Tgeqpqelo lgpvq"r qt"rc" Pqto c"lwîf lec= nuestras leyes ya reconocen la procreación asistida y métodos de Inseminación Artificial, pero aún se queda corta al respecto de el tema que nosotros proponemos 'Maternidad Subrogada' de ahí la necesidad de reformar y adicionar artículos a nuestro Código Civil del Distrito Federal.

Ahora que ya hemos encuadrado a la Maternidad Subrogada como un Acto Existente por reunir los tres requisitos necesarios, analícenos por qué sería Válido dicho Acto:

Ecr cek cf en el autor o los autores del acto; es decir que la declaración de la voluntad sea emitida por persona mayor de edad, no sujeta a interdicción o por persona emancipada si actúa dentro de los límites que la ley Civil establece. Esto es, los cónyuges contratantes y la Mujer que acepte ser Madre Sustituta tendrán que reunir la capacidad de ejercicio para que sea jurídicamente válida y legal su manifestación de la voluntad.

Cwugpek" f g"Xlelqu"gp"rc"xqmpvcf del sujeto que la externa. Esto es que debe de estar completamente informado de el Acto que va a realizar así como las consecuencias de hecho y derecho que se derivarían de dicho acto; libre de error, dolo, violencia, etc.

Nlekwf "gp"gr'qdlgvq, motivo o fin del acto. Es lícito puesto que no atenta contra la moral y el derecho regula ya las técnicas de Reproducción Asistida y la Maternidad Subrogada es una especie de estas técnicas, además que con esta forma de reproducción asistida de ningún modo se busca el lucro.

El motivo y fin del acto de la Maternidad es un derecho protegido por la Constitución y por ende la Maternidad Subrogada es una técnica para cubrir esa necesidad de procrear, en el caso específico de las parejas estériles, pero que son fértiles y requieren de la intervención de una madre gestante para conseguir ser padres.

Hqto crlf cf gu; como ya hemos mencionado, para que un acto exista basta el consentimiento de las partes sobre la realización del mismo, pero no obstante no podemos quedarnos con la manifestación de la voluntad, ya que pueden surgir diversas controversias y no tendríamos cómo probar nuestro dicho. Es por eso que necesitamos darle la formalidad necesaria a la Maternidad Subrogada como medio de prueba, esto es, que los autores del acto cumplan con los requisitos que la norma jurídica establece para estos; en este punto mi propuesta es que las partes deberán cumplir con lo siguiente:

1. Existencia de acuerdo entre un matrimonio estéril y una mujer fértil (madre subrogada), para que ésta geste en su vientre al gameto de la pareja.

2. Los gastos que se generen por la Inseminación y los que se presenten durante el embarazo hasta el parto deberán ser cubiertos por la pareja contratante.

Con esto se evita que la madre subrogada reciba un beneficio pecuniario y se distorsione el sentido o fin del acuerdo y se vea como un lucro.

3. Renuncia de la madre subrogada a todos los derechos filiales, respecto del niño que ha parido. Esto como ya lo hemos analizado al no aportar la madre sustituta su óvulo, no se debe creer que sea madre biológicamente y, en consecuencia, no tiene derechos filiales sobre el niño.

4. Expedición de Constancia Médica por la Secretaría de Salud, que reconozca la imposibilidad de la madre para gestar dentro de su vientre a su hijo. Para descartar que lo haga por conservar su estética o cuestiones de vanidad; y lo más importante, que sea una opción para no recurrir a la adopción que en nuestro país todavía es muy difícil acceder, por la infinidad de requisitos que existen para ella.

CAPÍTULO VI

ANÁLISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

El día 25 de mayo del año 2000 salió publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, un decreto mediante el cual ‘cambio de denominación’ al Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal, para llamarle en lo sucesivo ‘Código Civil del Distrito Federal’.

Lo curioso de la reforma en comento, no fue nada más la división del tradicional Código Civil del Distrito Federal de 1929, en dos leyes, el de competencia federal y local, sino que también constituyó propiamente, ‘el primer Código Civil del Distrito Federal’, expedido por un órgano legislativo local y no federal, como lo era antes.

Por otra parte, el nuevo Código Civil del Distrito Federal, vigente a partir del año 2000, incluyó una serie de reformas importantes, por lo que se refiere al apartado correspondiente del **Derecho Familiar**.

Sobre este punto en particular, figuran los artículos 162, 267 fracción XX, 293 y 326 del Código Civil en comento. A continuación brevemente transcribiré parte de dichos artículos:

**“TÍTULO QUINTO
DEL MATRIMONIO**

CAPÍTULO III DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL MATRIMONIO

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

CAPÍTULO X DEL DIVORCIO

Artículo 267. Son causales de divorcio:

...XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge; y...

TÍTULO SEXTO

DEL PARENTESCO, DE LOS ALIMENTOS Y DE LA VIOLENCIA FAMILIAR

CAPÍTULO I DEL PARENTESCO

Artículo 293. ... (R) También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo esta, que haya procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida. **(GODF 02/02/07)**

TÍTULO SÉPTIMO

DE LA FILIACIÓN

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 326. ... Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio concibe su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso de tales métodos.”¹⁵⁵

Con los artículos anteriores quiero hacer énfasis en las reformas existentes sobre las técnicas de reproducción asistida y aunque hay avances en el tema aún quedan atrás de los avances científicos que en la actualidad existen.

Es necesario reconocer que la maternidad sustituta no es la forma idónea de lograr la maternidad / paternidad, pero también que es una realidad que exige la intervención del jurista y del legislador para que se cumpla así la función del derecho, ya que el deseo de las parejas de procreación ha logrado provocar que empleen los medios que actualmente la ciencia ofrece, por lo que lo ideal es que el sistema de derecho positivo mexicano se actualice reconociendo y regulando las prácticas de reproducción asistida, para proporcionar la protección y seguridad necesaria y para que se cumpla con la garantía constitucional de cuidar que las personas tengan la familia que deseen, sin que se alejen de la realidad que la sociedad vive actualmente, sino por el contrario, proporcione la protección necesaria para que la ciudadanía pueda lograr obtener servicios de salud óptimos y niños que tengan la protección y respaldo necesarios para un eficaz desenvolvimiento social.¹⁵⁶

¹⁵⁵ **Código Civil Para El Distrito Federal.** Op. Cit. 2007. pág. 22, 36, 42, 48.

¹⁵⁶ Pérez Duarte, Alicia Elena. **El Impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas en la Familia: Presente y Futuro.** Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2006. pág. 34.

De lo anterior considero necesario hacer un breve análisis jurídico del artículo 324 del multicitado Código, ya que en el versa mi propuesta de reforma.

El actual texto del Código señala:

"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 provengan ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."¹⁵⁷

Se presumen hijos de los cónyuges,... En esta parte del artículo considero importante retomar los conceptos de Maternidad y Paternidad.

Es conveniente referirnos al desarrollo que ha tenido el matrimonio en sus diferentes momentos históricos y poder precisar sus características y datos esenciales. En épocas muy antiguas se conoció el matrimonio por comunidades, en que los hombres de un clan o tribu tomaban como esposas a las mujeres de otro clan (exogamia); después aparece el matrimonio por raptó (en una evolución posterior, debida generalmente a la guerra y a las ideas de dominación que se presentan en las distintas colectividades humanas cuando alcanzan cierto desarrollo, aparece esta institución, en la cual la mujer es considerada como parte del botín de guerra y, por lo tanto, los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que logran arrebatarse al enemigo, de la misma manera que se apropian de bienes y animales)¹⁵⁸; y por compra (se consolida ya definitivamente la monogamia, adquiriendo el marido un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra totalmente sometida a su poder. Toda la familia se organiza jurídicamente reconociendo la potestad del esposo y padre a la vez, para reglamentar la filiación en función de la paternidad, pues ésta es conocida. Asimismo, la patria potestad se reconoce al estilo romano, es decir, se

¹⁵⁷ **Código Civil Para el Distrito Federal.** Ed. Ediciones Fiscales ISEF. México.2006, pág. 47.

¹⁵⁸ Rojina Villegas, Rafael., **Compendio de Derecho Civil...** Op. Cit. pág. 277.

admite un poder absoluto e ilimitado del paterfamilias sobre los distintos miembros que integran el grupo familiar)¹⁵⁹, en comunidades tribales más evolucionadas, apuntando ya hacia la base patriarcal.

Un antecedente de estos sistemas aparece en forma legendaria en el rapto de las sabinas y más tarde, en Roma, se sabe del matrimonio por compra a través de la *coemptio* (compra ficticia que hacia el marido de la mujer quedando bajo su potestad), venta simbólica de la mujer al futuro marido, quien pagaba por ella un precio. Se especula que la ceremonia de la entrega de las arras en el matrimonio religioso encuentra su antecedente remoto en todo lo anterior.

En el Derecho Romano era simplemente una relación social que producía consecuencias jurídicas; entre los romanos el matrimonio encuentra diferentes formas, ya por medio de la *Confarreatio* (forma solemne de contraer matrimonio civil y religiosamente) o de la *Coemptio* (compra ficticia que hacia el marido de la mujer), que tenían como fin constatar la voluntad de convivencia, en calidad de esposos entre un hombre y una mujer *Affectio Maritatis* (voluntad, deseo marital). El matrimonio se conceptuaba un estado de convivencia de los consortes con la intención de considerarse entre sí como cónyuges.

Las relaciones maritales se establecían por medio de una situación, mejor que por un acto de declaración de la voluntad, tal y como acontece actualmente. En sus orígenes el matrimonio fue un mero hecho extraño al Derecho; después se organizó sobre una base religioso y finalmente llegó el momento en que adquirió un carácter jurídico en la *jus civile* (Derecho Civil). Éste reguló las incapacidades para contraer matrimonio y/o los efectos de las nupcias con relación a los consortes respecto de los hijos para fortalecer la *Justae Nuptiae* (matrimonio legal), basamento de la organización social romana durante la República.

¹⁵⁹ Ibidem. pág. 278.

En la celebración del matrimonio intervino el poder público cuando desapareció el matrimonio religioso *Confarreatio*, regulando las ceremonias de su celebración, asociando a la esposa al culto doméstico de la familia de su marido; esto fue hasta la caída del imperio romano, ya que el poder civil no abandonó su intervención en estas ceremonias del culto sino hasta el siglo X.

No obstante en esta época en que el poder secular se debilitó, la iglesia asumió la intervención en el matrimonio y dio competencia a los tribunales eclesiásticos para decidir acerca de estas cuestiones. La iglesia fundó una autoridad que duró seis siglos, sobre todo, en las cuestiones del estado civil y del matrimonio.

En el siglo XVI, el Estado recobró poco a poco la jurisdicción sobre las causas matrimoniales, sean económicas, separación de cuerpo de los consortes o nulidad del matrimonio. En el siglo XVII, el Estado privó de efectos civiles a determinados matrimonios contraídos ante la iglesia, cuando faltaban algunos requisitos que dictó el gobierno civil; de esto nació la lucha entre poder civil y los tribunales eclesiásticos que en esta materia duró más de dos siglos.¹⁶⁰

La Constitución Francesa de 1791 declara que el matrimonio es un contrato civil, igualmente se creó en ese país y en otros la secularización total de la legislación sobre matrimonio paralelamente a la secularización del registro civil.

En México, a partir de la denominación española, las relaciones jurídicas entre cónyuges y la celebración del matrimonio se regularon por el derecho canónico. Esta situación prevaleció hasta mediados del siglo XIX. En efecto, el 23 de Julio de 1859 el presidente Benito Juárez promulgó una ley referente a los actos del estado civil y su registro, abarcando los actos del estado civil, el matrimonio, al que le atribuyó naturaleza de contrato civil y se reglamentaron los requisitos para su celebración, elementos de existencia y de validez, etc. Así, los Códigos Civiles de 1870 y 1884

¹⁶⁰ Orizaba Monroy, Salvador. **Matrimonio y Divorcio, Efectos Jurídicos**. 3ª. ed., Ed. P.A.C. S.A. de C.V., México, 2002, pág. 6

que rigieron al Distrito Federal y Territorios federales, y los Códigos de los Estados de la Federación, confirmaron la naturaleza del matrimonio y su carácter indisoluble.

Ahora recordaremos las figuras de la maternidad y la paternidad como frutos del matrimonio.

MATERNIDAD; Es un hecho biológico comprobable por el nacimiento, y en este sentido la filiación de madre e hijo se determina así, generándose derechos y obligaciones. Sin embargo, actualmente debemos plantear la posibilidad de limitar el concepto 'maternidad', ya que los avances científicos permiten que se implante en una mujer un óvulo que pertenece a otra que podría confundirse y ser considerada la madre del producto por el hecho del nacimiento.¹⁶¹

La maternidad en sí misma implica más cosas y emociones que el hecho de ser participante en un parto, es decir, debe tratarse de un verdadero compromiso, de asumir la responsabilidad de atender desde antes de su nacimiento a un ser vivo que únicamente dependerá de su madre y su padre. Cabe señalar que la relación con la "madre" (es decir, la mujer que cuida, protege y apoya en todos los ámbitos del desarrollo a un hijo) es primordial, y en la gran mayoría de los casos mucho más importante que la que se establece entre el padre y el hijo.

Es un hecho palpable que existen mujeres que a pesar de haber participado en la concepción y nacimiento de su hijo no reflejan hacia él ningún sentimiento distinto al rechazo, y sin embargo, otras verían en la maternidad subrogada la posibilidad de tener un hijo que sería de ellas, es decir, se trata de su carga genética, simplemente que gestado en otro útero, todo esto nos indica que 'madre' no debe considerarse a la persona que engendra sino que lo será la mujer que proteja y apoye al niño.

¹⁶¹ Bonnecase, Julián. Op. Cit. pág.603.

PATERNIDAD; es decir, la filiación entre padre e hijo es una presunción jurídica que se basa en el matrimonio de los padres: 'el hijo de la madre es hijo del marido de esta'. Este principio se hace presente también en los hijos de los concubinos. La paternidad significa, en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, como maternidad significa calidad de madre. La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres; significa una relación de origen que permite conocer quiénes son ascendientes de una persona determinada.

... **Salvo prueba en contrario...** El Código Civil para el Distrito Federal contiene todo un capítulo sobre las pruebas de filiación de los hijos, regulando como prueba general el acta de nacimiento de los hijos. Pero aún no es preciso en cuanto a las pruebas para atribuirse la maternidad y paternidad en los casos de reproducción asistida.

En el ámbito de Derecho de Familia las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la maternidad y la paternidad. Es cierto, que en nuestro sistema jurídico, la maternidad es siempre cierta; que, para el derecho del padre es el marido o concubino de la madre; que cada hijo sólo puede atribuírsele un padre y una madre.

Sin embargo, la biotecnología, y en particular las técnicas de reproducción asistida, que ya forman parte de nuestra vida diaria, nos enfrentan a la realidad que cuestiona desde sus cimientos estos principios que parecieran incuestionables como son filiación, maternidad, paternidad, patria potestad, custodia, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias y la posibilidad de contratar con una tercera persona para que sea el medio a través del cual se obtenga el hijo deseado.

Estos avances de la ciencia nos llevan a reflexionar en particular sobre la filiación, institución que se ve en la necesidad de que, los encargados de vigilar la evolución del derecho, la modifiquen para que no se presente como un obstáculo para las nuevas posibilidades, toda vez que en la actualidad estas técnicas

complican la investigación tanto de la maternidad y paternidad respecto del hijo, e incluso desarticulan los mismos conceptos, ya que de la aplicación de estas técnicas y con base en el concepto de filiación tal y como lo conocemos en este momento, surgen diversas concepciones de padre y madre.

Por lo anteriormente expuesto, es preciso tomar en cuenta que a pesar de que pareciera que la maternidad subrogada representa un riesgo para nuestra sociedad, es cierto que ya es una realidad y que se practica en algunos centros de salud nacionales e internacionales.

En este sentido podemos afirmar que es obligación de nuestra ciencia jurídica evolucionar y romper con los paradigmas que detienen su crecimiento para estar en posibilidad de velar por el bien común y al mismo tiempo regular aquellas actividades que se realizan sin que existan normas de control que vigilen su aplicación.

Artículo 324, Fracción I:

... I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio;...

Se puede apreciar que sobre la base del amor entre el marido y la mujer, la institución del matrimonio, afianza los proyectos de hacer vida en común, formar una familia y compartir los bienes económicos. Mediante el contrato de matrimonio se legitima ante la autoridad civil y, en su caso, religiosa la unión natural del hombre y la mujer.

El matrimonio es un fenómeno que siempre se haya vinculado a una cultura determinada, aunque a lo largo de la historia ha adoptado formas muy diversas, en las sociedades modernas predomina una determinada modalidad, caracterizada por la unión de la pareja, formada por libre elección, tendiente a ser estable, cerrada, reconocida y protegida legalmente. Su explicación concierne primordialmente a la

antropología cultural, pues incluso en la época contemporánea sus modalidades, sus interpretaciones y su relevancia en el cuerpo social son múltiples.

En el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal define el matrimonio de la siguiente manera: “Matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.”¹⁶²

En virtud del contrato de matrimonio, los cónyuges, se entregan mutuamente como marido y mujer, para cumplir los fines matrimoniales. En este sentido, para algunos autores como el catedrático Alberto Pacheco Escobedo, “...el mas importante de los fines del matrimonio es el de procrear y educar a los hijos.”¹⁶³

Cuando un hombre y una mujer deciden contraer matrimonio, es claro que en su mayoría esperan que llegue el momento de tener hijos para ver realizada la idea de formar una familia, pero no siempre es posible que la esposa se embarace, y es por eso que apoyándose en los avances tecnológicos la ciencia médica ha encontrado los métodos adecuados para que una pareja pueda formar una familia.

Sin embargo, esos avances científicos plantean nuevos problemas que ya se han mencionado como el hecho de que a un hijo sólo se le puede atribuir una madre y un padre; pero el día de hoy cabe la posibilidad de que por lo menos tengamos que considerar la existencia de ‘dos padres y dos madres’.

¹⁶² **Código Civil Para el Distrito Federal.** Op. Cit., 2007, pág. 20.

¹⁶³ Pacheco Escobedo, Alberto. **La Familia en el Derecho Civil Mexicano.** Ed. Panorama. México. 1998. pág. 67.

Una realidad es que actualmente existen niños que viven en la calle porque sus padres o no los desearon traer al mundo, o simplemente ya no están dispuestos a ser responsables de las necesidades de su hijo.

Cuando se propone que se legisle para que se apliquen las técnicas necesarias para que nazcan niños por maternidad subrogada, es en el entendido de que se trata de parejas que desean que se aplique, son parejas que no han podido conseguir un embarazo de forma 'normal' y que conocen los compromisos que implican el tener un hijo.

Si bien para adoptar un hijo deben cumplirse diversos requisitos, de la misma manera se pueden plantear los requisitos que deberá cumplir la pareja que pretenda tener un hijo por maternidad subrogada.

La Maternidad Subrogada implica, entre otras cosas, que el hijo tendrá un gran parecido con la mujer y el hombre que jurídicamente, y en el grupo social en el que se desenvuelva, serán reconocidos como sus padres. Dentro de este contexto es preciso hablar del proyecto 'Genoma Humano' que se oriente a la identificación de la totalidad de los genes integrantes de las células de los seres humanos, el cual ha sido alabado por algunos científicos ya que se trata de lo que suministra las claves de lo que nos hace seres humanos, lo que determina nuestros alcances y límites como seres pensantes, y entre otras ocasiones rechazado por aquellos en los que representa temor al poder que el ser humano tenderá sus manos al conocer la naturaleza y el principio de las cosas, que le permita manipular su origen.¹⁶⁴

Es preciso señalar que además del parecido que pueda haber entre los padres y el hijo es muy importante la convivencia que exista entre ellos, puesto que en ocasiones las parejas que tienen hijos los maltratan y no les muestran cariño que un niño necesita para desarrollarse y mostrar seguridad ante los demás, tal vez

¹⁶⁴ Borillo, Daniel. **Genes en el Estado, Límites e Implicaciones Sociales del Desarrollo de la Genética Humana.** Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Superiores Avanzados. Madrid. 1996. pág. 55.

porque no es su deseo tener hijos y hacerse responsables de lo que los menores requieren.

El Derecho es quien debe ocuparse de establecer las necesidades para que se protejan los intereses de los menores y prever las situaciones que impliquen conflictos emocionales para ellos, razón por la cual si se legisla de forma adecuada el uso de la Maternidad Subrogada, se puede garantizar que las parejas que se sometan a esta práctica, cumplirán con sus obligaciones, además de que proveerán amor al que será su hijo.¹⁶⁵

Ahora bien retomando la fracción del artículo en comento, si he señalado en reiteradas ocasiones que un hijo nacido mediante maternidad subrogada está formado por los genes del matrimonio que los aportó con la intención de formar una familia, por qué no considerar la posibilidad de que los hijos nacidos mediante estas técnicas se tomen como hijos de matrimonio.

En este caso se estaría permitiendo que se formara una familia en donde lo único que variaría sería el vehículo a través del cual se nace, en el entendido de que el parecido del menor con sus padres sería lógico.

El texto del artículo 324 plantea dos hipótesis que deberán cumplirse, una u otra, para que el hijo se considere de matrimonio. En primer lugar señala que así serán considerados los nacidos dentro del matrimonio, intentando con esto asegurar que el menor goce de un ambiente apropiado para desarrollarse.

¹⁶⁵ Velásquez, Antonio y et. al. **Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, Genética Humana y Derecho a la Intimidad.** Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 1996. pág. 18.

Artículo 324, Fracción II:

...II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provengan ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Y por otra parte, prevé que cuando una pareja se separe o cuando el cónyuge muera, serán considerados hijos de matrimonio los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, buscando proteger a los menores de las acciones de los adultos que pudieran afectar su medio.

Todavía en nuestros tiempos y con las posibilidades que plantean los avances científicos es obvio que estos preceptos legales en poco tiempo resultarán obsoletos, y para el concepto de filiación será difícil mantenerse como hasta la fecha, ya que debemos considerar las aplicaciones de las técnicas de reproducción asistida y en particular la posibilidad de aplicar la maternidad subrogada.

Xavier Hurtado Oliver, señala que en estos tiempos es necesario establecer normas que, apegadas a la realidad social que aplicando, las técnicas de reproducción asistida (maternidad subrogada), determinen la filiación de los hijos, quienes son los padres del embrión congelado o depositado en el útero de una tercera persona; si la paternidad coincide o no con la progenitora, y se pregunta ¿son los padres quienes aportaron las células germinales para su procreación?, ¿o lo son los donatarios de las células germinales que lo crearon con el fin de ser implantados en el útero de una mujer distinta de la donante, con la intención de que la primera

sea la madre legal del menor?. A su juicio, y al mío los padres deben ser estos últimos.¹⁶⁶

Del anterior análisis podemos concluir que el artículo en comento aún se queda corto y un tanto obsoleto en cuanto a la reglamentación de las técnicas de reproducción asistida (maternidad subrogada) y es por esto que considero mi propuesta de reforma por adición al artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal es más que urgente y necesaria para evitar los conflictos que al respecto presenta hoy la sociedad.

Es importante tener presente que el hecho de realizarse mi propuesta de reforma por adición al artículo 324 del multicitado Código, traerá como consecuencia que los legisladores modifiquen una serie de artículos relacionados con la filiación, maternidad y paternidad, los correspondientes a la Ley General de Salud; esto con el objetivo de que se regule a la Maternidad Subrogada como una técnica más de la reproducción asistida.

¹⁶⁶ Hurtado Oliver, Xavier. **El Derecho a la Vida ¿y a la Muerte?**. Porrúa. México. 1999. pág. 187-188.

"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"
"

EQPENWUQPGU"

" "

RTIUGTC0 " "La Filiación es el vínculo jurídico existente entre ascendientes y descendientes; en la Maternidad Subrogada la filiación se crea entre los cónyuges (Subrogantes) y el hijo producto de la Inseminación *In Vitro* con el óvulo fecundado de la pareja.

"

" **UGI WPF00** El parentesco por consanguinidad, entendido como el vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo tronco común existirá entre el hijo de reproducción asistida y de quienes la consientan.

" **VGTEGTC0** "La Maternidad Subrogada es un Acto Jurídico Bilateral y Gratuito al reunir los requisitos de Existencia y Validez exigidos por la Ley; que al tener el reconocimiento de la norma, ésta producirá todas y cada una de las consideraciones de derecho.

" **EWCTVC0** " La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo cuarto que: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". Fundamento entonces, para que la pareja que se encuentra imposibilitada a la procreación natural, opte a la reproducción asistida, propiamente 'maternidad subrogada'.

"

" **SWPVC0** La reproducción humana puede ser natural o artificial. La primera de ellas es la unión íntima sexual de hombre y mujer, mientras que en la segunda, no existe coito alguno, sino la intervención de terceras personas, que mediante técnicas científicas, logran la fecundación, ya sea dentro de la matriz de la madre o fuera de ella, *in vitro*.

"

" **UGZVC0** La reproducción humana asistida, es la creación de un ser humano, que se obtiene mediante la participación de terceras personas y empleo de técnicas medico-científicas permitidas legalmente.

" **UÖRVIOCØ**" La reglamentación de la fecundación humana asistida, no escapa de valoraciones y consideraciones de carácter moral, ético, político, religioso, e inclusive hasta de carácter jurídico, al no existir todavía consenso alguno, sobre la naturaleza científica y religiosa sobre una célula fecundada, un preembrión y embrión humano. Lo que se refleja sin duda alguna, en la titubeante postura del derecho de reglamentar la materia concretamente.

" **QEVXCØ**" Los principales efectos jurídicos que produce la fecundación humana artificial, serían en las relaciones jurídicas derivadas del estado familiar.

" **PQXGPCØ** Es importante adicionar en el Código Civil del Distrito Federal, la norma que REGULE expresamente la maternidad subrogada.

" **FÖEIOCØ**" La Maternidad Subrogada como técnica de reproducción asistida, de ningún modo generará filiación ni parentesco alguno entre la mujer subrogada y el hijo.

"

" **FÖEIOC'RTIOGT CØ**" La Maternidad Subrogada no atenta contra la Moral ni el Derecho porque la moral es inherente e interna a cada persona y las Normas Jurídicas son las que deben regular las conductas externas de los individuos y a través de la Maternidad Subrogada se pretende ejercer el derecho de ser padres, pero que desde luego necesita legislación expresa.

" **FÖEIOC'UGI WPFCØ** La Maternidad Subrogada como acto jurídico bilateral, estará sujeto a término y condición.

En cuanto a término, serán los nueve meses de gestación para que se dé la entrega del niño; dicho contrato podrá tener un contrato accesorio que se denominará de lactancia, pero será a consideración de las partes.

Y la condición será en cuanto a la viabilidad del niño producto de la Maternidad Subrogada.

" **FÖEIOC"VGTEGTCØ** En el contrato de Maternidad Subrogada existe la Revocabilidad e Irrevocabilidad, ya que por la naturaleza del contrato existen dos momentos importantes, el primero será de la fecha de firma del contrato a la fecha de la implantación del óvulo fecundado (se aplica la revocabilidad por cualquiera de las partes); el segundo será de la fecha de implantación del óvulo fecundado a la fecha de alumbramiento (se aplica la irrevocabilidad por ambas partes).

FÖEIOC" EWCTVCØ" Es necesario actualizar las normas mexicanas, amparadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece la libertad de la que gozan las parejas para que, de manera responsable e informada, decidan sobre el número y espaciamiento de los hijos, de tal forma que coadyuvando con los servicios médicos no exista riesgo en aplicar nuevas técnicas de reproducción humana asistida como es el caso de la maternidad subrogada. En este sentido cabe reformar el artículo 324 en su fracción primera del Código Civil para el Distrito Federal en donde se indique que serán considerados hijos de matrimonio los nacidos por maternidad subrogada y adicionar el artículo 324BIS en el que se defina a la maternidad subrogada.

FÖEIOC" SWPVCØ Existe Maternidad Subrogada, ewcpf q" gp" gr' r tqegf lo lgpvq" tgr tqf wevkq" rc" r ctglc" gp" o cvtlo qplq" q" eqpewdlkpcvq." *Uwdtqi cpvg+" gp" lqto c" i tcwtkc" gpeqo lgpf cp" c" wpc" ugi wpf c" o wlt." *Uwdtqi cf c+'rc'í guvcelóp'í g'gríðxwq'í gewpf cf q=r tguwo lèf qug'r cf tgu'rgi crgu" rqu'swg'j c{ cp'eqpvtcvcf q0

FÖEIOC'UGZVCØ"El procedimiento de reproducción asistida que se empleará en la 'Maternidad Subrogada', será la Fecundación In Vitro con transferencia de Embriones realizada con Gametos provenientes de la pareja Subrogante; creándose

con esto el parentesco por Consanguinidad entre el matrimonio contratante y el hijo producto de la Fecundación.

FÖEIOC" UGRVIOCŮ" Es importante señalar que debido a los avances tecnológicos que existen en la medicina, la maternidad subrogada es un fenómeno que se ha ido incrementando, debido a diversas circunstancias tales como: por qué una mujer por cuestiones de salud no pueda tener hijos, pero que la pareja es fértil y tiene la posibilidad de ser padres y no quieran recurrir a la adopción por considerar un proceso muy desgastante y casi imposible de darse.

Por ello, es que considero que debe existir una regulación en materia civil para que este fenómeno que tiende a crecer en las sociedades modernas no crezca de una manera irregular y existan problemas sobre la maternidad de un menor, que en este caso es quién resultaría más afectado, es decir, el Estado tiene que velar sobre los derechos de los niños que nazcan por este método de reproducción humana asistida.

"

"

"

PROPUESTA

**REFORMA POR ADICCIÓN AL ARTÍCULO 324 DEL CÓDIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL.**

Es importante recapitular lo que hemos analizado durante la presente tesis, desde la filiación que como ya se mencionó es el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, de aquí es importante mencionar que para la 'Maternidad Subrogada' la filiación que se crea, será entre el matrimonio contratante y el hijo producto de la Inseminación *In Vitro*, ya que será realizada con el gameto de este pareja y en ningún momento se creará filiación alguna con la madre sustituta. Dicha filiación será Legítima porque se considera hijo concebido del matrimonio de sus padres.

En este orden también se establece que el parentesco que existirá entre el matrimonio contratante y el niño, será Parentesco por consanguinidad, ya que éste es el vínculo jurídico existente entre las personas que descienden de un mismo progenitor y en el hijo producto de la reproducción asistida y de quienes la consientan. El parentesco será en Primer grado, y la línea será recta entre los padres y el hijo producto de la Maternidad Subrogada. Todo esto basándonos en el estudio que se realizó en el primer capítulo.

También hemos ya establecido que la Maternidad subrogada, tendrá que ser forzosamente un acto jurídico bilateral, existente y válido, creando los derechos y obligaciones recíprocas para las partes que intervengan el él.

En conclusión, deberá existir la Maternidad Subrogada como Acto Jurídico Bilateral Familiar por reunir los tres requisitos enunciados. Y será válido al cumplir con las elementos de **Capacidad** en el autor o los autores del acto; **Ausencia de Vicios en la voluntad** del sujeto que la externa; **Licitud en el objeto**, motivo o fin del acto; **Formalidades**, que hemos estudiado ya en el capítulo segundo.

La Maternidad Subrogada, estará sujeto a la modalidad de término; el cual será de tipo suspensivo ya que tiene como fin retardar la ejecución de la obligación hasta la fecha fijada; esto es, el derecho de el matrimonio contratante nace el día mismo del contrato, pero podrá ejercer su paternidad hasta el día en que nazca el

bebé, no podrá disponer de él hasta que esté fuera del vientre de la Madre Sustituta. También este Acto estará sujeto a la Condición, ya que es un acontecimiento futuro e incierto el nacimiento del bebé.

Ahora bien, observemos lo estudiado en el capítulo tercero de la presente tesis, en primer lugar queda más que claro que nuestra propuesta no contraviene a la moral y es parte del Derecho Civil, ya que pretende cubrir el derecho de la maternidad, paternidad, como resultado de la unión de un hombre y una mujer, en consecuencia de la imposibilidad natural de procrear a sus hijos; será una alternativa más para solucionar el problema de la esterilidad en las parejas.

Así mismo concluimos que la religión, en este caso particular la Iglesia Católica, no puede influir tanto en el Derecho ya que los principios religiosos en el tema de la Maternidad Subrogada son muy cerrados por considerar la intervención de una segunda mujer y creer que sería semejante al adulterio; y esto queda más que descartado ya que lo que se propone es un acuerdo de matrimonio primeramente para emplear esta técnica de Reproducción Asistida y como ya lo hemos demostrado el hijo será consanguíneo de sus padres, puesto que la madre sustituta no aporta en ningún momento su óvulo.

Del mismo modo, la opinión de la Iglesia respecto de que le quitarían el hijo a la madre sustituta queda descartado, ya que desde el momento de aceptar la celebración del contrato de Maternidad Subrogada, conoce y sabe los derechos y obligaciones que adquiere y está conciente de que sólo está realizando las funciones de gestar en su vientre al hijo producto de la pareja que la contrata y en ningún momento debe considerar a ese bebé como propio.

Pasando a la Reglamentación existente para la reproducción asistida nos fundamentamos en varios preceptos legales, en primer lugar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo Cuarto, párrafo segundo "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y

espaciamiento de sus hijos”; de este artículo nos basamos en decir que la ley está obligada a informar de los métodos de reproducción asistida que pueden utilizar los matrimonios para llevar a cabo ese derecho de procrear y al mismo tiempo dar solución a los problemas que se suscitan en las parejas para conseguir ese derecho.

Es necesario mencionar que las Normas Jurídicas no deben quedarse esperando que la ciencia o los problemas que la modernidad produce en relación a la concepción las rebasen y las deje sin practicidad, esto es, no nos sirven unas normas obsoletas que no dan solución a las necesidades y problemas de la sociedad actual.

La Ley General de Salud en México, regula las técnicas de reproducción Asistida, como lo son la Inseminación Artificial, Inseminación Intrauterina, Fecundación *In Vitro* con la modalidad de Transferencia de embriones realizada con gametos provenientes de la pareja; aun y que son opciones para solucionar los problemas de esterilidad e infertilidad en las parejas, nunca serán suficientes si dentro de todas estas posibilidades existan parejas que no son aptas para utilizar ninguno de estos métodos de reproducción asistida; y es específicamente al problema de la esterilidad en las parejas en donde creo será más que útil y resolverá dicho problema la creación de la Maternidad sustituta, ya que como hemos mencionada, la esterilidad puede consistir en que por determinadas enfermedades la matriz de la madre no es apta para gestar un bebé dentro de ella, pero no significa que sea infértil; esto es sus óvulos sí pueden utilizarse al igual que los espermatozoides del marido y sólo requieren de una matriz para que se lleve a cabo la gestación de su óvulo fecundado por el marido y es donde interviene la madre sustituta.

Es importante mencionar que el Código Civil para el Estado de Tabasco ya rebasó en los avances respecto a la figura de la Maternidad Subrogada ya que la regula y prevé soluciones para distintas situaciones sobre la maternidad, paternidad y filiación que se deriven de esta. Entonces el Distrito Federal, como centro de la República Mexicana, está más que obligado a legislar respecto al tema en cuestión.

Ahora bien, me permito transcribir una vez más el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

"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 provengan ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."¹⁶⁷

La reforma que proponemos en el presente artículo sería en su fracción primera que se leería **"Art. 324. "Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:**

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio, nacidos por cualquier método de reproducción asistida incluyendo la maternidad subrogada; y..."**

De igual forma pretendemos adicionar el artículo 324 Bis a fin de dar una definición de lo que es el Acto Jurídico de la Maternidad Subrogada:

"Art. 324 BIS. Entendiéndose como Maternidad Subrogada, cuando en el procedimiento reproductivo la pareja en matrimonio o concubinato, (Subrogante), en forma gratuita encomiendan a una segunda mujer, (Subrogada), la gestación de el óvulo fecundado; presumiéndose padres legales los que hayan contratado."

Con esta Reforma al artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal y la adición del Artículo 324BIS pretendemos crear la figura jurídica de la Maternidad Subrogada como una opción más de Reproducción asistida, con la cual se ayudaría una gran parte de la población que tiene la necesidad imperiosa de ser padres y por

¹⁶⁷ Código Civil Para el Distrito Federal. Op. Cit. 2007, pág. 47.

no existir otras alternativas tiene que recurrir a la adopción que es bien sabido que el proceso que conlleva adoptar resulta en muchas ocasiones más que imposible y fatigante para el matrimonio que lo solicita por la infinidad de requisitos que se requieren para ella.

Quisiera agregar que la Maternidad Subrogada ya es practicada por los médicos, y el problema más recurrente surge cuando la madre sustituta por los malos cuidados que da durante el embarazo propicia la pérdida del bebé que está gestando en su vientre o que al momento del alumbramiento no quiere hacer entrega del niño a sus padres; y todo esto se evitaría con la existencia de un contrato que sirva como prueba para exigir se cumpla todo lo que en el se estipule por ambas partes.

Con esto se demuestra que los legisladores no pueden hacer oídos sordos a estos problemas que en la sociedad se presentan, dejar que la ciencia médica haga ver obsoleta a la Ley y que es más que necesaria la intervención del Derecho para solucionar dichas contrariedades.

BIBLIOGRAFIA

Adiciones y Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1990, 1992). Edición coordinada y superada por la Dirección General de Gobernación de la Secretaría de Gobernación de México. México: Talleres Gráficos de la Nación. Enero de 1992, 220 pp.

Asandizaga, J. Cortes Generales, **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, II Legislatura, Sesión N° 346**, celebrada en Madrid, el 23 de Octubre de 1985, 60 pp.

Baqueiro Rojar, Edgar y Rosalía Buenrostro Báez, **Derecho de Familia y Sucesiones**, 5ª. ed, Harla, México, 1996, 856 pp.

Bennitez Ortúzar, José Ignacio. **Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida**. Ed. Camares, México, 1998. 650 pp.

Bonnecase, Julián. **Elementos de Derecho Civil**. [Trad. Lic. José M. Cajica] Ed. Porrúa, México, 1945, 2 ts., 700 pp.

Borillo, Daniel. **Genes en el Estado, Límites e Implicaciones Sociales del Desarrollo de la Genética Humana**. Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Superiores Avanzados. Madrid. 1996. 340 pp.

Borja Soriano, Manuel. **Derecho Civil Mexicano**. Tomo I, Porrúa. México, 1939. 380 pp.

Castan Tobeñas, José. **Derecho Civil Español Común y Floral, Derecho de Familia**. Tomo V. Ed. Reus, S.A., Madrid, 1985, 450 pp.

Chávez Asencio, Manuel F. **La Familia En El Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales.** 3ª. ed., Porrúa, México, 2005, 689 pp.

Chávez Asencio, Manuel F. **La Familia en el Derecho. Relaciones Conyugales.** Capítulo III. Porrúa. México, 1985. 425 pp.

Colin, Ambroise Y Henry Capitant. **Derecho Civil, Introducción, Personas, Estado Civil e Incapaces.** Volumen I Colección: Grandes Maestros del Derecho Civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2004, 584 pp.

Cornejo Chávez, Héctor. **Derecho Familiar Peruano, Sociedad Paterno Filial.** Tomo II. Ed. Librería Studium Editores. Lima, Perú, 1982, 609 pp.

De Pina, Vara Rafael, **Diccionario De Derecho,** Porrúa, México, 2000, 525 pp.

Del Vecchio, Giorgio. **Filosofía del Derecho.** 9ª. ed, Ed. Bosch, Barcelona, 1980. 420 pp.

Dennis Lloyd, Lord. **La Idea del Derecho ¿Perversidad Represora o Necesidad Social?** [Trad. Rosa Aguilar de Ben y Mercedes Barat] Ed. Civitas S.A. México, 1985, 540 pp.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Ed. Diskill, S.A., Buenos Aires Argentina, 1987, Tomo XII, 5165 pp.

Enneccerus-Kip, Theodor y Martín Woelff. **Elementos de Derecho Civil.** Tomo I, Volumen II, Ed. Bosch. Barcelona. 1979. pág. 340.

Escrache, Joaquín. **Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.** Ed. Librería Garnier Hermanos, París, 1876, 999 pp.

Esquivel Obregón, Toribio. **Apuntes para la Historia del Derecho en México, Los Orígenes.** Tomo I, Ed. Polis, México, 1937, 563 pp.

FUENTEVILLA Guitron. **Legislación Familiar del Estado de Hidalgo.** Noviembre de 1983. Litográfica Anselmo, S.A. México, 578 pp.

Gafo, Javier, et al. **Procreación Humana Asistida: aspectos Técnicos, Éticos y Legales.** Ed. Universidad Pontificia, Madrid, 1998, 315 pp.

Galindo Garifas, Ignacio. **Derecho Civil , Parte General, Personas, Familia, Primer curso** 20ª. ed., Porrúa, México, 2000, 790 pp.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. **La Fecundación In Vitro y la Filiación.** Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993, 209 pp.

Gutiérrez y González, Ernesto. **El Patrimonio.** Porrúa. México. 1986. pág. 814.

Hurtado Oliver, Xavier. **El Derecho a la Vida ¿y a la Muerte?.** Porrúa. México. 1999. 250 pp.

Jacques Soustelle. **La Vida Cotidiana de los Aztecas.** Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980, 385 pp.

La Cruz Berdejo, J. L. **Hijos Artificiales y Madres de Alquiler. Diario ABC.** Madrid, 6 de Mayo de 1987, 425 pp.

Lema Añón, Carlos. **Reproducción, Poder y Derecho** Ed. Trotta, Madrid, 1999. 760 pp.

Loyarte, Dolores Adriana Y Coaut. **Procreación Humana Artificial. Un desafío Bioético.** Ed. Desalma, Buenos Aires, 1995. 209 pp.

Margadants, Guillermo Floris. **Derecho Romano** 21^a.ed., Ed. Esfinge, México, 1995, 530 pp.

Moro Almaraz, M.J. **Aspectos Civiles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro.** Ed. Trivium, Madrid, 1988, 369 pp.

Nassal, G.J.V. **Límites en la Manipulación Genética.** Ed. Gedisa, España, 1997. 230 pp.

Oertman, Paul. **Introducción al Derecho Civil.** [Trad. Luis Sacho Seral] Ed. Labor, España, 1933. 380 pp.

Orizaba Monroy, Salvador. **Matrimonio y Divorcio, Efectos Jurídicos.** 3^a. ed., Ed. P.A.C. S.A. de C.V., México, 2002, 290 pp.

Pacheco Escobedo, Alberto. **La Familia en el Derecho Civil Mexicano.** Ed. Panorama. México. 1998. 600 pp.

Panero Gutiérrez, Ricardo. **Derecho Romano,** 2^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000, 829 pp.

Pérez Duarte, Alicia Elena. **El Impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas en la Familia: Presente y Futuro.** Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 2006. 370 pp.

Planiol, Marcel. **Tratado Elemental De Derecho Civil.** Ed. Cajica, México, 1946, 621 pp.

Puig Peña, Federico. **Tratado de Derecho Civil Español,** Tomo II, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, 890 pp.

Rojina Villegas, Rafael. **Derecho Civil De Familia**. Tomo II, 9ª. ed., Porrúa, México, 1998, 601 pp.

Rojina Villegas, Rafael. **Derecho Civil Mexicano**. Tomo I, 11ª. ed., Porrúa, México, 2005, 632 pp.

Rojina Villegas, Rafael., **Compendio de Derecho Civil. Introducción Personas Y Familia**. Tomos I y II, 21ª ed., Porrúa, México, 1986. 970 pp.

Rotondi, Mario. **Instituciones de Derecho Privado**. [Trad. Francisco F. Villavicencio], Ed. Labor, Barcelona. 1953. 403 pp.

Soto La Madrid, Miguel Ángel. **Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho**, Ed. Astrea. Buenos Aires. 419 pp.

Vázquez, Genaro V. **Doctrinas y Relaciones en la Legislación par los Indios**. Ed. Departamento de Asuntos Indígenas, México, 1940, 450 pp.

Velásquez, Antonio y et. al. **Cuadernos del Núcleo de Estudios Interdisciplinarios en Salud y Derechos Humanos, Genética Humana y Derecho a la Intimidad**. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 1996. 487 pp.

Vidal Martínez, Jaime et al. **Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida**. Ed. Comares. España, 1998. 520 pp.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 133^o ed. Porrúa. México 2007.

Código Civil para el Distrito Federal. Ed. SISTA, México, 2007. 346 pp.

Código Civil para el Estado de Tabasco. Ed. SISTA, México, 2007. 239 pp.

Código Penal para el Distrito Federal. Ed. SISTA, México, 2007. 210 pp.

Ley General de Salud en México. Ed. SISTA, México, 1984. 331 pp.

Reglamento de la Ley General de Salud en México. Ed. SISTA, México, 1984. 131 pp.