



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la Universidad
Nacional Autónoma de México

CLAVE:879309

**“La ilicitud del objeto del contrato
de maternidad sustituta”**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

PRESENTA:

MARÍA DE LOURDES ESQUIVEL GONZÁLEZ

ASESOR: LIC. FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE

CELAYA, GTO.

OCTUBRE 2009.



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.

AGRADECIMIENTOS:

- **A DIOS.-**

Por darme el privilegio de la vida, por permanecer siempre a mi lado otorgándome las herramientas necesarias para cumplir con mis objetivos personales, familiares y sociales, así mismo le agradezco por darme una familia tan maravillosa como la que tengo la cual siempre esta a mi lado apoyándome y luchando conmigo para salir adelante.

- **A MIS PADRES.-**

MARIA DE LOURDES GONZÁLEZ UGALDE Y JUAN DE DIOS ESQUIVEL ROMERO, les agradezco por todo el trabajo y los sacrificios que han tenido que realizar para darme la oportunidad de superarme, por ser el medio a través del cual he tenido la oportunidad de cumplir esta meta en mi vida, por su paciencia, su comprensión, su esfuerzo y dedicación, por el amor que me dan día a día, por esas palabras de aliento que me han brindado durante mi vida.

PAPA, te dedico este trabajo por creer en mí, por enseñarme a valorar tu profesión que ahora también es la mía, por guiarme a lo largo de mi carrera y por el apoyo incondicional que siempre me brindas.

MAMA, te dedico este trabajo por todo el apoyo que me brindaste, por estar siempre a mi lado y por esas palabras de apoyo incondicional que siempre me das.

- **A MI HERMANO.-**

JUAN DE DIOS ESQUIVEL GONZÁLEZ, te agradezco por estar en cada momento de mi vida compartiendo mis aciertos y mis equivocaciones, porque siempre has estado como mi mejor amigo brindándome tu amor y tu apoyo incondicional, gracias hermano por tu apoyo en mi formación personal y académica.

- **A MI NOVIO.-**

CHISTIAN JESÚS RUIZ ENRÍQUEZ, te agradezco por el impulso que me diste para realizar este trabajo, por tu paciencia, por tu amor, por tu compañía y por estar a mi lado cumpliendo una meta más en mi vida.

- **A MIS AMIGAS.-**

Les agradezco los momentos que hemos compartido juntas, los consejos que me han brindado, su amistad incondicional, aunque ya no estemos tan juntas como antes, siempre estarán en mi corazón y se que sin su apoyo y compañía estos cinco años no hubieran sido lo mismo.

- **A LA FAMILIA.-**

GONZÁLEZ UGALDE Y ESQUIVEL ROMERO, les agradezco infinitamente por todo el apoyo que me brindaron durante mi carrera, por compartir mis éxitos y fracasos y por ese apoyo incondicional que siempre me han dado, GRACIAS.

- **A MIS MAESTROS.-**

Por compartir sus conocimientos y experiencias con migo, por su paciencia y entrega a lo largo de la carrera, por formar parte de mis recuerdos y brindarme su amistad.

GRACIAS.

ÍNDICE

Introducción

CAPÍTULO PRIMERO: PERSONAS

1.1 Persona	1
1.2 Clases de personas	2
1.2.1 Personas físicas	5
1.2.2 Personas morales	13
1.2.2.1 Clasificación de las personas morales	14
1.3 Personalidad	15
1.3.1 Características de la personalidad	16
1.3.2 Iniciación de la personalidad	17
1.3.3 Condiciones jurídicas del naciturus	18
1.3.4 Fin de la personalidad	18

CAPÍTULO SEGUNDO: FAMILIA

2.1 Concepto de familia	19
2.2 Fuentes del derecho de familia	20
2.3 Sujetos del derecho de familia	20
2.3.1 Parentesco	20
2.3.2 Matrimonio	23
2.3.3 Cónyuges	27
2.3.4 Concubinato	28
2.3.5 Personas que ejercen la patria potestad	30
2.3.6 Personas que ejercen la tutela	31
2.4 Objetos propios del derecho de familia	35

CAPÍTULO TERCERO: FILIACION

3.1 Filiación	38
3.2 Filiación legítima	38
3.2.1 Pruebas de la filiación legítima	39
3.2.2 Actas del registro civil	40

3.2.3	Posesión del estado de hijo y de cónyuge.....	40
3.2.4	Acción de reclamación del estado de hijo de matrimonio	43
3.2.5	La presunción de paternidad.....	45
3.2.6	Plazos para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad	47
3.2.7	Reglas para la aplicación de la presunción de paternidad en el caso de matrimonios sucesivos.	49
3.3	Filiación natural	51
3.3.1	Formas de establecer la filiación natural.....	52
3.3.2	Reconocimiento Voluntario	53
3.3.3	Reconocimiento hecho por un menor.....	53
3.3.4	La renovación y la nulidad del reconocimiento voluntario ...	54
3.3.5	Acción de contradicción de reconocimiento voluntario.....	55
3.3.6	Reconocimiento Forzoso o Judicial	57
3.3.7	Investigación de la paternidad y maternidad.....	57
3.3.8	Efectos del Reconocimiento	60
3.4	Filiación Civil o Adoptiva	61
3.5	Medios de Prueba de la Filiación	62

CAPÍTULO CUARTO: CONTRATOS

4.1	Contrato y Convenio.....	64
4.2	Principal clasificación de los contratos	65
4.2.1	Contratos bilaterales y unilaterales	66
4.2.2	Contratos Onerosos y Gratuitos.....	66
4.2.3	Contratos Conmutativos y aleatorios.....	67
4.2.4	Contratos reales y consensuales.....	67
4.2.5	Contratos formales y Consensuales.....	68
4.2.6	Contratos principales y contratos de garantía accesorios ...	68
4.2.7	Contratos Instantáneos y de tracto sucesivo.	69
4.3	Elementos de los contratos.....	69
4.3.1	El consentimiento	69
4.3.2	Formas del consentimiento	70
4.3.3	Objeto materia de los contratos	71
4.3.4	Capacidad	71
4.3.5	Vicios del consentimiento	72
4.3.6	La forma.....	73
4.3.7	El fin o motivo determinado.....	73
4.4	Medios de prueba	73

CAPÍTULO QUINTO: LA MATERNIDAD SUSTITUTA

5.1 La reproducción humana	74
5.1.1 Reproducción humana natural.....	74
5.2 Infertilidad y Esterilidad	75
5.3 La Reproducción Humana Asistida	79
5.3.1 Artificial	81
5.3.2 La hiperestimulación ovárica controlada.....	82
5.3.3 La percusión espermática a oviductos.....	82
5.3.4 La fecundación in Vitro.....	82
5.3.5 La transferencia de embriones	84
5.3.6 La transferencia intrauterina de gametos.....	84
5.3.7 La Maternidad sustituta.....	84
5.4 Marco jurídico en torno a las técnicas de reproducción humana	88
5.5 La ilicitud del Contrato de maternidad sustituta	109

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Cuando una pareja presenta dificultades para tener hijos, empiezan a sentir la urgencia por lograr la concepción, sin destacar la posibilidad de adoptar o buscar alguna otra opción que les permita convertirse en padres.

Dentro del desarrollo científico, encontramos que desde la década de los setentas se hizo pública una serie de investigaciones en torno a la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad y esterilidad, a través de una serie de prácticas médicas denominadas técnicas de reproducción humana asistida.

Se les denomina técnicas de reproducción humana asistida al empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa el contacto sexual para que la fertilización ocurra.

El nacimiento de Luise Brown, en 1978, gracias a la fecundación in Vitro y su posterior implantación embrionaria en el útero de su madre, ha significado un parteaguas en la salud reproductiva, pues a partir de ese momento hasta hoy, las técnicas de reproducción humana asistida han tenido un perfeccionamiento continuo, propiciando que cada vez mas parejas infértiles o estériles, alrededor del mundo, tengan la posibilidad de lograr la propia descendencia.

Dentro de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida, encontramos la llamada maternidad sustituta, que tiene la peculiaridad de agrupar para su realización a varias técnicas de reproducción asistida a la vez, dependiendo de la modalidad de que se trate, de esta manera podemos encontrar el uso de la inseminación artificial, la fecundación in Vitro, la implantación de

embriones en el útero, e incluso la manipulación embrionaria para corregir errores congénitos o para simplemente seleccionar el sexo del nuevo ser.

Es esta técnica denominada maternidad sustituta, la cual constituye el objeto de estudio de esta tesis en virtud de considerarla muy interesante porque para su realización no solo interviene la ciencia, si no que tiene que ver con el acto de la voluntad de una mujer que se prestará para la gestación de un embrión, que en ningún momento debe considerarse como un hijo, el cual debe entregarse a la pareja solicitante después del nacimiento de este bebé, de esta manera y al estar supeditado este acto de voluntad de las personas que intervienen en él, pero en particular a la voluntad de la madre sustituta, la aplicación de esta técnica tiene un desenlace incierto.

El principio general del derecho dispone que lo que no está prohibido está permitido, por lo tanto el contrato de maternidad sustituta sí está permitido, sin embargo encontramos que para la realización de un contrato es necesario contar con los elementos de existencia y de validez, para que este contrato pueda ser eficaz, es ahí donde surge mi tema de tesis preguntándome si el contrato de maternidad sustituta cumple con los elementos de existencia que son consentimiento y objeto para que este tenga eficacia jurídica y se pueda considerar lícito.

Para la realización de la presente tesis, mi trabajo de investigación lo he dividido en cinco capítulos los cuales el primero abordará el tema de la personalidad, el segundo de la familia, el tercero de la filiación, el cuarto de los contratos y el quinto y último sobre la maternidad sustituta.

CAPÍTULO PRIMERO: PERSONAS

1.1 Persona

Historia del concepto jurídico de persona:

“El sentido originario de la palabra persona fue en la antigüedad clásica la máscara o careta que cubría la faz del actor cuando éste recitaba en escena, con el fin de hacer su voz vibrante y sonora; pero después la palabra pasó a significar al mismo actor enmascarado, al personaje. Tal lenguaje escénico se introdujo bien pronto en la vida. Y como del actor que en la vida representaba un papel, también de quien en la vida realizaba alguna función se decía que está funcionando como una persona. Persona quería decir aquí, posición, función, cualidad. Finalmente se llegó a ver en la palabra persona la indicación del individuo humano.

Durante mucho tiempo en el mundo del derecho las personas fueron clasificadas en individuales (el individuo humano) y jurídicas (las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones) a las que el orden jurídico concede la calidad de sujeto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivo. Pero la moderna doctrina ha reconocido que tan jurídica es la persona individual como la colectiva, puesto que ambas constituyen conceptos estrictamente jurídicos. Es así porque la personalidad jurídica individual no es pura y simple la transcripción de la auténtica realidad del individuo humano, sino que es tan solo un haz unitario de funciones determinadas por el derecho. Tan jurídica

es la personalidad que se atribuye al sujeto individual, como aquella que se concede al ente colectivo.”¹

En la actualidad se distinguen las siguientes acepciones de persona y persona jurídica:

Persona: se define como el individuo de la especie humana, o bien hombre o mujer cuyo nombre se ignora.²

Persona Jurídica: es todo ente capaz de tener derechos y obligaciones, así se puede decir que la persona jurídica es el ente capacitado por el derecho para actuar como sujeto activo o pasivo en una relación jurídica.³

1.2 Clases de personas

En nuestro derecho existen dos tipos de personas, las personas físicas y las personas morales.

La persona física es un individuo con capacidad para contraer obligaciones y ejercer derechos.

La persona moral es una agrupación de personas que se unen con un fin determinado.

Dentro de las personas morales encontramos a las llamadas de derecho público y a las de derecho privado. Para poder entrar al estudio de estos entes es necesario establecer cual es el derecho público y el derecho privado ahora bien se entiende por:

¹ Luís Recasens Siches. Introducción al Estudio del Derecho. 14 ed. Ed. Porrúa. México 1981. p.153.

² Juan Palomar de Miguel. Diccionario para Juristas. 1 ed. Ed. Mayo. México 1981. p.1010

³ Juan Manuel Santoyo Rivera. Introducción al Derecho. 2 ed. Ed. Ulsab. Celaya, Guanajuato 1997. p.161

PERSONAS:

- **FÍSICAS**
- **MORALES:**
 - I. DE DERECHO PÚBLICO:**
 - a) nación
 - b) entidades federativas
 - c) municipios
 - II. DE DERECHO PRIVADO:**
 - a) asociaciones
 - b) sociedades
 - c) sindicatos

Derecho Público: conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares con el estado, o bien regula las relaciones de los estados entre sí.⁴

Derecho privado: conjunto de normas que regulan las relaciones de los particulares entre sí.⁵

De acuerdo a los significados tanto de derecho público como de derecho privado podemos decir que dentro de las personas morales de derecho público se encuentran la nación, las entidades federativas y los municipios y dentro de las personas morales de derecho privado encontramos a asociaciones, sociedades y sindicatos.

La nación: se define como el conjunto de los habitantes de un país que se rigen por el mismo gobierno.⁶

⁴ Op.cit. p. 60

⁵ Ibidem.p.60

⁶ Juan Palomar de Miguel. Op.cit. supra(2)

Las entidades federativas: se definen como: entidad jurídica política que se integra por la unidad de territorio, población, soberanía y gobierno que resulta de la afinidad en ordenamiento legal que identifica a un grupo de personas.

Los municipios: los definimos como conjunto de personas asentadas en un mismo territorio jurisdiccional regido en sus intereses vecinales por un ayuntamiento.

Las Asociaciones: es la persona jurídica formada por el conjunto de asociados para un mismo fin.

Las Sociedades: Conjunto de personas que se relacionan entre sí de acuerdo a unas determinadas reglas de organización jurídicas y consuetudinarias, y que comparten una misma cultura o civilización en un espacio o un tiempo determinados.

Los sindicatos: es una organización integrada por trabajadores en defensa y promoción de sus intereses sociales, económicos y profesionales relacionados con su actividad laboral o con respecto al centro de producción (fábrica, taller, empresa) o al empleador con el que están relacionados contractualmente.

El código civil para el Estado de Guanajuato distingue las siguientes clases de personas en su artículo 24:

1. La nación, las entidades federativas y los municipios.
2. Las corporaciones de carácter público y las fundaciones reconocidas por la ley.
3. Las asociaciones y sociedades civiles y mercantiles.

4. Los sindicatos y demás asociaciones profesionales a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
5. Los ejidos y las asociaciones, cooperativas y mutualistas.
6. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fuere desconocido por la ley.
7. Todas las agrupaciones a las que la ley reconozca ese carácter.

1.2.1 Personas físicas

Definición de persona física:

Es todo sujeto para ser titular de derechos y obligaciones.

Como atributos de las personas físicas encontramos la capacidad la cual se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, el estado civil, patrimonio, nombre, domicilio y nacionalidad.

CAPACIDAD.-

Entendiéndose éstas como la aptitud legal para ser sujeto de derechos, deberes y asumir obligaciones.

Es el atributo más importante de las personas, existen dos tipos:

- Capacidad de goce
- Capacidad de ejercicio

La capacidad de goce: es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones.

“Existen grados de capacidad de goce los cuales son los siguientes:

1.- Grado mínimo.- el grado mínimo de la capacidad de goce existe en el ser concebido pero no nacido con la condición establecida en el Código Civil de que nazca vivo y sea presentado en el registro civil o viva 24 horas. Este grado de capacidad de goce mínimo permite que el embrión humano tenga derechos subjetivos patrimoniales, como derecho a heredar, recibir en donación, recibir en legado y es la base para determinar su condición jurídica como hijo legítimo o hijo natural.

2.- La de los menores de edad: existen restricciones a la capacidad de goce de los menores de edad, estos tiene la posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones a pesar de su minoría de edad, pero carecen de capacidad de goce en cuanto a sus derechos subjetivos, la capacidad de goce de los menores de edad se encuentra restringida en cuanto a:

El derecho para celebrar matrimonio antes de los 16 años en hombres y 14 en mujeres.

Derecho para adoptar el cual se adquiere a los 30 años.

Derecho a ser tutor el cual solo tiene los mayores de edad.

Derecho para reconocer a un hijo natural el cual se adquiere a los 14 años siendo mujer y 16 siendo hombre más la edad de el hijo que se reconozca.

Derecho para hacer testamento el cual se adquiere a los 16 años.

Derechos políticos que se adquieren a los 18 años.

3.- El tercer grado está representado por los mayores de edad: en estos se hace una diferencia entre los mayores en pleno uso de sus facultades mentales y los mayores sujetos a un estado de interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas o enervantes.

Desde el punto de vista de los derechos patrimoniales el estado de interdicción no afecta la capacidad de goce ya que no impiden al sujeto ser titular de derechos y obligaciones, pero sí afecta la capacidad de goce en cuanto a las relaciones de familia ya que éste no podrá ejercer la patria potestad ni la tutela ya que se encuentra privado de sus facultades mentales”.⁷

La capacidad de ejercicio: esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.

“Grados de la incapacidad de ejercicio:

1.- El ser concebido pero no nacido: en el que existe la representación de la madre, o del padre o bien de ambos, para los casos que el derecho permite capacidad de goce como para herencia, recibir legados, donaciones, es aquí donde la madre o padre o ambos tiene la representación tanto para recibir los derechos por su conducto como para hacerlos valer.

2.- Este grado se manifiesta desde el nacimiento hasta la emancipación: no pueden los menores no emancipados ejercitar sus derechos o hacer valer sus acciones; necesitan siempre del representante para contratar; para comparecer en juicio,

3.- Menores no emancipados: en estos existe incapacidad parcial de ejercicio, ya que puede realizar todos los actos de

⁷ Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. T.I Introducción, Personas y Familia. 16 ed. Ed. Porrúa. México 1974 p.p.158-169

administración relativos a sus bienes muebles e inmuebles, pueden ejecutar también los actos de dominio relacionados con sus bienes muebles, pero éstos tienen incapacidad de ejercicio para comparecer a juicio ya que por ser menores de edad necesitan de representación para poder hacerlo”.⁸

ESTADO CIVIL.-

Atributo exclusivo de las personas físicas consiste en la situación particular de las personas respecto de su familia, el Estado o la Nación.

En el primero de los casos refiriéndonos a la situación que una persona guarda respecto de su familia encontramos que esas calidades pueden ser:

- Hijo (a).- persona o animal respecto de su padre o madre.⁹
- Padre.- varón o macho respecto de sus hijos.¹⁰
- Madre.- hembra respecto a su hijo o hijos.¹¹
- Pariente por consanguinidad.- es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor común.¹²

⁸ Op.cit. p.p.158-159

⁹ Juan Palomar de Miguel. Op.cit. Supra(2) p.666

¹⁰ Op.cit. p.956

¹¹ Ibidem. p.815

¹² Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. T. II Derecho de Familia. 2 ed. Ed. Porrúa P.154

- Pariente por afinidad.- se crea por virtud del matrimonio entre el marido y los parientes de su mujer y entre esta y los parientes de aquel.¹³
- Pariente por adopción.- Este resulta del acto jurídico que lleva ese nombre y que para algunos autores constituye un contrato. Por virtud del mismo se crean los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo.¹⁴

Dentro de las características del estado civil encontramos que el estado civil es una cualidad de relación de las personas, que este no es objeto de transacción o enajenación, no es un bien de orden patrimonial susceptible de transferencia y de prescripción en forma positiva o negativa, es un valor de orden extramatrimonial y por tanto indivisible e inalienable.

Los derechos que el estado civil guarda dentro de las personas son subjetivos algunos patrimoniales y otros no valorizables en dinero. Tales son los derechos de heredar en la sucesión legítima, de exigir alimentos y de llevar el apellido de los progenitores.

En cuanto a las fuentes del estado civil encontramos en estas:

1.- El parentesco: es un estado jurídico por cuanto que es una situación permanente que se establece entre dos o más personas por virtud de la consanguinidad, del matrimonio o de la adopción para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho.

2.- Matrimonio: es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto,

¹³ Op.cit. p.65

¹⁴ Ibidem. p.158

igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que la ley exige.

3.- Divorcio: disolución del vínculo matrimonial por consentimiento de ambos cónyuges sin necesidad de invocar causa o razón para ello, solo reuniendo los requisitos de la ley.

4.- Concubinato: unión entre un hombre y una mujer, semejante al matrimonio, pero sin celebración ante la autoridad pública, constitutivo de un hecho jurídico al que el derecho otorga efectos con independencia de la voluntad de los protagonistas.

PATRIMONIO.-

Son el conjunto de derechos y obligaciones que son susceptibles de valorarse económicamente.

NOMBRE.-

En las personas físicas corresponde al conjunto de letras y palabras que sirven para identificar e individualizar a una persona.

El nombre es un derecho que no es valuable en dinero ni puede ser objeto de contratación. Es una facultad jurídica que no es transmisible hereditariamente y que no figura dentro del patrimonio de un difunto.

El nombre se compone de apellido y nombre de pila.

DOMICILIO.-

Lugar donde una persona reside habitualmente con el propósito de radicarse en él.

Dentro de esta definición encontramos dos elementos importantes como son:

- 1.- Residencia habitual.
- 2.- Propósito de establecerse en el sitio donde reside.

El artículo 30 del Código Civil para el Estado de Guanajuato manifiesta:

Se presume el propósito de establecerse en un lugar, cuando se reside por mas de seis meses en el. Transcurrido el mencionado tiempo, el que no quiera que nazca la presunción de que se acaba de hablar declarará dentro del término de quince días, tanto a la autoridad municipal de su anterior domicilio, como a la autoridad municipal de su nueva residencia, que no desea perder su antiguo domicilio y adquirir uno nuevo. La declaración no producirá efectos si se hace en perjuicio de terceros.

Según el Código Civil para el Estado de Guanajuato:

Artículo 31.- El domicilio legal de una persona es el lugar donde la ley le fija su residencia, aunque de hecho no este ahí presente.

Artículo 32.- Se reputa domicilio legal:

- I.- Del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.
- II.- Del menor que no este bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor.
- III.- De los militares en servicio activo, el lugar donde están destinados.

IV.- De los funcionarios y empleados públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses. Los que por tiempo menor desempeñen alguna comisión no adquirirán domicilio en el lugar donde la cumplen si no que conservarán su domicilio anterior:

V.- De los sentenciados a sufrir un pena privativa de la libertad por mas de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido.

NACIONALIDAD.-

Es el vínculo jurídico que tiene una persona con uno o varios Estados determinados.

Nacional.- perteneciente o relativo a una nación.

Respecto de la nacionalidad la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su **artículo 30** dispone que:

La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o naturalización.

A. Son mexicanos por nacimiento:

I.- Los que nazcan en el territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.

II.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional.

III.- Los que nazcan en el extranjero hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, de madre mexicana por naturalización,

IV.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas sean de guerra o mercantes.

B. Son mexicanos por naturalización:

I.- Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización.

II.- La mujer o el varón extranjero que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señalen la ley.

En el artículo 33 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos nos menciona la calidad de extranjero, artículo que dispone lo siguiente:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

El Artículo 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone: Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además los siguientes requisitos:

I.- Haber cumplido 18 años.

II.- Tener un modo honesto de vivir.

1.2.2 Personas morales

Definición de personas morales:

Es una agrupación de personas que se unen con un fin determinado.

Dentro de los atributos de las personas morales encontramos que las personas morales tienen capacidad, patrimonio, denominación o razón social, domicilio y nacionalidad.¹⁵

CAPACIDAD.-

La capacidad es de dos tipos la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce:

La capacidad de goce: es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

La capacidad de ejercicio es la aptitud en que se encuentran las personas para ejercer por si mismos sus derechos y para contraer y cumplir obligaciones.

En las personas morales no puede haber incapacidad de ejercicio ya que estas dependen de las circunstancias del ser humano.

En las personas morales la capacidad de goce está limitada por su razón social, naturaleza y fines de la misma.

PATRIMONIO.-

Cualquiera que sea el objeto o finalidad de las personas morales estas deben tener la posibilidad jurídica de adquirir bienes, derechos y obligaciones relacionados con sus fines.

¹⁵ Rafael Rojina Villegas Op.cit. Supra. (7) p.p.150-157

DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL.-

Esta es equivalente al nombre de las personas físicas ya que constituye un medio de identificación absolutamente necesario para que pueda entrar en relaciones jurídicas con los demás sujetos.

DOMICILIO.-

La ley dispone que las personas morales tendrán su domicilio en el lugar donde se haya establecida su administración, las que tengan su administración fuera del Distrito o de los territorios federales, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de la mencionada circunscripción, se consideraran domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado en todo lo que a estos actos se refiere. Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales.

NACIONALIDAD.-

La nacionalidad de las personas morales se determina de la siguiente manera: que se hayan constituido de acuerdo a las leyes mexicanas y que además establezcan su domicilio en el territorio de la República, cumpliendo estos requisitos tendrán la nacionalidad mexicana.

1.2.2.1 Clasificación de las personas morales

El Código Civil para el Estado de Guanajuato distingue las siguientes clases de personas en su **artículo 24**:

1.- La nación, las entidades federativas y los municipios.

2.-Las corporaciones de carácter público y las fundaciones reconocidas por la ley.

3.- Las asociaciones y sociedades civiles y mercantiles.

4.- Los sindicatos y demás asociaciones profesionales a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

5.- Los ejidos y las asociaciones, cooperativas y mutualistas.

6.- Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, artísticos, de recreo o cualquier otro fin lícito, siempre que no fuere desconocido por la ley.

7.- Todas las agrupaciones a las que la ley reconozca ese carácter.

1.3 Personalidad

La personalidad es un producto del orden jurídico, un reconocimiento que hace la ley al individuo para que éste pueda ser sujeto de derechos y obligaciones.

En nuestro derecho solo al ser humano nacido viable se le reconocen estos derechos y obligaciones que la ley señala.

1.3.1 Características de la personalidad

“Estas son las propiedades o características propias de una persona, ya sean personas físicas o personas morales titulares de un derecho, las características de la personalidad es que ésta es:

- Intransferible.- se refiere a que la personalidad no se puede transferir.

- Incomerciable.- se refiere a que la personalidad no está sujeta a la comercialización.
- Irrenunciable.- se refiere a que no puedes renunciar a la personalidad ya que ésta solo se extingue con la muerte.
- Inembargable.- se refiere a que la personalidad no está sujeta a embargo.
- Imprescriptible.- se refiere a que esta no está sujeta a prescripción.

Son derechos que se adquieren al nacer o constituirse hablando de personas morales.

Son derechos absolutos: son oponibles a todos.

Son derechos extrapatrimoniales: ya que no son susceptibles de valoración económica.

Son en principio indisponibles: porque no pueden ser creados, modificados, renunciados, transmitidos ni extinguidos por la voluntad de una persona, si no en la medida en que la ley los autorice”.¹⁶

1.3.2 Iniciación de la personalidad

El derecho establece que la personalidad se inicia con el nacimiento, pero a partir de la concepción puede el ser adquirir derechos como

¹⁶ www.monografias.com/trabajos17/personas-juridicas/personas-juridicas.shtml

son derecho a heredar, a recibir legados y donaciones con la condición de que este nazca viable.¹⁷

1.3.3 Condiciones jurídicas del naciturus

“Desde antes del nacimiento es decir con anterioridad a la existencia orgánica independiente del seno materno se reconoce la capacidad ya que desde la concepción, el naciturus es reconocido por la ley de esta manera el embrión humano tiene capacidad de goce desde antes de nacer para actos jurídicos como son la herencia, recibir legados y donaciones, mas sin embargo dichos derechos requieren que el ser concebido nazca vivo, es decir, que está sujeto a una condición la cual es que desprendido del seno materno viva 24 horas fuera del mismo o bien sea presentado vivo al registro civil”.¹⁸

1.3.4 Fin de la personalidad

La muerte constituye el fin de la personalidad. De igual manera la presunción de muerte, es decir, si se ignora que el ausente viva o ha muerto, la ley está incapacitada a determinar la existencia de las personas por carecer de certeza.

Tal presunción puede darse anterior o posterior a la muerte real por eso a pesar de que se declare la presunción de muerte cuando el sujeto aparece se destruyen sus efectos jurídicos.

¹⁷ Juan Manuel Santoyo. Op.cit. supra(3) p.161

¹⁸ Rafael Rojina Villegas. T.I. Derecho civil Mexicano. 2 ed. Ed. Porrúa. México 1974.p.434

CAPÍTULO SEGUNDO: FAMILIA

2.1 Concepto de familia

Los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia del hombre y dieron origen a distintos tipos de familias, las cuales reflejaban una gran variedad de situaciones económicas, sociales, políticas, jurídicas, etc.,

“La familia es una institución social compuesta por un grupo de personas vinculadas jurídicamente como resultado de la relación intersexual, la procreación y la filiación.

El derecho de familia es la rama del derecho civil relativa al conjunto de normas jurídicas que rigen la formación, el funcionamiento y los efectos de las relaciones familiares, así como su disolución y las sucesiones hereditarias entre las personas”.¹⁹

Sin la familia resulta impensable la sobre vivencia y desarrollo del ser humano desde su nacimiento hasta la madurez que le permite su incorporación con el mundo adulto. Por ello es en esta función que se destacan las estructura familiares y el derecho, en reconocimiento de la importancia de este elemento del grupo social, procura su protección a través de normas e instituciones jurídicas.

¹⁹ Edgar Baqueiro Rojas y otro. Derecho de Familia. Ed. Oxford. México 2005. p.4

2.2 Fuentes del derecho de familia

En lo general se señalan tres grandes fuentes del derecho de familia que son:

- 1.- Las que implican la unión de los sexos: como el matrimonio y el concubinato.
- 2.- Las que implican la procreación: tanto natural como asistida como la filiación y la adopción.
- 3.- Las que implican las instituciones familiares en términos de asistencia como: los alimentos, la patria potestad, la tutela y el patrimonio familiar.²⁰

2.3 Sujetos del derecho de familia

Dentro del derecho de familia las personas que interviene son las personas físicas, los sujetos en esta rama son fundamentalmente los parientes por consanguinidad, afinidad, civil, los cónyuges y las personas que ejerzan la patria potestad o tutela así como también los concubenarios.²¹

2.3.1 Parentesco

“Se da el nombre de parentesco al vínculo o relación que existe entre personas que descienden unas de otras o de un progenitor común o por el que se encuentran ligadas por disposición expresa de la ley”.²²

²⁰ Op.cit. p. 9-10

²¹ Rafael Rojina Villegas. Op.cit. supra (18) p. 65

²² Peniche López Edgardo. Introducción Al Derecho Y Lecciones De Derecho Civil. 22 ed. Ed. Porrúa, México, 1991.p.121

El parentesco es un estado jurídico, ya que implica una relación jurídica general, permanente y abstracta, generadora de derechos y obligaciones. El parentesco se conoce como estado civil o familiar y se considera uno de los atributos de la persona física.

La relación de parentesco nace del matrimonio, concubinato y de la filiación, así como de la adopción. Por lo tanto constituye la relación jurídica que vincula a los miembros de una familia en forma recíproca, por consanguinidad, afinidad y civilmente.

“El parentesco por consanguinidad.- vínculo jurídico que se establece entre personas que descienden de un mismo progenitor. Este tipo de parentesco también se da en el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores, así como el que por equiparación legal se establece a través de la adopción plena ya que el adoptado equivale al hijo consanguíneo.

El parentesco por afinidad.- vínculo jurídico que se adquiere por el matrimonio o el concubinato, el cual se da entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos, los del esposo con la esposa, y viceversa.

El parentesco civil.- vínculo jurídico que nace de la adopción. Dentro de este tipo de parentesco la ley reconoce dos tipos de adopciones la adopción simple y la adopción plena. En la adopción simple el parentesco civil solo se da entre adoptado y adoptante, mientras que en la adopción plena el parentesco tiene lugar entre adoptado, adoptante y la familia consanguínea de éste.

El parentesco ocurre entre los descendientes unos de otros padre, hijo, nieto, bisnieto, tataranieto, así como los que tienen un progenitor común hermano, tíos, primo, sobrinos, la ley establece líneas y grados dentro del parentesco.

El grado de parentesco está formado por cada generación que separa a un pariente de otro. Todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor y ascendiente.

La línea de parentesco se conforma por los grados de parentesco o bien por las generaciones. La línea de parentesco puede ser de dos clases: recta y colateral o transversal.

La línea recta de parentesco se forma por parientes que descienden unos de otros y esta puede ser descendiente o ascendiente, cuando se habla de descendiente se formará del abuelo al nieto y ascendiente del nieto al abuelo.

La línea colateral o transversal de parentesco es la que se forma por dos líneas rectas que coinciden en un progenitor común, es decir los parientes no descienden uno de otro pero reconocen un mismo progenitor común.

En el caso del parentesco civil por adopción simple no hay mas líneas de parentesco que las que se forman entre los que adoptan y el adoptado, puesto que el parentesco no tiene efectos respecto de los otros parientes de cualquiera de las dos partes ni tampoco entre otros adoptados por la misma persona".²³

²³ Edgar Baqueiro Op.cit. supra(19) p.19-23

2.3.2 Matrimonio

El matrimonio es la unión estable entre hombre y mujer, convenida de acuerdo con la ley, regulada y ordenada a la creación de una familia.

Se define el matrimonio como el acto solemne por el que se unen dos personas de sexo diferente, con la doble finalidad de procrear una familia y ayudarse a soportar las cargas de la vida.²⁴

El estado matrimonial consiste en la condición que adquieren los esposos con la celebración del mismo, en el estado matrimonial los contrayentes adquieren un nuevo estado civil, el cual implica la adquisición imperativa de una serie de derechos, deberes y obligaciones.

Dentro de los efectos que el estado de matrimonio confiere a los contrayentes encontramos 3 los cuales son:

“1.- Efectos respecto de las personas de los cónyuges.- las obligaciones, deberes y derechos que nacen del matrimonio son iguales para los contrayentes, dentro de los principales deberes encontramos los siguientes:

A) El deber de cohabitación en el domicilio conyugal constituye la esencia del matrimonio, ya que implica un género de vida en común que no podría realizarse si cada esposo viviera por separado. Este deber obliga a ambos a vivir bajo el mismo techo y de esta manera compartan mesa y techo los cuales ponen de manifiesto la convivencia conyugal.

²⁴ Moto Salazar, Efraín y otro. Elementos del derecho. 43 ed. Ed Porrúa. México, 1998 p.168

Al respecto el artículo 160 del Código Civil para el Estado de Guanajuato dispone:

ARTÍCULO 160. Los cónyuges están obligados a vivir juntos en el domicilio que fijen de común acuerdo. En todo cambio de domicilio será necesario el consentimiento de ambos; si no existiere acuerdo, el Juez de lo Civil correspondiente procurará avenirlos y si no lo lograre, resolverá sin forma de juicio, lo que fuere más conveniente.

B) El deber de ayuda mutua implica el deber de socorro que ha de existir entre los esposos, el contenido de este deber consiste en la obligación alimentaría recíproca. Para cumplir con tal deber los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar de la forma que libremente lo establezcan, según sus posibilidades, la ayuda mutua también incluye el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos.

Respecto del deber de ayuda mutua el Código Civil para el Estado de Guanajuato dispone:

ARTÍCULO 161. El sostenimiento, administración, dirección y atención del hogar se distribuirán equitativamente y de común acuerdo entre los cónyuges. Se considerará como aportación al sostenimiento del hogar la atención y el trabajo en el mismo.

En el supuesto de que alguno de los cónyuges estuviere imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, los gastos serán por cuenta del otro cónyuge y se cubrirán con bienes de él.

En caso de que el marido y la mujer no estuvieren conformes sobre alguno de los puntos indicados, el Juez de lo Civil competente procurará avenirlos, si no lo lograre, resolverá sin necesidad de juicio

lo que fuere más conveniente atendiendo a las circunstancias y características personales de cada uno de ellos.

ARTÍCULO 162. La mujer tendrá siempre derecho preferente sobre los productos de los bienes del marido y sobre sus sueldos, salarios o emolumentos por las cantidades que corresponde para la alimentación de ella y de sus hijos menores. También tendrá derecho preferente sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto. La mujer puede pedir el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos.

ARTÍCULO 163. El marido tendrá el derecho que a la mujer concede el artículo anterior, en los casos en que ésta tenga obligación de contribuir en todo o en parte para los gastos de la familia y del hogar.

C) El débito carnal es uno de los principales y más importantes efectos del matrimonio, pues constituye su esencia junto con la ayuda mutua para realizar la comunidad de vida, ya que implica los actos propios y necesarios para la perpetración de la especie.

D) El deber de fidelidad comprende la obligación de abstenerse de la copula con una persona distinta del cónyuge. Este deber sustenta la estructura monogámica del matrimonio en una sociedad y también el cumplimiento de otro de los fines del mismo, el respeto recíproco. En este sentido el matrimonio supone la necesidad de una conducta decorosa, de tal suerte que no implique ataques a la dignidad y a la honra del otro cónyuge".²⁵

2.- Efectos sobre los bienes de los esposos, los bienes y las deudas de los esposos constituyen su patrimonio y la base económica

²⁵ Edgar Baqueiro Rojas y Otro. Derecho de Familia. Ed. Oxford. México 2005 p.p.91-94

del matrimonio. El régimen patrimonial del matrimonio está constituido por la organización económica de la universalidad de bienes, derechos y obligaciones que regirán el matrimonio al momento de su celebración y mientras dure.

“Los regimenes o sistemas patrimoniales del matrimonio se han clasificado a partir de dos criterios, los cuales son los siguientes:

A) De acuerdo a la voluntad de los contrayentes, los que a su vez se sub.-clasifican en voluntarios, forzosos y predeterminados por el ordenamiento jurídico.

Los voluntarios.- Se caracterizan por dejar a la libre determinación de los esposos la forma de regir sus bienes durante el matrimonio, ya sea estableciendo las reglas que juzgue pertinentes o bien modificando las establecidas por la ley.

Los forzosos.- En este tipo la ley fija sin opción a elegir, el régimen a que deben sujetarse los bienes matrimoniales.

Los predeterminados.- Permiten que los esposos puedan optar por algún sistema de los establecidos por la ley y en caso de que ellos no lo hicieren, la ley suple su voluntad al señalar el régimen al que deberán quedar sujetos.

B) De acuerdo a la situación de los patrimonios de los cónyuges, a lo largo de la historia se han presentado las siguientes clases:

Absorción del patrimonio por uno de los contrayentes al otro.- Se caracteriza por que los patrimonios pasan a formar uno solo

Comunidad absoluta.- Se caracteriza por que lo patrimonios de ambos esposos se funden en uno solo, que pertenecen a los dos y la administración corresponde a ellos. Forman parte de esta masa los bienes que los contrayentes poseían antes de la celebración del matrimonio y los bienes que durante el matrimonio lleguen a adquirir.

Separación absoluta.- Se caracteriza por que cada cónyuge conserva la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes. Los patrimonios son dos e independientes, tanto en bienes como en deudas.

Mixto.- Se caracteriza por los bienes que pertenecen a cada esposo y, simultáneamente, por la existencia de bienes comunes”.²⁶

3.- “Efectos respecto de los hijos, el efecto directo respecto del reconocimiento de los hijos es el establecer la relación de filiación entre progenitores e hijos. Establecida la filiación de forma voluntaria o por consecuencia de un juicio de investigación de paternidad o maternidad este obtiene derechos respecto tanto de los padres como de la familia de estos. En consecuencia tendrá derecho a:

A) Usar los apellidos de el que lo reconozca. Los paternos de sus dos progenitores o los dos del que lo reconozca.

B) ser alimentado por lo que lo reconozca, en los términos de la ley. Este derecho es recíproco.

C) Obtener la porción hereditaria que como a cualquier pariente consanguíneo, le correspondería en la sucesión intestada o legítima y los alimentos que fije la ley. Este derecho también es recíproco con los padres.

D) Obligación de ejercer la custodia y la patria potestad”.²⁷

2.3.3 Cónyuges

Los cónyuges son los sujetos primordiales del matrimonio el cual crea una serie de derechos y obligaciones que recíprocamente la ley les concede e impone, y que además se proyecta en los parientes y en las relaciones paterno-filiales.

²⁶ Op.cit. p.p.103-105

²⁷ Ibidem. p.p.239-240

2.3.4 Concubinato

Es la unión entre un hombre y una mujer, semejante al matrimonio, pero sin celebración ante la autoridad pública, constitutivo de un hecho jurídico al que el derecho otorga efectos con independencia de la voluntad de los protagonistas.

Para que nuestro derecho reconozca una relación como concubinato son indispensables los siguientes requisitos:

1.- Que la vida en común sea permanente, es decir que la relación haya durado más de dos años o que antes hayan nacido hijos.

2.- Que ambos concubinos permanezcan libres de matrimonio y demás impedimentos legales para contraerlo durante el concubinato.

3.- Que se trate de una sola concubina por concubino o viceversa; mas de una o uno en ningún caso se reputará concubinato.

Dispone el artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito federal:

Artículo 291 Bis.- La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.

La ley reconoce a los concubenarios todos los derechos y las obligaciones inherentes a la familia; por lo tanto la regulación del concubinato produce en cuanto a los alimentos, la sucesión y la presunción de paternidad, los siguientes efectos:

- 1.- Derechos a alimentos en reciprocidad.
- 2.- Derechos sucesorios recíprocos.
- 3.- Presunción de paternidad del concubino respecto de los hijos de la concubina.
- 4.-La tutela legítima del concubinario o concubina en estado de interdicción.
- 5.- Posibilidad de adoptar.

Dispone el Código civil para el Distrito Federal en relación a los efectos lo siguiente:

Artículo 291 Ter.- Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

Artículo 291 Quáter.- El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código o en otras leyes.

Artículo 291 Quintus.- Al cesar la convivencia, la concubina o el concubinario que carezca de ingresos o bienes suficientes para su sostenimiento, tiene derecho a una pensión alimenticia por un tiempo igual al que haya durado el concubinato. No podrá reclamar alimentos quien haya demostrado ingratitud, o viva en concubinato o contraiga matrimonio.

El derecho que otorga este artículo podrá ejercitarse solo durante el año siguiente a la cesación del concubinato.

2.3.5 Personas que ejercen la patria potestad

“La patria potestad se define como el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres con respecto a la persona y bienes de sus hijos, desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, para su bien y protección mientras son menores y para que los representen en tal periodo.

La patria potestad no es renunciable ni transferible ya que el que la tiene no puede cederla a nadie, tampoco es prescriptible ya que el no ejercicio o abandono se sanciona pero no libera de sus funciones a quien la tiene.

La patria potestad es un institución derivada del vínculo paterno-Materno filial que relaciona ascendientes con descendientes se entiende como una función en la que los padres y los abuelos con determinadas facultades o derechos concedidos por la ley para que cuiden de la persona y bienes de si descendientes administren sus bienes y los representen.

Los sujetos activos de la patria potestad son el padre y la madre y a falta de ambos los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar de acuerdo con las circunstancias del caso tomando en consideración el interés del menor.

El ejercicio de la patria potestad sobre los hijos menores recaerá en el padre y la madre aunque estén separados en tal caso la ejercerán

de común acuerdo o en los términos en que la resolución judicial lo ordene.

Tratándose de adopción simple solo el adoptante puede ejercer la patria potestad sobre el menor adoptado, o el adoptante y el progenitor si son esposos o concubinos.

En caso de la adopción plena tiene respecto de la persona y patrimonio de los adoptados los mismos derechos y derechos que tienen los padres para con sus hijos, la patria potestad se ejerce en los mismos términos de la filiación consanguínea”.²⁸

2.3.6 Personas que ejercen la tutela

La tutela es una institución creada para la protección de las personas y los bienes de los menores de edad, no sometidos a la patria potestad ni emancipados y de aquellos mayores de edad incapacitados para gobernarse por si mismos.

Las características generales de la tutela es que es de interés publico, irrenunciable, temporal, excusable, removible y remunerada.

El objetivo primordial de la tutela es el cuidado y la protección del pupilo, es decir:

- 1.- La guarda y el cuidado de la persona y bienes de los menores no sujetos a la patria potestad. El objetivo de la tutela es procurar su educación, habitación y bienestar, así como la eficiente administración de su patrimonio.
- 2.- La guarda y el cuidado de la persona y bienes de los mayores incapacitados natural y legalmente. Su objeto es procurar, en todo

²⁸ Op.cit. p. 268-270

momento, su habilitación, rehabilitación y bienestar, así como el mayor rendimiento de su peculio.

3.- La representación del incapaz y la representación interina en casos especiales.

“Dentro de las clases de tutela se encuentran 3 las cuales son la testamentaria, legitima y dativa que a continuación se describirán cada una de estas.

La tutela testamentaria: Es el derecho que la ley otorga a las personas que ella misma autoriza para que establezcan la tutela por testamento, a fin de que surta efectos a la muerte del testador. Esta tutela recae de manera exclusiva, en los sujetos a la patria potestad o sobre los mayores incapacitados y ocurre en los siguientes casos:

1.- Cuando uno de los padres sobrevive y prevé que, a su muerte la patria potestad de los hijos recaerá en los abuelos y si desea evitarlo, puede señalar en su testamento a un tutor para los hijos menores. Si la causa de esa disposición fue que los abuelos eran incapaces, cuando estos recobren la capacidad podrán reclamar la patria potestad respecto de sus nietos, salvo que el testador haya dispuesto, de modo expreso, que continúe la tutela que el designó.

2.- Cuando el testador deja a un menor o incapacitado mayor para que el tutor que el designe los administre, aunque haya quien ejerza la patria potestad o la tutela general. Este es un caso de tutela especial.

3.- Cuando el testador es el ascendiente que ejerce la patria potestad o la tutela de un incapaz mayor de edad, y se encuentra afectado por una enfermedad crónica e incurable, o médicamente se presume que su muerte esta cercana o que es ya un hecho, podrá designar tutor testamentario prevaleciendo su designación a todas las hechas con anterioridad; el tutor designado entrará en ejercicio de su cargo sea

por la muerte, discapacidad mental o debilitamiento físico el ascendiente.

4.- Cuando el cónyuge supérstite ejerce la tutela de un hijo sujeto a interdicción

5.- Cuando el ascendiente ejerce la patria potestad o la tutela de un hijo mayor de edad incapaz si el otro ascendiente no puede ejercerla legalmente.

6.- Cuando el testador es el padre adoptivo.

Cuando han sido nombrados varios tutores en la tutela testamentaria estos ejercerán el cargo de acuerdo con el orden de su nombramiento, en caso de su muerte, incapacidad, excusa o remoción, o bien en el orden que el testador haya establecido para que se sucedan.

La tutela legítima: Es la que procede cuando no hay quien ejerza la patria potestad, a falta de designación de tutor por testamento o por causa de divorcio, y se confiere por ley a los parientes del menor a quienes no les corresponde ejercer la patria potestad, a los parientes del mayor incapacitado que ya ha salido de la patria potestad y a los incapaces abandonados.

En la tutela legítima se aplica el principio que regula todas las relaciones de parentesco, en cuanto a que los parientes más cercanos excluyen a los lejanos.

Cuando sean varios los que pueden ejercer la tutela legítima, el juez escogerá de entre ellos el idóneo y podrán ser llamados a ella, de manera sucesiva, los abuelos, los herederos del incapacitado y los demás colaterales en cuarto grado inclusive. La tutela es individual y no por parejas como ocurre con la patria potestad.

Casos en los que procede la tutela legítima:

1.- Cuando el menor no tenga quien ejerza la patria potestad y no se le haya nombrado tutor testamentario, en estos casos la tutela

corresponderá a los parientes del menor en el orden establecido por la ley.

2.- Cuando se trate de menores desamparados, sin familia conocida y hayan sido recogidos por algún particular o por un establecimiento de asistencia social ya sea público o privado, estos se consideraran el tutor legítimo en lo personal y a través de sus responsables.

3.- En el caso de los mayores de edad incapacitados por enfermedad o vicios, con familia; en estos la tutela corresponderá al cónyuge, hijos mayores y progenitores y a falta de estos a los abuelos, los hermanos y demás colaterales hasta el cuarto grado.

La tutela dativa: Es la que se establece por disposición del juez, a falta de las dos anteriores. Presupone que no existe tutor testamentario ni suspendido temporalmente para ejercer el cargo, ni pariente hasta el cuarto grado con obligación de desempeñar la tutela legítima.

También es dativo el tutor del menor emancipado por matrimonio para llevar sus asuntos judiciales. El emancipado requiere tutor legítimo solo para divorciarse en virtud del interés familiar. Asimismo es dativo el tutor designado de manera temporal cuando el tutor testamentario esta impedido para ejercer su cargo y no haya parientes.

La tutela termina por:

- 1.- Muerte del incapacitado o recuperación de la capacidad.
- 2.- Arribo del menor a la mayoría de edad.
- 3.- Emancipación del menor al contraer matrimonio.
- 4.- Adopción del menor o reconocimiento de sus padres”.²⁹

²⁹ Op.cit. p.289-292

2.4 Objetos propios del derecho de familia

Dentro del derecho de familia, se encuentran distintas formas de conducta que se caracterizan como objetos directos de la regulación jurídica, como son los siguientes:

Derechos subjetivos familiares, que principalmente se manifiestan en el matrimonio, entre los consortes; a las relaciones de parentesco entre los parientes por consanguinidad, afinidad o adopción; en las relaciones específicas entre padres e hijos, abuelos y nietos; así como en todas las consecuencias generales de la filiación legítima y natural. También existen derechos subjetivos familiares en el régimen de tutela como una institución auxiliar de la patria potestad o independiente de la misma.

“Constituyen las diferentes facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, el parentesco, la patria potestad o tutela, por virtud de los cuales un sujeto esta autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto”.³⁰

Los deberes subjetivos familiares, son correlativos a los derechos subjetivos familiares pero contienen determinadas particularidades debido a los diferentes tipos de sujeción que se establecen entre las relaciones conyugales, prenatales, paterno-filiales y tutelares. Es así como puede afectarse no solo la conducta del sujeto pasivo, si no también su propia persona, su actividad jurídica y su patrimonio.

Esto se refiere a la interferencia constante en su ejercicio sobre todo entre cónyuges, para exigirse las obligaciones que afectan la intimidad de la vida personalísima, como el debito carnal y la

³⁰ Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. T. II. 2 ed. Ed. Porrúa. México 1975. p.72

cohabitación, el auxilio y el socorro espiritual y patrimonial; así como a las normas de la patria potestad que permitan una intervención continua y total en la educación, en la conducta, en la persona, en la representación jurídica y en el patrimonio de los hijos y nietos sometido a ese poder jurídico.

“Se definen como los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente a otro, los incapaces en relación a los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre si.

La sujeción jurídica consiste en la subordinación que desde el punto de vista del derecho guarda un sujeto que se denomina obligado frente a otro sujeto llamado pretensor.”³¹

Las sanciones propias del derecho de familia, generalmente consisten para los actos jurídicos en la inexistencia y nulidad o bien revocación o rescisión, como por ejemplo el divorcio el cual constituye una rescisión especial del derecho de familia ya que implica la disolución del matrimonio o el vínculo conyugal. También en el derecho familiar existen sanciones generales como la reparación del daño a través de formas compensatorias o de indemnización y la ejecución forzosa.

Formas lícitas o ilícitas del derecho de familia, estas formas se refieren a la conducta y a las consecuencias inherentes de la misma, las buenas costumbres son fundamentales para determinar el carácter ilícito de todos aquellos hechos o actos ejecutados en contra de la misma. Las buenas costumbres se aluden en el matrimonio,

³¹ Op. Cit. P.93

divorcio, en la regulación de la patria potestad, y en la tutela para definir la calidad moral del tutor.

CAPÍTULO TERCERO: FILIACIÓN

3.1 Filiación

La paternidad es la presunción que tiene un individuo a su favor de ser padre de otro.³²

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y por consiguiente perfectamente conocido. La maternidad es un hecho derivado de los datos del embarazo y del parto.

La filiación es el vínculo que existe entre el padre o la madre y su hijo: visto desde el lado de los hijos, formando el núcleo social primario de la familia. Es decir es la relación jurídica entre los progenitores padre y madre y sus descendientes directos hijo/hija.³³

De aquí que por paternidad y filiación jurídica entendemos la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos o deberes.

Se llama maternidad a la relación de la madre con respecto a sus hijos, paternidad la relación de padre con sus hijos y filiación cuando el punto de referencia es hijo o hija con respecto a su madre o padre.

3.2 Filiación legítima

Este tipo de filiación se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos establecidos por la ley.

³² Moto Salazar, Efraín y otro. Elementos de derecho. 43 ed. Ed Porrúa. México, 1998. p.175

³³ Edgar Baqueiro Rojas y Otra. Derecho de familia. Ed. Oxford. México 2005.p.226

“El hijo legítimo tiene por madre la mujer que lo concibió, durante el matrimonio y por padre el marido de esta.

El marido es padre legítimo siempre que el hijo nazca durante el matrimonio y en el tiempo que media entre los 180 días posteriores a la celebración y 300 días siguientes a la disolución”.³⁴

El Código Civil para el Estado de Guanajuato dispone:

ARTÍCULO 381. Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad, de muerte del marido, o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

3.2.1 Pruebas de la filiación legítima

Las pruebas de la filiación legítima se establece con las actas de nacimiento de los hijos y de matrimonio de los padres, unida a la identidad del presunto hijo con aquel a que el acta se refiere.

La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con las actas que expide el registro civil, a falta de actas de filiación de una

³⁴ Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. T. II derecho de Familia. P. 593.

persona se puede probar mediante la posesión del estado de hijo y de cónyuge.

3.2.2 Actas del registro civil

ARTÍCULO 396. La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de nacimiento, pero si se cuestiona la existencia o validez del matrimonio de los padres, debe presentarse el acta de matrimonio de éstos. Código civil del Estado de Guanajuato.

ARTÍCULO 397. A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión. Código civil del Estado de Guanajuato.

Si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase.

3.2.3 Posesión del estado de hijo y de cónyuge

A falta de acta de nacimiento, si fuere defectuosa o incompleta, la prueba de la filiación se establecerá por la posesión de estado de hijo de matrimonio.

La posesión del estado de hijo es: la situación de una persona respecto a sus reales o supuestos progenitores que lo consideran o tratan como hijo, los elementos que configuran la posesión del estado de hijo son cuatro:

- 1) Nombre.- Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, en ausencia de este.

Este elemento se establece por el hecho de que el presunto hijo tenga el o los mismos apellidos de sus supuestos progenitores.

- 2) Trato.- Que el padre lo haya tratado como hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento
- 3) Fama.- Que el hijo haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio y en la sociedad, es decir, se establece por el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad en general hacen la relación filial.
- 4) Diferencia de edad.- Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio (16 años) más la edad del hijo desde su concepción, o sea 17 años de diferencia entre padre e hijo.

ARTÍCULO 399. Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia de los padres y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con ausencia de éste.
- II. Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido en su matrimonio, proveyendo a su subsistencia y educación o establecimiento;

III. Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 417 Código Civil del Estado de Guanajuato.

La posesión del estado de hijo, es un hecho que requiere de ser probado, lo cual puede hacerse por cualquiera de los medios de prueba, solo que la prueba testimonial no es admisible si no va acompañada de prueba escrita que la complementa, a efecto de evitar los riesgos de una falsa testimonial, salvo que las circunstancias generen indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que a juicio del juez se consideren bastante graves. (Código Civil para el Estado de Guanajuato art. 397).

La posesión de estado de cónyuges se acredita primero con el acta de matrimonio. Pero si falta dicha acta y los supuestos cónyuges estuvieren muertos, ausentes o enfermos y no se supiere donde contrajeron matrimonio, pero pudiere demostrarse que vivieron de manera constante como esposos, puede decirse que están en posesión de estado de casados y con ello suplir el acta.³⁵

Los hijos solo podrán invocar la posesión del estado de casados en dichas circunstancias, a efecto de comprobar su filiación legítima, pero para ello deberán también probar la posesión del estado de hijos.

La posesión del estado de casados, no debe estar contradicha por el acta de nacimiento.

³⁵Edgar Baqueiro Rojas y Otra. Derecho de familia. Ed. Oxford. México 2005.p.229

3.2.4 Acción de reclamación del estado de hijo de matrimonio

En nuestro derecho, un supuesto hijo de matrimonio puede reclamar su estado de hijo aunque crezca de acta de nacimiento y de posesión de dicho estado, y su acción es imprescriptible para él y sus descendientes, de ahí que si el hijo no reclama podrán hacerlo sus nietos, quienes pueden establecer su genealogía sin límites de grado o de tiempo.

Para demandar su herencia, esto es, para ejercer la acción de petición de herencia la ley solo les otorga 10 años, pero para los demás efectos como la obligación alimentaría, uso de nombre, impedimentos matrimoniales, no hay tiempo de prescripción.

Los otros herederos del hijo que no sean descendientes pueden reclamar el estado de este para los efectos económicos implícitos, solo si el hijo murió antes de cumplir los 22 años o cayó en demencia antes de esa edad y no recobró la capacidad antes de morir. Estos herederos pueden continuar la acción que el hijo hubiere iniciado si esta no hubiere caducado por falta de actividad procesal por más de un año.

El mismo derecho tienen los acreedores del hijo muerto insolvente, la acción de los herederos no descendientes y de los acreedores prescribe a los cuatro años de muerto el hijo. Sobre la filiación no puede haber transacción ni juicio arbitral.

Cuando el acta de nacimiento contradice la posesión de estado de hijo de matrimonio, y se sostiene que ella no corresponde a la realidad que se refleja en la posesión de dicho estado, deberá obtenerse la nulidad o corrección de la misma.

En el caso del hijo tenido fuera del matrimonio, cuyo estado conste en una acta y es conocido y tratado como hijo de matrimonio, por que el progenitor que lo tuvo antes de casarse lo llevó a vivir al hogar conyugal y el otro cónyuge lo acepta y trata como hijo propio, estará al acta y no al estado aparente del hijo de matrimonio.

Cosa distinta es cuando los progenitores se casan después de registrado el hijo tenido antes del matrimonio, ya que será un caso de legitimación. Aquí el estado de hijo de matrimonio, que mostraría que los padres que reconocieron son los mismos que contrajeron nupcias posteriormente, aun y cuando el acta de matrimonio no se mencione a los hijos.

Para lo cual dispone el Código Civil del Estado de Guanajuato lo siguiente:

ARTÍCULO 403. La acción que compete al hijo para reclamar su estado es imprescriptible para él y sus descendientes.

ARTÍCULO 404. Los demás herederos del hijo podrán intentar la acción de que trata el artículo anterior:

- I. Si el hijo ha muerto antes de cumplir veintidós años;
- II. Si el hijo cayó en demencia antes de cumplir los veintidós años y murió después en el mismo estado.

ARTÍCULO 405. Los herederos podrán continuar la acción intentada por el hijo, a no ser que éste se hubiere desistido formalmente de ella o nada hubiere promovido judicialmente durante un año, contado desde la última diligencia.

También podrán contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle la condición de hijo nacido de matrimonio.

ARTÍCULO 407. Las acciones de que hablan los tres artículos que preceden prescriben a los cuatro años contados desde el fallecimiento del hijo.

ARTÍCULO 408. La posesión de hijo nacido de matrimonio no puede perderse sino por sentencia ejecutoriada.

3.2.5 La presunción de paternidad

En la filiación legítima, los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que su padre es el marido de su madre.

Esta presunción se funda en dos aspectos:

- 1.- La fidelidad de la esposa, la cual consiste en no tener relaciones sexuales con otro hombre solo con su marido.
- 2.- La aptitud del esposo para engendrar.

De aquí que en la filiación legítima se suponga que el hijo nacido de una pareja en matrimonio y cuya concepción tuvo lugar mientras existió el estado de matrimonio, como resultado de las relaciones sexuales entre los cónyuges, sea el hijo de ambos.

Son hijos de matrimonio los concebidos durante éste, no basta que el hijo haya nacido durante el matrimonio para que se tenga por hijo del marido. Al respecto la ley toma el tiempo mínimo y máximo de la gestación, y establece que son hijos del esposo los nacidos después

de 180 días de celebración del matrimonio y los nacidos antes de los 300 días de que el mismo se haya disuelto.

Por lo que se refiere a los hijos de la esposa nacidos antes de los 180 días de celebrado el matrimonio, el marido puede desconocer que sean suyos. A estos no los protege la presunción de legalidad, pero no podrán desconocerlos si se probare por escrito que él ya sabía del embarazo de su esposa al celebrar el matrimonio, o si se presentó al registro del hijo y lo reconoció como suyo, tampoco si el hijo nació muerto o murió antes de las 24 hrs.

En cuanto a la falta de los presupuestos de la presunción de paternidad debemos señalar:

1.- Que cuando el marido no este en posibilidad de haber sido el padre del hijo que dio a luz su esposa, se le concede una acción de contradicción de paternidad, pero para ello se requiere que demuestre la imposibilidad de que sea su hijo, por no haber podido tener acceso carnal con su mujer durante los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento, atendiendo a los plazos mínimos y máximos de la gestación. La prueba de la imposibilidad física debe consistir en la demostración de que no pudo haber acceso carnal entre él y su esposa, por separación, ausencia, prisión o enfermedad grave.

2.- Que cuando el embarazo y el nacimiento de un hijo se han ocultado al esposo, a éste se le concede también la acción de la paternidad, alegando el adulterio de la madre, pues tales actos hacen suponer culpa en la mujer.

3.2.6 Plazos para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad

El esposo puede contradecir la paternidad de los hijos de su esposa a través de la acción de contradicción de la paternidad, la cual solo podrá ejercer dentro de determinado tiempo.

1.- Cuando al supuesto padre se le ocultó el nacimiento del hijo, tiene 50 días contados a partir del día en el que descubrió el nacimiento ocultado.

2.- De 60 días, a partir del día que regresó y se enteró del nacimiento, por haber estado ausente.

En los casos en el que el marido se encuentre incapacitado por demencia o imbecilidad, la acción podrá ser ejercida por su tutor, y si éste no lo hiciera podrán ejercerla los herederos en el caso de que el incapacitado muriera.

Si el marido recobra la capacidad, el plazo para el ejercicio de tal acción empezará a correr desde el momento en que declare que la incapacidad ha cesado y será de 60 días.

El desconocimiento de la paternidad implica la negación de que el hijo que ha dado a luz sea de su marido, de aquí que en el caso de nulidad de matrimonio o de divorcio la presunción de paternidad cese después de los 300 días de que los cónyuges fueron legalmente separados. El marido puede contradecir la paternidad del hijo nacido, aun cuando no hayan transcurrido 300 días de la sentencia que pone fin al matrimonio, pero la esposa y el hijo pueden sostener la paternidad, quedando la carga de la prueba de las relaciones

sexuales entre los esposos, después de la separación, a cargo de la esposa o bien del hijo.

Paro lo cual dispone el Código civil para el Estado de Guanajuato lo siguiente:

ARTÍCULO 386. 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.

ARTÍCULO 387. En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción dentro de sesenta días contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar si estuvo ausente o desde el día en que descubrió el engaño, si se le ocultó el nacimiento.

ARTÍCULO 388. Si el marido está bajo tutela por causa de demencia, imbecilidad u otro motivo que lo prive de inteligencia, este derecho puede ser ejercitado por su tutor. Si éste no lo ejercitare podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela, pero siempre en el plazo antes designado, que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento.

ARTÍCULO 389. Cuando el marido, teniendo o no tutor, ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre. Tratándose del caso a que se refiere el artículo 383 el plazo de sesenta días se contará a partir de la fecha de la declaración de herederos.

3.2.7 Reglas para la aplicación de la presunción de paternidad en el caso de matrimonios sucesivos.

En los casos de segundas nupcias o matrimonios sucesivos puede haber confusión de paternidad entre el primer marido y el segundo.

Esta circunstancia puede darse en los casos de viudez, nulidad de matrimonio y divorcio, cuando no se respete el plazo de 300 días que se fija a la mujer para contraer nuevo matrimonio después de disuelto el primero y, como en este caso los plazos de presunción de la paternidad se superponen, la ley fija las siguientes reglas en beneficio del hijo:

1.- Si el hijo nace antes de los 180 días del segundo matrimonio y antes de 300 días de disuelto el primero, el padre es el primer marido.

2.- Si el hijo nace después de los 180 días del segundo matrimonio, el padre es el segundo marido, aunque no hayan transcurrido los 300 días de la disolución del primero. Ambas presunciones admiten prueba en contrario.

3.- Si el hijo nace después de 300 días de disuelto el primer matrimonio, pero antes de los 180 días de celebrado el segundo, será hijo nacido fuera de matrimonio. En este caso deben observarse las excepciones a la facultad de desconocimiento de la paternidad por el segundo marido; conocimiento del embarazo al celebrarse el matrimonio o comparecencia al registro civil para registro del nacimiento del hijo.

La ley otorga al esposo la facultad de desconocimiento de la paternidad de los hijos del cónyuge por medio de la acción de contradicción de la paternidad. En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad, deberá deducir la acción dentro de los 60 días contados a partir de que tuvo conocimiento del nacimiento.

La ley también otorga al esposo y a sus herederos, en los casos de incapacidad o muerte, el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad. En caso de que el marido esté incapacitado por enfermedad reversible o irreversible o por discapacidad física, sensorial, intelectual y/o mental, la acción de desconocimiento de la paternidad podrá ejercerla su tutor y si este no lo hiciera, podrán ejercerla la acción dentro del plazo señalado, contando a partir del día en que legalmente se declare que la incapacidad ha cesado.

No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras este viva, solo a él le compete el ejercicio de dicha acción durante el término de 60 días. Nadie mas puede intentarlo si, siendo capaz él no lo hace.

Para lo cual dispone el Código Civil para el Estado de Guanajuato lo siguiente:

ARTÍCULO 391. Si la viuda, la divorciada, o la mujer cuyo matrimonio fuere declarado nulo, contrajeran nuevas nupcias dentro del periodo prohibido por el artículo 155, la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:

I. Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;

II. Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días, de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuya;

III. El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero;

IV. El desconocimiento de un hijo, de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo.

3.3 Filiación natural

Es también llamada filiación extramatrimonial, ilegítima o natural. Es la derivada de la unión no matrimonial.

Se da tanto en los casos en que hay imposibilidad de matrimonio entre los padres, como aquellos en los que medie algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de alguno de ellos, relación de parentesco o profesión religiosa. A si por filiación natural debemos

entender el vínculo que se establece entre padres e hijos cuando los primeros no están unidos en matrimonio.

Los que dan origen a la filiación natural son los hijos de la mujer soltera provenientes de una relación fuera de matrimonio.

La diferencia entre los hijos nacidos fuera del matrimonio y los hijos de matrimonio se origina en la forma de establecer la prueba de la relación filial.

Para hacer constar en el acta de nacimiento el nombre de los padres es necesario que estos lo pidan, ya sea estando presentes, ya por apoderados, si se llegare a asentar el nombre del que no lo autorice expresamente deberá tratarse de manera que no pueda leerse. Esta prohibido al juez del registro civil hacer inquisición respecto a la paternidad, y en todo caso se asentara el nacimiento como hijo de madre, de padre o de ambos desconocidos, sin que el que reconozca pueda revelar con que persona lo tuvo ni exponer ninguna circunstancia que sirva para identificarle.

3.3.1 Formas de establecer la filiación natural

“La filiación de los hijos habidos fuera del matrimonio, tal como lo señala la ley, solo puede establecerse de dos formas:

1.- Por el reconocimiento voluntario en acta de nacimiento, acta especial, acta notarial, testamento, confesión judicial.

2.- Por reconocimiento forzoso, o filiación que se establece por sentencia judicial en la que se imputa la paternidad, derivada de una

sentencia en acción de reclamación de estado, interpuesta por el hijo o su representante legal”.³⁶

3.3.2 Reconocimiento Voluntario

Puede ser efectuado conjunta o separadamente por los padres y debe hacerse necesariamente en cualquiera de las formas establecidas.

Para lo cual dispone el Código civil para el Estado de Guanajuato lo siguiente:

ARTÍCULO 425. El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I. En la partida del nacimiento ante el Oficial del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo Oficial;
- III. Por declaración expresa contenida en una escritura pública;
- IV. Por testamento;
- V. Por confesión judicial directa y expresa.

3.3.3 Reconocimiento hecho por un menor

El menor puede reconocer a su hijo pero requiere de la autorización de los que ejercen la patria potestad, del tutor o de la autoridad judicial, si los anteriores lo niegan.

³⁶ Baqueiro Rojas, Edgardo y Buenrostro Báez, Rosalía. Derecho de familia y sucesiones México D.F. editorial Harla. 1990 p.191

Para reconocerlo es necesario tener la edad requerida para contraer matrimonio, mas la edad del hijo.

Para lo cual dispone el Código Civil para el Estado de Guanajuato lo siguiente:

ARTÍCULO 417. Pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

ARTÍCULO 418. El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre o, a falta de éstos o por su negativa injustificada, sin la autorización judicial.

3.3.4 La renovación y la nulidad del reconocimiento voluntario

El reconocimiento no es revocable y, si fue hecho en testamento, el reconocimiento subsiste aunque aquel se revoque, sin embargo como todo acto jurídico, es susceptible de anulación por error, dolo o violencia.

En estos casos el vicio de la voluntad debe derivarse de hechos trascendentales que directamente afecten la voluntad, de tal manera que la anulación no se equipare a un arrepentimiento.

El código civil para el estado de Guanajuato dispone:

ARTÍCULO 419. No obstante, el reconocimiento hecho por un menor es revocable si prueba que sufrió engaño al hacerlo, pudiendo intentar la revocación hasta cuatro años después de la mayor edad.

3.3.5 Acción de contradicción de reconocimiento voluntario

El reconocimiento efectuado por un hombre puede ser contradicho por la mujer que cuide o haya cuidado al niño como hijo propio, y aunque no la haya reconocido de forma legal, le ha dado su nombre, lo ha alimentado, y educado, es decir, que tenga el estado de hijo suyo. El término para intentar la contradicción es de 60 días desde que tuvo conocimiento del reconocimiento, y tiene por efecto que la cuestión de la paternidad se resuelva en juicio. No importa el medio por el que se haya tenido lugar el reconocimiento, aunque sea por testamento y el padre haya fallecido cuando se conozca el reconocimiento.

ARTÍCULO 434. La mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada.

El término para contradecir el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.

ARTÍCULO 435. La madre que hubiere reconocido a su hijo podrá contradecir el reconocimiento hecho sin su consentimiento por un

tercero; en tal caso quedará éste sin efecto, y la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio por ella iniciado.

También el hijo puede contradecir el reconocimiento que de él se hizo cuando era menor, y su acción dura 4 años después de adquirir la mayoría de edad, si supo del reconocimiento con anterioridad, en caso contrario, a partir de ese conocimiento.

ARTÍCULO 432. Si el hijo reconocido es menor, puede reclamar contra el reconocimiento cuando llegue a la mayor edad.

ARTÍCULO 433. El término para deducir esta acción será de cuatro años, que comenzará a correr desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si no la tenía, desde la fecha en que la adquirió.

El progenitor que ha reconocido puede reclamar y contradecir el reconocimiento efectuado por un tercero, la controversia debe resolverse en juicio entre los dos supuestos progenitores. Este caso puede darse no solo respecto del padre, si no también respecto de la madre cuando una mujer distinta registra como hijo suyo a un niño ajeno.

El acto jurídico de reconocimiento voluntario es personalísimo e irrevocable y, como hemos visto, también es solemne, pues fuera de las formas limitativamente enunciadas no puede constituir principios de prueba para una acción de investigación de maternidad o paternidad, como es cartas, partida parroquial, declaración ante testigos.

3.3.6 Reconocimiento Forzoso o Judicial

Cuando el reconocimiento no se obtiene espontánea y voluntariamente, queda al hijo la acción de reconocimiento forzoso, a fin de establecer su filiación como hijo nacido fuera de matrimonio o a través de un juicio de investigación de la paternidad o maternidad.

ARTÍCULO 441. Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada al tiempo de nacer aquél.

3.3.7 Investigación de la paternidad y maternidad

En este caso, de reconocimiento forzoso, es necesario reconocer la filiación respecto de la madre, a través de ella, investigar quien fue el padre, ya que si se ignora quien es la madre, menos podría saberse quien es el padre.

Para establecer la relación filial con la madre basta con probar que una determinada mujer no casada ha dado a luz, y la identidad del producto de ese alumbramiento con el sujeto de cuya filiación se trate, en ambos supuestos existe la mas amplia libertad de investigación y de prueba.

Por su propia naturaleza la maternidad es un hecho cierto del cual se puede obtener prueba plena. De ahí que el Código Civil para el Estado de Guanajuato disponga:

Art. 68, segundo párrafo.- La madre no puede dejar de reconocer a su hijo; su nombre figurará en el acta de nacimiento. Si al hacerse el registro no se da el nombre de la madre, la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los tribunales, de acuerdo con las disposiciones relativas de este Código.

Si al presentar el niño al Registro Civil no se proporciona el nombre de la madre y nadie pueda darlo sin su autorización, ni siquiera el padre que reconozca; se asentará como hijo de madre desconocida, es decir que existiera la investigación de la maternidad cuando la madre haya abandonado al hijo recién nacido, o cuando se haya registrado falsamente como hijo de otra mujer. En estos casos tanto el hijo como su descendiente tendrán derecho de investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios de prueba ordinarios, incluso los testigos sin principio de prueba escrita, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada. Para lo cual dispone el Código Civil del Estado de Guanajuato lo siguiente:

ARTÍCULO 441. Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada al tiempo de nacer aquél.

Pero si la maternidad se deduce de una sentencia civil o penal, dispone el Código Civil para el Estado de Guanajuato: **ARTÍCULO 442.** No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal.

A pesar de que a la fecha de la demanda la madre haya contraído matrimonio, aunque en el acta de nacimiento se señale el nombre de la madre, sin su comparecencia, esta no probará la maternidad, ya que la madre señalada en el acta podría impugnarla de falsa.

Cuando una persona nace fuera del matrimonio, ante la omisión del progenitor de reconocerlo voluntariamente, la ley otorga al hijo el derecho de pedir la inmutación de paternidad al sujeto que se suponga sea el padre del mismo. Este derecho del hijo, manifestado mediante el ejercicio de una acción llamada investigación de la paternidad, pero esta solo podrá intentarse cuando ya haya quedado establecida la maternidad, y a diferencia de esta, la investigación solo se autoriza en determinados casos. Para lo cual dispone el Código Civil para el Estado de Guanajuato:

ARTÍCULO 438. Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la paternidad en los siguientes casos:

- I. En los casos de rapto, estupro o violación cuando la época en que se cometieron coincida con la de la concepción, de acuerdo con las pruebas que se rindan ante el Tribunal Civil;
- II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;
- III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente, fuera del caso mencionado en la fracción I del artículo 440;

Los casos en que se permite la acción de investigación de la paternidad son expresamente establecidos en la ley, y al igual que en la investigación de la maternidad, dicha acción solo se permite en vida de los padres. (Art. 444 Código Civil para el Estado de Guanajuato). En caso de que el padre o la madre fallecieran durante la minoría de edad del hijo sin que se hubiere intentado la acción, el hijo gozará de un plazo de cuatro años después de cumplidos los dieciocho para iniciar demanda en contra del representante de la sucesión, o de los herederos de su presunto padre.

La investigación de la paternidad no es del todo acertada, pues investigar significa indagar, registrar, hacer diligencias para hacer una cosa y en el caso de la investigación de la paternidad, el hijo que intente la acción que debe tener a su favor determinadas circunstancias como prueba de que cierta persona es su padre. Aunque, ciertamente, puede darse el caso del hijo que ignore su origen y que tenga que hacer realmente una investigación previa al respecto pero, al ejercitar su acción debe de tener ya consigo los indicios suficientes sobre quien es su padre para poder intentar su demanda.

El juez de la causa tampoco ordena que se realice una investigación, si no que se atenderá a las pruebas presentadas por las partes para decidir la cuestión.

3.3.8 Efectos del Reconocimiento

La filiación natural, reconocida de forma voluntaria o a consecuencia de juicio de investigación de paternidad, otorga los mismos derechos del hijo nacido fuera del matrimonio, tanto respecto de los padres como de la familia de estos.

En consecuencia tendrá derecho a:

- a) Usar los apellidos del que lo reconozca.
- b) Ser alimentado.
- c) La porción sucesoria que como a cualquier pariente consanguíneo le corresponda en la sucesión intestada o legítima.

3.4 Filiación Civil o Adoptiva

Es la filiación por adopción, llamada filiación civil o adoptiva, se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre y el adoptado en hijo.

La adopción es la única excepción jurídica, en la mayoría de las legislaciones al principio de la vinculación paterno-filial surge necesariamente del factor genético. Y aun, en este caso el legislador, impone condiciones que de alguna manera, pretenden asimilar el vínculo adoptivo, al derivado de la descendencia biológica, como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la vinculación parental con la familia mas amplia y la disposición que ordena omitir cualquier referencia al origen genético, en las actas de nacimiento formuladas a raíz de la adopción.

La fuerza del vínculo genético se da, por disposición de la ley, ante la necesidad de integrar niños abandonados, huérfanos o existiendo carencia de una familia que les brinde la nutrición física y afectiva que necesiten, así como la dirección normativa indispensable para integrar su personalidad dentro del marco de convivencia social.

3.5 Medios de Prueba de la Filiación

Hasta ahora, el matrimonio, el concubinato, la posesión de estado de hijo, la violación, el rapto o el estupro, ocurridos en la época probable de la concepción, han sido elementos de convicción de los que deriva un beneficio procesal, esencialmente probatorio, la presunción de filiación a favor del nacido raíz de esta circunstancia y a cargo de las personas involucradas.

La naturaleza de esta presunción permite normalmente prueba en contrario, es decir, presumen la paternidad liberando de la carga probatoria a la madre o al hijo siempre que demuestre el hecho base de la presunción, pero se autoriza al efecto que justifique que a pesar de la presunción el no es el padre.

A pesar de que exista un vínculo legal, este puede impugnarse basándose en pruebas biológicas, que demuestren que no existe un vínculo genético y por lo tanto no debe de existir vínculo legal, salvo tratándose de adopción.

El Código de Procedimientos civiles para el Estado de Guanajuato dispone:

ARTÍCULO 96. La ley reconoce como medios de prueba:

- I. La confesión;
- II. Los documentos públicos;
- III. Los documentos privados;
- IV. Los dictámenes periciales;
- V. El reconocimiento o inspección judicial;
- VI. La testimonial;

VII. Las fotografías, las notas taquigráficas, la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología y, en general, todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.

CAPÍTULO CUARTO: CONTRATOS

4.1 Contrato y Convenio

“Existe una distinción entre lo que es convenio y contrato ya que se considera que el convenio es la especie y el contrato el genero.

El convenio es el acuerdo de dos o mas personas, para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

El contrato es el convenio que produce o transfiere las obligaciones o derechos”.³⁷

Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Para la existencia de un contrato se requiere:

- 1.- Consentimiento.
- 2.- Objeto que puede ser materia del contrato.

El contrato puede ser invalidado por:

- 1.- Incapacidad legal de las partes o de una de ellas.
- 2.- Por vicios del consentimiento.
- 3.- Por que su objeto sea ilícito.
- 4.- Por que el consentimiento no se haya manifestado en la forma en que la ley establece.

³⁷ Ramón Sánchez Medina. De los Contratos. 6 ed. Ed. Porrúa. México 1982. p.4

Los contratos se perfeccionan y surten efectos entre las partes por mero consentimiento; y deben revestir una forma establecida en la ley.

Son objeto de los contratos:

- 1.- Las cosas que el obligado debe dar.
- 2.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Las cosas objeto del contrato deben de:

- 1.- Ser físicamente posibles.
- 2.- Ser determinadas en cuanto a su especie
- 3.- Estar en el comercio.

Para la existencia del contrato se requiere:

- 1.- Consentimiento.
- 2.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

4.2 Principal clasificación de los contratos

Esta clasificación se presenta en la doctrina y en el derecho positivo desde diversos puntos de vista:

- 1.- Contratos bilaterales y unilaterales.
- 2.- Contratos onerosos o gratuitos.
- 3.- Conmutativos y aleatorios.
- 4.- Reales y consensuales.
- 5.- Formales y consensuales.
- 6.- Principales y accesorios.
- 7.- Instantáneos y de tracto sucesivo.

4.2.1 Contratos bilaterales y unilaterales

“El contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra solo obligaciones para una parte y derechos para la otra.

El contrato bilateral es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones en ambas partes”.³⁸

Como ejemplo de los contratos unilaterales encontramos la donación que crea solo obligaciones en el donante.

Como ejemplo de los contratos bilaterales encontramos la compraventa, la permuta, el arrendamiento.

4.2.2 Contratos Onerosos y Gratuitos

“Es oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos.

Es gratuito el contrato en aquel en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra”.³⁹

Como ejemplo de los contratos onerosos podemos encontrar la compraventa que impone a la vez provechos como son la entrega de la cosa y el precio y gravámenes recíprocos ya que el provecho que se obtiene al recibir la cosa se compensa con el precio pagado y a la vez, el provecho que se obtiene al recibir el precio, se compensa con el gravamen de entrega de la cosa.

³⁸ Rafael Rojina Villegas. Derechos Civil Mexicano. T VI. Volumen I. 4 ed. Ed. Porrúa México 1981 p.12

³⁹ Op. Cit. P.15

Como ejemplo de contratos gratuitos encontramos la donación, el comodato, el depósito y el mandato gratuito.

4.2.3 Contratos Conmutativos y aleatorios

“Los contratos onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios.

Son conmutativos cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato.

Son aleatorios cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de tal manera que no puede determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, si no hasta que se realice la condición a término. Lo aleatorio esta en que las prestaciones no son determinadas en su cuantía al celebrarse el contrato, y en que habrá de precisarse en el futuro, cuándo se realice la condición o termino”.⁴⁰

4.2.4 Contratos reales y consensuales

“Los contratos reales son aquellos que se construyen por la entrega de la cosa. Entre tanto no exista dicha entrega, solo hay un ante contrato, llamado también contrato preliminar o promesa de contrato.

En oposición a los contratos reales, se citan los consensuales; pero es necesario distinguir ese termino, por que también se usa en oposición a los contratos formales. Cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición al real, simplemente se indica que no se

⁴⁰ Ibidem. P.26

necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo. En cambio, cuando se dice que un contrato es consensual en oposición al formal, se considera que existe por la simple manifestación verbal del consentimiento, sin requerir una forma escrita, pública o privada, para la validez del acto.

Desde este punto de vista, son contratos consensuales, en oposición a los reales, todos los que reglamenta nuestro derecho, exceptuando la prenda ya que no se necesita la entrega de la cosa para que el contrato se perfeccione, o constituya”.⁴¹

4.2.5 Contratos formales y Consensuales.

“Son contratos formales aquellos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si no se otorga en escritura pública o privada, según el acto, el contrato está afectado de nulidad relativa.

El contrato consensual en oposición al formal es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito y por lo tanto puede ser verbal, o puede tratarse de un consentimiento tácito, mediante hechos que necesariamente lo supongan o derivarse del lenguaje mímico, que es otra forma de expresar el consentimiento sin recurrir a la palabra o a la escritura”.⁴²

4.2.6 Contratos principales y contratos de garantía accesorios

“Los contratos principales son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los accesorios requieren de un contrato principal. Los

⁴¹ Ibidem p. 33

⁴² Ibidem p.35

accesorios siguen la suerte de los principales porque la nulidad o la inexistencia de los principales originan a su vez, la nulidad o inexistencia del contrato accesorio.

Estos contratos accesorios son llamados también “de garantía”, por que generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal”.⁴³

4.2.7 Contratos Instantáneos y de tracto sucesivo.

“Los contratos instantáneos son aquellos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto; y los de tracto sucesivo son aquellos en los que el cumplimiento de las prestaciones se realizan en un periodo determinado”.⁴⁴

4.3 Elementos de los contratos

Los contratos constan de dos clases de elementos, los elementos de existencia, que son el consentimiento y el objeto y elementos de validez los cuales son capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, forma (solo en los casos exigidos por la ley) y fin o motivo determinado el cual debe de ser lícito.

4.3.1 El consentimiento

“El consentimiento es uno de los elementos esenciales del contrato. Consiste en el acuerdo de dos o mas voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que éstas voluntades tengan una manifestación exterior”.⁴⁵

⁴³ Ibidem. P.40

⁴⁴ Ibidem p.41

⁴⁵ Manuel Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones. 19 ed. Ed. Porrúa. México 2004. p.121

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

4.3.2 Formas del consentimiento

Para que exista un contrato valido no basta con el consentimiento, es decir el acuerdo de voluntades, si no que es necesario que este tenga una manifestación exterior. El consentimiento puede ser expreso o tácito:

Consentimiento expreso.- En ocasiones la manifestación del consentimiento se hace expresa para así formar el contrato. Como por ejemplo cuando una persona propone a otra verbalmente la celebración de un contrato y esta acepta verbalmente o por escrito. Es aquí donde se expresa en lenguaje hablado o en lenguaje escrito. También puede exteriorizarse en consentimiento por medio de signos o gestos, como por ejemplo un movimiento afirmativo de cabeza o bien los mudos a través de su lenguaje a señas. Todas estas maneras de manifestación del consentimiento se hacen con el fin de llegar a la celebración del contrato, son manifestaciones directas y esto es a lo que se le llama consentimiento expreso.

Consentimiento tácito.- Esta es la manifestación indirecta de la voluntad. Se da cuando no se ha empleado una forma directa para celebrar un contrato, pero se ejecutan hechos que demuestran que si se ha celebrado.

4.3.3 Objeto materia de los contratos

El objeto es la realización de determinada conducta por parte de uno de los sujetos que consiste en dar, hacer o prestar.

Dentro de el objeto metería de los contratos encontramos cosas posibles, imposibles y cosas futuras.

Las cosas posibles.- Son aquellas cosas que se consideran posibles de un modo absoluto, las cosas materia de los contratos deben de ser física y legalmente posibles.

Las cosas imposibles.- Son aquellas que cuya especie no es ni puede ser determinada y las cosas que están fuera del comercio (lo que no existe).

Las cosas futuras.- Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos. El legislador ha considerado que, si estas cosas no existen actualmente están a lo menos destinadas a existir. En este caso la obligación queda subordinada al nacimiento o a la producción de la cosa.

4.3.4 Capacidad

La capacidad de ejercicio para contratar es la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por si mismo un contrato. Carecen de tal aptitud legal los incapaces, esto es, las personas con incapacidad natural y legal, que son: los menores de 18 años de edad, los dementes, los sordomudos analfabetos, los ebrios consuetudinarios y los drogadictos.

La incapacidad de ejercicio en una o en ambas partes que han celebrado un contrato e causa de invalidez de este y da origen a una causa de nulidad.

4.3.5 Vicios del consentimiento

Aunque exista el consentimiento en un contrato, puede ser deficiente por falta de consentimiento o por falta de libertad, esto es, por un vicio que afecte a la inteligencia por un vicio que afecte la voluntad o por un vicio que afecte a una y a otra facultad.

Los vicios del consentimiento pueden ser error o dolo, violencia o la lesión.

Se entiende por error la opinión subjetiva contraria a la realidad o la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada.

La definición de dolo o cualquier sujeción o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.

Hay violencia física cuando se emplea la fuerza física o algún agente material que prive la libertad del contratante.

La lesión en sentido amplio es el perjuicio que en un contrato conmutativo experimenta una parte que recibe una prestación inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte.

4.3.6 La forma

Cuando la ley exige determinada forma para la celebración de un contrato, dicha formalidad es un elemento de validez del propio contrato ya que la omisión de esta formalidad exigida por la ley hace que el contrato en cuestión pueda ser impugnado de nulidad relativa.

4.3.7 El fin o motivo determinado

La causa del contrato es el fin o motivo que determinó a las partes a celebrar un cierto contrato. El fin o motivo determinado debe de ser lícito.

4.4 Medios de prueba

No basta que un contrato se celebre, si no que es necesario demostrar su existencia y para ello debe tenerse un medio de prueba de que se celebró el contrato.

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.

Documentos públicos.- Es el que está autorizado por un funcionario público especialmente por un Notario.

CAPÍTULO QUINTO: LA MATERNIDAD SUSTITUTA

5.1 La reproducción humana

La reproducción humana, es un mecanismo biológico natural, mediante el cual, una pareja de seres humanos pueden procrear a un ser humano. Esta reproducción humana, puede ser de dos tipos.

La reproducción natural, que consiste en la unión íntima sexual de hombre y mujer.

La reproducción humana asistida, en la cual interviene terceras personas, haciendo uso de los medios y recursos tecnológicos que la ciencia ha aportado, con la única finalidad de generar, e inclusive hasta manipular, la reproducción humana.

La reproducción humana asistida a su vez, la podemos subdividir en dos partes, aquellas denominadas inseminación artificial, la fecundación in Vitro.

5.1.1 Reproducción humana natural

“La reproducción humana natural se consigue mediante la unión sexual entre hombre y mujer, a través del coito, es decir.

El pene erecto introducido en la cavidad vaginal, expulsa semen (millones de espermias), que se enfrentaran al primer reto natural, de alcanzar el ovulo de la mujer, con el objeto de fecundarlo.

La mujer por otra parte en su aparato reproductor denominado vagina, hace que sus ovarios secreten óvulos cíclicamente; en promedio de veintiocho días, trasladándose el ovulo por las trompas de Falopio, hasta llegar a la matriz, donde espera ansiosamente la llegada de un solo espermatozoide, (de entre millones), para que éste logre fecundarla, y así originar, la concepción (la fusión entre espermatozoide y ovulo); una célula que en cuestión de tiempo, se convierte en un ser humano mortal".⁴⁶

Esta reproducción humana es el medio natural que los seres humanos han hecho durante millones de años para procrearse. Sin embargo hay que partir del supuesto de que no todos los seres humanos pueden hacerlo. Para algunas parejas les es difícil, y en el peor de los casos, es imposible.

La fertilidad se define como la capacidad biológica que tienen los seres humanos para reproducirse.

5.2 Infertilidad y Esterilidad

Los términos infertilidad y esterilidad, muchas veces son utilizados como sinónimos, porque al fin de cuenta implican que una pareja no logra conseguir la propia reproducción, pero que en lenguaje médico exacto, denotan cosas totalmente distintas.

Por pareja estéril.- Se entiende a un hombre y a una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presentan una incapacidad para concebir, es decir la unión de los gametos masculino y femenino no pueden darse bajo ninguna circunstancia.

⁴⁶ Goldman Susan. El libro guía de su hijo. Enciclopedia Salvat de la familia. Ed. Salvat. España, 1981. p.47

La esterilidad puede darse de dos formas:

1.- Cuando nunca se ha logrado el embarazo bajo ninguna circunstancia y por ningún tratamiento.

2.- Cuando ha habido embarazos previos, pero ya no, situación que pudo haberse ocasionado por causas iatrogénicas, como lo son intervenciones quirúrgicas innecesarias o mal realizadas, empleo de métodos anticonceptivos inapropiados, secuelas terapéuticas médicas o quirúrgicas.

Por pareja infértil.- Entendemos a aquellas que presentan 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 corrección.

Ahora bien las causas que originan estos problemas reproductivos pueden llegar a ser los siguientes:

1.- El posponer la maternidad para edades mas avanzadas disminuye la fertilidad en la pareja, y hace que al momento de querer reproducirse se enfrente con diversidad de impedimentos.

2.- El empleo indiscriminado de técnicas anticonceptivas, que en muchas ocasiones obedecen a una automedicación, sin considerar que muchos de estos métodos alteran el organismo, principalmente el de las mujeres y provoca diversas afectaciones que disminuyen su capacidad reproductiva; aunado a esto, la mayor incidencia de enfermedades venéreas, que si no ocasionan la muerte, si generan disminuciones para la concepción o producen la infertilidad.

3.- 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, sustancias que liberamos en situaciones de gran tensión emocional. Este estrés en muchas ocasiones genera drogadicción y alcoholismos, que son factores que disminuyen la capacidad reproductiva en los seres humanos, pues el consumo de estas sustancias aumenta la posibilidad de que el producto presente algunas malformaciones congénitas.

4.- La automedicación es una causa mas de problemas reproductivos, lo que genera en muchas ocasiones que se afecte la función neuroendocrina; los fenómenos ovulatorios y espermatogénesis y en diversas ocasiones en funcionamiento sexual se altera al usar tranquilizantes, estimulantes o analgésicos, así como estimulantes menores como serian la cafeína y la nicotina, que si bien no provocan un daño a corto plazo, si genera severas afectaciones a largo plazo.

5.- La realización de dietas severas y de ejercicios extenuantes son otros factores más que alteran la capacidad reproductiva en humanos, al alterar la funciona neuroendocrina del cuerpo al generarse diversas sustancias químicas con el ejercicio exagerado y al presentarse cuadros de desnutrición grave con diversidad de dietas.

6.- El contacto con diversas sustancias toxicas que el desarrollo industrial de nuestra época trae consigo, como lo son los pesticidas, plomo, solventes, gases, pinturas y radiaciones, estas ultimas provienen 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.

7.- Dentro de las causas biológicas podemos encontrar miomas uterinos, malformaciones uterinas, sinequia uterina, edenoma endometrial, endometriosis, baja producción de espermatozoides, alteraciones cromosómicas en la pareja, entre otras.

Cuando una pareja decide tener hijos y descubre que no puede hacerlo, experimenta diversas reacciones psicológicas a las que habitualmente no está preparada la pareja, puesto que sus reacciones son complejas, diversas y en ocasiones irracionales.

El hecho de descubrir que no se puede tener hijos es una situación traumática para las parejas, ya que no están preparadas para afrontar tal situación. Después se genera una crisis mayor, puesto que el problema representa retos diversos, ya que existen limitaciones diagnósticas y terapéuticas, así como factores causales como muy mal pronóstico, y a veces, al corregir un factor se altera otro.

Las reacciones psicológicas que surgen con motivo de la esterilidad o infertilidad en una pareja son en orden progresivo comenzando con la sorpresa, negación, aislamiento, enojo y agresión, culpa y auto devaluación, regateo, depresión, sufrimiento, duelo y aceptación o resolución.

Es aquí donde se puede decir que las técnicas de reproducción asistida se plantean como solución a los problemas de infertilidad y esterilidad en la pareja. Cuando los métodos, diagnósticos y técnicas terapéuticas tradicionales no encuentran una causa que explique la infertilidad o esterilidad, o después de tratar estos problemas no se

obtiene un embarazo, hay posibilidades con técnicas no cóitales de reproducción, también llamadas técnicas de reproducción asistida.

5.3 La Reproducción Humana Asistida

Se les denomina técnicas de reproducción asistida al empleo de tecnología altamente especializada que sustituye o complementa el contacto sexual para que la fertilización ocurra.

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados, o ineficientes, y aunque no esta indicada para todos los problemas de esterilidad, permite embarazos en casos considerados como perdidos, y sus indicaciones y aceptaciones son cada vez mayores por lo que se le utiliza con mayor frecuencia.

Actualmente un método muy utilizado en los problemas de infertilidad o de imposibilidad para embarazarse, es la reproducción asistida. Ya sea en la madre biológica, que puede ser subrogada o sustituta.

La reproducción humana asistida, Ernesto Gutiérrez y González la define como: “el encuentro del espermatozoide y el ovulo, en el genital adecuado de la hembra -útero- por la introducción del esperma del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad de coito”.⁴⁷

Otra definición sería la de Martínez Calcerrada quien la define como: “el modo de introducir el esperma del varón en el organismo de la

⁴⁷ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho Sucesorio Inter vivos y Mortis Causa. Ed. Porrúa. México, 1995. p. 254

mujer, de manera que resulte apto para la generación, pero distinto a la forma natural".⁴⁸

La inseminación artificial es la técnica de introducir el esperma del macho, en la vagina de la hembra. Lográndose la fecundación dentro del vientre materno.

Realmente no es una técnica tan moderna ya que esta técnica se utilizó primero desde hace siglos en plantas, después en animales y finalmente en humanos.

Como elementos personales de la reproducción humana asistida, tendríamos en primer lugar a la pareja hombre y mujer. Pueden ser una pareja unida en matrimonio o en concubinato, e incluso puede darse el caso en que ninguna de las partes se lleguen a conocer. Puede darse el caso también de la aparición de terceras personas, uno que aporte el material biológico, y otra preste su matriz.

Otro elemento sería el esperma y el ovulo, la principal fuente de energía, que permite en términos científicos, la procreación de un ser humano. El esperma es la célula que secretan los testículos del hombre, como lo son los óvulos en los ovarios de la mujer. Este material genético es el requisito indispensable para la creación de un ser humano. Cuando se unen las dos células se forma una célula fecundada también conocida como cigoto o concepción.

Debemos tomar en cuenta que la reproducción asistida en sus diferentes medios de reproducción cuenta con una similitud consistente en la ausencia del acto sexual coito.

⁴⁸ Martínez Calcerrada Luís. La nueva inseminación artificial. (Estudio de ley del 22 de Noviembre de 1988). Madrid España 1989. p. 33

5.3.1 Inseminación artificial

Consiste básicamente en el depósito de semen, fuera del marco de una relación sexual, realizada por parte de un especialista médico, un ginecólogo, en los genitales internos de una mujer, con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización, si se produce, ocurra en el lugar u de la forma habitual.

La inseminación artificial se puede definir como el depósito de espermatozoides previamente preparados en el útero de la mujer, sin efectuar un contacto sexual, la técnica más efectiva y utilizada es la intrauterina, aunque también se han empleado la intracervical, vaginal, intraperitoneal e intrafolicular.

Encontramos también que la inseminación artificial se puede realizar con semen fresco, es decir, que es aplicado inmediatamente después de ser eyaculado por el hombre, con la cual se logran mayores posibilidades de embarazos, o con semen congelado, el cual permite verificar la calidad de la muestra, y reducir el riesgo de transmisión de enfermedades graves a la mujer por no haber sido debidamente analizado; puede ser completo, es decir, se insemina todo lo eyaculado o fraccionado, lo que implica un tratamiento del semen en el laboratorio con el fin de volverlo más viable, puede ser homóloga, si el semen proviene de esposo o compañero de la mujer, y heteróloga si el semen proviene de un donador, así mismo se diferencia, por el lugar de los genitales femeninos donde es depositado, como lo puede ser la vagina, el interior del útero, en la cerviz, en su parte interior o exterior.

5.3.2 La hiperestimulación ovárica controlada

Esta técnica se utiliza en muchos procesos de fertilidad para complementar o facilitar el uso de otras técnicas como lo serían la inseminación artificial o la fecundación in Vitro.

Se realiza con la finalidad de aumentar la cantidad de óvulos disponibles a través de la aplicación de gonadotropinas, esto es, se realiza una estimulación hormonal a efecto de que el ovario produzca varios óvulos a la vez, y para esto, la paciente debe someterse a un tratamiento hormonal indicado por su médico.

5.3.3 La percusión espermática a oviductos

Es un procedimiento utilizado por el doctor Kahn el cual consiste en inseminar un mayor volumen de medio de cultivo con espermatozoides previamente capacitados para llegar a las fibrinas por vía transcervical, se combina con la hiperestimulación ovárica controlada para aumentar la posibilidad de unión entre el ovulo y el espermatozoide.

5.3.4 La fecundación in Vitro

Es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo con el espermatozoide del padre, es decir es la unión de espermatozoide y óvulo, fuera del cuerpo humano.

Este método aparece en la década de los 70. Esta técnica aparece como remedio en los casos en que la mujer presenta una lesión irreparable de las trompas que impide el transporte de los gametos.

Es una técnica que trata de estimular el ovario para que produzca más óvulos de lo normal suministrándole hormonas. Esos óvulos se extraen mediante una punción en el ovario sacando de ocho a diez cada ciclo y se exige el ingreso ambulatorio durante un día. Estos óvulos se fecundarán in Vitro en una probeta, con el esperma de la pareja, y se tendrán dos días en cultivo. Pasado este tiempo, se insertarán en la vagina mediante un catéter sin necesidad de anestesia ni de ingreso ambulatorio. Una vez insertados y hasta estar seguros del embarazo se continuará con el tratamiento hormonal.⁴⁹

Para lograr la fecundación in Vitro es necesario:

1.- Disponer del semen de un hombre, recogido previamente por masturbación.

2.- Poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico en un centro sanitario adecuado.

3.- Poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos en una placa de cultivo esperando que la fecundación in Vitro se produzca.

Estas técnicas evolucionaron hasta conseguir la maternidad por sustitución o subrogación y la fecundación pos mortem.

Los avances tecnológicos permiten también, manipular los gametos óvulos y espermias, al grado de no solamente definir su sexo, si no también el modificar su fenotipo e información genética.

⁴⁹ www.reproasisgen.com/asisa.htm.

5.3.5 La transferencia de embriones

Esta técnica está ligada con la fertilización in Vitro ya que una vez obtenido el óvulo fecundado se le conserva en un medio de cultivo para verificar su viabilidad y su correcta división, y una vez logrado esto se le traslada a la cavidad uterina (que sería la transferencia de embriones) para su posterior desarrollo, se requiere para su aplicación, un útero normal y al menos un ovario que funcione para poder obtener los óvulos, así como una muestra espermática aceptable.

5.3.6 La transferencia intrauterina de gametos

Consiste en la colocación de óvulos y espermatozoides capacitados para lograr la fertilización en las trompas de Falopio de la mujer estéril, siempre y cuando la permeabilidad de estas no esté afectada, propiciado el proceso fisiológico de fecundación propio del ser humano, de tal manera que tanto la fertilización como el transporte y nidación siguen los parámetros normales.

5.3.7 La Maternidad sustituta

La práctica reproductiva denominada maternidad sustituta o alquiler de útero tiene sus antecedentes históricos derivados de las técnicas reproductivas en general, sin embargo, se podría pensar que la utilización de este procedimiento es reciente y novedoso, pero encontramos referencia a ella en algunos pasajes bíblicos en los que nos menciona como algunas mujeres estériles buscaron ser madres a través del método que hoy se denomina maternidad sustituta recurriendo para esto a terceras mujeres.

La maternidad sustituta no es propiamente una técnica de reproducción asistida, sino que son la combinación de varias de ellas para que pueda lograrse el fin perseguido; sin embargo se le considera como una técnica más, y es conocida con una diversidad de nombres. Se le puede identificar como madres sustitutas, madres de alquiler, gestación contratada, gestación por cuenta ajena, alquiler de útero, alquiler de vientre, madre subrogada, gestación de sustitución, entre otros.

Esta técnica se ha desarrollado para mujeres estériles sin útero y con ovarios, de tal manera que se han creado programas en donde mujeres que reúnen ciertos requisitos de edad y características psicológicas y medicas, entre otras, establecen un contrato en el que se comprometen a llevar en el útero el producto de la concepción de un apareja estéril, para regresarlo a la pareja inmediatamente después del parto vaginal o cesárea.

La maternidad sustituta podría ser fácilmente definida como el proceso en el cual una mujer ofrece su vientre para gestar el bebe de otra pareja hasta el momento de su nacimiento. Una vez que el niño/a es dado a luz, es entregado a la pareja en cuestión; y a la mujer que lo ha gestado durante todo el embarazo debe renunciar a cualquier derecho legal que pudiera tener sobre el bebé.

Para poder entender la definición anterior podríamos decir que:

Consiste en la gestación del embrión en el útero de una mujer hasta su nacimiento.

El óvulo implantado es de una segunda mujer (madre biológica) y que es fecundado por el espermatozoide de su marido o por el de un donante.

De este modo la madre biológica tendrá un hijo gestado por otra mujer.

Las llamadas madres sustitutas o madres de alquiler son aquellas mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que, normalmente se ha generado mediante el esperma del varón que aparece como padre y de un óvulo de la mujer que aparece como madre, y que producido el parto entregará el hijo a las personas que lo encargaron, las cuales asumieron el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

La madre gestante deberá renunciar a todos los derechos legales que pudiera tener sobre el bebé.

Existe una gran variedad de razones por las cuales una pareja podría llegar a optar por recurrir a los servicios de una madre sustituta. Aquellas mujeres que no pueden llegar a buen término un embarazo, aquellas que tuvieren un útero deforme o aquellas que carecieran completamente de útero.

La maternidad sustituta puede tener las siguientes modalidades:

1.- Subrogación total.- Implica que la mujer contratada sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto entregue al hijo, al padre biológico, renuncie a todos los derechos que la maternidad le genera, y admita la adopción de la pareja del padre biológico en relación con la maternidad del

menor, técnicamente se debe reconocer que esta hipótesis corresponde mas a una inseminación artificial heteróloga, toda vez que en realidad la madre del bebé lo es la madre genética y obstetricia y por lo tanto no existe sustitución alguna del vientre, es decir no se da la hipótesis de que una mujer se preste a gestar un embrión que genéticamente es de otra mujer y por ende se habla de que en realidad existe una maternidad compartida.

2.- Subrogación parcial.- Ésta se da cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in Vitro que le ha sido transplantado, pero que previene de la unión de espermatozoides y ovulo de la pareja contratante.

3.- Subrogación comercial.- Se da cuando una mujer acepta embarazarse por otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

4.- Subrogación altruista.- Se da cuando una mujer acepta gestar a un hijo por cuenta de otra de manera gratuita, generalmente por mediar entre ella y la pareja un lazo de amor, amistad o parentesco.

Se le llama madre sustituta a la mujer que se ofrece a gestar a un hijo por cuenta ajena, acordando mediante un contrato permitir el implante de un embrión humano en su útero o bien ser inseminado artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear a un hijo que al momento en que éste nazca, renuncia a sus derecho materno filiales sobre el hijo, para que la esposa del padre pueda adoptarlo.

La mujer portadora es una madre sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podía realizarse en una mujer infértil.

Entonces para que pueda tener lugar este fenómeno, se requiere la celebración de un contrato entre la mujer infértil y la madre sustituta, conforme al cual, esta última conciente en soportar el embarazo, los riesgos del parto y una vez dado a luz entregar el infante.

5.4 Marco jurídico en torno a las técnicas de reproducción humana

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dentro de su artículo cuarto párrafo segundo manifiesta el derecho a la salud y a la procreación humana, el cual a la letra dice: Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos. El derecho consagrado en éste artículo a favor de los ciudadanos significa la oportunidad de organizar y desarrollar, una familia lo que implica que el estado tiene la obligación de no interferir en ello y más aun de brindar la protección debida para el caso de que se quiera obstaculizar la actualización de este derecho.

Este artículo garantiza además, un derecho, a la protección de la salud, originando con esto la obligación del Estado a proporcionar la existencia de instituciones de salud que preste el servicio de atención médica a la población que sufre una enfermedad o bien que quiere prevenir un padecimiento o alteración en la salud. Si se toma en cuenta el punto de vista médico, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, encontramos que la esterilidad e

infertilidad se consideran como una enfermedad humana en nuestros tiempos la cual debe de ser contemplada dentro de la política de los sistemas de salud de los Estados, cabría entonces reflexionar sobre la responsabilidad que tendría el Estado Mexicano de posibilitar en sus diferentes instituciones de salud el manejo y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, como forma de garantizar que el ciudadano estéril o infértil puede tener acceso a la reproducción biológica.

De lo anterior observamos que el ordenamiento constitucional en cita, deja la puerta abierta a la interpretación en torno al uso y manejo de las técnicas de reproducción humana asistida, que se inclina a favor o en contra de ellas, según sea el punto de vista que las trate, hecho que propicia debates al respecto, de lo cual se hace necesaria una especificación mayor en cuanto al alcance y los límites del derecho a la organización y desarrollo de una familia, así como el de la libre elección y esparcimiento de los hijos, debiéndose así mismo determinar si la infertilidad o esterilidad entran dentro de la política de salud del Estado, porque de ser así habría que determinar por parte del Estado el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Encontramos otros ordenamientos jurídicos que hacen mención de manera expresa a diversas técnicas de reproducción humana asistida, como la Ley General de Salud, que es la ley que se deriva del artículo cuarto constitucional, en la cual dentro de sus artículos 1°, 3° y 27°, a la letra manifiestan:

Artículo 1°.- La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece

las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público y de interés social.

Artículo 3°.- En los términos de esta ley es materia de salubridad general:

Fracción VII.- La planificación familiar.

Artículo 27°.- Para los efectos del derecho a la protección de la salud, se consideran servicios básicos de salud los referentes ha:

Fracción V.- Planificación familiar.

En los cuales nos habla 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 preguntar 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 ésta se refiere a la reproducción humana de manera consientes, por parte se 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, que a la letra refieren:

Artículo 67.- Planificación familiar tiene carácter prioritario. En sus actividades se debe incluir la información y orientación educativa para los adolescentes y jóvenes. Asimismo para disminuir el riesgo reproductivo, se debe informar a la mujer y al hombre sobre la inconveniencia del embarazo antes de los 20 años y después de los 35, así como la conveniencia de espaciar los embarazos y reducir su

riesgo; todo ello, mediante una correcta información anticonceptiva, la cual debe de ser oportuna, eficaz y completa a la pareja.

Los servicios que se presten en la materia constituyen un medio para el ejercicio del derecho de toda persona de decidir de manera libre e informada sobre el número y esparcimiento de los hijos, con pleno respeto a su dignidad.

Artículo 68.- Los servicios de planificación familiar comprenden:

I.- La promoción del desarrollo de programas de comunicación educativa en materia de servicios de planificación familiar y educación sexual, con base en los contenidos y estrategias que establezca el consejo nacional de la población.

II.- La atención y vigilancia de los aceptantes y usuarios de los servicios de planificación familiar.

III.- La accesoria para la prestación de servicios de planificación familiar a cargo de los sectores público, social y privado y la supervisión y evaluación en la ejecución, de acuerdo con las políticas establecidas por el Consejo Nacional de la Población.

IV. El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana.

V.- La participación en el establecimiento de mecanismos idóneos para la determinación, elaboración, adquisición, almacenamiento y distribución de medicamentos y otros insumos destinados a los servicios de planificación familiar.

VI.- La recopilación sistematización y actualización de la información necesaria para el adecuado seguimiento de las actividades desarrolladas.

En cuanto a la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos los cuales se puntualizan en el título quinto de la Ley General de Salud artículos 96 al 100, los cuales a la letra manifiestan:

Artículo 96.- La investigación para la salud comprende el desarrollo de acciones que contribuyan:

- I.- Al conocimiento de los procesos biológicos y psicológicos en los seres humanos.
- II.- Al conocimiento de los vínculos entre las causas de enfermedad, la práctica médica y la estructura social.
- III.- A la prevención y control de los problemas de salud que se consideran prioritarios para la población.
- IV.- Al conocimiento y control de los efectos nocivos del ambiente en la salud.
- V.- Al estudio de las técnicas y métodos que se recomienden o empleen para la prestación de servicios de salud y
- VI.- A la producción nacional de insumos para la salud.

Artículo 97.- La Secretaría de Educación Pública, en coordinación con la Secretaría de Salud y con la participación que corresponda al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología orientará al desarrollo de la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

La Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, apoyarán y estimularán el funcionamiento de establecimientos públicos destinados a la investigación para la salud.

Artículo 98.- En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos y de conformidad con las

disposiciones aplicables, se constituirán: una comisión de investigación; una comisión de ética, en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, y una comisión de bioseguridad, encargada de regular el uso de radiaciones ionizantes o de técnicas de ingeniería genética. El Consejo de Salubridad General emitirá las disposiciones complementarias sobre áreas o modalidades de la investigación en las que considere que es necesario.

Artículo 99.- La Secretaría de Salud, en coordinación con la Secretaría de Educación Pública, y con la colaboración del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología y de las instituciones de educación superior, realizará y mantendrá actualizando un inventario de la investigación en el área de salud del país.

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

- I. Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación médica, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica;
- II. Podrá realizarse sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idóneo;
- III. Podrá efectuarse sólo cuando exista una razonable seguridad de que no expone a riesgos ni daños innecesarios al sujeto en experimentación;
- IV. Se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, o de su representante legal en caso de incapacidad legal de aquél, una vez enterado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud;

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

La realización de estudios genómicos poblacionales deberá formar parte de un proyecto de investigación;

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

VII. Las demás que establezca la correspondiente reglamentación.

Los acules nos hablan de la investigación sobre la ingeniería genética, de la lectura de estos artículos podemos inferir que las técnicas de reproducción humana asistida no son del todo ajenas a nuestro sistema jurídico mexicano, solo que se les contempla de manera muy genérica.

En el capítulo décimo de esta ley, encontramos disposiciones que en un momento dado puede ser usada 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 sustituta, toda vez que nos habla en torno de la donación de diferentes órganos y de su control sanitario.

Dentro del reglamento de la Ley General de Salud, en materia de investigación para la salud, esta se crea para dar los principios a los cuales deberá someterse la investigación científica y tecnológica destinada a la salud.

En este reglamento se puntualiza en sus nueve títulos, diferentes procedimientos médicos que implican la investigación para la salud, siendo en el título segundo capítulo cuarto donde 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, óbitos, y fetos y de la fertilización asistida, de la cual encontramos referencia expresa en el capítulo cuarto título segundo de este reglamento, que abarcan los artículos 40 a 56 que a la letra disponen:

Artículo 40.- Para los efectos de este reglamento se entiende por:

I.- Mujer en edad fértil.- Desde el inicio de la pubertad hasta el inicio de la menopausia;

II.- Embarazo.- Es el periodo comprendido desde la fecundación del ovulo (evidencia por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

III.- Embrión: El producto de la concepción desde la fecundación del ovulo hasta el fin de la duodécima semana de gestación.

IV.- Feto.- El producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción.

V.- Óbito Fetal.- La muerte del feto en el útero.

VI.- Nacimiento vivo.- Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y este o no desprendida la placenta.

VII.- Nacimiento muerto.- Es la expulsión completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación no respire ni lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y este o no desprendida la placenta.

VIII.- Trabajo de parto.- Es el periodo comprendido desde el inicio de las contracciones uterinas (con características progresivas de

intensidad, irrigación y duración) y que termina con la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

IX.- Puerperio.- Es el periodo que se inicia con la expulsión o extracción del feto y sus anexos hasta lograr la involucración de los cambios gestacionales (aproximadamente dura 42 días.)

X.- Lactancia.- Es un fenómeno fisiológico en el cual ocurre la secreción láctea a partir de la expulsión o extracción el feto y sus anexos, y

XI.- Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homologa o heterologa) e incluye la fertilización in Vitro.

Artículo 41.- Además de las disposiciones generales de ética que deberán cumplirse en toda investigación en seres humanos, aquellas a los que incluyan a los sujetos a que se refiere este capítulo deberán satisfacer lo que se establece en el artículo 42 al 56 de este reglamento.

Artículo 42.- En las investigaciones clasificadas como de riesgo mayor que el mínimo que se realice en mujeres en edad fértil, deberán tomarse medidas para:

I.- certificar que las mujeres no estén embarazadas, previamente a su aceptación como sujetos de investigación, y

II.- disminuir en lo posible las posibilidades de embarazo durante el desarrollo de la investigación.

Artículo 43.- Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de utilización de embriones, óbitos o fetos; y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los artículos 21 y 22 de este reglamento,

previo información de los registros posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso.

El consentimiento del cónyuge o concubinario solo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; por que el concubinario no se haga cargo de la mujer, o bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido.

Artículo 44.- Las investigaciones que se realicen en mujeres embarazadas deberán estar precedidas de estudios realizados en mujeres no embarazadas que demuestren su seguridad, a excepción de estudios específicos que requieran de dicha coordinación.

Artículo 45.- Las investigaciones en mujeres embarazadas, cuyo objetivo sea obtener conocimientos generalizados sobre el embarazo, no deberán representar un riesgo mayor al mínimo para la mujer, embrión o el feto.

Artículo 46.- Las investigaciones en mujeres embarazadas que impliquen una intervención o procedimiento experimental no relacionado al embarazo, pero con beneficios terapéuticos para la mujer, como sería un caso de toxemia gravidica, diabetes, hipertensión y neoplasias, entre otros, no deberán exponer al embrión o al feto a un riesgo mayor al mínimo, excepto cuando el empleo de la intervención o procedimiento se justifique para la vida de la mujer.

Artículo 47.- las investigaciones en mujeres embarazadas, con beneficios terapéuticos relacionados con el embarazo, se permitirán cuando:

- I.- Tengan por objeto mejorar la salud de la embarazada, con un riesgo mínimo para el embrión o feto, o
- II.- Estén encaminadas a incrementar la viabilidad del feto, con un riesgo mínimo para la embarazada.

Artículo 48.- Durante la ejecución de la investigación en mujeres embarazadas:

- I.- los investigadores no tendrán autoridad para decidir sobre el momento, método o procedimiento empleados para terminar el embarazo, ni participaran en decisiones sobre la viabilidad del feto.
- II.- solo con la autorización de la comisión tica podrá modificarse el método para terminar el embarazo con propósitos de investigación, cuando tales modificaciones signifiquen un riesgo mínimo para la salud de la madre y no representen riesgo alguno para la sobrevivencia del feto.
- III.- En todo caso queda estrictamente prohibido otorgar estímulos monetarios o de otro tipo para interrumpir el embarazo, por el interés de la investigación o por otras razones.

Artículo 49.- La carta de consentimiento informado para investigaciones durante el trabajo de parto, deberán obtenerse de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 21, 22 y 43 de este reglamento, antes de que aquel se inicie y debidamente señalar expresamente que el consentimiento puede ser retirado en cualquier momento del trabajo de parto.

Artículo 50.- Las investigaciones en mujeres el puerperio se permitirán cuando no interfieran con la salud de la madre y del recién nacido.

Artículo 51.- Las investigaciones en mujeres durante la lactancia serán autorizadas cuando no exista riesgo para el lactante o cuando la madre decida no amamantarlo, se asegure su alimentación por otro método y se obtenga la carta de consentimiento informado de acuerdo lo estipulado en los artículos 21, 22, y 43 de este reglamento.

Artículo 52.- Los fetos serán sujetos de investigación solamente si las técnicas y métodos utilizados proporcionan la máxima seguridad para ellos y la embarazada.

Artículo 53.- Los recién nacidos no serán sujetos de investigación hasta que se haya establecido con certeza si son o no nacimientos vivos, excepto cuando la investigación tenga por objeto aumentar su posibilidad de sobre vivencia hasta la fase de viabilidad, los procedimientos del estudio no causen el cese de sus funciones vitales o cuando, sin agregar ningún riesgo, se busque obtener conocimientos generalizables importantes que no puedan obtener de otro modo.

Artículo 54.- Los nacimientos vivos podrán ser sujetos de investigación si se cumple con las disposiciones sobre investigaciones en menores, indicadas en este reglamento.

Artículo 55.- Las investigaciones con embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fetal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de estos, serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el título décimo cuarto de la ley y en este reglamento.

Artículo 56.- Las investigaciones sobre fertilización asistida solo serán admisibles cuando se aplique a la solución de problemas de

esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si este difiere con el de el investigador.

En nuestro país en las legislaciones sustantivas civiles y penales del Distrito Federal y del Estado de Tabasco, las que van marcando la pauta en cuanto a la poca legislación, que en la materia existe, y por ende son estas legislaturas en las que encontramos disposiciones mas expresas en materia de reproducción asistida y de las implicaciones que en diferentes figuras jurídicas de derecho familiar, civil y aun penal, el uso de estas técnicas puede generar.

En el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos 293, 326, 329, 336, 374, 378 y 382, los cuales nos hablan de manera general de las relaciones de parentesco y filiación, que pueden darse aun por medio de fecundación asistida, los cuales manifiestan lo siguiente:

Artículo 293.- El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

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

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

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

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

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

Artículo 336.- En el juicio de impugnación de la paternidad o la maternidad, serán oídos, según el caso, el padre, la madre y el hijo, a quien, si fuere menor, se le proveerá de un tutor interino, y en todo caso el Juez de lo Familiar atenderá el interés superior del menor.

Artículo 374.- El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor ni el que esté en estado de interdicción, sin el de su tutor, si lo tiene, o del tutor que el Juez de lo Familiar le nombrará especialmente para el caso.

Artículo 378.- La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que

alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.

Artículo 382.- La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

Por su parte en el Código Penal para el Distrito Federal, con las reformas de Octubre del 2002, se incluyó un título segundo, correspondiente al libro segundo de este código, al cual se le ha llamado, "Procreación asistida, inseminación artificial y manipulación genética", título al que se la 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.

Dentro de la exposición de motivos que precede a las reformas realizadas en el Código Civil para el Estado de Tabasco, los legisladores de la quincuagésima legislatura se declaran complacidos al 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 diferentes avances científicos en materia de reproducción humana.

En este cuerpo legal se agregan diferentes disposiciones en torno a las técnicas de reproducción human asistida, así como de las consecuencias que este produce en instituciones de derecho Civil, en su rama de derecho de familia, como lo serian aspectos del matrimonio, concubinato, divorcio, filiación y sucesiones, reformas que encontramos en los artículos: 31, 92, 165, 272 fracción XVII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 331 y 360, los cuales manifiestan lo siguiente:

Artículo 31.- La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno.

Artículo 92.- Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentará en el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotará la hora, día, mes año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado. Si el padre o la madre o ambos piden por sí o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar éste y se mencionará en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando

el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará únicamente el nombre del que lo presente.

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial (sic)", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la Entidad y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

Artículo 165.- Los cónyuges deben guardarse fidelidad, vivir juntos en el domicilio conyugal, contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y ayudarse mutuamente. Cualquier convenio contrario a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesto.

Los cónyuges pueden planificar el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges, extendiéndose a aquellas parejas que viven públicamente como si fueran marido y mujer y sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí.

Artículo 272.- Son causas de divorcio necesario:

Fracción XVIII.- Emplear, la mujer, método de concepción humana artificial, sin el consentimiento del marido.

Artículo 324.- Quiénes se presumen hijos de los cónyuges:

Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio; y

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

Artículo 327.- El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial, si consta de manera fehaciente su consentimiento.

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

I.- Si se probare que supo, antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, bastando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco;

II.- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;

III.- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer; y

IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir.

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

Artículo 330.- 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; pero esta acción no prosperará si el marido reconoció expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido por medio de los métodos de reproducción médica asistida.

Artículo 331.- En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir la paternidad del hijo, deberá deducir su acción dentro de sesenta días contados desde el nacimiento, si estaba presente; desde el día que llegue al lugar, si estaba ausente; o desde el día en que descubra el engaño, si se le ocultó el nacimiento.

Artículo 340.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato;

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

III.- Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres,

siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitable.

Artículo 347.- Respecto del padre, la filiación se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o de alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia.

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

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

Dentro del artículo 92 del Código civil de Tabasco, por primera vez en nuestro país en sus párrafos tercero, cuarto y quinto, se observa una referencia expresa a la maternidad sustituta y a la maternidad

subrogada, en relación a las atas de nacimiento e incluso donde se diferencia un término de otro, en dicho numeral encontramos en el párrafo final una disposición concreta respecto a la paternidad del hijo de la mujer casada, por lo cual resulta interesante como esta disposición contraviene totalmente la presunción tradicional que se ha manejado en nuestro sistema jurídico: que el hijo de la mujer casada, hijo de su marido es, así este numeral dispone como excepción a esta presunción, el hijo de la mujer casada, que sea madre gestante sustituta.

5.5 La ilicitud del Contrato de maternidad sustituta

Para desarrollare este tema empezaremos hablando que existen una gran variedad de agencias especializadas en las cuales se pueden encontrar estas madres de alquiler o bien como la llamamos en el desarrollo de ésta tesis madres sustitutas.

Estas agencias especializadas en madres sustitutas se encargan de llevar a cabo exámenes médicos y psicológicos necesarios a todas las mujeres que estuvieren ofreciendo su vientre en alquiler, antes de acordar aceptarlas como clientes. Las agencias también serán las encargadas de lidiar con todos los aspectos legales de esta situación, pero a pesar de ello las agencias recomiendan que la pareja tenga un propio representante legal y de esta manera el se encargue de supervisar todos los contratos que se llevaran a cabo.

Pero no todas las parejas deciden acudir a agencias y en lugar de ello, habrá algunas que prefieran encontrar a una madre sustituta por sus propios medios. La mayor parte de las veces, las parejas le piden a algún familiar o a alguna amiga cercana que actué como madre

sustituta pero muchas parejas han optado por buscar en Internet a una madre sustituta.

La maternidad sustituta en la actualidad, en nuestro país y en cualquier parte del mundo, se toma como alternativa a seguir por lo general cuando la esposa o concubina no puede embarazarse por problemas en su útero, como lo serian malformaciones congénitas, extirpaciones del mismo, o bien el llamado útero infantil, cuadros clínicos que significan para una mujer esterilidad, lo cual representa la imposibilidad de gestar en su vientre un nuevo ser. Debido a lo anterior deciden celebrar un contrato por escrito con una tercera mujer para que a cambio de una contraprestación económica acepte gestar a un niño para entregárselo con posterioridad a su nacimiento.

Siguiendo el principio fundamental del derecho, que todo lo que no esta prohibido esta permitido. Es decir al no existir, en nuestro país normas que regulen o prohíban estas técnicas de reproducción, se debe sobre entender que la realización de las mismas, no implicarían ningún tipo de sanción.

Los contratos tienen elementos de dos clases: elementos de existencia y elementos de validez. Los primeros afectan su existencia y los segundos su eficacia. Es decir si falta alguno de los elementos esenciales el contrato será inexistente. Por el contrario la ausencia de los elementos de validez, tan solo pueden generar la nulidad del contrato, pero éste será existente.

Para la existencia del contrato se requiere consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato. En cuanto al consentimiento éste puede ser expreso o tácito como ya lo he definido dentro el capitulo de contratos. En cuanto al objeto la ley dispone que son objeto de los

contratos: la cosa que el obligado debe dar, el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. El objeto del contrato debe: existir en la naturaleza, ser determinado o determinable en cuanto a su especie y estar dentro del comercio.

Al respecto analizando los elementos de los contratos en México, realizaré un intento de adecuación del llamado contrato de maternidad sustituta, con las disposiciones legales en materia de contratos, para analizar si este contrato puede llamarse contrato y si su incumplimiento o interpretación puede dirimirse en los juzgados.

Pienso que el ser humano tiene sobre su cuerpo la libre disposición, considerándolo como un todo a través del cual se relaciona, camina, habla, observa, siente, etcétera; pero que nadie puede aparecer como dueño de sus propio miembros que necesita para ser lo que es.

Es decir nadie puede vender un riñón, el hígado, un pedazo de piel, un ojo, etcétera, a pesar de que algunos órganos son comercializados en el mercado negro por personas que ven en ello un modo de vivir, pero podemos afirmar sin duda, que una vez que lo han realizado, no son ya las mismas personas, ni su cuerpo tiene la misma capacidad que originalmente tenía.

Esto nos ayuda a entender que jamás las partes de nuestro cuerpo pueden estar sujetas a un acuerdo de voluntades de tipo patrimonial, dicho acuerdo no puede ser validado ante las instituciones jurídicas de nuestro país, ya que el elemento que nos distingue y nos da la categoría de personas es nuestro cuerpo físico, y por tanto como elemento de la personalidad, el cuerpo humano y cualquiera de sus componentes en ningún momento puede ser objeto de contrato, solo puede ser sujeto de derechos.

La maternidad sustituta tiene como objeto central que la madre sustituta permita ser inseminada artificialmente o bien que se le implante un embrión humano para su gestación hasta el momento del parto; es por eso que el objeto lo constituirá el cuerpo de la madre en general y en particular el útero de esta mujer y solo así podemos decir que hay imposibilidad en el objeto, por que es tanto como vender o alquilar algo que no esta dentro del comercio, como lo es nuestro cuerpo.

El útero es un órgano del cuerpo femenino destinado a recibir el huevo fecundado y asegurar el desarrollo del embrión. El útero esta constituido por un músculo muy extensible y una cavidad que es cubierta por un tejido llamado endometrio.

El objeto presenta otra limitación que es la ilicitud de realizar cualquier transacción comercial con cualquier componente del cuerpo humano, como lo dispone el articulo 327 de la Ley General de Salud, en nuestro país, con lo cual la elaboración de estos contratos en donde a la madre sustituta se le otorga cierta cantidad de dinero por los servicios prestados, son por demás nulos.

Considero que la maternidad sustituta no debe considerarse como un contrato a la luz de nuestro sistema jurídico Mexicano, por lo que un acuerdo de voluntades firmado por escrito, y con todas las formalidades de la ley, debe de ser declarado nulo de pleno derecho, por encontrarse una deficiencia en el objeto del contrato, pues es imposible por no estar en el comercio, y por no poder ser el cuerpo humano objeto de un contrato; además es ilícito, pues existe la disposición expresa de estar prohibido cualquier acuerdo o transacción con animo de lucro en torno a los componentes del

cuerpo humano en la Ley General de Salud, aplicable a toda la República; además porque no se puede hacer ningún tipo de cesión o renuncia de los derechos y obligaciones familiares.

Al respecto elaboré algunas consideraciones relativas al contrato de maternidad sustituta:

1.- La maternidad sustituta nunca debe de considerarse como un contrato en nuestro sistema jurídico mexicano, en virtud de que un contrato de esta índole es ilegal, contrario a la moral y a las buenas costumbres que imperan en nuestra sociedad.

2.- No se debe permitir la subrogación que se da cuando una mujer acepta embarazarse para entregar al bebé así gestado a otra mujer, como si se tratase de un servicio por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, cantidad a la cual se le da el nombre de compensación económica, por todas las molestias y riesgos a las que se expone la madre sustituta, lo que significa un verdadero acto lucrativo, lo cual no se debe permitir y por lo tanto debe de prohibirse expresamente.

3.- En la maternidad sustituta la gestación se ve degradada a una pura función de fabricación y privada de la carga afectiva que genera el embarazo y el parto, además éste procedimiento tiene el peligro de la explotación económica, dando como resultado la aparición de una nueva profesión de madres.

CONCLUSIONES:

Como ya lo expresé dentro del capítulo quinto que denominé maternidad sustituta, para poder llevar a cabo esta práctica de reproducción asistida, es necesario que se celebre un contrato entre la mujer infértil y la madre sustituta, donde la madre sustituta conciente soportar el embarazo, los riesgos del parto y una vez dado a luz entregar al infante, a cambio de una remuneración económica, como lo denominan las agencias especializadas en la práctica de este tipo, haciendo de esta práctica una actividad lucrativa.

Dentro del objeto del contrato de maternidad sustituta me enfrenté con que el objeto de tal contrato, es la renta del útero de la madre sustituta donde se inseminará artificialmente o bien que se implantará un embrión humano para su gestación hasta el momento del parto, es por ello que el objeto del contrato lo constituye el útero de la madre sustituta, el cual es un órgano del cuerpo humano femenino.

Es bien sabido que el ser humano tiene la libre disposición sobre su cuerpo, considerándolo como un todo, pero nadie aparece como dueño de sus propios miembros los cuales necesita para ser lo que es.

Es así que las partes de nuestro cuerpo no pueden estar sujetas a un acuerdo de voluntades, ya que el elemento que nos distingue y nos da la categoría de personas es nuestro cuerpo físico, y por tanto como elemento de la personalidad nuestro cuerpo humano y cualquiera de nuestros componentes en ningún momento pueden ser objeto de contratos, solo pueden ser sujetos de derecho.

Es ilícito realizar cualquier tipo de transacción con los componentes del cuerpo humano, por lo cual la elaboración de estos contratos cuyo objeto es la renta del útero con fines de gestación, otorgando cierta cantidad de dinero por los servicios prestados son por demás nulos ya que se está comercializando con partes del cuerpo humano femenino, rentando el útero de una madre sustituta con el fin de la gestación de un ser humano que será entregado.

Para poder llevar a cabo un contrato es necesario contar con ciertos elementos de existencia y de validez, dentro de los elementos de existencia encontramos el acuerdo de voluntades y el objeto, el objeto como ya lo expliqué debe de cumplir ciertos requisitos como estar dentro del comercio para que así el contrato pueda ser existente.

Aquí es donde encontramos la deficiencia en el objeto del contrato de maternidad sustituta, pues es imposible la elaboración de éste ya que el objeto del mismo no se encuentra dentro del comercio, por no ser el cuerpo humano un objeto de contratación, además es ilícito ya que está prohibido cualquier acuerdo o transacción con ánimo de lucro en torno a los componentes del cuerpo humano.

El hecho de que la maternidad sustituta no esté regulada por la ley, no significa que la práctica de ésta sea contraria a la ley, ya que si bien, la ley no la reglamenta tampoco la prohíbe, y de acuerdo con el principio de legalidad “la autoridad puede hacer todo lo que la ley le permite y el particular puede hacer todo lo que la ley no le prohíba”, es de donde se justifica la realización de esta técnica de reproducción asistida.

Pero una vez analizados los requisitos que debe de cumplir un contrato para que este tenga eficacia jurídica, encontramos que la maternidad sustituta dentro de sus aspectos contractuales cuenta con una deficiencia en el objeto.

Por ello considero indispensable y necesario, que nuestro cuerpo jurídico normativo regule en materia de maternidad sustituta de manera prohibitiva dada la comercialización que surge con el útero que es parte del cuerpo humano femenino, tratando de tipificar delitos de esta naturaleza y aplicar una sanción, para quienes incurran en la practica ilícita de este tipo de contratos de maternidad sustituta.

Los avances de la ciencia no se pueden detener, y si no se legisla a tiempo podemos estar en el inicio de una serie de conflictos que tal vez puedan desencadenar problemas mucho mas serios.

Concluyo diciendo que esta práctica de maternidad sustituta está dando como resultado una nueva profesión de madres, al considerar gestar por cuenta de otra a un niño a cambio de una remuneración económica basada en el cuerpo humano y sus consecuencias sanitarias y legales, lo que a todas luces es ilícito.

BIBLIOGRAFÍA

BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y OTRA. DERECHO DE FAMILIA. Ed. OXFORD. MÉXICO 2004. PP. 419

BAQUEIRO ROLAS EDGAR Y OTRA. DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES. Ed. HARLA. MÉXICO 1990. pp. 493

BORJA SORIANO MANUEL. TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. 19 ed. Ed. PORRUA. MÉXICO 2004. pp. 732

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ ERNESTO. DERECHO SUCESORIO INTER VIVOS Y MORTIS CAUSA. 6 ed. Ed. PORRUA. MÉXICO 1995. pp. 407

MOTO SALAZAR EFRAÍN Y OTRO. ELEMENTOS DEL DERECHO. 43 ed. Ed. PORRUA. MÉXICO 1998. pp. 356

PENICHE LÓPEZ EDGARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO Y LECCIONES DE DERECHO CIVIL. 22 ed. Ed. PORRUA. MÉXICO 1991. pp. 320

RECASENS SICHES LUÍS. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. 14 ed. Ed. PORRUA. MÉXICO 1974. pp. 376

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TOMO I. INTRODUCCIÓN, PERSONAS Y FAMILIAS. 16 ed. Ed. PORRUA. MÉXICO 1974. pp. 509

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. TOMO II. BIENES, DERECHOS REALES Y SUCESIONES. 14 ed. Ed. PORRUA. MÉXICO 1974. pp. 499

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO I. 2 ed. Ed. PORRUA. MÉXICO 1975. pp. 525

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. DERECHO CIVIL MEXICANO. TOMO VI. 4 ed. Ed. PORRUA. MÉXICO 1981. pp. 708

SÁNCHEZ MEDINA RAMÓN. DE LOS CONTRATOS. 6 ed. Ed. PORRUA. MÉXICO 1982. pp. 524

SANTOYO RIVERA JUAN MANUEL. INTRODUCCIÓN AL DERECHO. 2 ed. Ed. ULSAB. CELAYA, GUANAJUATO. 1997. pp. 256

LEGISLACION

- **GUANAJUATO.**

- Código Civil.

- Código de Procedimientos Civiles.

- **ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

- Constitución Política.

- Código Civil Federal.

- Ley general de salud.

- Reglamento de la ley General de Salud.

OTRA FUENTES

**GOLAMAN SUSAN. EL LIBRO GUÍA DE SUS HIJOS.
ENCICLOPEDIA SALVAT DE LA FAMILIA. Ed. SALVAT. ESPAÑA
1981**

**MARTÍNEZ CALCERRADA LUÍS. LA NUEVA INSEMINACIÓN
ARTIFICIAL. ESTUDIO DE LEY DEL 22 DE NOVIEMBRE DE 1988.
MADRID ESPANA. 1984**

**PALOMAR DE MIGUEL JUAN. DICCIONARIO PARA JURISTAS. 1
ed. Ed. MAYO. MÉXICO 1981. pp. 1439**

Paginas en Internet consultadas:

- www.reproasisgen.com/asisa.htm.
- www.monografias.com/trabajos17/personas-juridicas.shtml.