



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 879309

**“LA CONFIGURACIÓN DE UN CONTRATO DE
REPRODUCCIÓN ASISTIDA, COMO FIGURA
ESPECIAL DENTRO DE LOS LLAMADOS
CONTRATOS DE PRESTACIÓN
DE SERVICIOS”.**

TESIS

Que para obtener el título de:
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:
MARIA ESTHER GASCA YERENA

Asesor: Lic. Héctor Gustavo Ramírez Valdez

Celaya, Gto.

Febrero 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 mis padres con el más sincero agradecimiento y respeto por su apoyo económico, moral, por su amor y cariño, y en especial por haberme enseñado el valor del trabajo y de el amor a Dios.

A mi hermano mi fortaleza y mi inspiración.

A mi asesor por guiarme en este camino.

A cada uno de mis maestros por todas sus enseñanzas y acertados consejos.

Introducción.

Capítulo 1. Consideraciones Primarias.

1.1. Fenómeno jurídico genómico.....	1
1.2. Evolución histórica de las técnicas de reproducción asistida.....	4
1.2.1. Aceptación científica y religiosa	6
1.2.2. Aceptación legal.....	7
1.2.2.1. Consecuencias jurídicas	11
1.2.2.2. Consecuencias no jurídicas	13
1.2.3. Interés social. Causa de incremento.....	14
1.3. Origen y fundamento científico	16
1.4. La personalidad jurídica de las personas físicas	19
1.4.1. Atributos de la personalidad.....	21
1.4.2. Derechos de la personalidad	25
1.5. Derecho a la intimidad	26
1.6. Derecho a la reproducción.....	28
1.6.1. Derecho a la reproducción asistida por medio de la Inseminación Artificial	29
1.6.2. Derecho de la mujer a ser inseminada en forma artificial	30
1.7. Derechos del Menor	30
1.7.1. Derecho a la filiación materna y paterna.....	31

1.7.2. Derecho del menor a conocer sus orígenes genéticos	33
1.7.2.1. Situación del donante anónimo ante el derecho del menor a conocer sus orígenes genéticos	35
1.7.3. Derecho del menor a pertenecer a una familia integrada	36

Capítulo 2. Técnicas de reproducción asistida

2.1. Concepto	39
2.1.1. Inseminación y Fecundación Artificial	41
2.1.2. Clasificación.....	42
2.2. Ética, Derecho y fecundación asistida	44
2.2.1. Aspecto moral.....	47
2.2.2. Condiciones de legalidad.....	49
2.3. Acto Jurídico y Naturaleza Jurídica.....	53
2.3.1. Partes	54
2.3.2. Elementos Esenciales y de Validez	55
2.4. Tipos de técnicas de reproducción asistida	55
2.4.1. Fertilización in vitro y transferencia de preembriones	56
2.4.2. Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).....	58
2.4.3. Transferencia intratubárica de gametos y cigotas (GIFT – ZIFT) ..	59

Capítulo 3. Maternidad, paternidad y filiación.

3.1. Aspectos constitucionales.....	60
-------------------------------------	----

3.1.1. Derechos de los hijos	60
3.1.2. Protección constitucional a los hijos	61
3.2. Concepto	61
3.2.1. Noción natural.....	62
3.2.2. Noción jurídica	62
3.3. Clasificaciones.....	63
3.4. Principios	65
3.4.1. El bien de los hijos	65
3.4.2. Igualdad de efectos.....	66
3.4.3. Intervención de la voluntad	67
3.4.4. Concepción del ser	67
3.5. Maternidad.....	68
3.6. Paternidad	70
3.6.1. Presunción	70
3.6.1.1. Base de la presunción.....	71
3.6.1.2. Plazos y cómputo de los términos	71
3.6.2. Requisitos para que opere.....	72
3.6.2.1. Matrimonio válido putativo	72
3.6.2.2. Filiación materna acreditada	73
3.6.2.3. Concepción dentro del matrimonio.....	73
3.6.3. Destrucción de la presunción.....	73

3.6.4. Concubinato.....	75
3.7. Filiación.....	75

Capítulo 4. Contratos.

4.1. Delimitación de la esfera del contrato.....	78
4.2. Teoría General del Contrato	81
4.3. El Negocio Jurídico	82
4.4. Concepto de Contrato.....	85
4.5. Elementos del Contrato	91
4.5.1. El Consentimiento.....	91
4.5.2. Objeto del Contrato.....	93
4.5.2.1. Creación de una Relación Jurídica	93
4.5.2.2. Regulación de una Relación Jurídica	94

Capítulo 5. Contrato de Prestación de Servicios Médicos de Reproducción Asistida.

5.1 Los derechos reproductivos en las leyes, códigos, normas y programas mexicanos	95
5.2. Definición del contrato	95
5.2.1. Principales clasificaciones de los contratos.....	95
5.3. Definición de convenio.....	96
5.3.1. Oferta y aceptación.....	98
5.3.2. Autonomía de la Voluntad.....	98

5.3.3. Cosas posibles e imposibles.....	98
5.3.3.1. Cosa posible	98
5.3.3.2. Cosas imposibles.....	98
5.3.3.3. Cosas Futura	99
5.3.4. Formas de Consentimiento.....	99
5.3.4.1. Consentimiento expreso	99
5.3.4.2. Consentimiento tácito	100
5.4. La prueba	100
5.4.1. El notario.....	100
5.4.1.1. Declaración de voluntades.....	101
5.4.1.2. Protocolo.....	101
5.4.1.3. Testimonio	101
5.4.1.4. Minuta	101
5.4.2. Vicios del consentimiento	102
5.5. El objeto de los contratos	106
5.6. La acción de ejecución forzada	109
5.7. Reparación del daño.....	112
5.8. Los valores y obligaciones morales que la legislación civil debe respetar y sancionar en esta materia.....	115

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El avance tecnológico en las ciencias biológicas y sociales nos ha abierto un panorama diferente acerca del comportamiento humano.

En el transcurso de este siglo se ha producido una revolución biológica que ha despertado nuevas cuestiones, dejando perplejo al hombre. Es así como la ingeniería genética, la fecundación artificial, las terapias génicas, la experimentación humana, la eutanasia y eugenesia, si bien son adelantos de la tecnología actual, traen aparejados una serie de fenómenos y problemas cuyo control jurídico no se ha logrado hasta el momento.

Tópicos como el aborto, la eutanasia, la procreación asistida, reclaman un encuadre legislativo que garantice el debido respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

En México estos tópicos no se han regulado de manera rotunda ya que la única fuente sobre conceptos de Tratamientos de Reproducción Asistida están contenidos en la Ley General de Salud que considera la posibilidad de remitirse en el caso de el control sanitario de los productos, de la disposición del 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.

Sin embargo a la letra dentro del Art. 327 de la Ley General de Salud se enuncia que “Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito”.

Así mismo para la configuración de los contratos de reproducción asistida se necesita la donación de células germinales entendiendo por estas a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión, y por donación a aquella consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

Siendo pues indispensable que se considere una regulación específica para los procesos y tratamientos de reproducción asistida, ya que hablamos de respetar la garantía consagrada por el Art. 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se considera la oposición del Estado para asegurar una esfera a favor de todo gobernado dentro de la que éste pueda actuar libremente.

Como bien justifica el Jurisconsulto, Doctor en Derecho y Maestro Emérito de nuestra incorporada casa de estudios dentro de su libro titulado “Las garantías Individuales”, considerando que la naturaleza del segundo párrafo en cuestión de esa garantía debería más bien haberse concebido como “No se podrá impedir a nadie el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de hijos”, dejándose pues tal responsabilidad al libre albedrío y a la voluntad tanto del hombre, como de la mujer en pareja.

Es decir que se dé el consentimiento de las partes, en relación al objeto indirecto del contrato y hablando de la cosa, hecho o abstención, es decir la prestación positiva o negativa, que en el caso en específico dentro de esta investigación, se aduciría a la realización de técnicas de reproducción

asistida, las que de alguna forma son definidas por la Ley General de Salud como trasplantes, refiriéndose estas a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo, con las formalidades que esta ley previene, que por tanto las mismas serían anteriores a la celebración del contrato, tales como la donación de gametos, ya que de no presentarse las mismas, este tipo de contratos no se configurarían lo que haría que pudiera ser rescindido o se le considerará inexistente.

CAPÍTULO 1. CONSIDERACIONES PRIMARIAS.

1.1. Fenómeno jurídico genómico.

El Derecho es un fenómeno susceptible de ser interpretado. Hoy, que tanto se habla de la interdisciplinariedad, como al fenómeno que pretende explicar cómo tienen que relacionarse las diferentes materias para mejorar el conocimiento y siendo que este concepto implica un grado de concatenación de las diversas disciplinas científicas que convergen en el análisis y solución de una problemática o planteamiento científico, resulta una necesidad imperativa, como enuncia De Genes¹, que en nuestro tiempo resulte difícil que un área de conocimiento no cambie en muy poco tiempo, al establecer que “necesitamos gente que esté dispuesta a saltar de un campo a otro, que tenga una mente abierta”.

Siendo que equivocadamente o no, sería sorprendente que la Biología dentro de su disciplina o campo de estudio denominado Genética (del término "Gen", que proviene de la palabra griega γένος y significa "raza, generación"), no pudiera aplicarse y dar sus frutos en el conocimiento del Derecho.

Las pruebas de ello están fundamentadas principalmente en las consideraciones que proponen Fernando Flores Trejo² y Marcia Muñoz de

¹**CITADO PORVILAR** Sergio. *La nueva racionalidad: comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios*. Colección Nueva Ciencia. Ed. Kairós. Barcelona. España. 1997. p. 63.

²**FLORES TREJO** Fernando. “El bioderecho: nueva rama científica interdisciplinaria”. *Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.* Tomo LV. N° Extra 1. México. 2005. p. 133.

Alba Medrano³sobre el denominado “Bioderecho” considerándolo en común como a: “La formalización de la protección jurídica de la vida frente a la tecnología biológica”.

La diferencia entre las denominaciones de estos dos jurisconsultos se expresa en la relación que se presenta, según enuncia Muñoz de Alba Medrano, con otra disciplina denominada “Derecho Genómico”, el cual establecen un nexo entre el derecho y el genoma humano, del mismo modo en que a su criterio lo establecería el Bioderecho, conceptualizando dicha disciplina como a: “Las normas que regulan el uso y conocimiento del genoma humano”.

En lo que refiere a la opinión de Flores Trejo el Bioderecho propiamente dicho no es una combinación de la Biología con el Derecho (lo que no deja de lado su evidente relación interdisciplinaria) por lo que propone que se trate de una novedosa científicidad que aborda de manera íntegra la problemática entre la vida y la modificación del ser humano, regulada por un entorno jurídico.

Así pues tomando en cuenta como lo establece Muñoz de Alba Medrano en relación a los rápidos adelantos de la ciencia y la tecnología, y siendo que estos afectan cada vez más nuestra concepción de la vida y a la vida

³**MUÑOZ DE ALBA MEDRANO** Marcia. *Aspectos sobre la regulación del genoma humano en México, en Reflexiones en torno al derecho genómico*. Ed. UNAM. Instituto de investigaciones jurídicas. Serie doctrina jurídica. Núm. 86. México. 2002. p.198.

propiamente dicha, es menester dentro del ámbito jurídico que se originase una respuesta a nivel mundial.

Por lo que partiendo de esta misma premisa se establece que esta misma se presenta desde la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, pasando a originarse de manera particular en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997; y concluyendo, dada la importancia y relevancia de los descubrimientos de la época, con la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de octubre de 2003, luego de que el 14 de Abril de ese mismo año se completa con éxito el Proyecto Genoma Humano con el 99% del genoma secuenciado con una precisión del 99,99% .

La introducción del Derecho Genómico, en el sistema jurídico mexicano ha pasado desapercibido al no ser sistematizado o localizado dentro de los paradigmas del Derecho Civil y del Derecho de Familia, en contradicción con las ideas de Flores Trejo, creando así un fenómeno que tiende a establecer una evolución más allá de los paradigmas del pensamiento jurídico; por lo que es posible estudiarlo desde un enfoque multidisciplinario, o bien, dejar de lado su análisis bajo el argumento de que el derecho positivo prácticamente no lo regula o de que escapa a una concepción pura del derecho como lo establece el Jurisconsulto y Doctor en Derecho Santiago Nieto Castillo al

expresar que debido a esto:“Evidentemente, siempre es mejor la evolución jurídica”⁴.

1.2. Evolución histórica de las técnicas de reproducción asistida.

Son numerosas las definiciones que han surgido en relación a la inseminación artificial y a la fecundación asistida como conceptos comunes o sinónimos, y nos permiten describir ambas como al conjunto de técnicas de reproducción asistida, que invoca a cada uno de los procedimientos existentes hasta la fecha sobrevenidos de la investigación destinada a poner en contacto los elementos ontogenéticos del hombre y la mujer, es decir, el espermatozoide con el óvulo los llamados “gametos”, a raíz del pretendido resultado de una fecundación.

Estos procedimientos cuyo origen se piensa provienen de la tecnología moderna, tiene una larga historia partiendo la misma en el año de 1672 con el descubrimiento de los óvulos, por el médico y anatomista holandés Reinier de Graaf, seguido del descubrimiento que a mediados del siglo XVII hace el comerciante holandés, Anton Van Leeuwenhoek, utilizando microscopios simples de fabricación propia donde describió por primera vez los espermatozoides, con lo que nace el preformacionismo, cuyos partidarios se dividían en dos grandes grupos: aquellos que defendían que el desarrollo de un embrión estaba ya preformado en el esperma (animaculismo) y aquellos que lo situaban en el óvulo sin fecundar (ovismo). Se necesitó poco más de

⁴**NIETO CASTILLO**, Santiago. “Notas sobre derecho genómico”. *Publicación periódica Derecho y Cultura*. U.N.A.M. Tomo LV. Número 5. Invierno 2001-Primavera 2002. México. p.115.

200 años para que las teorías de la preformación perdieran rápidamente terreno, hasta que Oscar Hertwig zoólogo alemán les asestase un golpe mortal al demostrar, en 1876, que el espermatozoide y el huevo eran células cuya fusión era indispensable para la fecundación.

Ya desde el siglo XV, se tienen noticias de intentos de inseminaciones artificiales humanas, pero el primer resultado positivo se registró en Inglaterra por el médico John Hunter (1728-1793). Las prácticas continuaron, pero es a principios del siglo XX cuando las técnicas se multiplican siendo Rusia desde 1899 el primero en realizar esfuerzos para desarrollarlas, debido a este avance Estados Unidos logra en el año de 1940 establecer el primer banco de semen, circunstancia que constituye un hito en la historia de su manejo y conservación, pues experimenta un gran impulso al tomar importancia la técnica de congelación creada en Rusia.

No es sino hasta 1978, cuando después de muchos años de experimentación, Steptoe y Edwards, un par de científicos británicos, hacen dos grandes avances; primero el de haber concebido la idea de un tratamiento hormonal a efecto de estimular el crecimiento de los folículos ováricos con lo que logran conseguir fecundaciones de forma sistemática; y segundo, en el mes de julio de ese mismo año logran concretizar sus objetivos con el nacimiento de Louise Brown, la primera “bebé de probeta”, en el General Hospital de Oldham, en Inglaterra.

Siendo que en México este acontecimiento tendría lugar el 4 de agosto de 1989 cuando es dado a conocer el nacimiento del primer bebé mexicano de

probeta un éxito después de varios años de esfuerzo y experimentación técnica.

El grado de evolución alcanzado por estas técnicas a la fecha ha obligado a los jurisconsultos a revisar los criterios de aceptación que se presentan sobre las mismas así como las consecuencias jurídicas y no jurídicas que tienen lugar tanto en vida como después de la muerte del ser humano.

1.2.1. Aceptación científica y religiosa.

La comunidad científica acepta, puesto que ella misma las ha creado, las prácticas inseminatorias; otra perspectiva muy distinta es aquella que presenta la Iglesia Católica según Martínez Calcerrada⁵ se establece considerar algunos tipos de técnicas como abominaciones, así como un tipo de desorden moral condenable, con lo que considerando su posición en contra de toda acción anticonceptiva se le considera esencialmente contradictorio pero es la especial libertad de conciencia la que le da un enfoque de discrepancia entre católicos practicantes con la jerarquía de la Iglesia Católica.

En cambio, para otras religiones, como la protestante, la inseminación artificial no produce ningún cuestionamiento. Es interesante anotar que en torno a este tema no hay unidad de criterio en las diversas religiones. El

⁵**CITADO PORBRENA SESMA** Ingrid Lilian. "Algunas consideraciones en torno al Derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial". *Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie. Año XXVIII. Núm.82. Enero – Abril. México. 1995. [Publicación en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>> [Consulta: 10-11-2010]

Islam, por ejemplo, se mantiene en medio de dos puntos de vista extremos: por una parte, la Iglesia Católica Romana que condena categóricamente la fertilización in Vitro y los demás métodos de reproducción asistida. Por otra, los liberales y algunas de las otras religiones, permiten estos métodos, sin que les importe si son realizados por parejas casadas o no. El Islam, permite las nuevas tecnologías de reproducción siempre que se realicen entre parejas casadas.

1.2.2. Aceptación legal.

Para comentar la aceptación legal será necesaria la referencia a distintos momentos históricos y a distintos estados y, desde luego, a los distintos tipos de inseminación.

La inseminación de una mujer casada con el espermatozoide de su esposo, mejor conocida como "Inseminación Homóloga"; no representa, en realidad, conflicto de orden jurídico. El nacido como resultado de ella, es hijo del matrimonio, su filiación y consecuente situación jurídica está prevista en la mayoría de las legislaciones. Existe una identidad entre la filiación consanguínea y la legal, la condición jurídica del menor está reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar. Para Harry Krause⁶ "el derecho no tiene por qué interferir en una decisión que sólo compete a los padres", desde luego, siempre que se cumplan las normas mínimas que señalan los procedimientos adecuados y las personas

⁶KRAUSE Harry D. "Artificial Conception: Legislative Approach". *Family Law Quarterly*. Vol. XIX. Núm. 3. Chicago. 1985. Fall. p.p. 186-206 y 197.

capacitadas que deben intervenir, es decir, se requiere el consentimiento de la mujer, integrado con el del marido, en el caso de la mujer, unida en matrimonio o de la pareja estable.

Por otra parte, la fecundación artificial en el matrimonio o fuera de él producida por un tercero o la conocida como la "Inseminación Heteróloga" es el punto de discusión inicial en la Doctrina sobre el Derecho a la Inseminación Artificial, las opiniones más radicales incluso han llegado a afirmar que esta inseminación, realizada por la mujer sin el consentimiento de su cónyuge o pareja, configura un delito de adulterio y que como tal debe de ser tratado. Como ejemplo tenemos al Código Penal Italiano de 1958 que pretendía con ello proteger, a través de esa figura delictiva, la pureza de sangre de la familia, estableciendo que inseminar a una mujer casada con esperma de un tercero implicaba introducir a la familia una carga genética distinta. Para Chiaroti⁷ autor italiano que analizó el tema, el adulterio no se concreta solamente a la lesión que se causa al honor del marido, sino de modo fundamental, en el interés social de la certeza de la descendencia. Otros autores italianos sin embargo disciernen de dicha afirmación. El propio Cuello Calón⁸ opina que la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente biológico cuyo único fin es la fecundación. "Los adúlteros persiguen la satisfacción del instinto sexual, no desean engendrar hijos y nada más contrario a la sexualidad que la

⁷**CITADO POR CUELLO CALÓN**, Eugenio. "En torno a la inseminación artificial en el campo penal". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 14. Fasc-Mes 2. 1961. p.p. 195-206 y 197.

⁸Op. cit. p. 200.

inseminación artificial como una intervención quirúrgica, con jeringas, gasas y otros accesorios."

En México, la Inseminación Heteróloga no se tipifica como delito, aun cuando no mediará el consentimiento del esposo. En la ley mexicana, el adulterio presupone la relación carnal con persona de distinto sexo que haya sido cometido en el domicilio conyugal o con escándalo. Sin relación sexual, la inseminación no se configura como adulterio, ni como ningún otro delito. Pero no sólo la inseminación no es considerada delito sino que está permitida y regulada por la Ley General de Salud, siempre que ésta se practique después de haber obtenido el consentimiento del esposo.

La inseminación de la mujer soltera plantea otra problemática. ¿Tendrá derecho una mujer a someterse a una inseminación, ya sea con aportación genética de su pareja estable o de un donador anónimo? La Ley española sobre reproducción asistida la permite, siempre que la mujer sea mayor de edad y en plena capacidad para obrar, con independencia de su estado civil.

En Italia, aun cuando no se ha legislado al respecto, existe una proposición de Ley presentada en la Cámara de Diputados el 9 de mayo de 1986. En este documento se propone que la mujer mayor de edad, no vinculada por matrimonio, pueda recurrir a la inseminación artificial si convive con un compañero estable. La Ley sueca de diciembre de 1984, puesta en vigor en marzo de 1985, permite la inseminación de la mujer cuando esté casada o cohabite con el hombre en condiciones semejantes a las del matrimonio,

siendo indispensable en todo caso, el consentimiento escrito del marido o compañero.

En cambio, en Francia los bancos de esperma practican inseminación artificial únicamente a las parejas unidas en matrimonio y sólo cuando tenga por objeto remediar la esterilidad de la pareja. En la legislación mexicana no se impide a la mujer soltera, libre de matrimonio, capaz y mayor de edad, ejercer su derecho a recurrir a la inseminación artificial.

En el caso de la Inseminación Post-Mortem, misma que no se refiere al donador anónimo que deposito su esperma en un banco y que muere después, sino a aquellos casos en que el donador es conocido, esposo o pareja de la mujer, y manifiesta su voluntad para que la inseminación se realice después de su muerte, la legislación española la permite, pero sólo bajo ciertas circunstancias y requisitos, entre ellos, la manifestación de la voluntad del donante y que la inseminación se efectúe después de su muerte. En Francia no se ha legislado al respecto pero es famoso el caso Parpalaix que, después de un largo y complicado proceso, se resolvió en un fallo del Tribunal de Gran Instancia de Créteil en el sentido de que se practicara la inseminación a CorineeParpalaix con el semen de su marido muerto.

Son tantas las dudas que deben ser resueltas antes de ser aceptada esta inseminación por las legislaciones, que la mayoría de ellas no la han regulado. Las corrientes contrarias a su aceptación sostienen que la muerte pone fin a la persona y si la inseminación se practica una vez que el donador

ha muerto, ese hijo no tiene padre, puesto que no puede tener esta calidad quien ha dejado de existir. La aceptación legal de la inseminación artificial depende de cada Estado, pero existen principios generales que son reconocidos como mínimos para llevar a cabo una inseminación artificial: el respeto a la voluntad de las parejas afectadas; que con las prácticas y sus consecuencias no se cause daño a nadie, al menos en esferas relevantes dignas de superior tutela; que no se contraríen las prescripciones prohibitivas, ni se contravenga con el total del ordenamiento jurídico y que exista una coherencia entre las normas con la moral y la idiosincrasia comunitaria.

1.2.2.1. Consecuencias Jurídicas.

Debido a las diferentes variables de la aceptabilidad legal de la inseminación artificial, habrá de establecerse las diferentes consecuencias jurídicas que la inseminación artificial puede producir.

El hijo nacido como resultado de una inseminación homóloga, es hijo del matrimonio, el esposo de la mujer inseminada fue el donador del semen y, por lo tanto, el padre natural. La situación de padre biológico y padre legal se identifica. La condición jurídica del menor, su filiación materna y paterna será reconocida y el hijo es aceptado por el padre, la madre y el resto del grupo familiar. Su situación de hijo producirá todas las consecuencias legales previstas en las legislaciones, entre ellas, patria potestad, alimentos y derechos sucesores. En los casos de inseminación heteróloga, consentida por la mujer y por su esposo, la madre está unida al hijo por filiación

biológica: en cambio, el marido que consintió la inseminación, establecerá una filiación de lo que la doctrina moderna denomina "voluntad procreacional", que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea. La aceptación de la inseminación artificial en el cuerpo de su esposa, es la fuente creadora del vínculo de filiación, independiente de la verdad biológica con todas las consecuencias legales, entre ellas la creación de un verdadero status filii, aún más, un status familiae.

La situación que podría generar problemas sería la posible inseminación de la mujer casada sin que el esposo hubiese otorgado su consentimiento. La sola voluntad de la mujer no debería bastar para que el marido asumiera la paternidad del menor, sin embargo, la legislación actual en México no permite al marido desconocer al hijo nacido por inseminación artificial heteróloga. Sin embargo, de acuerdo al análisis de la inseminación como un acto jurídico, éste sólo se configura con la manifestación de la voluntad de los que en ella intervienen, tanto material como jurídicamente, y que son la mujer, su esposo, el donador anónimo y los profesionales. Si el esposo no manifestó su voluntad no debiera quedar vinculado a las consecuencias de un acto en el cual no participó, ni en forma natural ni expresando su voluntad procreacional. En el segundo caso, si la mujer no vive con pareja estable, sólo será posible establecer la filiación materna respecto a su hijo el cual será inscrito como hijo de padre desconocido y carecerá de filiación por línea paterna.

Todavía falta por analizar las consecuencias jurídicas de la inseminación post-mortem. Si la mujer viuda se somete a una inseminación con esperma del marido fallecido, el hijo será sólo de ella. De acuerdo con la explicación que formulamos con anterioridad, la personalidad concluye con la muerte, y el hijo, resultado de una inseminación practicada después de la muerte del donador, no tiene padre. La Ley lo considera hijo nacido fuera de matrimonio, pues no estaría dentro de los términos de presunción y, por lo tanto, no tendría derecho al nombre ni a la herencia y menos a la vinculación parental con la familia del aportador del semen.

1.2.2.2. Consecuencias no jurídicas.

Ante un fenómeno como la inseminación artificial, el jurista debe tomar en cuenta, como expresa LLedó Yagüe⁹ "la ingeniería genética no puede ser enjuiciada desde una dirección puramente legalista, la cual resultaría insuficiente sino que tiene que apoyarse en datos aportados por otras ciencias". Agreguemos entonces las consecuencias extra-jurídicas más importantes como lo son las de carácter psicológico siendo que importantes investigadores mexicanos tales como Javier Hurtado Oliver¹⁰ menciona que una de cada cinco familias que optaron por la inseminación artificial sufrieron trastornos psicológicos, entre ellos, el desarrollo de sentimientos de culpa de la esposa por haber dado a luz a un hijo extraño a la pareja. En cuanto al menor, el desconocimiento de sus orígenes le puede crear problemas en su

⁹ CITADO PORBRENA SESMA Ingrid Lilian. Op. Cit.

¹⁰ IDEM

sentimiento de identidad por el resto de su vida y la sensación de ser diferente a los demás.

1.2.3. Interés social. Causa de incremento.

A la sociedad entera interesa determinar el estado de las personas y sus relaciones de parentesco para determinar los nexos jurídicos y los deberes y derechos recíprocos entre los sujetos que son considerados parientes, además de la preocupación sobre las circunstancias en que los menores nacen y se desarrollan, pues esos menores forman parte y son responsabilidad de esa sociedad.

Pero es también dicha sociedad la creadora directa de este tipo de técnicas, llama la atención la puntualización de los médicos respecto a que el contexto social y cultural de nuestra época contribuye al incremento de la tasa de problemas reproductivos; de tal manera, dentro de dichas causas, podemos encontrar las siguientes:

El posponer la maternidad para edades más avanzadas disminuye la fertilidad en una pareja, y hace que al momento de querer reproducirse se enfrenten con diversidad de impedimentos¹¹

a) El empleo indiscriminado de técnicas anticonceptivas, que en muchas ocasiones obedece a una automedicación, sin considerar que muchos de estos métodos alteran el organismo, principalmente el de las mujeres y provocan diversas afecciones que disminuyen su capacidad reproductiva;

¹¹PÉREZ PEÑA Efraín. *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral*. 2a. ed. Ed. Salvat. México. D.F. 1995. Nota 2. p. 4.

aunado a esto, la mayor incidencia de enfermedades venéreas, que si no ocasionan la muerte, sí generan disminuciones para la concepción o producen la infertilidad.

b) El estrés origina una alteración fisiológica y hormonal en los seres humanos, debido a la segregación de importantes cantidades de sustancias tóxicas derivadas de la adrenalina, sustancia que liberamos en situaciones de gran tensión emocional. Este estrés en muchas ocasiones genera drogadicción y alcoholismo, que son factores que disminuye la capacidad reproductiva en los seres humanos, pues el consumo de estas sustancias aumenta la posibilidad de que un producto presente algunas malformaciones congénitas.

c) La automedicación es una causa más de problemas reproductivos, lo que genera en muchas ocasiones que se afecte la función neuroendócrina; los fenómenos ovulatorios, la espermatogénesis y en diversas ocasiones el funcionamiento sexual se alteran al usar tranquilizantes, estimulantes o analgésicos, así como estimulantes menores, como lo serían la cafeína y la nicotina, que si bien no provocan un daño a corto plazo, sí generan severas afecciones a largo plazo.

d) La realización de dietas severas y de ejercicios extenuantes son otro factor más que altera la capacidad reproductiva en humanos, al alterar la función neuroendocrina del cuerpo al generarse diversas sustancias químicas con el ejercicio exagerado y al presentarse cuadros de desnutrición grave con diversidad de dietas. Lo que parece paradójico, en virtud de que

se ha incrementado el índice de obesidad, que desde el punto de vista médico es un factor más que altera la función reproductiva.

e) El contacto con diversas sustancias tóxicas que el desarrollo industrial de nuestra época trae consigo, como lo son los pesticidas, plomo, solventes, gases, pinturas y radiación, esta última que incluso proviene de los aparatos eléctricos de los cuales se hace uso de manera cotidiana como, por ejemplo, el televisor, la computadora, teléfonos celulares y hornos de microondas.

1.3. Origen y fundamento científico.

Cuando nació Louise Brown, el 25 de Julio de 1978, por la técnica de fecundación in vitro, quedó señalado un hito: se demostraba que la concepción de un ser humano podía producirse fuera del vientre de la madre, bajo el control de la ciencia y de la medicina¹².

Por ello quedaba demostrado que sexualidad y fecundación podía separarse. Para procrear un hijo, la indispensable unión entre óvulo y un espermatozoide podía darse tanto a través de una relación sexual entre un hombre y una mujer como sobre una placa de laboratorio; esto es, a través de una técnica especial: naciendo así las técnicas de reproducción asistida. Cuando en estas técnicas interviene un donante de óvulos o espermatozoides, se produce una disociación del elemento genético y biológico, ya que a través de esta técnica se logra una criatura que presenta

¹²CITADO POR GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1993. p. 25.

un patrimonio genético materno o paterno distinto al de su madre o padre biológico o gestacional.

La fecundación asistida mediante las llamadas técnicas de reproducción asistida encuentra su origen en el desarrollo de las investigaciones encaminadas a resolver el problema de esterilidad tubárica, reconocida como una de las causas más frecuentes de la esterilidad. El Doctor Barri¹³ en su comparecencia ante la “Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro e inseminación artificial humanas”, del Congreso de los Diputados español, señalaba que entre diez y trece por ciento de las parejas de edad fértil tienen problemas de esterilidad. A esta situación contribuyen el estrés, diversos efectos anticonceptivos y la difusión de enfermedades de transmisión sexual.

La reacción mundial frente al descubrimiento de estas técnicas fue, al mismo tiempo, de admiración y preocupación, porque el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida no sólo supone una posibilidad “neutra” de superar problemas de esterilidad, sino que implica la posible creación experimentación y destrucción de embriones humanos y la posibilidad de una ingeniería genética en nuestra especie. Ni más ni menos que lo que anticipara, novelísticamente Aldous Huxley en su ya clásico mundo feliz, a finales de los años 40.

Del mismo modo se puede decir que dichas técnicas se destinaban fundamentalmente a remediar un problema de infertilidad o de imposibilidad

¹³IBÍDEM

para la procreación¹⁴. La inseminación artificial procede cuando la inseminación natural no es posible por anomalía física del marido o de la mujer, por imposibilidad para la ascensión natural de los espermatozoides o porque el semen que penetra no es fértil. LLedó Yagüe¹⁵ manifiesta que la inseminación artificial debe ser considerada como una solución terapéutica "pero nunca como un medio alternativo de procreación latu-sensu para parejas infértiles y menos sin constituir pareja, como sujetos individualizados que pretendieran beneficiarse de las ventajas del procedimiento".

Además de resolver los casos de infertilidad femenina o masculina, estas técnicas fueron ampliando su campo de acción en casos como:

- a) Presencia de anticuerpos, antiespermatozoides en el moco cervical, prevención de enfermedades genéticas o ligadas al sexo, defectos del semen, en los óvulos, existencia de contraindicaciones graves de embarazo o ausencia de útero. Para estos casos se ofrece la posibilidad de recurrir al empleo de semen u óvulos de un donante o del uso de una madre sustituta.
- b) Inaccesibilidad o grave hipoflasia del ovario. Se ofrece a la paciente la posibilidad de recurrir al empleo de óvulos de donadora.

Se ve claramente, que esta extensión en la aplicación de la fecundación asistida implica la introducción de nuevos elementos, que modifican la identidad primitiva de estas técnicas desde un punto de vista antropológico,

¹⁴ Cfr. **BRENA SESMA**. op. cit.

¹⁵ IDEM.

social, jurídico y ético. Al mismo tiempo se presenta el problema de si estas técnicas deben considerarse como:

- a) Un método terapéutico, destinado a ayudar a superar los problemas de esterilidad de la pareja o a prevenir enfermedades de origen genético - hereditario al existir riesgo de transmisión al hijo; o
- b) Un método alternativo de reproducción.

Si se entiende que la fecundación asistida tiene una finalidad terapéutica, está solo puede aplicarse dentro de la pareja estéril, sea ésta matrimonial o estable, y no estando disponible para la mujer sola fértil ni la mujer que quiere ser fecundada con semen de marido o compañero muerto, porque se requiere para su aplicación que uno de los miembros de la pareja sea estéril; en cambio si estas técnicas son un método alternativo de reproducción, pueden tener acceso a ella la mujer sola fértil que por prejuicio o rechazo al hombre no quiere tener un hijo por el método natural y la mujer viuda o la que formaba pareja estable que quiere ser fecundada con el espermatozoides de su marido o compañero muerto.

1.4. La personalidad jurídica de las personas físicas.

Dentro del estudio de las técnicas de reproducción asistida así como de los estudios en cuanto a donación y trasplantes se pone de manifiesto los valores que se preservan dentro de los conceptos de dichos descubrimientos científicos y tecnológicos que han de preservarse, la personalidad jurídica y

sus atributos derivan en los derechos de la personalidad cuyo estudio se antepone al del derecho de disposición del hombre sobre su cuerpo.

La persona y lo jurídico nacen juntos, no podemos imaginar a dos personas sin el Derecho ya que en toda relación humana existe un contenido de Justicia y por lo tanto, el Derecho de estar presente para regular dicha relación. La persona humana es el centro mismo del orden jurídico, es la razón de existir del mismo, sin personas el Derecho mismo no tendría razón de ser, pues no ordenaría a nada ni a nadie.

La palabra persona tiene su origen en el vocablo griego *prosopón*, con el cual se denominaba a las máscaras de los actores usadas en el teatro para representar distintos personajes, una de las definiciones más importantes que se han hecho del concepto de persona es la de Boecio¹⁶, que enuncia que persona es “una substancia individual de la naturaleza racional”, tomando en cuenta dos de sus elementos más importantes la racionalidad y la individualidad.

Desde el punto de vista jurídico persona significa todo ser o ente sujeto de derechos y obligaciones, con ello se alude tanto a los humanos como a las personas morales, precisamente los primeros como seres y las segundas como entes¹⁷.

¹⁶**CITADO POR PACHECO ESCOBEDO** Alberto. *La persona en el Derecho Civil Mexicano*. 2ª ed. Ed. Panorama. México. D.F. 1992. p. 26.

¹⁷**DOMINGUEZ GACÍA VILLALOBOS** Jorge Alfredo. *Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Órganos*. Ed. Porrúa. S.A. México. 1993. p. 13.

Toda persona está dotada de la libertad para proponerse diferentes fines a lo largo de su existencia, los cuales pueden ser de diferentes ámbitos, pudiendo estudiar la conducta de la persona misma a través del ámbito de sus intereses, siendo esta porción del hombre, aquella por la cual se derivan consecuencias jurídicas. El Derecho garantiza y protege los fines de la persona que considera valiosos, y para garantizar dicho fin crea el concepto de personalidad, mismo que es aplicable tanto a la persona humana individual como al conjunto de hombres, por tanto el concepto de la personalidad está íntimamente ligado al de persona, ya que la personalidad es “una manifestación, una proyección del ser, en un mundo objetivo”¹⁸.

Por lo que en efecto podemos afirmar que la persona es el ser o ente, el hombre, mujer o conjunto organizado de ellos a los que el orden jurídico les concede personalidad, distinto al de capacidad de goce, ya que esta última se refiere a situaciones concretas en que la persona puede o no ser titular de determinados derechos y obligaciones, como se observa en el extranjero o el enajenado mental. La capacidad es concreta, mientras que la personalidad es abstracta y general.

1.4.1. Atributos de la personalidad.

Todo ser humano por el simple hecho de serlo tiene los siguientes atributos:

- a. Capacidad.

¹⁸**GALINDO GARFIAS** Ignacio. *Derecho Civil Primer Curso*. 26ª. ed. Ed. Porrúa. S.A. México. 2009. p. 305.

La capacidad es el atributo más importante de las personas, los podemos dividir en capacidad de goce y de ejercicio, la primera es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones y la segunda es la posibilidad jurídica del sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio sus actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejecutar personalmente los actos procesales conducentes ante los tribunales. Este atributo toma en cuenta dos datos biológicos para determinar el inicio u la terminación de la capacidad de las personas y por consecuencia de reconocerles personalidad jurídica: el nacimiento y la muerte, sin embargo, la ley le reconoce personalidad jurídica al *naciturus*, el que para la doctrina se presenta como hombre justo desde su concepción y no desde su nacimiento¹⁹, reconociéndole por nacido antes de nacer, con un grado mínimo de capacidad, es decir, con derechos patrimoniales para ser heredero, legatario o donatario, y solo bajo la condición suspensiva sujeta al hecho futuro del nacimiento en condiciones de viabilidad.

b. Estado Civil.

Por estado civil de una persona física entendemos la situación concreta que esta guarda en relación con los miembros de su familia. Puede presentarse como estado de hijo, de padre, de esposo o de pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción. Las fuentes del estado civil se encuentran en el parentesco, el matrimonio, el divorcio y el concubinato, creando en las personas ciertos derechos que pueden ser patrimoniales o no.

¹⁹ Cfr. DOMINGUEZ GACÍA VILLALOBOS. op. cit. p. 18.

c. Patrimonio.

Por patrimonio entendemos al conjunto de los bienes y derechos de una persona que sean apreciables en dinero. De Ibarrola²⁰ nos resume en cinco principios los doce puntos de la teoría clásica del patrimonio sostenida por Aubry y Rau de la siguiente manera:

1. Solo las personas pueden tener un patrimonio ya que solo ellas son capaces de derechos y obligaciones. Como crítica a este precepto se dice que confunde patrimonio con capacidad.
2. Toda persona necesariamente debe de tener un patrimonio. El patrimonio es la aptitud para ser propietario.
3. Cada persona sólo tiene un patrimonio, es una masa única. Como crítica a este precepto se dice que no es exacto que el patrimonio sea indivisible ya que puede dividirse en dos patrimonios.
4. El patrimonio es inseparable de la persona.
5. El patrimonio es una prenda tácita que garantiza las deudas contraídas de la persona.

d. El nombre.

El nombre es el atributo de las personas que señala individualizándolas. Está constituido por un conjunto de palabras cuya adecuada combinación resulta la particularización de una persona. Está formado por el nombre propio o nombre de pila y el apellido paterno u materno o nombre patronímico. El

²⁰DE IBARROLA Antonio. *Cosas y Sucesiones*. 16ª. ed. Ed. Porrúa. S. A. México. 2008. p.p. 49 – 50.

primero se adquiere por una declaración de voluntad de los padres al presentar a su hijo al Juez del Registro Civil para registrar su nacimiento, el segundo se adquiere por la filiación o adopción en su caso y en otros casos por efecto de sentencia judicial pronunciada en juicio de rectificación de acta de nacimiento, por cambio de nombre o por decisión administrativa en el caso de hijos de padres desconocidos. Sus funciones son identificar a la persona y de esa manera atribuirle derechos y obligaciones; y en segundo, ser un índice del estado de familia, es decir, nos permite conocer a qué conjunto de parientes pertenece.

e. El domicilio.

El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de este, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encuentren. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses. Podemos encontrar diferentes clases de domicilio:

1. Domicilio real. El expresado con anterioridad.
2. Domicilio legal. Aquel que la ley señala a una persona como lugar para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones aunque de hecho no esté allí presente.
3. Domicilio convencional. Es aquél que una persona señala para el cumplimiento de determinadas obligaciones, por ejemplo: lugar para recibir comunicaciones.

f. Nacionalidad.

El estado político se presenta en primer lugar como nacional, el cual puede tener la calidad de ciudadano o extranjero, es la situación jurídica concreta que guarda una persona en relación con el Estado o la Nación. Este estado comprende el estado de nacionalidad y el de ciudadanía. Por nacionalidad entendemos la situación compuesta por las relaciones jurídicas de orden político que tiene una persona en relación al Estado al que pertenece, por lo que la persona va a tener derechos y obligaciones frente a ese Estado.

1.4.2. Derechos de la Personalidad.

Toda persona por el hecho de serlo tiene derechos innatos que le son necesarios para realizar sus fines y desarrollarse como ser humano; a tales derechos la doctrina les ha llamado “derechos de la personalidad”; estos derechos no son creados sino reconocidos por el Estado.

Es Castán Tobeñas²¹ quien expresa una de las denominaciones más aceptadas estableciendo que derechos que la personalidad “son aquellas facultades concretas de que está investido todo el que tiene personalidad”, aquéllos derechos que constituyen su núcleo fundamental. Por lo que propone como más convenientes las denominaciones de “derechos esenciales de la persona” o “derechos subjetivos esenciales”, que pone de manifiesto su importancia, vinculándolos a la idea misma de la personalidad humana y que la ordenación positiva no puede desconocer, so pena de dejar

²¹CASTÁN TOBEÑAS José. *Los derechos de la personalidad*. Ed. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1952. p.15.

de ser jurídica. La mayoría de los autores coinciden en asegurar que los derechos de la personalidad son derechos que están fuera del patrimonio, es decir son derechos extra - patrimoniales debido a que no pueden ser valuados en dinero.

Para los efectos de esta investigación nuestro derecho impositivo reconoce de manera precisa los siguientes derechos inherentes al ser humano dentro de las llamadas Garantías Individuales enunciadas dentro de nuestra Carta Magna.

1.5. Derecho a la Intimidad.

Dado el derecho de toda persona a la intimidad de la vida privada según se presenta en la doctrina podríamos clasificar al Derecho al patrimonio genético como a un derecho autónomo relacionado, que representa la individualidad constituida por las características aportadas genéticamente mediante la unión de un ovulo con un espermatozoide, misma que determinan la condición esencial del ser humano formando parte de la intimidad de las personas, dándonos pauta a afirmar que cada uno de nosotros cuenta con un patrimonio genético que es resultado de nuestros antepasados y al mismo tiempo formara parte del patrimonio genético de nuestros descendientes.

La intimidad, integrada, entre otros elementos por el patrimonio genético, es considerada como un bien fundamental que merece ser tutelado por el derecho, de tal manera que impida la intromisión de terceros. La posibilidad real de contar con el código completo de cada individuo nos pone de frente al

conocimiento íntimo de nuestra intimidad biológica, que recae en la esfera de privacidad, es decir, se trata de una información que en principio no debe trascender a la sociedad, excepto cuando exista una causa que justifique racional y plenamente el conocimiento de dicha información, o se pongan en peligro los derechos de terceros.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos protege, en su párrafo primero, la garantía de fundamentación y motivación de los actos de molestia y el derecho a la intimidad al enunciar que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causal legal del procedimiento.

Concretamente, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Por lo que de igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege la vida privada de las personas en su artículo 17.

Si bien es cierto que tanto a nivel nacional como internacional el derecho a la intimidad de nuestro patrimonio genético es tutelado jurídicamente, también lo es que ese derecho no es absoluto; debe avanzar para reconocer las transformaciones sociales, de lo contrario su función será obsoleta.

1.6. Derecho a la Reproducción.

El individuo, comprendidos hombres y mujeres, puede actuar con plena autonomía, en cuyo ámbito es soberano. En este supuesto²² el derecho a la reproducción es una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de su personalidad, derecho que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente por los poderes públicos. Sin embargo, no es un derecho absoluto, es un derecho con límites, si bien, éstos no son otros que los derivados del ejercicio de la propia libertad y de la libertad de los demás, el ejercicio de los propios derechos y el respeto a los derechos de los demás.

El ejercicio de un derecho está vinculado al principio de igualdad. Todos los sujetos, en igualdad de circunstancias, deben tener los mismos derechos, La discriminación por razón de sexos está prohibida por la Constitución, en tal caso podemos afirmar que tanto el hombre como la mujer tiene derecho a la reproducción por medios de la inseminación artificial.

En el caso de la mujer, ella tiene derecho a ser inseminada con esperma ya sea de donador conocido o anónimo, pero en el caso del hombre ¿Cómo se hará efectivo su derecho a la procreación? ¿Tiene derecho a que se le proporcione un útero para que geste su carga genética cuando sea soltero o, si es casado, y su esposa esté incapacitada médicamente para llevar a cabo una gestación? "En un intento de mejorar la situación del hombre respecto a

²²**GÓMEZ SÁNCHEZ, YOLANDA.** "Algunas reflexiones jurídicas constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de la reproducción asistida". *Revista de Derecho Político*. España. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Núm. 26. 1988. p. 113.

su derecho a reproducirse, debería defenderse su derecho a proveerse de la posibilidad de alquilar úteros para gestar hijos de su propia esperma"²³ y sólo así podremos referirnos a un igual derecho a la reproducción, reconocido a hombres y a mujeres.

1.6.1. Derecho a la reproducción asistida por medio de la Inseminación Artificial.

En México, el Artículo 4º Constitucional en su párrafo segundo refiere el derecho que tiene toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Para este fin, se ha previsto desde la Ley General de Salud de 1984, el apoyo y fomento a la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y planificación familiar. Es en 1987, con la publicación del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en que se destina el primer capítulo en México en relación a la fertilización asistida; sin embargo ha sido prevista de manera incompleta ya que hasta la fecha la Ley General de Salud enuncia únicamente un artículo en lo tocante a la inseminación artificial, inclusive limitando el derecho de la mujer de otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad del cónyuge; ya que doctrinariamente este término ha sido equiparado con el de consentimiento expreso.

²³ IDEM.

1.6.2. Derecho de la mujer a ser inseminada en forma artificial.

Una perspectiva individualista y totalmente subjetiva de los derechos de la mujer y sus libertades, unidos a las posibilidades de la ciencia en expansión, ofrecería respuestas afirmativas. Pero no podemos desconocer la participación de otros sujetos en el proceso y en los efectos de la inseminación artificial. La libertad de procreación de la mujer por medios artificiales debe estar limitada y esos límites determinados por los derechos de aquéllos a quienes afecta en mayor o menor grado la inseminación artificial.

La inseminación homóloga no presenta conflicto de intereses pues, tanto el padre donador del semen como la madre receptora son, a la vez, los progenitores reconocidos por el derecho. La heteróloga sólo procede cuando el esposo haya otorgado su consentimiento, pues, jurídicamente, se considerará hijo del matrimonio al nacido, afectando la esfera jurídica del esposo al establecerse la paternidad. El hombre libre de matrimonio que convive con una mujer, también se vería afectado en sus intereses jurídicos si se establecieran lazos de filiación con el hijo nacido de su pareja si él no otorgara el consentimiento para la inseminación artificial.

1.7. Derechos del menor.

El "derecho al hijo" se enfoca desde el punto de vista del adulto, de las personas que consideran tener el derecho a reproducirse, lo cual lleva a considerar al menor como un objeto y no como un sujeto. La cosificación del

ser humano es uno de los precios que se paga en beneficio de la procreación artificial. Si instituciones como la patria potestad y la tutela que aparecieron en el derecho romano para beneficiar al pater-familia o al que no tenía descendencia para que recibiera su herencia, fueron transformándose en instituciones que se preocupan por el bienestar de los hijos, sean naturales o adoptivos, no se encuentra la razón para que la inseminación artificial no atienda de manera preeminente a los derechos del menor que nazca como consecuencia de una inseminación artificial.

1.7.1. Derecho a una filiación materna y paterna.

El menor que nace como resultado de una inseminación artificial llevada a cabo por una madre soltera, nace sin padre. No podemos dejar de reconocer que existen muchas madres solteras embarazadas involuntariamente o madres viudas pero, como expresa Harry Kraus, éstas son tragedias de la vida real, "pero no es una buena práctica manufacturar tragedias". Una situación de hecho es distinta a una situación deliberada de negar a un menor el derecho de establecer su filiación paterna. Resulta una contradicción que, por un lado, se permita la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, para constituir las relaciones biparentales y que, por el otro, se propicie el nacimiento de hijos sin padre.

No todas las corrientes comparten la opinión de que el niño tenga derecho a un padre y a una madre. Afirman quienes así piensan, que el niño lo que necesita es sentir un ambiente afectuoso. Es indudable esta necesidad infantil y casuísticamente puede un niño sin padre estar rodeado del

ambiente recomendable para su desarrollo físico y emocional, pero casos aislados no constituyen la generalidad, y la norma jurídica debe prever circunstancias generales. También puede haber una madre soltera que agobiada por la carga de la maternidad, sin ayuda paterna, se comporte en forma muy hostil hacia el menor.

En el caso de la fecundación post-mortem, como ha expresado Fernando Pantaleón²⁴, el menor es considerado como un objeto de gratificación personal, como un souvenir, para la viuda que extraña a su marido, sin tomar en cuenta que traerá al mundo a un menor sin padre, plantea el absurdo de que "si se inventará en el futuro una máquina que pudiera llevar una gestación a término sólo con la 'pequeña pega' de que los niños nacieran un poco subnormales, se aceptaría porque de otra forma los niños así producidos no hubieran venido al mundo y es preferible nacer sin padre y un poco tarados que no nacer".

La filiación es una institución jurídica que ordena las relaciones familiares, no sólo del hijo con el padre y la madre, sino que lo entronca con todo el grupo familiar paterno y materno: hermanos, abuelos y tíos. Al negarle al menor el derecho a un padre se le niega el derecho a una filiación paterna.

La filiación establece las relaciones entre un sujeto y su grupo familiar, lo individualiza. Identifica y determina los derechos y los deberes del sujeto dentro de su orden genealógico familiar, si la mujer soltera deliberadamente

²⁴**CITADO POR GUERRA FLECHA** José María. *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Ed. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. España. 1998. p. 119.

priva a su hijo de tener un padre, le niegan una filiación paterna y le priva de una serie de vínculos afectivos y de derechos a que tendrá acceso con una filiación paterna.

1.7.2. Derecho del menor a conocer sus orígenes genéticos.

En la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TRA), podemos distinguir claramente diversos intereses y derechos involucrados, correspondientes a cada una de las personas que participan en ellas. En este sentido, frecuentemente se analiza la problemática de las TRA desde el punto de vista de la pareja, hombre o mujer (unidos o no por matrimonio), que se someten a ellas para tener un hijo, o desde la perspectiva del tercero (donante de gametos o madre sustituta). Muchas veces se posterga la protección del hijo privilegiando los intereses de los padres y de los terceros, olvidándose que es justamente el hijo el que mayor amparo requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo. Sólo se recurre a los intereses o derechos del hijo cuando se trata de aplicar las TRA a situaciones excepcionales como en las parejas homosexuales, en la procreación artificial post mortem o en mujeres solas.

Entre los diversos intereses en conflicto presentes en las técnicas de reproducción asistida, encontramos por una parte la salvaguarda de la intimidad familiar y el anonimato de los donantes de gametos y, por otra, el derecho de toda persona (incluidos los nacidos a través de estas técnicas) a conocer el propio origen o ascendencia biológica.

El origen del derecho a conocer la propia identidad biológica está relacionado con el desarrollo del tratamiento jurídico de la filiación que se produjo en Alemania por el influjo de la ideología nacionalsocialista, que sentía como necesario el poder distinguir a los sujetos de raza aria de los que no lo eran. Para estos efectos, se empezó a reconocer por la jurisprudencia el derecho del hijo no matrimonial a la declaración de la filiación biológica. Con el término del régimen nacionalsocialista, la doctrina alemana fundamentó la procedencia de esta acción en que el derecho a conocer la propia identidad es un derecho de la personalidad. La doctrina española encuentra al respecto un fundamento parecido, ya que encuadra este derecho dentro de los llamados “derechos de la personalidad”²⁵.

El problema de admitir o no la posibilidad de conocer el propio origen biológico cobra especial importancia en relación con la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción asistida, en las cuales pueden llegar a distinguirse, al menos, una paternidad social y otra biológica, especialmente cuando la técnica implica la donación de gametos por parte de un tercero. Para estos efectos, se entiende por donante a aquella persona, hombre o mujer, que proporciona el material genético necesario para proceder a las inseminaciones artificiales con donante o in vitro²⁶.

²⁵TURNER SAELZERSusan y OTROS. “TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA: Una perspectiva desde los intereses del hijo”. *Revista de Derecho (Valdivia)*.Dic. 2000. Vol.11. p.p.16.

²⁶ÍDEM. p. 17.

1.7.2.1. Situación del donante anónimo ante el derecho del menor a conocer sus orígenes genéticos.

La donación de gametos es generalmente un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado. Es claro que el donante no desea establecer una relación de filiación con el menor que nazca después de practicada la inseminación artificial. El nunca manifiesta su voluntad procreacional, pero resulta que la legislación mexicana actual no regula la donación de semen, de manera que el anonimato del donante no está protegido por una norma de carácter general, por lo tanto, los contratos que se establezcan no pueden contravenir a lo dispuesto en la legislación civil en materia de filiación.

La posibilidad del hijo de conocer su procedencia biológica se encuentra directamente relacionada con la preservación del anonimato del donante, ya que lógicamente, si se admite el derecho del hijo para investigar su verdadera filiación biológica, no cabe hablar de anonimato o, al menos, no de uno absoluto, por lo que prevalecería el interés de los padres, antes que en el interés de los nacidos bajo estas técnicas. Al respecto Jaime Vidal Martínez²⁷ establece que “el pretendido anonimato no es sino una construcción *ad hoc* que en vez de defender los intereses de la persona más directamente implicada, el hijo y su derecho a la intimidad, lo que busca fundamentalmente es la realización de las apetencias y la eliminación de las responsabilidades de las restantes personas implicadas en la operación”.

²⁷Op. cit. p. 18.

Por ello, se puede decir que los referidos razonamientos son perfectamente refutables e insuficientes para fundamentar el anonimato, ya que lo que el legislador debe resguardar es el interés del hijo, quien es la parte más desprotegida en todas estas relaciones; y además, porque como se dirá, el derecho a conocer el propio origen puede ser configurado como uno de los derechos fundamentales de la persona, calificación jurídica de la que por cierto no goza el derecho al anonimato del donante.

1.7.3. Derecho del menor a pertenecer a una familia integrada.

El hijo, denominación que alude a las relaciones filiales del niño con sus progenitores, no ha quedado ajeno a la tendencia contemporánea de garantizar y proteger los Derechos Humanos. Este desarrollo ha servido de base para la formulación de la denominada “doctrina de protección integral” de los niños, en que protección integral es sinónimo de protección de derechos²⁸. La Convención Internacional de los Derechos del Niño es el instrumento normativo más representativo de la doctrina de la protección integral. En ella se plasmó el convencimiento mundial de que los niños son titulares de los derechos humanos que se les reconocen también a los adultos y además, de otros propios de su condición de tales, los cuales en relación con el tema de las TRA hace relevante:

1. El profundo respeto de sus normas hacia la relación niño-familia, limitando la intervención del estado a una de carácter subsidiaria.

²⁸ **BELOFF**, Mary. “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”. *Justicia y Derechos del Niño*. Número 1. UNICEF y Ministerio de Justicia. Santiago. 1999. p. 17.

2. El interés de que el menor nazca y crezca en el seno de una familia estable, el cual no está formulado tan tajantemente, pero parece desprenderse de lo dispuesto en su preámbulo (párrafo 7º) y en algunas de sus disposiciones (arts. 5, 7, 8.1, 9 y 18). Las investigaciones más modernas²⁹ concuerdan en que quizá ésta sea una de las condiciones más importantes para la buena socialización del menor. La separación del menor de sus padres sólo se justifica en casos de necesidad o cuando la convivencia causara un perjuicio al menor, pero si ello no ocurre, no se debe privar al menor del ejercicio de su derecho.

Aplicado el derecho a nacer y a crecer en una familia en el ámbito de las TRA, se puede concluir de igual manera que existen situaciones en que éste se vería afectado. Ello ocurre especialmente en la fecundación artificial post mortem y en la inseminación heteróloga de mujeres solas. En estos casos, aún antes de comenzar la vida del hijo, éste estará condicionado a nacer y a vivir con uno solo de los padres. En España, por ejemplo, en donde se encuentra constitucionalizado el deber de los padres de prestar a sus hijos asistencia de todo orden, se ha considerado que la fecundación post mortem está en abierta contradicción con dicha norma constitucional, desde que da lugar a que un niño nazca sin un padre que haya de cumplir con aquel deber³⁰. Si efectivamente la protección constitucional sigue restringida únicamente a la familia matrimonial, entonces, consecuentemente,

²⁹ Proyecto de Informe sobre Fecundación Artificial en Vivo e in Vitro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de los Derechos de los Ciudadanos del 6 de diciembre de 1988 del Parlamento Europeo.

³⁰ TURNER SAELZER Susan y OTROS. Op cit. p. 20.

deberíamos limitar el ámbito de aplicación de las TRA a parejas casadas. Sin embargo, negarle absolutamente esta posibilidad a la mujer implicaría crear respecto de la mujer sola una “presunción de homosexualidad” que Cárcaba Fernández considera inaceptable³¹.

³¹Cfr. **TURNER SAELZER** Susan y **OTROS**. Op. Cit. p. 21.

CAPÍTULO 2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

2.1. Concepto.

Para efectos del presente trabajo de investigación entendemos por técnicas de reproducción asistida (TRA), a todos aquellos procedimientos y/o manipulaciones médicas encaminadas a tratar la esterilidad de una pareja, salvando adecuadamente los obstáculos aparentes para que se produzca una fecundación, consistente en aplicar las técnicas específicas requeridas en hombres y mujeres con el propósito de lograr una fertilización.

Al respecto Dina Rodríguez López³² establece que “entendemos por técnicas de reproducción asistida o reproducción no coital, al empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa el contacto sexual, para que la fertilización ocurra”.

Por lo que es importante que tratándose de reproducción humana, se conceptualicen los términos de infertilidad y esterilidad, ya que muchas veces son utilizados como sinónimos, porque al final de cuentas implican que una pareja no logra conseguir la propia reproducción, pero que en un lenguaje médico exacto denotan cosas totalmente distintas, por lo que ahondaremos en ello de manera particular. Podemos señalar que la fertilización o

³² **RODRÍGUEZ LÓPEZ** Dina. “Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato”. *Revista de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M.* Mayo - Agosto. México. 2005. Nueva Serie. Número 11. p. 105.

fecundación desde el punto de vista fisiológico³³ es el acto de impregnación del elemento femenino (óvulo) por el masculino (espermatozoide).

Por pareja estéril se entiende a un hombre y una mujer que buscan procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presentan incapacidad para lograr una concepción después de un año de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva³⁴.

Siendo el mismo Efraín Pérez Peña quien como especialista indica que la esterilidad puede darse en dos formas: primaria, cuando nunca se ha logrado el embarazo, bajo ninguna circunstancia y por ningún tratamiento, y secundaria, cuando ha habido embarazos previos, pero que en la actualidad ya no, situación que pudo haberse ocasionado por circunstancias iatrogénicas, como lo son intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas, retardo en el diagnóstico, etcétera³⁵.

En vista de la variedad de personas que en ella intervienen y del distinto papel que desempeñan, se origina variedad en los tipos de inseminación y cada una de ellas produce distintas consecuencias. Las legislaciones actuales las califican como de reproducción asistida, o bien de fertilización asistida como es el caso de México.

³³ Enciclopedia Jurídica Omeba. Ed. Driskill S.A. Buenos Aires. Argentina. 1980. Tomo XII. p. 73.

³⁴ **PÉREZ PEÑA.** op. cit. p. 1 – 11.

³⁵ **IBIDEM.** p. 1 – 2.

Por pareja infértil entenderemos a aquélla que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta a diferencia de la esterilidad es susceptible de corrección³⁶.

Por su parte, Arturo Arrighi³⁷ nos dice que la infertilidad es la imposibilidad de llevar a término el producto concebido, y afirma que este concepto es mucho más difícil de definir, toda vez que para la esterilidad basta decir que existe una imposibilidad para concebir, mientras que la infertilidad no tiene parámetros plenamente determinados, sin embargo, existe el supuesto de que puede ser corregido y origina una expectativa mayor de reproducción en las parejas.

La concepción supone en forma asociada el coito y la inseminación como inseparables, sin embargo hoy estas técnicas nos permiten realizarlas por separado y puede producirse la segunda sin la unión sexual.

2.1.1. Inseminación y Fecundación Artificial.

Los avances técnicos en materia de inseminación y de fecundación artificial han creado situaciones no contempladas en la proyección jurídica hasta la fecha, por lo que es indispensable conocer el sentido de este tipo de técnicas que han generado la necesidad de reglamentar las relaciones humanas para

³⁶ **IDEM.**

³⁷ **ARRIGHI** Arturo, **COGORNOMiguel.** *Infertilidad en Tozzini, Roberto Ítalo et al. Esterilidad e infertilidad humanas.* 2a. ed. Ed. Médica Panamericana. Buenos Aires. 1989. Nota 1, p. 353.

dar respuesta a los nuevos argumentos sobre los descubrimientos y adelantos en el campo de la biología.

Múltiples autores plantean la denominación propia sobre las técnicas de reproducción asistida, discerniendo entre ambos términos los cuales comprenden la concepción artificial apareciendo por igual en la literatura jurídica. Se habla de la fecundación artificial, aun cuando no se descarta que también pueda usarse como terminología adecuada la inseminación, toda vez que el primer concepto hace referencia a la concepción como resultado y en cambio, en el segundo concepto, se está expresando la introducción del esperma en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado. Sin embargo casi la totalidad de los autores consideran que la práctica en cuestión no es la fecundación pues la verdadera fecundación se da después de la intervención médica. Se dice que la fecundación no es artificial, lo artificial es la inseminación. Pero los avances científicos hacen posible también la fecundación artificial, cuando de logra esta gestación en tubo de ensayo, llamada *in vitro*. En estos casos se trata de una verdadera fecundación artificial extrauterina.

2.1.2. Clasificación.

Es conveniente no obstante hacer una clasificación para distinguir las distintas posibilidades ante la concepción artificial la cual se hace con base en las posibilidades técnicas y biológicas, por lo que podemos señalar las siguientes maneras o formas de fecundación artificial:

a) En relación al lugar donde se efectúe la fecundación, puede ser interna o in vitro. La primera se procura y logra en el seno materno; la segunda fuera de él en recipientes de laboratorio.

b) En relación al estado familiar de la mujer, podrá ser en matrimonio o fuera de matrimonio, la primera, a su vez puede dividirse según sea efectuado con elementos del matrimonio, es decir, con óvulo de la esposa y el espermatozoide del marido (inseminación homóloga); o con elementos extraños al matrimonio, bien sea con elemento masculino extraño, con elemento femenino extraño o con ambos elementos extraños implantados en la esposa (diversos supuestos de inseminación heteróloga). También debe señalarse a la mujer que se preste para procrear un hijo que no tenga ningún elemento de ella, es decir, una mujer que facilite su útero a favor de un tercero, hombre o mujer.

c) Después de muerto un cónyuge pueden presentarse las siguientes situaciones:

a. Inseminación homóloga practicada en la esposa con el semen del marido, después de fallecido éste.

b. Fecundación in vitro del óvulo de la esposa, adecuadamente conservado, después de su fallecimiento, con semen del marido.

Dicha clasificación se hace con base en las posibilidades técnicas y biológicas, pero no para que necesariamente se incorporen a la legislación, en este caso podemos tomar en cuenta la Ley Española 14/2006 que establece como técnicas de reproducción asistida:

1. La Inseminación artificial.

2. La Fecundación in Vitro e Inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.

3. La Transferencia intratubárica de gametos.

2.2. Ética, Derecho y Fecundación Asistida.

Paralelamente a los avances técnicos, se ha desarrollado una fecunda flexión moral que ha puesto a prueba los principios de casa, una de las grandes teorías éticas, oscilando las respuestas entre las que pugnan por un rechazo a toda interferencia de la técnica en los procesos naturales reducidos, por lo general, a los biológicos, hasta las que aceptan, indiscriminadamente, cualquier interferencia bajo criterios crudamente utilitarios.

A los cuestionamientos éticos se suman los problemas jurídicos con todas sus sutilezas, por lo demás necesarias si se quiere proteger adecuadamente los derechos de todos los actores implicados: las personas que solicitan el método, los hijos nacidos por el método, y los terceros que pueden o no intervenir, donantes o madres sustitutas. La nueva realidad, qué duda cabe, es un reto a la imaginación del jurista quien se ha visto en la necesidad de replantear algunas instituciones clásicas del derecho civil³⁸.

³⁸ **SILVA RUIZ** Pedro F. "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro". *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*. Vol. 48. Núm. 1. Enero – Mayo. 1987. pp. 25 – 35.

Al respecto Rodolfo Vázquez opina que “la ética que mejor responde a tales problemas es una ética liberal que, a grandes rasgos, toma como punto de partida a la persona moral, su dignidad y autonomía, así como la posibilidad de satisfacer distintos planes de vida”³⁹.

La humanidad de la persona moral se nos manifiesta como una realidad simultáneamente biológica y racional, individual y comunitaria, fin en sí misma y autorrealizable. Esto significa, entre otras cosas, que la persona no se agota en su estructura y dinamismos físicos; por lo tanto, el orden biológico no es un criterio suficiente de moralidad. Sacralizar el carácter biológico de la persona ha llevado a no pocos moralistas a excluir todo tipo de intervención humana en los procesos naturales dando lugar a una ética dogmática, absolutista y, por tanto, inhumana. Si la técnica auxilia a la persona en la satisfacción de sus planes de vida y permite a través de los métodos de fecundación asistida superar una carencia grave como es la esterilidad, que afecta entre un diez y quince por ciento de las parejas en edad de procrear, no hay razón para prohibir su puesta en práctica.

Pero de igual manera si se presenta un privilegio ante la racionalidad de la persona sin limitación alguna a sus deseos, intereses o preferencias podría conducirnos a una falta de respeto a su dignidad. Por lo que si los métodos de fecundación asistida tienen como propósito fundamental superar la esterilidad para facilitar la procreación, su aplicación tiene sentido cuando

³⁹ VÁZQUEZ Rodolfo. “Ética, Derecho y fecundación asistida”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. núm. 14. 1993. p. 460.

otros medios terapéuticos se han descartado por inadecuados o ineficaces. De no mediar la esterilidad no se justifica su uso para satisfacer los deseos de la pareja por razones de moda, esnobismo o fines estéticos. La pareja estable es el ámbito ético-jurídico-social aceptable para la realización de los métodos de fecundación asistida, entendida por pareja estable a aquella de carácter heterosexual que adquiere un compromiso público razonablemente permanente de vida en común y que se propone como fin la mutua promoción⁴⁰.

Es cierto que la carencia actual de regulación de las condiciones en que se desarrollan las uniones de facto por lo que hace a un acuerdo sobre el tipo aceptable de duración, la ausencia de aceptación pública y los derechos y obligaciones que contrae la pareja, no ofrece un contexto de seguridad adecuado para el buen desarrollo del hijo, no siendo esta razón insuperable, siendo que más que un rechazo debe hacerse un esfuerzo ético y jurídico para hacer compatible el derecho de la pareja estable a formar familia y el derecho del hijo a un clima de seguridad y aceptación social; que de acuerdo con Zannoni⁴¹, no se justifica se le exponga a un estado de incertidumbre y desamparo, aun siendo un preembrión.

⁴⁰ Ideas reconocidas por buena parte de las Doctrinas y Comisiones del Consejo de Europa de 1984, del Informe Warnock de ese mismo año, así como de las propuestas de leyes italiana y francesa; y de la ley sueca del 1º de Marzo de 1985.

⁴¹ **CITADO POR VÁZQUEZ.** Op. Cit. 462.

2.2.1. Aspecto Moral.

No todo lo que se hace es moral o legal. Debe distinguirse sólo reglamentar como lícito lo que no contraría las buenas costumbres, que significan la moral de un pueblo. Puede señalarse que los primeros pronunciamientos han considerado la inseminación y la concepción artificial como inmorales en la religión católica.

Como principio general está la reprobación del onanismo (que se ha tomado como masturbación)⁴². En relación a la fecundación artificial se parte del principio de que por tratarse del hombre, “no puede ser considerada ni exclusiva ni principalmente desde el punto de vista biológico médico, dejando un lado el de la moral y del derecho”⁴³ condenándose sin mayor posibilidad la fecundación artificial fuera del matrimonio por considerarse “pura y simplemente como inmoral” y se señala que el hijo concebido en esas condiciones sería por el mero hecho, ilegítimo.

Al tratar sobre la licitud de la fecundación artificial dentro del matrimonio refiriéndose a la impotencia se expresa que “sería falso pensar que la posibilidad de recurrir a este medio podría hacer válido el matrimonio, reducir la cohabitación y el acto conyugal a una simple función orgánica para la transmisión del semen equivaldría a convertir el hogar, el santuario de la familia, en un mero laboratorio biológico”.

⁴² Aparece desde el antiguo testamento, presentándose como pecado propiamente dicho en los decretos del Santo Oficio del 24 de septiembre de 1665 y 18 de Marzo de 1666.

⁴³ Alocución ante el Congreso Internacional de Médicos Católicos, del Papa Pio XII del 29 de septiembre de 1949, así como del 26 de noviembre de 1951.

En relación propiamente a la Inseminación Homóloga se habla de que en el matrimonio “los cónyuges no deben actuar para satisfacer sus propios caprichos”. Su actuación responde a su vocación personal y a la realización de ambos, siendo que con la fecundación artificial se dice que no se dan esas características y están ausentes entre cónyuges los sentimientos, los afectos, las aspiraciones y todo ese encuentro como un don para que pueda surgir la vida.

Las discusiones al respecto en la última década sobre inseminación artificial con espermatozoides del marido indican una creciente aceptación de este método. La preocupación básica de que “el hijo sea fruto del amor” no parece que se vea amenazada en modo alguno por la modificación biológica del proceso de inseminación, por lo que respecto a la “fecundación artificial a realizarse en el matrimonio” hay que distinguir: si existe la posibilidad de obtener la generación por vía normal, aunque sea con graves dificultades, o en dado caso que los cónyuges después de haber experimentado con todos los medios quirúrgicos no logren obtener prole, ya que si se está dentro del primero de los supuestos la inseminación artificial siempre será inmoral, dado que en el segundo caso se presenta como condición el que haya un acto conyugal que exprese el amor entre las dos personas, aunque no se den todos los componentes de una relación normal⁴⁴.

⁴⁴ROSSI Leandro, VALSECCHI Ambrogio. *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral*. Ed. Paulinas Ediciones. 1992. México. D.F. p. 160.

2.2.2. Condiciones de Legalidad.

Lo que parece evidente es el rechazo de la fecundación artificial fuera del matrimonio lo cual implica una ilicitud tanto del punto de vista moral como jurídico, aun cuando los hijos fuera del matrimonio tienen las mismas consideraciones e igualdad jurídica que los nacidos dentro del matrimonio, por lo tanto al ser ilícito debería establecerse una sanción desde el punto de vista penal para aquellos médicos que se presten a fecundar a una mujer soltera, viuda o divorciada, porque la sociedad y el Estado están interesados en que la procreación se haga dentro del matrimonio.

Surge la cuestión de la licitud del contrato de madre sustitutiva. El cual es tema de otra tesis más extensa a la presente.

Sin embargo dentro de la materia conviene precisar hasta dónde la reglamentación actual puede responder a las situaciones que se plantean por la concepción artificial.

En relación al *Código Civil* podremos avocarnos a lo relativo a los progenitores, la filiación y las sucesiones, los problemas que pudiesen plantearse en las relaciones jurídicas paterno-filiales, pueden resolverse con base en nuestra actual legislación.

De esta manera encontramos referencia expresa a las técnicas de reproducción asistida, en el Código Civil del Distrito Federal, en los artículos 267, 293, 326, 329, 336, 338, 374, 378 y 382, los cuales nos hablan de

manera general de las relaciones de parentesco y filiación, que pueden darse aún por medio de fecundación asistida.⁴⁵

Llama particularmente nuestra atención, la exposición de motivos que precede a las reformas que se hicieron al Código Sustantivo Civil del Estado de Tabasco, en donde los legisladores de la quincuagésima legislatura se declaran complacidos de introducir cambios de fondo a este cuerpo normativo, afirmando que dichas modificaciones jurídicas son el reflejo de la evolución que se ha dado en la sociedad tabasqueña, por esto, consideraron conveniente incorporar a los dispositivos de este código, los recientes avances científicos en materia de reproducción humana.⁴⁶

De esta manera, encontramos que a este cuerpo legal se agregan diferentes disposiciones en torno a las técnicas de reproducción humana asistida, así como de las consecuencias que éstas producen en instituciones del derecho civil, en su rama de derecho familiar, como lo serían aspectos del matrimonio, concubinato, divorcio, filiación y sucesiones, reformas que encontramos en los artículos: 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 331 y 360.⁴⁷

Por su parte, el *Código Penal* para el Distrito Federal, con las recientes reformas de octubre del 2002 se ha incluido un interesante título segundo, correspondiente al libro segundo de este código, al cual se le ha llamado "Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética", título

⁴⁵Cfr. Código Civil del Distrito Federal. México. Sista. 2003.

⁴⁶Código Civil para el Estado de Tabasco. México. Sista. 2003. pp. III-XXXI.

⁴⁷Cfr. Código Civil de Tabasco.

al que se le ha denominado "procreación asistida e inseminación artificial", y se compone del artículo 149 al 153, mismos que sancionan diversos esquemas conductuales relacionados íntimamente con las prácticas de reproducción asistida, que se consideran como delitos, plenamente sancionados por el apartado punitivo del Estado.⁴⁸

Por lo que se refiere a La Ley General de Salud, que es la ley que se deriva del artículo cuarto constitucional, resultando bastante interesantes lo dispuesto en los artículos 1o., 3o. y 27o. de esta ley, los cuales nos hablan de la obligación del Estado de la prestación de los servicios de salud, nos habla de la planificación familiar y de la coordinación de la investigación para la salud de los seres humanos, lo cual nos lleva a preguntarnos si las técnicas de reproducción humana asistida se encuentran dentro de este esquema de apoyo para la planificación familiar, y de investigación para la salud, pues éstas se refieren a lograr la reproducción humana de manera consciente, por parte de los progenitores, elementos que en esencia implican una planificación familiar, concepto que es recurrente en el artículo 27, fracción quinta, de esta ley, así como en los artículos 67, párrafos primero y segundo, y 68 de la misma.⁴⁹

Otro concepto interesante de esta ley, es lo que dispone en torno a la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos, disposición que se amplía en el título quinto de esta ley en sus artículos 96 al 100, los cuales nos hablan expresamente de la investigación sobre la

⁴⁸Cfr. Código Penal para el Distrito Federal, arts. 149-153.

⁴⁹Cfr. Ley General de Salud, arts. 1, 3, 27, 67 y 68.

ingeniería genética, la lectura de estos artículos podemos inferir que en realidad las técnicas de reproducción humana asistida, no son del todo ajenas en nuestro sistema jurídico mexicano, sólo que se les contempla de manera muy genérica.⁵⁰

En el capítulo decimocuarto de esta ley, encontramos disposiciones que en un momento dado pueden ser usadas como parámetros de referencia para delimitar y conformar un proyecto legislativo sobre el uso y manejo de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, y en particular de la maternidad subrogada, toda vez que nos habla en torno a los procedimientos de donación de diversos órganos y su control sanitario.

Llama la atención también lo dispuesto por el Reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, el cual se creó para dar los lineamientos y principios a los cuales deberá someterse la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

Este reglamento se da a la tarea de puntualizar en sus nueve títulos, diferentes procedimientos médicos que implican la investigación para la salud, siendo materia de nuestro estudio en particular, el título segundo en su capítulo cuarto, el cual se refiere a la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óvulos y fetos y de la fertilización asistida, de la cual encontramos referencia expresa en el capítulo cuarto, del

⁵⁰IBIDEM.arts. 96-100.

título segundo de este reglamento, que abarca los numerales cuarenta a cincuenta y seis.⁵¹

2.3. Acto Jurídico y Naturaleza Jurídica.

Al hablar de Acto Jurídico JulienBonnetcase⁵² lo define como a “una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral cuyo objeto directo es engendrar... un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de Derecho”.

Se estima⁵³ que las técnicas de reproducción asistida son actos jurídicos ya que devienen no de un deber jurídico integrador de una relación jurídica, como sería el caso de la inseminación natural cuya relación jurídica se genera del acto jurídico boda, sino de la intervención del ingenio humano y de la ayuda de terceros que recurriendo a medios externos, que si bien buscan la misma finalidad, requieren actividades distintas a las naturales y la aceptación de esas manipulaciones técnicas, donde es necesario un acuerdo de voluntades sobre el objeto que se pretende y las consecuencias que producirá, existiendo una finalidad mediata y una inmediata, la inmediata es lograr una fertilización, la cual presupone, si no se presenta ninguna situación adversa, y siendo la mediata el nacimiento de un hijo, es decir, el

⁵¹ Cfr. Reglamento de la Ley General de Salud. En materia de investigación para la salud. Arts. 40-56.

⁵² **CITADO POR BAQUEIRO ROJAS** Edgar. *Derecho Civil e Introducción a las Personas*. 2da. ed. Ed. Oxford University Press. México. D.F. 2010. p. 47.

⁵³ **CHAVEZ ASENCIO** Manuel F. *Familia en el Derecho*. 2da. ed. Ed. Porrúa. México. D.F. 1992. p.43.

objeto de estas técnicas es lograr una fertilización y consecuentemente un nacimiento.

En cuanto a la naturaleza jurídica, Chaves Asencio⁵⁴ señala que se trata de un acto jurídico formal, requiriéndose siempre de forma escrita y para comprobar el consentimiento requiriendo de firma y huella digital que ratifique o corrobora el consentimiento que se manifestó con la firma, con objeto de hacer necesaria la intervención de terceras personas para dar validez al contrato, conservando el anonimato de los contratantes.

2.3.1. Partes.

A diferencia de la inseminación natural, la inseminación y la fecundación artificial son actos jurídicos del Derecho familiar, en relación a los cuales conviene estudiar lo relativo a los elementos esenciales y de validez. Según Manual Chávez Asencio⁵⁵ es necesario destacar la forma del contrato y las obligaciones que de él se derivan, por lo que determina que se trata de un contrato plurilateral en el que intervienen los consortes y también el médico que realiza la operación, quien verifica que se hayan reunido los requisitos legales y médicos necesarios, dejando así excluidos a la mujer no casada, la concubina, el vientre de alquiler y como se presenta en la actualidad a la pareja homosexual, a fin de constituir una relación jurídica que genere deberes, derechos y obligaciones paterno – filiales, produciéndose de dicho contrato consecuencias irrevocables por tratarse de la filiación.

⁵⁴IBIDEM p. 44

⁵⁵CHAVES ASENCIO. Op. Cit. P. 43

2.3.2. Elementos esenciales y de validez

En relación a los elementos esenciales, se sigue 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 este pueda existir, la mujer al expresar el consentimiento la obliga a someterse a la práctica de la inseminación artificial, agotando el contenido del consentimiento, pues el nacimiento será un hecho que no puede ser desconocido por ella, en relación al marido, este debe prestar su consentimiento para la inseminación, a diferencia de la mujer el contrato no se agota y queda obligado como padre, toda vez que la paternidad no es posible probarla por medios directos. Por lo que toca al médico, su participación es en relación a la operación que realiza, de acuerdo a la técnica aplicable al caso, por lo que cesaría la obligación clínica.

En los elementos de validez se siguen las reglas generales en cuanto a la capacidad, vicios del consentimiento, objeto y motivo lícitos y la forma del contrato.

2.4. Tipos de técnicas de reproducción asistida.

Para efectos del presente trabajo se establecen como técnicas de reproducción asistida las siguientes:

1. Fertilización in vitro y transferencia de preembriones (FIV, FIV-TE).
2. Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).
3. Transferencia intratubarica de gametos y cigotos (GIFT - ZIFT).

2.4.1. Fertilización In Vitro y transferencia de preembriones.

Durante la década de los setenta, los tratamientos de la pareja infértil se reducían a la inducción de la ovulación, la microcirugía tubárica y a los pequeños escauceos de la inseminación artificial, a finales de la década, Edwards y Steptoe coincidieron originalmente en la utilización de la Fecundación In Vitro con la transferencia de embriones (FIV-TE) para solucionar el problema de la obstrucción de las trompas de Falopio. Tanto la Fertilización In Vitro y Fertilización In Vitro con transferencia de preembriones son dos técnicas invasivas, ya que ambas requieren de la captura directa de los óvulos en los folículos ováricos en medio hospitalario, lo que implica además manipulación de los óvulos, por lo cual se necesita de un Laboratorio de Gametos con infraestructura adecuada para brindar a los óvulos primero y a los pre-embriones después condiciones ambientales lo más posible similares a las condiciones existentes dentro del organismo de la mujer.⁵⁶

Las indicaciones de la FIV se sientan tras el estudio de ambos miembros de la pareja, pudiendo ser la primera elección terapéutica, o bien ser indicada tras el fracaso de otros tratamientos. Las indicaciones de la FIV, podríamos dividir las en 3 grandes grupos⁵⁷:

1. Los factores absolutos, donde la FIV es el único recurso terapéutico.

⁵⁶ Información brindada por el Instituto de Esterilidad y Salud Reproductiva, S.C. México D.F.

⁵⁷ GAFO Javier. "Regulación jurídica de la procreación asistida". *Dilemas Éticos de la Medicina Actual*. Ed. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. España. 1986.p. 49

2. Los factores relativos, que son aquellos que por sí mismos no permiten sentar la indicación de una FIV, pero que ante la falta de consecución del embarazo con tratamientos convencionales pueden desembocar en ella, y por último;
3. Los factores asociados en los que coexisten factores relativos en ambos miembros de la pareja.

Dentro de los factores absolutos, la patología tubérica sigue constituyendo la indicación más frecuente de la FIV.

Dentro del desarrollo de la fecundación in vitro podemos mencionar⁵⁸:

1. La estimulación ovárica, mediante la utilización de drogas permitiendo simultáneamente el desarrollo de muchos folículos, recuperados 36 horas después de la administración de Hcg (gonadotropina coriónica humana).
2. La monitorización de la estimulación, con la finalidad de determinar si la respuesta a las gonadotropinas es suficiente para la obtención de número adecuado de ovocitos maduros, evitando el síndrome de hiperestimulación ovárica y seleccionar el momento óptimo para inducir la maduración de los ovocitos. Una vez recuperados se realiza la inseminación de los ovocitos con la concentración exacta de espermatozoides (diez mil a veinte mil móviles por ovocito) para alcanzar la máxima tasa de fecundación, tanto en pocillos como en microgotas.
3. La transferencia embrionaria, cada ovocito captado puede dar lugar aun embrión, de los cuales como máximo tres se transfieren al paciente y los

⁵⁸Op.cit. pp. 51-55

excedentes son criopreservados y pueden ser transferidos en ciclos sucesivos.

4. Apoyo a la fase lútea. Mediante la administración de HCG o de progesterona, actuaría recuperando el cuerpo lúteo afectado por la hiperestimulación ovárica, estimulando la producción propia de progesterona.

2.4.2. Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI).

A principios de la década de los noventa el desarrollo de la técnica de inyecciones intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), ha venido a ofrecer una nueva terapéutica para el factor masculino severo y para los fracasos de fecundación en el laboratorio. La infertilidad masculina es la responsable del cincuenta por ciento de la etiología de la pareja infértil, por lo que diferentes técnicas de micromanipulación han ido desarrollando una fórmula que facilite la penetración de los espermatozoides en la zona pelúcida de los ovocitos.

Fue hasta 1992 cuando Palermo publica sus primeros resultados sobre embarazos obtenidos con inyección intracitoplasmática de espermatozoides que se abrió la puerta a una posible solución en la mayor parte de los factores masculinos moderados y graves, en la que los resultados no se van a ver influidos por el número de espermatozoides, ni su motilidad o morfología, ya que dicha técnica consiste en introducir un solo espermatozoide en un óvulo por medio de micromanipuladores guiados por microscopía óptica⁵⁹.

⁵⁹ IDEM. p. 56.

2.4.3. Transferencia intratubárica de gametos y cigotos (GIFT – ZIFT).

Es una variante de la FIV convencional, idéntica a esta hasta la recuperación de ovocitos, aunque es necesario que por lo menos una de las trompas de Falopio tenga permeabilidad, dichos ovocitos son recogidos en un catéter de transferencia donde ya se encuentra el semen preparado, siendo inyectados en cada una de las trompas de Falopio, inyectando dos ovocitos y por lo menos cuatrocientos mil espermatozoides por cada trompa de Falopio. Siendo así los defensores de esta técnica argumentan que el proceso se produce de una forma más natural, haciendo imposible la congelación de embriones.

La transferencia intratubárica de cigotos (ZIFT) también necesita de la integridad de al menos una de las trompas de Falopio, de la misma forma que el GIFT es una variante de la FIV idéntica hasta la recuperación del ovocito, el cual se realiza ultrasonográficamente, asistidos por ecografía, y los ovocitos recuperados con inseminados posteriormente con espermatozoides móviles. Si se produce la fecundación, se transfieren de dos a tres cigotos mediante laparoscopia en el extremofibrilar de la trompa, si hubiese cigotos excedentes, estos serían criopreservados y reemplazados en sucesivos ciclos⁶⁰.

⁶⁰ IBIDEM. pp. 56-57.

CAPÍTULO 3. MATERNIDAD, PATERNIDAD Y FILIACIÓN.

1.1. Aspectos Constitucionales.

El primer instrumento que establece la pauta para la regulación sobre los derechos del niño y de la familia, como núcleo fundamental para el desarrollo del menor, es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en su artículo 4o. constitucional manifiesta que: "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia".

Recientemente surgen dos legislaciones, una en materia federal y otra en el Distrito Federal, que regulan, entre otros, los derechos y obligaciones derivados de la filiación con respecto a los hijos que son respectivamente: la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal.

En general estas legislaciones plantean el derecho a la identidad que responde a la obligación por parte de los padres de ser registrado, el derecho a tener un nombre, una nacionalidad, a conocer su filiación, a conocer y vivir en familia o a pertenecer a un grupo cultural respetándose todas las costumbres de convivencia del mismo.

1.1.1. Derechos de los hijos.

Sin necesidad de alguna declaración constitucional, en nuestra legislación los hijos tienen los mismos derechos e igual dignidad independientemente de su origen.

1.1.2. Protección Constitucional a los hijos.

El Art. 4º. De nuestra Constitución se previene que: "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 instituciones públicas". Esta es una garantía individual de la que gozan todos los menores; consecuentemente, es responsabilidad de toda autoridad, no sólo respetarla, sino promover a través de las instituciones públicas la satisfacción de las necesidades de los menores, pues el mandato constitucional no se limita a enunciar una garantía, sino establece una obligación con cargo a las instituciones públicas de apoyar y proteger a los menores para que éstos logren su desarrollo físico y mental.

Evidentemente la obligación o deber primario de proteger o promover a los hijos corresponde a los padres; así se expresa en el artículo constitucional citado, estos por tanto son los principales obligados como procreadores y las instituciones en forma subsidiaria deberán dar el apoyo necesario para la promoción y protección de los menores y auxiliar a los padres en su deber de tales.

1.2. Concepto.

De las instituciones que constituye el Derecho de Familia, la filiación referida como la responsabilidad que se genera con la procreación, tiene una relevante importancia.

Sobre todo en los primeros años se exige una permanente atención al hijo hasta que alcanza su un desarrollo que le permita integrarse a la comunidad, encontrándose presente el amor como fundamento para la procreación y educación de los hijos. La concepción, la gestación y nacimiento son hechos naturales del hombre que se toman en consideración por el Derecho y tienen relación con la paternidad y filiación. La procedencia de los hijos respecto de los padres es un hecho natural que interesa no solo a los padres e hijos, sino también a la comunidad y al Estado.

1.2.1. Noción Natural.

Paternidad significa, en sentido 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 con los ascendientes de una persona determinada. Paternidad y filiación no siendo sinónimos se refieren a la misma relación humana que existe entre procreantes y procreados.

1.2.2. Noción Jurídica.

Desde el punto de vista del Derecho, el término filiación tiene dos acepciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, es decir entre personas que descienden unas de otras, y de esta manera puede hablarse de filiación no solamente referida en línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para

tomar como punto de relación los hijos, los nietos, los bisnietos y tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación como en la natural, un estado jurídico⁶¹.

Por lo tanto, en sentido jurídico significa la relación permanente que existe entre los padres e hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares.

Como todas las instituciones del Derecho de Familia, ésta tiene también trascendencia moral y patrimonial-económica para la persona y para la familia. Desde el punto de vista jurídico la filiación reconoce la realidad biológica por la que unos seres descienden de otros, pero no toda filiación biológica necesariamente es jurídica.

1.3. Clasificaciones.

Podemos dividir a la filiación en dos grandes ramas la biológica y la derivada de un acto jurídico, respecto de la primera división tenemos que se refiere a la biológica como hecho relacionado con el hombre.

La filiación biológica reconoce una primera división, la que se origina en el matrimonio y la que se origina fuera de matrimonio, tanto la una como la otra

⁶¹ **ROJINA VILLEGAS** Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*. Volumen II. 11va. ed. Ed. Porrúa. México. D.F. 2006. p. 265.

pueden ser natural o artificial, la filiación natural es la consecuencia del acto sexual realizado en forma normal entre los consortes y admite una clasificación adicional, según sea la filiación de origen, es decir, durante el matrimonio y dentro por el Art. 324 C.C., o bien la sobrevenida que se origina por la legitimación, pues el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos del matrimonio los hijos habidos antes de su celebración (Art. 354 C.C.). La filiación natural fuera del matrimonio no admite esta segunda división.

En ambos casos puede haber filiación como consecuencia de la inseminación artificial. En el matrimonio se trata de inseminación con elementos de ambos consortes (homóloga); en el concubinato deberá ser también con elementos de ambos concubenarios. En otras situaciones, como en el ejemplo de la madre soltera, la inseminación será Heteróloga al no haber pareja como tal.

Dentro del matrimonio la filiación Heteróloga genera una filiación legal, es decir distinta a la biológica.

Por lo que se refiere a la filiación que se deriva de un acto jurídico se divide en adoptiva y artificial, la primera se genera por un acto jurídico sin relación con la biología, en relación a la posibilidad de la inseminación artificial, puede ser Heteróloga, es decir, con algún elemento distinto a los consortes o concubenarios.

1.4. Principios.

En ética, los principios son reglas o normas de conducta que orientan la acción de un ser humano. Se trata de normas de carácter general, máximamente universales, como, por ejemplo: amar al prójimo, no mentir, respetar la vida, etc. Los principios morales también se llaman máximas o preceptos.

Los principios son declaraciones propias del ser humano, que apoyan su necesidad de desarrollo y felicidad, los principios son universales y se los puede apreciar en la mayoría de las doctrinas y religiones a lo largo de la historia de la humanidad.

Emanuel Kant fundamenta la ética en la actividad propia de la razón práctica. Considera principios aquellas proposiciones que contienen la idea de una determinación general de la voluntad que abraza muchas reglas prácticas. Los clasifica como máximas si son subjetivos o leyes si son objetivos⁶².

1.4.1. El bien de los hijos.

El bien de los hijos es el principio que regula toda la filiación. Nuestra legislación nos previene que el *bonum filii* 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

⁶²KANT Emanuel. Crítica de la razón práctica. Madrid. Mestas ediciones.2001.

o fuera del matrimonio y también para aquellos que no tienen relación alguna biológica, como en el caso de la adopción.

El interés superior 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 1990⁶³, 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 y privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será e interés superior del niño”⁶⁴.

1.4.2. Igualdad de efecto.

Debe destacarse al principio de igualdad de efectos jurídicos en relación a todos los hijos, en nuestro Derecho coincide con la adopción plena, es decir se equiparará al parentesco por consanguinidad, por virtud de la cual la relación jurídica que existe entre el adoptado y el adoptante, comprende a todos los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo⁶⁵. Sin embargo, si se da la adopción semiplena o limitada, conocida como adopción simple, el adoptado sólo se

⁶³ D.O.F. 31-VII-90

⁶⁴ Convención General sobre los Derechos del Niño. Art. 3

⁶⁵ Cfr. Código Civil del Distrito Federal. Art. 293

relaciona jurídicamente con el adoptante o los adoptantes en caso del matrimonio⁶⁶.

Nuestra legislación no ha podido escaparse del problema que generan los hijos habidos del adulterio. De hecho y jurídicamente es difícil que éstos puedan convivir en la familia originada por el matrimonio. Un cónyuge puede reconocer al hijo habido antes del matrimonio, sin consentimiento del otro cónyuge, pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con la anuencia expresa de éste⁶⁷.

3.4.3. Intervención de la voluntad.

Aun cuando en el Derecho de familia existen normas imperativas y la voluntad, está sensiblemente disminuida, en materia de filiación observamos una mayor intervención de la voluntad, sean de los padres, sea del hijo, lo que es necesario para regular los efectos. Sucede en relación al reconocimiento por voluntad del hijo de ser reconocido, en la posibilidad de impugnar o contradecir la paternidad y la maternidad, en la libertad de los padres para la educación de la persona y administración de los bienes de los hijos.

3.4.4. Concepción del ser.

La concepción del ser es un hecho natural que en nuestro Derecho se toma en cuenta para la determinación de los hijos nacidos en matrimonio y los nacidos fuera del matrimonio. La naturaleza de la filiación actualmente se

⁶⁶Op. cit. Art. 402

⁶⁷IBIDEM. Art. 372

determina conforme a la situación jurídica en que se hallan los padres en el momento de la concepción del hijo; es cuando se les puede calificar de habidos en matrimonio o fuera de él. Sin embargo, no se puede pretender que solamente la filiación esté ligada a la concepción, sino también al hecho del nacimiento, que nos permite conocer la fecha probable de concepción. Pero siempre para la determinación de la paternidad y maternidad se hace referencia a la concepción.

En la ley encontramos un periodo legal de concepción que corresponde a los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, por lo que la misma ley nos está indicando que en relación a la concepción, para que se considere un hijo de matrimonio, tiene que haber sido dentro de dicho término.

1.5. Maternidad.

Mater semper certa est es una expresión latina, que puede traducirse como "La madre es siempre conocida", que hace referencia a un principio de Derecho que incluso en algunas legislaciones nacionales tiene la fuerza de una presunción de derecho, en virtud de la cual se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo, por lo que no se puede impugnar. Por lo tanto en relación a la madre el parto es un hecho que permite conocer la filiación, bien dentro o fuera del matrimonio. El alumbramiento se puede constatar como un hecho por prueba directa. Los romanos decían que el "el parto sigue al vientre" (partus sequitur ventrem).

Pero además del parto es necesario, como segundo elemento, establecer la identidad del hijo. Es decir, determinar si el hijo que reclama la filiación es realmente el que la mujer dio a luz, lo cual se puede acreditar mediante la posesión del estado de hijo, o con el acta de nacimiento.

Probar lo anterior en la filiación dentro del matrimonio no es problema. Por regla general todos están en espera del por nacer, y es motivo de alegría al nacimiento de hijos, por lo que ninguno lo desconocerá y habrá pruebas suficientes para la identidad del nacido. En la filiación fuera del matrimonio hay más complicaciones en relación a la prueba de la identidad del hijo en relación con la madre.

La ley exige dentro del Art. 55 del Código Civil que tienen “obligación de declarar el nacimiento el padre y la madre o cualquiera de ellos, y a falta de estos los abuelos paternos y en su defecto los maternos, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél”.

En la actualidad, debido a la posibilidad del empleo de un óvulo de una mujer extraña implantado en la consorte, previamente fecundado con el semen de su marido, se presentan serias dudas sobre la necesidad de adicionar normas legales para tener también como madre a la que se le implanta un óvulo extraño, sin embargo esto no respondería el cuestionamiento del vientre rentado, por tanto la solución podría ser como lo estipula el Artículo 360 del Código Civil que establece “La filiación también se establece por el reconocimiento de padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que la así lo declare”, siendo que reconocido el hijo que devenga de dicha

fecundación asistida no habría duda de la maternidad reconocida expresamente o mediante mandato judicial.

1.6. Paternidad.

Federico Puig Peña, después de señalar que hay algunos autores que sólo hacen referencia al término de filiación y otros que hacen referencia solo a la 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 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 la otra están los hijos y por eso se le llama filiación. Pero éstos términos son correlativos y tienen ante el marco legal una comparación absoluta en sus consecuencias jurídicas”⁶⁸.

1.6.1. Presunción.

Tanto en el matrimonio como en el concubinato existe presunción en relación a la paternidad. En ambos casos se presume, como tendrá que hacerse siempre en 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 después de 180 días de celebrado el matrimonio o

⁶⁸ **PUIG PEÑA** Federico. *Tratado del Derecho Civil Español*. Tomo II. Volumen 2. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1971. p. 10.

comienzo del concubinato y también se consideran hijos habidos del 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, tal y como lo establecen los Artículos 324 y 383 del Código Civil para el Distrito Federal.

La presunción acoge a la máxima romana conocida como “paterisestquemnuptiaedemostrant”, es decir, que el hijo por haber sido concebido durante el matrimonio se reputa engendrado por el marido de la madre, en quien, consiguientemente, recae la presunción de paternidad.

1.6.1.1. Base de la presunción.

Esta presunción se desprende del supuesto que las relaciones sexuales son habituales dentro del matrimonio y el concubinato. Del hecho conocido como son las relaciones genito-sexuales entre cónyuges y concubinos, se deriva un hecho desconocido que es el relativo a quién engendró el hijo en la mujer que lo dio a luz y la presunción en Derecho, en este caso, señala al marido o al concubinario.

1.6.1.2. Plazo y cómputo de términos.

El hecho de la concepción pertenece, en principio al misterio de la naturaleza; pero apoyados en la doctrina de Hipócrates, se estableció en nuestra legislación un cómputo de duración que tiene un límite mínimo de 180 días y máximo de 300. En cuanto a la prescripción se cuenta por años y

no de momento en momento, como se trata de un hecho natural, el cómputo se hará de días calendario.

1.6.2. Requisitos para que opere.

Tratándose de la presunción de los hijos de los cónyuges se requiere necesariamente precisar la existencia de matrimonio válido o no entre la madre y la persona a quien se le atribuye la paternidad, que la filiación materna se encuentre acreditada y la concepción se dé dentro del matrimonio.

1.6.2.1. Matrimonio válido putativo.

La existencia de matrimonio se acredita con la copia certificada o testimonio del acta de su celebración; en los casos de imposibilidad señalados en el artículo 40 del Código Civil para el Distrito Federal, en los términos del artículo del Artículo 342 del mismo ordenamiento para el caso de que habiendo acta de nacimiento, no se puede saber el lugar en donde se casaron y ambos progenitores hubieren fallecido, se acredita ese elemento con la posesión de estado de hijo de ellos, siempre que no esté contradicha con la propia acta de nacimiento del interesado.

Se comprende también dentro del primer requisito al matrimonio nulo, pues este matrimonio, independientemente de la buena o mala fe de los contrayentes, produce todos los efectos civiles en todo tiempo “a favor de los hijos nacidos antes de la celebración, durante él y trescientos días después de la declaración de la nulidad, si no se hubieren separado los consortes, o

desde su separación, en caso contrario” tal como se estipula dentro del Artículo 256 del Código Civil para el Distrito Federal.

1.6.2.2. Filiación materna acreditada.

El hijo ha de ser necesariamente de la madre, el cónyuge, es decir, de la mujer del que es marido. Esto supone el hecho del parto y la identidad del hijo a la que nos hemos referido.

1.6.2.3. Concepción dentro del matrimonio.

La concepción constituye el tercer requisito. En relación al inicio de la vida matrimonial, se presumen hijos de los cónyuges los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, lo que permite que hubiere una concepción fuera del matrimonio, pero como estamos dentro del término mínimo de la concepción opera la presunción a favor del matrimonio, para que se consideren como hijos de los cónyuges, deben nacer dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, según ya vimos.

1.6.3. Destrucción de la presunción.

La presunción puede desvirtuarse por tratarse de una presunción iuris tantum. Esta presunción puede destruirse en caso de:

1. Contradicción de la paternidad. Establecida dentro del Art. 325 del Código Civil para el Distrito Federal no es más que la admisión de pruebas que se admiten contra la presunción en caso de la imposibilidad física del

cónyugevarón de haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento y que se deriven de cualquier avance científico, por medio de la cual se demuestre o bien que pudo haber impotencia en el marido, o que este estuvo físicamente alejado de ella, residiendo en lugar distinto. Es de mención aparte, establecer que no se 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.

2. Contradicción de paternidad por herederos del marido. En caso de que éste habiendo tenido o no tutor, hubiere muerto incapaz, únicamente en los casos que pudiese hacerlo el padre, no podrán por tanto impugnar la paternidad de un hijo nacido dentro del matrimonio, cuando el cónyuge no haya interpuesto demanda, teniendo como término sesenta días contados desde aquél en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde el que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia.

3. Desconocimiento de la paternidad. Por parte del marido o de sus herederos, por demanda en forma ante el juez competente. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación, no prosperando si el cónyuge consintió expresamente el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

4. Objeción a la filiación materna. En caso de que prospere la acción en contra de la filiación materna, por razón del parto supuesto, por sustitución de hijo, etc.

3.6.4. Concubinato.

Todo lo dicho en relación a la presunción de los hijos de los cónyuges, puede señalarse también en relación a la presunción de hijos del concubinario y de la concubina, a la que se refiere el Artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal.

En relación a la filiación extramatrimonial, salvo en el concubinato, no existe la presunción y, por tanto, sólo se puede establecer la filiación por el reconocimiento, bien sea voluntario del padre o por sentencia.

1.7. Filiación.

La cuestión sobre los efectos jurídicos de la condición de legitimidad, ya que los hijos legítimos gozan del favor de la ley en su consideración más amplia y absoluta. Pero, ¿cuál debe ser la situación de los hijos ilegítimos? Al respecto como nos establece Federico Puig Peña, es el principio general que ha dominado la historia legislativa en que los hijos nacidos fuera de las justas nupcias deben tener una condición jurídica inferior a la de los hijos legítimos habidos dentro del matrimonio, la que ha prevalecido⁶⁹. Sin embargo se ha procurado disminuir, y actualmente eliminar en muchas legislaciones, la diferencia habida entre hijos por razón a su nacimiento.

⁶⁹PUIG PEÑA. Op. Cit. p. 17

Especialmente a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobadas por la ONU en 1948, en muchas legislaciones se sancionó esta igualdad en la constitución; en otras se hace referencia en la legislación civil a borrar toda desigualdad y sólo tratar las situaciones en que se encuentran, omitiendo toda referencia a su origen.

Cierto es que la filiación está fundada y cimentada en el matrimonio y con base en la unión conyugal produce sus más amplios efectos, pero no puede desconocerse que también esta cimentada en la relación natural derivada de los hijos nacidos fuera de matrimonio.

La filiación está relacionada con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, que se establece respecto de las personas que descienden unas de otras. Su fuente primordial es la familia, que es la que tiene mayor relevancia y por la que particularmente toma el nombre de filiación.

Como hechos jurídicos relacionados con la concepción tenemos la concepción, la gestación, y el nacimiento, que producen consecuencias de derecho al establecer la filiación que constituye un estado jurídico. Es decir, la filiación como estado jurídico, reconoce su relación y antecedente en los hechos jurídicos de la concepción, gestación y nacimiento, que son hechos biológicos que crean vínculos jurídicos.

Son madre y padre quienes hubieren concebido al hijo. De aquí que el derecho atribuya personalidad jurídica al concebido y no necesite del nacimiento para reconocerle personalidad. Con el nacimiento se inicia el

estado jurídico de la filiación, que debe combinarse con el hecho jurídico del parto y la identificación del hijo en relación a la madre, y con la presunción de que lo es del marido o del concubinario. También se inicia la filiación con el reconocimiento y la posesión de estado de hijo.

La filiación constituye, por lo tanto, un estado jurídico que “consiste en una situación permanente de la naturaleza o del hombre que el Derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esta situación se continuarán produciendo esas consecuencias”.⁷⁰

Aplicado a la filiación, podemos señalar que este resultado jurídico se origina por la procreación, como un hecho del hombre que el Derecho toma en cuenta, del cual se genera, entre procreantes y procreando, un complejo de relaciones jurídicas recíprocas y complementarias de deberes, derechos y obligaciones. El Derecho está presente, pues no puede haber filiación sin que la defina la ley. La procreación existe, pero las características de la filiación las define el Derecho. Se limita este estado jurídico a padres e hijos, porque la relación de éstos y con el grupo familiar amplio o con la sociedad, hace referencia a las relaciones jurídicas familiares.

⁷⁰ ROJINA VILLEGAS. Op. Cit. p. 278.

CAPÍTULO 4. CONTRATOS.

1.1. Delimitación de la esfera del contrato.

Una de las formas que el hombre ha utilizado para desarrollarse en el ámbito económico y social es a través del intercambio de bienes y servicios provocando así su enriquecimiento, tal intercambio se realiza por diferentes medios, siendo uno de los principales el contrato.

Inicialmente estas relaciones económicas se realizaron sin ninguna regulación legal; sin embargo, con el paso del tiempo se ha llegado a codificaciones que han dejado de ser rudimentarias y evitan violaciones que ponen en riesgo la equidad en las operaciones de derechos y obligaciones.

Es por eso necesario analizar el origen del vocablo contrato; que etimológicamente proviene del latín *contractus* y significa pacto. Así pues, el concepto de contrato se remonta al derecho romano de la época imperial que reconocía dos fuentes de obligaciones: “el contrato y el delito, pero en la época de Justiniano los bizantinos introdujeron cuatro fuentes de obligaciones; contratos, delitos, cuasicontratos y cuasidelitos”.⁷¹

Asimismo, para Justiniano, el contrato era el acuerdo de voluntades capaz de constituir a una persona en deudora de otra, incluyendo como tales a toda clase de negocios que tuvieran por fin la creación, modificación o extinción de cualquier relación jurídica, por otra parte, es en la recopilación de

⁷¹ **ESQUIVEL OBREGÓN** Toribio. *Apuntes para la historia del derecho 1-2*. Ed. Porrúa. México. 2009. p. 114.

Justiniano publicada en el año 529 bajo el nombre de Codex Justinianus, cuando al referirse al *negotiumcontractum* le dio el contenido jurídico que se conoce hasta nuestros días.

En el derecho romano los contratos requerían de un elemento material formalista, el cual se constituyó casi en una solemnidad, con el tiempo este elemento fue evolucionando gradualmente hacia el consensualismo, aunque la llegada del Derecho de los pueblos germánicos, implicó un retroceso respecto a la incipiente evolución hacia la categoría de contrato, por cuanto estas comunidades mezclaban un fuerte elemento formal con elementos simbólicos, e incluso el miedo a la venganza privada era una de las razones para que se procediera al cumplimiento de los acuerdos. Una influencia mucho más modernizadora supuso la del Derecho canónico, que mantenía la obligación de veracidad y la de respetar la palabra dada.

Hay que tener en cuenta que la figura actual del contrato, tal como la conocemos, no deriva de los *contractus* romanos, sino de los pactos. Así, en las Decretales del papa Gregorio IX (1234) se sancionaba la obligatoriedad de respetar los pactos cuando se adoptaran mediante juramento. El problema en este caso derivaba de que los pactos se debían cumplir, no por su fuerza obligatoria, sino por subordinarse al juramento del que emanaba el auténtico vínculo jurídico, por lo que no quedaba clara la solución cuando se hiciera un pacto inválido a la luz del Derecho, unido a un juramento válido⁷².

⁷²Enciclopedia Microsoft Encarta 2000, Disco 1.

En la edad moderna, los teóricos del Derecho natural, que en cierta medida secularizaron las ideas previas al Derecho canónico, admitieron sin reserva la voluntad como fuente de obligaciones. Fue Hugo Grocio quien en su obra *De iure bello a.C. pacis* fundó todo su sistema en la necesidad de cumplir las propias promesas. Aparece por tanto el contrato como categoría donde el pilar básico es la simple voluntad de obligarse. Estas ideas se mostraron en conjunción con el pensamiento individualista y revolucionario de todos los juristas que influyeron en la redacción del Código de Napoleón (1804), como Domat o Pothier. Hay que recordar que en esta época el contrato era una institución tan valorada, que incluso se situaba en el fundamento constitutivo de la sociedad política (el contrato social) o se hablaba del matrimonio como contrato matrimonial. Fruto de todas estas influencias, el artículo 1134 de dicho Código afirma: “las convenciones formuladas conforme a las exigencias de la legalidad adquieren fuerza de ley entre las partes”.⁷³

Este artículo supone una definición de la moderna categoría del contrato, que además gozaba de grandes virtudes para los revolucionarios, pues rompía obstáculos para la contratación del Antiguo Régimen y favorecía a la clase en ascenso, la burguesía, reforzando la dinámica del desarrollo industrial. De este modo se llegó al concepto de contrato hoy vigente que ha pasado a todos los códigos modernos y que puede sintetizarse con palabras sencillas: acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos.

⁷³Enciclopedia Microsoft Encarta 2000, Disco 1.

Por otra parte el artículo 1832 del Código Civil nuestro presupone una definición del pacto nudo, en el que el elemento psicológico es el predominante y aún más, si éste requiere una forma exigida por la ley para su validez, y no se le ha dado, cualquiera de las partes podrá exigir que se le dé, puesto que es sólo elemento de validez, según lo previenen los artículos 1833 y 1834 del Código.

Otra tendencia del contrato moderno es que desea alejarse del criterio individualista que antes prevalecía, substituyéndolo por un criterio de contenido social, por lo que tiende a proteger a la parte débil, procurando una mejor distribución de la riqueza; éste aspecto se mencionará con mayor profundidad a continuación cuando se analice el negocio jurídico.

1.2. Teoría General del Contrato.

Se puede observar que la teoría general del contrato es aplicable en todas las áreas del derecho, debido a que la regulación legal del contrato es de aspecto permanente y se ha ido perfeccionando a lo largo de los años, la importancia de dicha teoría es reconocida por la mayoría de los autores pues da un conocimiento general de los principios e instituciones comunes que se van a aplicar a los contratos, así como las reglas propias de cada determinado grupo de contratos.

Es importante destacar que el Código Civil reconoce la máxima importancia del contrato pues señala en su artículo 1859 que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos

jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Estas reglas generales y propias de cada contrato suelen especificarse dentro de la teoría general de las obligaciones, ya que se estudia al contrato como una de las fuentes de las obligaciones; “pero su gran importancia y su desproporcionada extensión parecen indicar la conveniencia de destacar con individualidad propia la doctrina general del contrato (Messineo), a la que nuestro legislador denomina “reglas generales de los contratos” (1958), ya que el contrato es la fuente ordinaria o normal de las obligaciones (Saleilles), que no está limitada a los bienes, sino que se extiende a las personas y a la familia, pues en el orden extrapatrimonial el matrimonio y la adopción son también contratos (Josserand).”⁷⁴

En el estudio de las Obligaciones se afirma que el contrato es una fuente de las más frecuentes de Derechos y Obligaciones, ya que es muy importante porque se estructura por los mismos contratantes mediante un acuerdo de voluntades de ambos y a esta unión de voluntades se le llama consentimiento. Así también los efectos que produce el contrato generalmente están previstos y son queridos por las partes.

1.3. El Negocio Jurídico.

Son varios los hechos que producen efectos en el mundo jurídico. En la doctrina francesa, que es la seguida por nuestro código, los hechos

⁷⁴**CITADOS POR SÁNCHEZ MEDAL** Ramón. *De los contratos civiles*. 23ª. ed. Ed. Porrúa. México. 2008. p. 3.

jurídicos, lato sensu, se dividen en hechos jurídicos stricto sensu y actos jurídicos. De acuerdo a Bonnetcase el acto jurídico: "es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario, un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho"⁷⁵

Por su parte los doctrinarios de Alemania, Italia y España establecen que el acto jurídico se subdivide en actos jurídicos stricto sensu y negocios jurídicos. El primero de éstos es un acto jurídico rígido, pues toda la actividad del sujeto está prevista en forma rigurosa por la ley. El segundo, o sea, el negocio jurídico es un acto jurídico flexible, toda vez que el sujeto tiene un amplio campo de autorregulación dentro del marco legal.

El término negocio jurídico se debe a los pandecistas y puede definirse como la facultad jurídica que tienen las personas de autodeterminarse; es el comportamiento o la conducta espontánea, motivada y consciente, que se traducen en declaraciones y manifestaciones privadas de contenido volitivo, ya que regulan los intereses de las partes y en relación con terceros; es a través del negocio jurídico como el individuo configura relaciones jurídicas con otros utilizando la autonomía privada.

⁷⁵ CITADO POR PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo. *Contratos civiles*. 12ª. ed. Ed. Porrúa. México. 2008. p. 4.

La autonomía de la voluntad, y por lo tanto, del negocio jurídico está regulado en el artículo 1796 del Código Civil:

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Mientras tanto el artículo 1858 del Código Civil Federal dice que los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

Al pasar de los años los negocios jurídicos se han visto envueltos ante dos corrientes: la autonomía de la voluntad y las leyes imperativas y de orden público que restringen la libre contratación, esto tiene su antecedente en las ideas expresadas por la ideología del liberalismo económico que en el siglo XIX proclamaban “dejar hacer, dejar pasar”, provocando injusticias sociales, por lo que diversas legislaciones con el propósito de evitar este tipo de arbitrariedades separaron del Derecho Civil algunos tipos de contratos como los laborales y agrarios, dando como resultado el nacimiento del Derecho Social y el Derecho Agrario, extendiendo los alcances del derecho a las clases humildes, al proletariado y a todos los individuos sin ningún tipo de exclusivismo tal y como se expresa más ampliamente en la Exposición

de Motivos del Código Civil vigente “para llegar a la conclusión de que se ha cambiado el criterio que antes privaba de Laissez Faire, Laissez Passer, notoriamente individualista, por un criterio social y de intervencionismo de Estado”⁷⁶. Basado en estas ideas el legislador expresa algunos principios:

- a) La defensa del contratante débil frente al fuerte.
- b) El respeto a la buena fe por los contratantes, uno respecto del otro.
- c) Preferencia y protección a los intereses generales sobre los particulares.
- d) Inserción automática en el contrato de varias cláusulas benéficas a la parte débil.

4.4. Concepto de Contrato.

Contrato es la figura jurídica que define el acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos, es el negocio bilateral o con pluralidad de partes con intereses contrapuestos u opuestos, ya que surgen de dos declaraciones o manifestaciones de contenido volitivo. En sentido general el convenio es el acuerdo de dos o más voluntades manifestado en forma exterior para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. Dentro de la definición de convenio en sentido general se encuentran las concepciones jurídicas de contrato y convenio en sentido particular.

⁷⁶ **AGUILAR CARVAJAL** Leopoldo. Contratos Civiles. Ed. Hagtam. 6ª. ed. México. 1964. p. 14.

Así Savigny define al contrato como “el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad, destinada a regir sus relaciones jurídicas”⁷⁷. Por otra parte nuestro Código Civil Federal señala en sus artículos 1792 y 1793 que el contrato es un acto de voluntad de cada uno de los contratantes, cuya conjunción forma el consentimiento, para la obtención de efectos de derecho, consistentes en la creación o en la transmisión de derechos y obligaciones, quedando reservado el término de convenio para la producción de otros efectos jurídicos, como son la modificación o la extinción de ellos.

Esta distinción tiene su antecedente en el Código civil francés que distingue la convención o acuerdo de voluntades, que es el género, del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación.

Sin embargo, la mencionada distinción no es ya tan reconocida en la actualidad, pues el vigente Código civil italiano la ha eliminado y nuestro mismo Código civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios (1859), lo cual hace que en realidad resulte bizantina la diferencia entre convenio y contrato.⁷⁸

A pesar de que el contrato es un concepto que no ha variado mucho con el transcurrir de los años se han impuesto grandes limitaciones a la autonomía de la voluntad, pues se aplican a estas normas de carácter

⁷⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo. Op. cit. p. 5.

⁷⁸ SÁNCHEZ MEDAL Ramón. op.cit. p 4.

público, pues gracias al desarrollo del ambiente jurídico cada día el contrato tiene mayor importancia y su reglamentación se prolifera cada vez más, tal y como lo menciona Leopoldo Aguilar Carbajal en su libro *Contratos Civiles*⁷⁹, pero no hay duda de que la fuente primordial es la Ley, seguida de los reglamentos administrativos; así también los usos y costumbres, en este caso sólo regirán el contrato si se hace alusión a ellos por las partes, si los prueban y los aplican; es además importante mencionar la influencia de las normas de carácter económico. Las normas que rigen al contrato son taxativas, individuales y supletorias.

1. Las normas taxativas:

Llamadas también imperativas, prohibitivas, perceptivas, tienen como objeto reglamentar la estructura contractual a las leyes que establecen el límite de lo lícito, citando el artículo 8 del Código Federal en materia civil refuerza lo antes dicho, pues menciona que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

2. Las normas individuales o *lex contractus*:

Son las más comunes pues reglamentan los detalles de cada contrato y provienen de las partes contractuales, gozan de plena validez siempre y cuando no vayan en contra de las disposiciones del orden público o de

⁷⁹Op.cit. p. 9.

las buenas costumbres. La *lex contractus* tiene su base legal en los artículos 1796 y 1858 anteriormente citados.

3. Normas supletorias o permisivas:

Son un complemento a la voluntad de las partes, tienen su fundamento en los artículos de la codificación civil en materia federal que a continuación se nombran.

Artículo 6. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Artículo 7. La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

Artículo 1839. Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

Ahora bien es importante estudiar quién es parte en el contrato llamados simplemente contratantes por la legislación civil. Los artículos 1795, fracción I, 1835 y 1799 se refieren a las "partes"; en tanto los artículos 1796, 1797 y 1799 entre otros se refieren a "partes" unos y "contratantes" otros. Dentro de

la realización de un contrato participan varias personas, pero en realidad ¿quiénes son partes? La respuesta a tal pregunta es que existen sujetos contractuales y partes contractuales, los primeros son en general todas las personas que aparecen en el contrato, tal es el caso de los peritos, testigos, apoderados, etc., en si no persiguen ningún interés; en tanto las partes contractuales si persiguen fines establecidos, cuyas consecuencias repercutirán en su patrimonio.

Es de importancia también estudiar la libertad en el contrato, ya que al hablar de los principios de libertad de contratar y libertad contractual parece que se trata de figuras similares pero en realidad son concepciones distintas, así que nuevamente nos percatamos que no hay una precisión en la terminología jurídica.

La libertad de contratar consiste en la necesidad de respetar la voluntad de los contratantes, en el momento de la celebración, para que espontáneamente decidan si contratan o no y para escoger a la persona con que va a contratarse. La limitación a esta libertad solo puede establecerse por la ley reglamentaria o por cláusulas contractuales expresas, por su parte el Código Civil Federal no establece normas que afecten a esta libertad. Como ejemplo puede citarse la prohibición que la Carta Magna hace a los extranjeros de adquirir inmuebles en la zona prohibida.

Por otra parte la libertad contractual se refiere a la forma y contenido del contrato, es la facultad que tienen los particulares para pactar entre sí sus relaciones jurídicas en un contexto legal, por lo que tiene la finalidad

de impedir que una parte imponga a la otra, en forma unilateral, las cláusulas del contrato, a esto se refieren en síntesis los artículos 1796, 1807 y 1839 del Código Civil.

Estos dos principios se alejan del dogma de la autonomía de la voluntad que surgió durante el auge del liberalismo y del individualismo, pues principalmente sostenía que salvo muy raras excepciones todas las obligaciones contractuales, nacían de la soberana voluntad de dos partes libres iguales y que eran justas todas esas obligaciones creadas por la voluntad; sin embargo la igualdad jurídica no siempre es suficiente para asegurar la libertad y la justicia en el contrato. Por otra parte el nacimiento de los contratos de adhesión en los que se elimina el acuerdo contractual y todo se reduce a la aceptación de una de las partes de todas las condiciones dadas unilateralmente por la otra ha fomentado la decadencia de la autonomía de la voluntad.

A pesar de que el Estado ha tenido diversas intervenciones en cuanto a la formación y ejecución de algunos contratos, esto no ha sido motivo para que la libertad contractual desaparezca, simplemente se formaron ciertos límites ya que el objetivo es hacer prevalecer los mandamientos de la sociedad sobre los de los particulares, logrando la armonía social y garantizando la moralidad pública; esto no es de manera uniforme pues solo se aplica a ciertos contratos y con respecto a ciertos objetos, de ahí la creación de leyes como la Ley Federal de Protección al Consumidor o la Ley para promover la Inversión Nacional y regular la Inversión Extranjera, etc.

4.5. Elementos del Contrato.

El contrato se integra con elementos de existencia y de validez. Los primeros son también llamados de esencia o estructurales y son necesarios para que surja el contrato, el Código Civil Federal nos dice que:

Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

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

4.5.1. El Consentimiento.

Proviene de cum y sentire, sentir juntos, esta voz tiene a su favor la tradición del derecho romano, como podemos comprobar en textos de Gayo y Justiniano.⁸⁰

El consentimiento ha de entenderse como el acuerdo de dos o más voluntades manifestado en forma exterior para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, debe recaer sobre el objeto jurídico, además la manifestación de la voluntad debe exteriorizarse de manera tácita, verbal, escrita o por signos indubitables, tal y como lo dice ampliamente el artículo 1803.

El consentimiento no surge espontáneamente; esta precedido por una serie de momentos que tienen como punto inicial una oferta y, como consecuencia

⁸⁰ MUÑOZ Luis. *Doctrina general del contrato*. 1ª reimpresión. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1992. p. 170.

la aceptación. El contrato se forma, según el artículo 1807 del Código Civil en el momento en que el proponente recibe la aceptación estando ligado por su oferta según las reglas de este cuerpo legal.

Si al tiempo de la aceptación hubiese fallecido el proponente, sin que el aceptante fuera sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato. (Artículo 1809)

En relación con los efectos de la oferta, el Código Civil distingue el caso en que se haya fijado un plazo para aceptar de aquel en que no exista el plazo.

Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo. (Art. 1804). Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplica a la oferta hecha por teléfono. (Art. 1805)

Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones. (Art. 1806)

La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplicará al caso en que se retire la aceptación. (Art. 1808)

El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera. En este caso, la respuesta se considerará como nueva proposición, que se regirá de acuerdo con las normas generales sobre la oferta. (Art. 1810).

La propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos por ellos.

4.5.2. Objeto del Contrato.

De conformidad con el Art. 1402 el objeto del contrato consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones. En suma el objeto del contrato, es en esencia, una fuente creadora de obligaciones de dar, hacer y no hacer.

4.5.2.1. Creación de una relación jurídica

Es una función contractual que menos dificultades presenta, pues aparte de las limitaciones impuestas por normas imperativas (la ley o las buenas costumbres) es posible crear relaciones jurídicas patrimoniales que satisfagan las necesidades de los contratantes.

En tal sentido el Art. 1354 establece que las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos, siempre que no sea contrario o norma legal de carácter imperativo. En todo caso, de acuerdo al artículo V del Título Preliminar, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

En consecuencia, salvo estas limitaciones, mediante el contrato las partes pueden crear toda clase de obligaciones utilizando para ello tanto los contratos típicos como los atípicos.

4.5.2.2. Regulación de una relación jurídica

El término empleado por nuestro Código ha causado cierta confusión, pues para algunos autores piensan que la expresión regular es el equivalente de la expresión modificar. En todo caso, la modificación supone un cambio de lo existente, la regulación no tiene ese alcance. En materia contractual las partes pueden regular o precisar los alcances de una relación jurídica o bien interpretarla o estableciendo reglas de detalle (procedimientos de ejecución modalidades de ejercicio de los derechos) que no implica la modificación de la relación jurídica original.

Normalmente las partes obligadas pueden considerar conveniente regular los alcances de sus respectivas obligaciones sin aumentarlas, disminuirlas ni modificarlas.

CAPÍTULO V. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1.1. Los derechos reproductivos en las leyes, códigos, normas y programas mexicanos.

Los derechos reproductivos están contemplados en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dice: “toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud...”

1.2. Definición del contrato.

El contrato se tiene de común acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones.

El contrato puede crear derechos reales o personales, o bien los trasmite; pero el contrato no puede crear derechos distintos.

1.2.1. Principales clasificaciones de los contratos.

Ésas clasificaciones se presentan en la doctrina y en el derecho positivo, desde diversos puntos de vista de distinguen:

- 1.- Contratos bilaterales y unilaterales.
- 2.- Oneroso y gratuitos.
- 3.- Conmutativos y aleatorios.
- 4.- Reales y consensuales.

5.- Formales y consensuales.

6.- Principales y accesorios.

7.- Instantáneos y de tracto sucesivo.

Elementos constantes: Sujetos y la relación jurídica.

Contrato.- es un convenio entre dos o más partes para crear transmitir o modificar obligaciones.

1.3. Definición de Convenio.

Es un acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones. Una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos y otra negativa: modificarlos o extinguirlos.

De la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contratos y convenios en sentido estricto:

Al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones y el convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones.

Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre del contrato.

Para existencia de contrato se requiere:

- Consentimiento y,
- Objeto que puede ser materia del contrato.

El contrato puede ser invalidado:

- Incapacidad legal de la parte o de una bella;
- Por vicios del consentimiento,
- Porque su objeto será ilícito y,
- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma en que la ley establece.

Los contratos se perfeccionaran y surten efecto entre las partes por el mero consentimiento; el aspecto aquellas deben revertir una forma establecida la ley.

Son objeto de los contratos:

- la cosa a que el obligado de dar,
- el hecho a que el obligado debe hacer o no hacer.

La cosa objeto del contrato de:

- ser física o legalmente posible,
- ser determinado en cuanto su especie
- estar en el comercio.

Para la existencia del contrato se requiere:

1. consentimiento,
2. objeto que pueda ser materia del contrato Art.1281 (Código Civil para el Estado de Guanajuato).

Consentimiento.- Escuela elemental central del contrato es un concurso de voluntades.

Que consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción otra división de obligaciones y derechos, siendo necesario que voluntades tengan una manifestación exterior.

1.3.1. Oferta y aceptación.

Uno de los futuros contratantes propone a otro las condiciones de un contrato; esto es lo que se llama oferta o por licitación, si el otro se muestra conforme con ellas, le da su aceptación, queda conformado el consentimiento.

1.3.2. Autonomía de la voluntad.

La noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que *todo lo que no está prohibido, está permitido*.

1.3.3. Cosas posibles e imposibles.

1.3.3.1. Cosa posible.

Las cosas objeto del contrato deben ser física o legalmente posibles (aquí tendríamos que determinar que la fertilización in vitro sea considerada legalmente posible).

1.3.3.2. Cosas imposibles.

Las cosas cuya especie no es ni puede ser determinada y las cosas que están fuera del comercio (lo que no existe); en nuestro caso si existe, existe el óvulo, el esperma o el embrión.

1.3.3.3. Cosas futuras.

Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato ejemplo “las ventas comerciales son frecuentemente ventas de cosas futuras así sucede sobre todo tratándose de pedidos hechos a fabricantes, etc.”, luego entonces contrato de prestación de servicios con una estimación futura, ahora bien si el objeto en materia puede a futuro, estamos hablando que un bebé (niño o niña) viene a futuro, entonces una razón más para únicamente perfeccionar (o elaborar) un contrato para la fertilización in vitro.

La ley nos dice que a lo imposible nadie está obligado (pero habla de lo que no puede o no existe) nosotros hablamos de un objeto que si existe.

Como el consentimiento forma una parte sumamente importante dentro del contrato (para mí la más importante) veamos entonces:

1.3.4. Formas del consentimiento.

Noción de la forma de consentimiento: la manifestación del consentimiento es un elemento extrínseco (exterior) del contrato, lo que constituye la forma de él.

1.3.4.1. Consentimiento expreso:

A veces la manifestación se hace expresamente para formar el contrato ejemplo verbalmente una persona propone a otra la celebración del contrato y esta acepta en una carta el consentimiento se ha expresado en lenguaje hablado y escrito.

1.3.4.2. Consentimiento tácito:

Es la manifestación directa de la voluntad (no directa, también se emplean palabras).

Y como no basta con la celebración de un contrato, es necesario que pueda demostrarse que exista la prueba.

1.4. La prueba.

Es necesario que pueda demostrarse su existencia, especialmente a un juez, para ello debe tenerse un medio de prueba de que celebró el contrato.

1. Documento privado: Es el escrito que redactan y firman los contratantes para hacer constar en el contrato que han celebrado y las condiciones del mismo.

2. Documento público. Es el que está autorizado por un funcionario público especialmente por un notario, ambos son un medio de prueba y como nosotros necesitamos un medio documental que nos pueda servir para en un momento dado defendernos ante las autoridades correspondientes representadas por un juez. Este documento nos lo puede redactar un notario, para esto hablemos un poco de lo que es:

1.4.1. Notario.

“Es el profesional encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias, tenerse de fe en su contenido en su función, está

comprendida en la autenticación de hechos”. Ante notario declarar las partes.

1.4.1.1. Declaración de voluntades

Los particulares acuden al notario de su elección para exponer sus voluntades. El notario a su vez está y tiene que atender a:

1. Ejercicio obligatorio

Excepciones, el notario está obligado a ejercer sus funciones, cuando para ello fuera requerido. Sólo debe rehusarlos cuando no pueda actuar con imparcialidad. El notario está obligado a:

2. Exámenes de títulos

El notario tiene que examinar título, inscripciones en el registro público de la propiedad recabar documentos etcétera, en este caso no checar al registro público de la propiedad pero si tener el original del contrato.

1.4.1.2. Protocolo.

El notario lleva un libro o un conjunto de libros que se llama protocolo.

1.4.1.3. Testimonio.

Es la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o un acta notarial y se transcribe o incluyen reproducidos documentos que obran en el apéndice.

1.4.1.4. La minuta.

Es un documento preliminar en el que se consigan las bases de un contrato o acto que después a de elevarse a escritura pública (sólo cuando se compra un bien inmueble).

Esto del notario (a) es para tener un mayor conocimiento y que la postura que defendemos sea la más correcta y llegue a fines menos dolorosos pero sobre todo que legalmente, no encuentren dudas nuestros legisladores a la hora de juzgar a los contratantes. Eso lo hacemos sin olvidar que también existen vicios.

1.4.2. Vicios del consentimiento.

El error, el dolo y la mala fe, la intimidación y la violencia (cuando se emplea la fuerza) física, naturaleza de la nulidad la cual se daría si existiera alguno de los vicios arriba mencionados.

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

1.- EL ERROR, es un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad, una creencia contraria a la realidad.

2.- El DOLO, es toda sugestión o artificio que utiliza un sujeto para inducir al error o mantenerlo en él a otra persona (Artículo 1815).

3.- LA VIOLENCIA, implica el uso de la fuerza física o amenazas que impliquen poner en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud o los bienes de una persona para obligarla a ejecutar un acto jurídico, la violencia puede ser física o moral (Artículo 1819).

4.- LA LESION, implica la existencia de una desproporción inequitativa entre las prestaciones recíprocas de las partes, susceptible de causar a una de ellas un daño o perjuicio, en atención al cual, y a su origen, esta puede legalmente autorizada para reclamar la rescisión.

III.- LA CAPACIDAD, es la aptitud que tiene una persona para adquirir un derecho, o para ejercerlo o para disfrutarlo, o para cumplir sus obligaciones, o para celebrar un acto jurídico, etc.

IV.- LA FORMALIDAD, se refiere a requisitos en cuanto a la forma, que se exigen para la validez del acto jurídico.

Hay dos clases de NULIDAD: Absoluta y Relativa:

I.- Nulidad Absoluta: se presenta cuando el acto es contrario a la ley.

Se pueden producir por:

- 1) Illicitud en el objeto.
- 2) Illicitud en el fin.
- 3) Illicitud en la condición.

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

De éste artículo se derivan las consecuencias de la nulidad absoluta que son:

- Los efectos del acto se producen provisionalmente y duran únicamente mientras el juez pronuncia la sentencia de nulidad, ya que es requisito que ésta se declare.
- El acto no es válido, ni por prescripción ni por confirmación.
- Cualquier interesado puede invocarla.

II.- Nulidad Relativa: También se conoce como anulabilidad, se presenta cuando hay una imperfección en el acto pero que puede subsanarse.

Se puede producir por:

- 1) existencia de algún vicio del consentimiento.
- 2) Por falta de capacidad.
- 3) Por falta de forma establecida.

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

Artículo 2228.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo⁸¹.

Las consecuencias de la nulidad relativa son:

- Los efectos del acto se producen provisionalmente.
- Puede confirmarse.
- Sólo el interesado puede invocarla.
- Se necesita sentencia que la declare.

Conforme a lo anterior, Galindo Garfias nos explica que no todos estos requisitos vician al acto de igual manera. Si sus autores pretenden alcanzar un fin reprobable para la colectividad o la moral o si el objeto de la obligación es en sí inmoral o ataca las normas de orden público, la violación resultante será de mayor gravedad que la falta de formalidades o que los vicios del

⁸¹ Código Civil para el Distrito Federal. México. Sista. 2003.

consentimiento (error, dolo y violencia) que sólo atañen al interés privado de las partes.

Por estas razones, concluye este civilista, si bien, en ambos casos el acto será inválido, por regla general la nulidad que proviene de la ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, da lugar, por su gravedad, a una invalidez más severa que se denomina nulidad absoluta, en tanto que la ausencia de los otros requisitos produce la nulidad relativa del acto.

Algunos códigos, como el nuestro, siguen la TESIS CLÁSICA DE LA DOCTRINA FRANCESA., distinguiendo entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

Como ya quedó expresado, la inexistencia jurídica del acto se produce cuando falta alguno de sus elementos esenciales, es decir, la voluntad y el objeto, no produce ningún efecto legal, puede hacerse valer por cualquier interesado y no es susceptible de valor por confirmación, ni por prescripción.

La nulidad en cambio, supone la imperfección del acto porque carece de alguno de los requisitos no esenciales que la ley exige, los cuales conocemos como requisitos de validez.

Esta forma de validez debe ser declarada judicialmente, pues el acto nulo (absoluta o relativamente) produce sus efectos como si fuera enteramente regular, mientras su eficacia no sea decretada por el juez. Cuando esto último ocurra, la mayoría de sus efectos serán destruidos retroactivamente o desde que cause ejecutoria la sentencia.

Siguiendo esta teoría, distingue Bonnetcase, entre nulidad absoluta o de interés general, diciendo que puede ser invocada por cualquier interesado y

que no desaparece por confirmación o prescripción. Mientras que, por el contrario, la nulidad relativa sólo puede ser reclamada por ciertas personas y si puede desaparecer por confirmación o extinguirse por prescripción.

Para la doctrina clásica, la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto, produce siempre su nulidad absoluta.

Para Bonnecase, en cambio la ilicitud puede producir la nulidad absoluta o relativa, según que pueda ser invocada por cualquier interesado, sea inconfirmable e imprescriptible. Si falta uno de esos requisitos, la nulidad será relativa.

1.5. Objeto materia del contrato.

Objeto: la realización de determinada conducta por parte de uno de los sujetos que consiste en un dar, hacer o prestar.

Es verdad de que el objeto es uno de los elementos esenciales de todo contrato, y que su ausencia produce la inexistencia del mismo, pero esto no significa que toda anomalía del objeto debe llevarnos, por fuerza, a la misma conclusión, dice Ramón Sánchez Medal⁸², pues si el objeto existe pero es contrario a la moral o a las buenas costumbres, estaremos en presencia de un acto ilícito y por lo tanto, absolutamente nulo, más no inexistente.

Siguiendo este autor diremos que: El objeto directo de todo contrato es la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos u obligaciones (tanto reales como personales).

⁸²SÁNCHEZ MEDAL Ramón. Op. Cit. p.p. 20-21 y 26.

Pero por una elipsis que viene del Código Napoleónico, nuestro Código menciona como objeto del contrato lo que, es en realidad, el objeto indirecto o mediato del mismo; es decir, que el Objeto Indirecto es la cosa que el obligado debe dar, o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Conforme a lo establecido por el artículo 1824 del Código Civil, son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar;

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

1.- cuando se trata de la cosa que el obligado debe dar. Como en los contratos que son los que recaen sobre una cosa y que pueden adoptar muchas variantes como enajenación, donación, usufructo, entre otras; siempre será necesario de conformidad con lo establecido por el artículo 1825, que:

La cosa objeto del contrato debe:

- 1) Existir en la naturaleza;
- 2) Ser determinada o determinable en cuanto a sus especies;
- 3) Estar en el comercio.

2.- cuando el objeto del contrato consiste en el hecho que el obligado debe hacer o no hacer: entonces, el objeto del contrato, puede ser positivo (hacer) o negativo(no Hacer), pero debe ser siempre posible lícito, de acuerdo a lo señalado por el artículo 1827, que dispone: El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

1. posible;
2. lícito.

Tomando en cuenta estas nociones elementales, podemos calificar a la inseminación in vitro como un servicio, colocándolo entre los contratos que tienen como objeto la prestación de un hecho positivo y no entre los que transmiten el uso o el dominio de una cosa, porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano, o parte de él, no es jurídicamente cosa, razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato, y, en virtud de estos, evitaremos decir que el servicio o el hecho no está en el comercio, pues esta clasificación solo se aplica a las cosas. Diremos más bien que el servicio “no es posible” o “no es ilícito”.

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

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

Es posible como lo atestiguan los centenares de niños nacidos a través de este método, pero muchos se preguntan ¿es también lícito?

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

Por lo tanto la acción u omisión son consideradas ilícitas, cuando sean contrarias a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, caso en el cual la sanción será la nulidad del contrato.

Conforme a lo anterior, nosotros deducimos que, el que las técnicas de fertilización in vitro, no esté contemplada en la ley, no significa que esté

contraria a ella, ya que si bien no la reglamenta, tampoco la prohíbe y de acuerdo con el principio de legalidad que reza: “ La autoridad puede hacer todo lo que la ley le permite y los particulares pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba”, el hecho de no estar expresamente permitido por la ley, no quiere decir que sea contraria a ella puesto que pertenece al orden de los que es jurídicamente libre, porque lícito es lo que no está prohibido por la ley⁸³.

Por lo tanto el contrato de prestación de útero con fines de gestación en tercera persona o maternidad subrogada no adolece de nulidad en base a su objeto.

Más bien se trata de un contrato de prestación de una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación de incidencias, etc. Y que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un innominado atípico contrato de prestación de útero con fines de gestación o contrato de prestación de servicios.

En este caso, nos hallamos ante actos jurídicos, hoy atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al Derecho de Familia.

1.6. La acción de ejecución forzada.

Si se pidiera judicialmente el cumplimiento del contrato, a través de la ejecución forzada, sea por vía oficiosa o como excepción de parte, judicial

⁸³ **ATWOOD** Roberto. *Diccionario Jurídico*. Librería Bazán. México. D.F.1978.p.157.

que, por no ahondar en el tema, rechace dicha solicitud argumentando la inexistencia del objeto del contrato por ser ilícito.

Pero esta genérica respuesta merece ser correctamente matizada, porque el cumplimiento crea situaciones diversas según el momento en que se produzca. Una vez formalizado el contrato, e independientemente de su licitud, la mujer podría negarse a someterse a la transferencia del embrión, a continuar el embarazo una vez lograda la implantación.

En la primera hipótesis, coincidimos con los tratadistas, que dicen que aunque este contrato fuese reglamentado por la ley en el futuro ya que la moral pública la admite, no sería posible exigir a la mujer arrepentida, el cumplimiento del contrato, porque se trata de actos personalísimos sobre los que no cabe ninguna coacción pero esto, solamente cuando todavía no se haya realizado la fecundación.

Porque si ésta ya se realizó y la mujer se niega a que se le implante el embrión, la situación varía, en virtud de que ya no se trata simplemente del cumplimiento del contrato, sino, principalmente, de la protección que la ley otorga al embrión considerado ya como persona física, a partir de la concepción (nasciturus), por lo que aquí si puede exigirse a la mujer el cumplimiento forzado del contrato.

Claro que si alguna vez el servicio de técnicas de reproducción asistida llegara a generalizarse, al grado tal, de volverse impersonal e indiferente la identidad de la pareja o la mujer, con tal de que llene ciertos requisitos objetivos de funcionalidad orgánica, entonces podría aplicarlo el artículo 2027 que señala:” Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor

tiene derecho a pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible...”

En la segunda hipótesis, si la mujer niega a continuar el embarazo, el caso supera los límites contractuales, pues en nuestro país no existe la posibilidad jurídica de abortar impunemente. Pero si esta decisión se lleva a la práctica en una legislación que permita la interrupción del embarazo en forma amplia, el incumplimiento sólo tendrá efectos en las cláusulas económicas del contrato, más en mi opinión no hay ninguna posibilidad de exigir alguna indemnización al médico tratante; pero si el aborto está prohibido, como en nuestro país, la continuidad del embarazo se convierte en una obligación de carácter público y no de tipo contractual que admita el aborto y la mujer no puede justificarse en la cláusula contractual que admita el aborto, para tratar de evadir su responsabilidad penal derivada del mismo.

Un caso que se complica aún más, a mi parecer, es la negación del producto, pues a pesar, que una cosa es exigir el cumplimiento del contrato, es decir, la concepción, y la otra la de entablar una acción de filiación, ambas acciones van interrelacionadas porque la acción de filiación tiene como objetivo la integración del niño a la familia.

Entonces el problema surge cuando lo que se reclamó no es el cumplimiento del contrato, sino el emplazamiento de una relación materno-filial apoyada en las modernas pruebas sobre histocompatibilidad, pretendiendo desconocer al niño, por el simple hecho del parto, o por la no aceptación del mismo en la familia, sin embargo considero la hipótesis improbable, a menos que se trate de la fertilización sin autorización de la pareja.

Y no habría opción de reclamo al médico tratante, otra mención aparte es cuando hablamos de malformaciones del feto, en cuyo caso se admite la interrupción del embarazo y a mi parecer, es posible establecer:

1.7. Reparación del daño.

Cuando el médico se niega a cumplir el contrato, antes de realizada la fecundación, hablaremos de responsabilidad profesional civil.

La responsabilidad civil nace de la obligación de responder a nuestros actos o de los que actúen por orden nuestra ante la sociedad, concretándose a la reparación del daño y la indemnización. Esta obligación nace de los contratos y cuasi contratos o de un imperativo legal.

La obligación que nace de un imperativo legal, se refiere a las obligaciones señaladas por la norma jurídica para el caso de los profesionales de la salud, se refieren a las obligaciones señaladas en la legislación sanitaria, civil, penal, laboral, etc. Por ejemplo la observancia de las normas oficiales mexicanas, la prestación de servicio de urgencias, la notificación de enfermedades transmisibles, la notificación de intoxicaciones de origen laboral, la notificación a la autoridad competente cuando se atiende a un paciente con lesiones que tengan un posible origen ilícito y en el caso que nos atañe la notificación a la madre de malformaciones en el feto, si fuese el médico tratante el mismo que lleve la evolución del embarazo.

Los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Para que exista un contrato es necesario que exista el

consentimiento de las partes y un objeto que pueda ser materia para ello, en este caso es la prestación del servicio profesional.

Las obligaciones que nacen de un consentimiento tácito entre el usuario del servicio de salud y el profesional de las disciplinas para la salud, tienen la misma validez jurídica, sin que se requiera un documento por escrito. Esta forma de obligación es la que se brinda en servicios de atención a la población abierta en los servicios particulares.

Los contratos de servicios profesionales médicos, son contratos de medios, es decir, que consisten en proporcionar todos los recursos que requiera el paciente en el marco de los principios científicos y éticos vigentes. No es un contrato de resultados en el cual se pueda garantizar el restablecimiento de la salud de un paciente, toda vez que se involucran factores que el médico y el personal de las disciplinas de la salud no puede controlar, por lo que establezco que si no es el mismo médico el que desarrolla la técnica al que trata el embarazo del paciente, este tipo de responsabilidad quedaría excluida.

En dado caso se considerará que hay incumplimiento de la obligación contractual cuando se realicen todos los procedimientos, diagnósticos, terapéuticos, de rehabilitación, etc. que exige la condición del paciente⁸⁴.

Los prestadores de servicios profesionales tienen derecho a una retribución que se puede fijar de común acuerdo con el usuario en este caso el contratante. Cuando no existe un convenio como sucede en la actualidad, los honorarios se regulan tomando en cuenta los siguientes factores: las

⁸⁴ KUTHY PORTER y Otros. *Introducción a la Bioética*. 2ª. ed. Ed. Méndez. México. D.F. 2003. p. 60.

costumbres del lugar, la importancia del trabajo prestado, la capacidad pecuniaria del usuario y a la reputación que tenga el prestador del servicio.

Factores que hacen inasequible este tipo de tratamientos para un gran sector de la población y por los cuales no se ofrecen dichas técnicas a personas derechohabientes.

De dicha responsabilidad profesional es originada sobre todo por negligencia, impericia o dolo.

Negligencia.- Es el incumplimiento de una obligación, conociéndola y teniendo los recursos necesarios para llevarla a cabo.

Impericia.- Es la falta de conocimientos técnicos y científicos en la persona que por su preparación académica está obligada a conocer.

Dolo.- Por dolo se entiende cualquier sugestión o artificio empleado para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.

La responsabilidad civil es independiente de la obligación de responder por el delito o delitos que se realicen en el mismo acto, situación en la que se conjuga una responsabilidad profesional penal.

El prestador de un servicio está obligado a responder del daño que cause.

Aunque no obre ilícitamente, por el uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas a menos que el daño se produjera por culpa o negligencia del propio paciente⁸⁵.

⁸⁵Op. Cit. p. 61.

1.8. Los valores y obligaciones morales que la legislación civil debe respetar y sancionar en esta materia.

Desde mi punto de vista, pienso que el derecho inviolable de todo humano inocente a la vida, los derechos de la familia y de institución matrimonial son valores morales fundamentales, porque conciernen a la condición natural y a la vocación integral de la persona humana. Entonces, al mismo tiempo son elementos constitutivos de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico. Bajo este argumento, las nuevas razones de la técnica en el campo de la biomedicina requiere la intervención de las autoridades políticas y legislativas, porque el recurso incontrolado a esas técnicas podría tener consecuencias imprevisibles y nocivas para la sociedad civil.

La intervención de la autoridad política se debe inspirar en los principios racionales que regula las relaciones entre la ley civil y la ley moral. La misión de la ley civil consiste en garantizar el bien común de las personas mediante reconocimiento y la defensa de los derechos fundamentales, la promoción de la paz y de la moralidad pública. En ningún ámbito de la vida la ley civil puede sustituir a la conciencia ni dictar normas que se dan la propia.

Quiero insistir en que entre esos derechos fundamentales es preciso recordar estos propósitos: a) el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción, hasta la muerte; b) los derechos de la familia y del matrimonio como institución, traídos al mundo y educados por sus padres.

Por lo tanto, considero que si la ley y la autoridades políticas reconocieran las técnicas de transmisión artificial de la vida y los experimentos a ellas ligados, ampliarían toda vez más la brecha abierta por la legislación del aborto

Una especie de reflexión en cuando a las necesidades de otras personas, es actuar conforme a derecho y conforme a nuestras leyes mexicanas⁸⁶.

⁸⁶PACHECO ESCOBEDO.Op. Cit. p.238.

CONCLUSIONES

Recordando y resumiendo que la fertilización o procreación asistida, es el acto de impregnación del elemento femenino con el masculino por medios artificiales para que con esto se le dé concepción a un bebé;

Y que la inseminación artificial.- consiste en la introducción del semen en el interior del canal genital femenino, por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual, (sin cópula de manera sexual), es el método por el cual se fecunda una mujer diferente a lo usado por naturaleza, pero el fin es el mismo, concebir un nuevo ser; y así realizar los sueños de una mujer para que pueda ser y dar salida a sus sentimientos maternos.

Considero que en relación con la normatividad jurídica el legislador debe tomar en cuenta que la biotecnología nos da algunos factores.

1. La ley debe responder a una utilidad social,
2. debe inspirarse en un principio de justicia.
3. El legislador sin prescindir de toda consideración del orden moral, debe de entender que toda moral es contingente, que varía con la coyuntura y debe ser aplicada a la luz de la evolución social.

Por lo tanto concluyo que la fecundación in vitro, aun cuando su realización es que se le extraigan varios óvulos a una mujer y se fertilicen con semen de hombre (obviamente) en el laboratorio y que de esta manera el embrión se encuentra en un ambiente adecuado; para posteriormente implantarse en el útero de la mujer que rentó su matriz. No es de ninguna manera una concepción amoral, ya que el medio para lograr los sueños y la realización maternal de una mujer sobre todo para la felicidad de una pareja que pueda servir mejor, tanto a su familia como a su país, para no ser seres amargados, ni frustrados, sino personas realizadas, esto sin duda podrá dar una mejor sonrisa que equivale a ser mejores humanos que contribuyan a la superación del país.

Por lo que resulta necesario aclarar que el objeto del contrato no es la maternidad, sino la prestación del servicio de fertilización in vitro, por llamarlo de alguna manera y, en dicha cláusula no estamos disponiendo de la filiación sino siguiendo su propia naturaleza que deriva del vínculo biológico y genético.

En lo que respecta al embrión, la respuesta la encontramos en el artículo 22 del código civil que nos dice: “desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en el presente código”, por lo tanto la portadora del feto durante el embarazo no puede disponer de él a su libre arbitrio, ya que independientemente de la presencia de estos hechos no previstos expresamente pero implícitamente reales, debe prevalecer la protección que al nasciturus le otorga este código.

Por otra parte la Ley General de Salud, otorga a la Secretaría de Salud, facultades para intervenir en lo relativo a la planificación familiar, que comprende el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana”, por lo que conforme a este precepto, la Secretaría de Salud en ejercicio de esta autorización, sólo puede intervenir en cuestiones relativas a la investigación en esas materias, quedando laguna de si también se refiere a la aplicación de las técnicas relativas a la reproducción artificial de seres humanos, llamada comúnmente fertilización in vitro.

La ley con ésta laguna deberá pensar en que si es un contrato el que se está haciendo no tiene por qué ser ilícito, puesto que ella misma lo autoriza. Los órganos competentes del estado deben legislar sobre esta materia, con el fin de otorgar eficacia jurídica a convenios o contratos que tengan por objeto el préstamo de un útero y declarar procedente la maternidad subrogada.

Existe la fecundación in vitro homóloga y fecundación in vitro heteróloga.

La primera es cuando los elementos óvulo y espermia provienen de los cónyuges, pero implantan el producto en el útero de otra mujer distinta a la portadora del óvulo, es decir, se implanta en mujer que solamente portará el producto ya fecundado, pero no aportó el óvulo para su concepción. Hablamos de una implantación homóloga.

En cambio, en el segundo aspecto el espermia proviene del marido y otra mujer distinta a su esposa aporta el óvulo y presta su vientre, se habrá producido una fecundación in vitro heteróloga.

Después de este argumento, podemos hablar ciertamente de un contrato muy distinto denominado de alguna manera como Contrato de maternidad subrogada entendiéndose por esta a la prestación del óvulo y vientre donde la madre de alquiler lo es no sólo de su vientre sino también del óvulo de forma que se habrá producido una fecundación artificial heteróloga, siendo el varón de la pareja solicitante quien aporta el semen, mientras que la verdadera madre sería en este caso la mujer alquilada, cabe mencionar que en caso de incumplimiento de contrato la persona que en este caso es la mujer que prestó su vientre y óvulo deberá ser sancionada conforme a derecho, es por eso que decidimos que nuestros legisladores deberán estar preparados para un caso así, ya sea que el producto haya sido concebido de la manera arriba mencionada o por contrato de incubación que es cuando se aporta exclusivamente el vientre para recibir unos ovarios cigotos producidos con material genético ajeno.

La maternidad subrogada y no está contemplado en la ley, no significa que sea contraria a ella, del mismo modo que un contrato de prestación de servicios profesionales como el que propongo, ya que si bien, la ley no lo reglamenta tampoco la prohíbe y de acuerdo con el principio de legalidad que reza “la autoridad puede hacer todo lo que la ley permite y los particulares pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba”.

Ahora, respecto a la ejecución forzada del contrato de subrogación materna, nos encontramos ante tres hipótesis, dignas de análisis, ya que el incumplimiento crea situaciones según el momento en que produzca, una

vez formalizado el contrato de maternidad subrogada la mujer alquilada podría negarse:

- a) Someterse a la transferencia del embrión.
- b) Continuar el embarazo una vez lograda la implantación.
- c) Entregar la criatura después del nacimiento.

Estas hipótesis no se estudian a fondo en la presente tesis.

Pasemos a, la Ley General de Salud en México que dice escuetamente en la última parte del artículo 466 “la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”, pero no especifica el tipo de inseminación, ni admite expresamente que la autorización del marido constituya una nueva fuente de la paternidad, sugiere al menos, que el legislador ha tomado conciencia del tema.

Para en caso de incumplimiento del contrato, sancionar a la parte incumplidora y resarcir el daño a la parte afectada.

El procedimiento de la fecundación artificial, específicamente no pone en peligro la filiación debido a que la maternidad se prueba con el sólo nacimiento, y si es necesario el vientre de otra mujer, no repercute en el derecho sucesorio, ya que por sucesión legítima tienen derecho a heredar los descendientes, ascendientes y parientes colaterales dentro del cuarto grado excluyendo a quienes vincula el parentesco de afinidad. Ya que anexo a este contrato una pareja en matrimonio o en concubinato, a los que se les llama “aportadores” en forma gratuita u onerosa encomienda a otra mujer a la que se le llama “portadora”, la cual se obliga a recibir en su genital adecuado el producto de una fecundación in vitro, pero 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.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CARVAJAL Leopoldo. *Contratos Civiles*. Ed. Hagtam. 6ª. ed. México. 1964. p.p. 307

ARRIGHI Arturo, COGORNO, Miguel. *Infertilidad en Tozzini, Roberto Ítalo et al. Esterilidad e infertilidad humanas*. 2a. ed. Ed. Médica Panamericana. Buenos Aires. 1989. Nota 1. p.p. 476.

BAQUEIRO ROJAS Edgar. *Derecho Civil e Introducción a las Personas*. 2da. ed. Ed. Oxford University Press. México. D.F. 2010. p.p. 372.

BORJA SORIANO Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. 12ª ed. Ed. Porrúa. México 1991. p.p. 153.

BURGOA O. Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Ed. Porrúa. México. 1994. p.p. 814.

CARPIZO Jorge, MADRAZO Jorge. *Derecho Constitucional*. Ed. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1991.

CHAVEZ ASECIO Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Ed. Porrúa. 2ª. ed. México. 1992. p.p. 430.

CHIRINO CASTILLO Joel. *Derecho civil*. Ed. McGraw Hill. México. 3ª. ed. 2002. p.p. 234.

DE IBARROLA Antonio. *Cosas y Sucesiones*. 16ª. ed. Ed. Porrúa. S. A. México. 2008. p.p. 1120.

DOMINGUEZ GACÍA VILLALOBOS Jorge Alfredo. *Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Órganos*. Ed. Porrúa. S.A. México. 1993. p.p. 134.

ESQUIVEL OBREGÓN Toribio. *Apuntes para la historia del derecho 1-2*. Ed. Porrúa. México. 2009. p.p.1728.

GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *Derecho Civil Primer Curso*. 26ª. ed. Ed. Porrúa. S.A. México. 2009. p.p.788.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1993. p.p. 291.

GUERRA FLECHA José María. *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*.Ed. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. España. 1998. p.p. 232.

PACHECO ALBERTO.*La persona en el derecho civil Mexicano*. 2ª.ed.Ed.Panorama.México.D.F.1992.p.p.387.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO Bernardo. *Contratos civiles*. 12ª. ed. Ed. Porrúa. México. 2008. p.p.460.

PÉREZ PEÑA Efraín. *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral*. 2a. ed. Ed. Salvat. México. D.F. 1995. Nota 2. p.p.478.

QUIROZ ACOSTA Enrique. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Segundo Curso. Ed. Porrúa. México. 2002. p.p. 763.

SANCHEZ MEDAL Ramón. *De los contratos civiles*. Ed. Porrúa. 23ª. ed. México. 2008. p.p. 645.

ROJINA VILLEGAS Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia. Volumen II*. 11va. ed. Ed. Porrúa. México. D.F. 2006. p.p 863.

TREVIÑO GARCÍA Ricardo. *Los contratos civiles y sus generalidades*. Ed. McGraw Hill. 6ª. ed. México. 2003. p.p. 1037.

VELEZ SOMARRIBA Anibal. *Personas, bienes y derechos reales*. Ed. U.J.A.T. México. 1995. p.p. 190.

VILAR Sergio. *La nueva racionalidad: comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios*. Colección Nueva Ciencia. Ed. Kairós. Barcelona. España. 1997. p.p. 260.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel A. *Contratos civiles*, 8ª ed. Ed. Porrúa. México. 2000. p.p. 213.

HEMEROGRAFÍA

BELOFF, Mary. "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar". Justicia y *Derechos del Niño*. Número 1. UNICEF y Ministerio de Justicia. Santiago. 1999. p.p. 9 - 21.

CUELLO CALÓN, Eugenio. "En torno a la inseminación artificial en el campo penal". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 14. Fasc-Mes 2. 1961.p.p. 195 - 206

FLORES TREJO Fernando. "El bioderecho: nueva rama científica interdisciplinaria". *Revista de la Facultad de Derechode la U.N.A.M.* Tomo LV. N° Extra 1. México. 2005. p.p. 133-145.

GAFO Javier. "Regulación jurídica de la procreación asistida". *Dilemas Éticos de la Medicina Actual*. Universidad Pontificia Comillas. Madrid. España. 1986. p.p.17-42, 231-246, 329-366, 381-398.

GÓMEZ SÁNCHEZ Yolanda. "Algunas reflexiones jurídicas constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de la reproducción asistida". *Revista de Derecho Político*. España. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Núm. 26. 1988. p. 85 - 113.

NIETO CASTILLO, Santiago. "Notas sobre derecho genómico". *Publicación periódica Derecho y Cultura*. U.N.A.M. Tomo LV. Número 5. Invierno 2001-Primavera2002. México. p.p.115 -128.

PUIG PEÑA Federico. *Tratado del Derecho Civil Español*.Tomo II. Volumen 2. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1971.

RODRÍGUEZ LÓPEZ Dina. "Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato". *Revista de Derecho Privado de la Facultad*

de Derecho de la U.N.A.M. Mayo - Agosto. México. 2005. Nueva Serie. Número 11. p.p. 97-121.

SILVA RUIZ Pedro F. "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro". *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*. Vol. 48. Núm. 1. Enero – Mayo. 1987. pp. 25 – 35.

TURNER SAELZER Susan, MOLINA PEZOA Marcia y MOMBERG URIBE Rodrigo. "TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA: Una perspectiva desde los intereses del hijo". *Revista deDerecho (Valdivia)*. Dic. 2000. Vol.11. p.p.13 - 26.

KRAUSE Harry D. "Artificial Conception: LegislativeApprouche". *FamilyLawQuarterly*. Vol. XIX. Núm. 3. Chicago. 1985. Fall. p.p.185-206.

VÁZQUEZ Rodolfo. "Ética, Derecho y fecundación asistida". *Cuadernos de Filosofía del Derecho. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes*. Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. núm. 14. 1993. p.p.457-464.

DICCIONARIOS

ATWOOD Roberto. *Diccionario Jurídico*. Librería Bazán. México. D.F. 1978.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Ed. Driskill S.A. Buenos Aires. Argentina. 1980. Tomo XII.

FIX ZAMUDIO Héctor. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa. UNAM. México. 2001.

MADRAZO Cuéllar Jorge. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 15ª ed. Ed. Porrúa. UNAM. México. 2000.

ROSSI Leandro, VALSECCHI Ambrogio. *Diccionario Enciclopédico de Teología Moral*. Ed. Paulinas Ediciones. 1992. México. D.F. p.p.1468.

LEGISLACIÓN

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. México. Ediciones Fiscales ISEF. 2000.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México. Sista. 2003.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. México. Ediciones Fiscales ISEF. 2003

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE TABASCO. México. Sista. 2003.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. LEY GENERAL DE SALUD. México. Sista. 2003.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACION PARA LA SALUD. México. Sista. 2003.

TRATADOS INTERNACIONALES. CONVENCION GENERAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Ratificada por México en 1990.

OTRAS FUENTES

BIOETICAWEB. Bioética en la Red, [Web en Línea]. <http://www.bioeticaweb.com/Comentarios_juridicos/regulacion_de_la_reproduccion_as.htm> [Consulta: 10-01-2007]

BRENA SESMA, INGRID LILIAN (1995). "Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de la Inseminación Artificial". Revista Jurídica, Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva Serie Año XXVIII. N°. 82. Enero-Abril, 1995. [Publicación en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/82/art/art2.htm>>[Consulta: 10-01-2007]

CERHVO. Centro de Reproducción Humana del Vallés Occidental, [Web en Línea].

<<http://www.cerhvo.es/presentacion.php?men=1&smen=0&tmen=0&lang=es>> [Consulta: 10-01-2007]

CLÍNICA EUGIN. Ginecología y Reproducción, [Web en Línea].
<<http://www.eugin.net>> [Consulta 10-01-2007]

CREA. Centro Medico de Reproducción Asistida, [Web en Línea].
<<http://www.crea.ws/intro.html>> [Consulta 10-01-2007]

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 31-VII-90, [Web en Línea].
<<http://dof.gob.mx/index.php?year=1990&month=07&day=31>> [Consulta 11-11-2010]

EL MITNAL MÉDICO. Sobre la Ética Médica y la Bioética en Reproducción Asistida, [Web en Línea].
<<http://idd0073h.eresmas.net/public/artic07/bioenra.htm>> [Consulta 10-01-2007]

ENCICLOPEDIA MICROSOFT ENCARTA 2000. CD.1.

EUR-LEX. Portal del Derecho de la Unión Europea. Directiva 98/79/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de octubre de 1998 sobre productos sanitarios para diagnóstico in Vitro. [Documento en línea]. 1998. Parlamento Europeo , Consejo. [Comunidad Europea]: Base Jurídica 31998L0079, 07/12/1998. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0079:ES:HTML>> [Consulta: 10-01-2007]

FIVMADRID. Clínica Especializada en Reproducción, [Web en Línea].
<<http://fivmadrid.es>> [Consulta 10-01-2007]

GINECOLOGÍA Y REPRODUCCIÓN HUMANA. Las bases de la Reproducción, [Web en Línea]. <<http://www.gyrhonline.com/display.php?section=2>> [Consulta 10-01-2007]

INSTITUTO VALENCIANO DE INFERTILIDAD, [Web en Línea]. <<http://www.ivi.es>> [Consulta: 10-01-2007]

IRAGA. Instituto de Reproducción Asistida de Galicia, [Web en Línea]. <<http://www.iraga.net/index2.php>> [Consulta: 10-01-2007]

L. FATTORI, MIRTA Y OTRO. "Infertilidad, esterilidad y reproducción asistida. La mujer. Encrucijada de su destino. Una aproximación a la comprensión de la infertilidad". Espacios Temáticos, Psicomundo. [Publicación en Línea] <<http://www.psiconet.com/foros/infertilidad/mujer.htm>> [Consulta: 10-01-2007]

LINN, PATRICIA (2000). "Nuevos planteos éticos en reproducción asistida". Aleph Zero, Divulgación Científica de la Escuela de Ciencias de la Universidad de las Americas, Puebla. Junio 2000. [Publicación en Línea] <<http://aleph.cs.buap.mx/az18/clon.html>> [Consulta: 10-01-2007]

MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, VÍCTOR M. Y OTROS (1995). "Genética Humana y Derecho a la Intimidad" [Libro en línea]. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Biblioteca Jurídica Virtual. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=82>> [Consulta: 10-01-2007]. ISBN e-book 968-36-4622-0

MOCTEZUMA BARRAGÁN, GONZALO. “La reproducción Asistida en México, un enfoque multidisciplinario. Biblioteca Jorge Carpizo. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, [Publicación en Línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/cuad1/barragan.htm>> [Consulta: 10-01-2007]

MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, MARCIA Y OTROS (2002). “Reflexiones en torno al derecho geonómico” [Libro en Línea]. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Biblioteca Jurídica Virtual. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=211>>[Consulta: 10-01-2007]. ISBN e-book 968-36-9819-0

PARLAMENTO EUROPEO. Proyecto de Informe sobre Fecundación Artificial en Vivo e in Vitro de la Comisión de Asuntos Jurídicos de los Derechos de los Ciudadanos del 6 de diciembre de 1988.

PLANETA MAMÁ. Concepción e Infertilidad, [Web en Línea]. <<http://www.planetamama.com/planificacion/queesesterilidad.htm>>[Consulta: 10-01-2007]

SAN MAURICIO. Policlínica, [Web en Línea]. <<http://www.arconet.es/sanmauricio/default2.html>> [Consulta 10-01-2007]

SEPÚLVEDA, M. SOLEDAD Y OTRO (2001). “Diagnóstico Genético Preconcepcional”. Revista Médica, Clínica Los Condes, Enero 2001, vol. 12, no. 1. [Publicación en línea] <http://www.clinicalascondes.cl/area_academica

[/Revista%20Medica%20Enero%202001/articulo_005.htm](#)> [Consulta: 10-01-2007]

SANCHEZ TORRES, FERNANDO. Temas de Ética Médica. [Libro en Línea] InetColombana S.A. Bogota. 1998. Librería Digital. En Colombia.com, <<http://www.encolombia.com/etica-medica-capitulo-VIII.htm>>[Consulta: 10-01-2007]

SECADES, YOLANDA Y OTRA. “La reproducción asistida en México”. Fertilityworld.org Patients, Country – Reports. TheBertarelliFundation, [Publicación en línea] <http://www.fertilityworld.org/content/doc_809/en/version_1/doc.asp>[Consulta: 10-01-2007]

TÉCNICAS EN REPRODUCCIÓN ASISTIDA, [Web en Línea]. <<http://www.reproduccion.com.mx>> [Consulta 10-01-2007]

TUOTROMEDICO.COM Temas. Esterilidad e Infertilidad, [Web en Línea]. <<http://www.tuotromedico.com/temas/esterilidad.htm>>[Consulta: 10-01-2007]

ZAMUDIO, TEODORA. “ENSAYO: Frente a los avances en la reproducción asistida de seres humanos se propone la adecuación y aplicación de la Ley de Adopción a gametos y embriones humanos”. Biblioteca regulación jurídica de las biotecnologías. Equipo de Docencia e Investigación Universidad de Buenos Aires – Derecho. [Publicación en Línea] <<http://www.biotech.bioetica.org/docta40.htm>> [Consulta: 10-01-2007]